

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

RICARDO SOLEY FOSTER FILHO

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA: O SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR

CURITIBA

2013

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

RICARDO SOLEY FOSTER FILHO

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA: O SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Dr^o Alexandre Ditzel Faraco

CURITIBA

2013

RICARDO SOLEY FOSTER FILHO

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA: O SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Alexandre Ditzel Faraco
Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor André Peixoto de Souza
Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 28 de dezembro de 2013.

Ao meu pai, Ricardo Soley Foster (in memoriam), exemplo de caráter, dedicação, sabedoria e ternura, que muito contribuiu para a saúde do povo iguaçuense e para a felicidade de todos os que o conheceram.

AGRADECIMENTOS

Diversas são as pessoas a quem eu devo ser grato. Esses cinco anos de faculdade foram marcados por diversos ganhos e perdas, descobertas boas e ruins, que influenciaram, de uma forma ou de outra, a elaboração do presente trabalho.

Inicialmente, devo agradecer aos meus pais, Ricardo Soley Foster e Maria Antonieta Gottardello Foster, que sempre se esforçaram ao máximo para que eu pudesse alcançar meus sonhos. Agradeço ao meu pai por todos os conselhos, pelo amor e pela dedicação despendidos em mim; sua ausência repentina e ainda recente se faz muito sentida – não só por mim, mas por todos que puderam conviver com ele. Agradeço a minha mãe por todo o apoio e atenção que igualmente dedicou a mim; ainda que muitas vezes distante fisicamente, sua presença sempre se fez presente.

Tenho muito a agradecer aos meus amigos e colegas de classe, companheiros dessa vereda chamada graduação. Victor Romfeld, Sérgio Beggiano, Pedro Góis e Pedro Lobato, dentre outros tantos, dividiram comigo, ao longo dos últimos cinco anos, bons e maus momentos, angústias e felicidades. Espero que essas amizades, iniciadas e amadurecidas durante nossa vida “andradina”, possam perdurar ainda mais ao longo do tempo.

Além das pessoas já mencionadas, vários professores fazem jus à menção nestes agradecimentos. Muitos professores colaboraram para a minha formação acadêmica. Contudo, faz-se imperioso nominar alguns deles, sob pena de não registrar a devida gratidão.

Agradeço ao professor Alexandre Ditzel Faraco, excelente professor e orientador, que muito me apoiou ao longo de minha vida acadêmica na graduação. Através de suas disciplinas (ao todo foram quatro disciplinas cursadas, uma obrigatória e três optativas) pude desenvolver meu interesse pelo direito econômico. Além disso, tive o prazer de participar do programa de iniciação científica PIBIC-CNPq sob a sua orientação. Sem sombras de dúvidas, sem o seu auxílio e confiança, diversos dos meus méritos acadêmicos não seriam possíveis.

Tenho que destacar ainda os nomes dos professores André Peixoto de Souza e Egon Bockmann Moreira. Ainda que não tenha sido aluno direto do Prof. André Peixoto de Souza, tive a honra de participar do Programa de Iniciação à Docência

sob a sua orientação. Esse convívio acadêmico muito me ensinou – não apenas sobre Economia Política (a disciplina a qual estava vinculado), mas sobretudo a respeito do dia a dia da docência. O Prof. Egon Bockmann Moreira, homenageado como patrono da minha turma, é, assim como os outros professores ora citados, um dos melhores docentes de nossa faculdade; com sua distinção característica, sempre apoiou seus alunos para o desenvolvimento de um saber jurídico efetivamente crítico e racional.

Por último, mas não menos importante, devo agradecer à Maraisa Cristina Rego Ferreira. Não há palavras para descrever a gratidão e amor que sinto por você, Maraisa. Você subitamente conquistou o meu eterno amor e admiração. Contra o seu sorriso e o seu carinho, não tive qualquer chance de não me apaixonar pela pessoa maravilhosa que é você. Sem a sua presença em minha vida, nada disso seria possível.

Lembrem-se de que para limpar uma casa é preciso jogar água, muitas vezes fazer mais sujeira, para depois conseguir a limpeza.

(Erotildes Rumor de Lima)

RESUMO

O setor de saúde suplementar, recepcionado pela Constituição Federal (art. 199), é submetido à regulação específica diante de sua relevância pública (art. 196). A regulação sobre o setor teve início no final da década de 90, em consonância à política de desestatização adotada pelo Estado, com a delegação de atividades econômicas de serviço público aos agentes econômicos privados e à correspondente alteração da posição do Estado na economia; passando da atuação direta (empresarial) para intervenção indireta (regulatória). A regulação sobre a saúde suplementar é exercida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia criada através da Lei nº 9.961/00, vinculada ao Ministério da Saúde. Dentre os desafios enfrentados pela política regulatória sobre o setor, verificam-se a existência de diversas falhas de mercado inerentes a esse segmento econômico, e.g. assimetria de informação e consumo irracional, que dificultam o processo de competição e desenvolvimento do mercado. O presente trabalho busca analisar a relação entre regulação e concorrência para ao final compreender o papel da concorrência para a reestruturação e o aperfeiçoamento do setor de saúde suplementar.

Palavras-chave: Regulação econômica. Saúde suplementar. Concorrência. Teoria da regulação. Saúde privada.

ABSTRACT

The supplementary health care industry, admitted by the Federal Constitution (art. 199) is subjected to specific regulation in front of its public relevance (art. 196). The regulation of the industry began in the late 90, in accordance to the privatization policy adopted by the State, with the delegation of economic activities of public service to private economic agents and the corresponding change of State position in the economy, surpassing the direct action (enterprising) to indirect intervention (regulatory). The regulation of supplementary healthcare is carried out by the National Health Agency (ANS), autarchy established by the Law nº 9.961/00, under the Ministry of Health. Among the challenges faced by regulatory policy on the sector, there is the existence of several market failures, as the existence of information asymmetries and irrational consumption, which hinder the process of competition and market development. The present work aimed examine the nexus between regulation and competition, in order to, at the end, understand the role of competition for the reconstruction and development of the sector of supplementary health care.

Key-words: Economic regulation. Supplementary healthcare. Competition. Theory of regulation. Private healthcare.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANA – Agência Nacional de Águas

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional de Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados

CONSU – Conselho Nacional de Saúde Suplementar

CSS – Conselho de Saúde Suplementar

c/c – combinado com

EC – Emenda Constitucional

e.g. – exempli gratia

et al. – et alii

i.e. – id est

MP – Medida Provisória

Prof. – Professor

RDC – Resolução da Diretoria Colegiada

SAS – Secretaria de Assistência à Saúde

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. Aspectos históricos: a mutação do Estado frente à economia.....	14
2.1 Do Estado-Liberal ao Estado-Regulador.....	15
2.2 A evolução brasileira: um olhar sobre a experiência nacional.....	18
3. Regulação no Brasil: uma introdução ao direito das agências reguladoras.....	22
4. Regulação e Concorrência: aspectos econômicos.....	27
4.1 Estabelecendo os parâmetros do debate.....	27
4.2 Concorrência: natureza e operacionalização.....	33
4.3 Teoria da regulação ou “Por que é tão difícil regular?”.....	36
5. O Setor de Saúde Suplementar.....	41
5.1 Introdução ao setor de saúde suplementar.....	41
5.2 Evolução do setor de saúde suplementar: da Constituição até a ANS.....	45
5.3 Atual regime regulatório sobre o setor de saúde suplementar.....	49
5.4 A concorrência em relação ao setor de saúde suplementar.....	54
6. CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

1. INTRODUÇÃO

A regulação do setor de assistência à Saúde é um tema recente no sistema jurídico brasileiro, tendo seu início através da Constituição de 1988, que reconheceu o Direito à Saúde como um “direito de todos e dever do Estado” (art. 196¹) – a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas; e delimitou a existência de dois sistemas de prestação de serviços de saúde: um público, denominado Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198²), e um privado, submetido à regulação estatal (art. 199³).

O setor privado é regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob regime especial instituída pela Lei nº 9.961/00, vinculada ao Ministério da Saúde.

Ainda que sujeito à ampla regulação estatal, por meio do controle estatal sobre variáveis como: cobertura assistencial, condições de ingresso, operação e saída do setor e regulação do preço⁴, o setor de saúde suplementar se demonstra precário, com elevados índices de desaprovação pela população⁵.

O presente estudo busca compreender o fenômeno regulatório, perpassando pelos aspectos históricos, econômicos e jurídicos, para ao final fazer um paralelo entre a regulação setorial e o papel da concorrência para a estruturação e o possível aperfeiçoamento do setor de saúde suplementar.

Primeiro, busca-se desenvolver a análise do processo histórico que ao longo do século XX forjou o atual modelo de Estado. Há o estudo da mutação do Estado-Liberal para o Estado-Social, e, em seguida, sua transformação para Estado-Regulador. No caso brasileiro, em específico, verifica-se a ocorrência de sucessivas conformações à ordem econômica nacional; cujo desenrolar resultou no florescimento do desenho regulatório atual, principiado pela Constituição de 1988 e

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

² Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)

³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...)

⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2003. p. 18.

⁵ Conforme dados levantados pela Datafolha em agosto de 2012, nos 24 meses imediatamente anteriores à pesquisa cerca de 77% dos usuários de plano de saúde no Estado de São Paulo encontraram problemas para a utilização de serviços de saúde por meio de seus planos de saúde. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/08/15/datafolha_planos_saude.pdf>. Última consulta realizada em 10 de dezembro de 2013.

desenvolvido ao longo da década de 90, com a flexibilização de monopólios estatais, a diminuição de restrições ao capital estrangeiro e o início do Programa Nacional de Privatização (estabelecido pela Lei nº 8.031/90, substituída pela Lei nº 9.491/97).

Em seguida, há uma concisa análise sobre o modelo regulatório brasileiro e a introdução das agências reguladoras no Brasil, notadamente no período compreendido ao longo da década de 90. Neste aspecto, são estudadas as principais características e o regime a que são submetidas as agências reguladoras.

Adiante, há o estudo dos aspectos econômicos da regulação, com a análise de conceitos centrais, e.g. formação do processo regulatório, teorias regulatórias e o modo como a concorrência pode colaborar para o desenvolvimento de setores econômicos.

Por fim, verifica-se a análise específica do setor de saúde suplementar, por meio do exame de seus aspectos jurídicos e econômicos particulares, da evolução do modelo regulatório a que foi sujeito o setor e da atual conformação regulatória; verifica-se, ainda um tópico específico sobre o desenvolvimento do ambiente concorrencial (regulação da concorrência) e a sua interação com as políticas regulatórias adotadas pela ANS.

Ao final, há a conclusão da pesquisa, de modo a combinar o referencial estudado ao longo do trabalho com as análises e perspectivas referentes ao desenvolvimento do setor de saúde suplementar.

2. Aspectos históricos: a mutação do Estado frente à economia

Para analisar o fenômeno da regulação econômica, faz-se necessária uma exposição (ainda que breve) dos aspectos históricos e sociais que desencadearam o atual modelo de intervenção do Estado sobre a economia. Isso porque o modelo de Estado-Regulador, adotado pelo Brasil e por diversos países, sobretudo a partir do final do século XX, não é um modelo aleatório, criado em laboratório por economistas e juristas a partir de uma “revelação” doutrinária ou sobrenatural. Pelo contrário, o florescimento do processo regulatório foi construído ao longo de crises políticas e econômicas, bem como de suas consequentes reivindicações sociais, que aos poucos moldaram (e ainda moldam) a intervenção do Estado sobre a economia.

Dessa forma, para uma análise minimamente apropriada sobre o

instituto da regulação, demonstra-se imprescindível a sua contextualização por meio de uma importante, conquanto modesta, retrospectiva histórica, perpassando por seus arquétipos históricos e a possível identificação destes com a experiência econômica nacional.

2.1 Do Estado-Liberal ao Estado-Regulador

O século XX foi palco de diversas alterações socioeconômicas que refletiram de forma direta na percepção da sociedade sobre o papel do Estado na economia⁶. Essas variações influenciaram tanto a forma de atuação quanto a intensidade da ingerência estatal sobre as atividades econômicas.

Essas alterações se sucederam de modo a formar três fases distintas: pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade, cada qual com suas próprias características e períodos históricos⁷.

A primeira das fases, denominada pré-modernidade, ocorreu durante o início do século XX e final do século XIX, e compreende a experiência do Estado-Liberal⁸. Essa fase, representada pela expressão francesa *laissez-faire*⁹, compreende o liberalismo econômico, cujo paradigma redundava na concepção de ausência (ou abstenção) de intervenção do Estado sobre a economia¹⁰, de modo tal que a relação entre a alocação de recursos e a satisfação das necessidades humanas se dê de forma “natural” e descentralizada, pela autonomia do mercado¹¹. Nesse período, a atuação do Estado seria restrita a questões mínimas, como a manutenção da ordem institucional e a garantia do cumprimento dos contratos¹².

No âmbito jurídico, constata-se a prevalência e afirmação dos direitos individuais, também denominados de primeira geração, para a consagração de

⁶ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-60.

⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 60.

⁹ Traduzido como “deixai fazer”, em tradução livre.

¹⁰ BARROSO. *Op. Cit.*, p. 60.

¹¹ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 10-11.

¹² MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sundfeld. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

garantias do indivíduo frente ao Estado¹³. Verifica-se forte proteção à liberdade contratual e política¹⁴, bem como à propriedade privada e à livre-iniciativa¹⁵.

Após a crise norte-americana de 1929, verifica-se uma mudança sobre a percepção da responsabilidade do Estado sobre a economia¹⁶, que resultou no começo de uma atuação proativa do governo sobre a econômica; como exemplo há o programa de recuperação econômica denominado *New Deal*, criado pelos Estados Unidos da América para fazer frente à crise econômica mundial¹⁷.

Nessa perspectiva, o Estado assume o papel de protagonista do desenvolvimento econômico através da atuação direta, enquanto empresário, sobre a economia¹⁸. Conforme expõe Fábio Nusdeo, há nesse período a percepção de que o livre mercado possui “falhas operacionais” e que, portanto, – considerado em si mesmo – é incapaz de alcançar objetivos socialmente desejáveis¹⁹. Essa segunda fase, denominada modernidade, possui como marca característica a concepção do Estado-Social (*welfare state*)²⁰.

Verificada a insuficiência do abstencionismo estatal frente às crises e falhas econômicas geradas pelo livre-mercado, há a assunção de uma nova conjuntura econômico-financeira, a fim de atenuar as oscilações econômicas e preencher a demanda social por progresso socioeconômico, notadamente frente ao contingente populacional marginalizado²¹. Nesse desiderato, consubstancia-se uma relação de dependência entre o agir empresarial público e o desenvolvimento econômico e social, marcado pela forte atuação do Estado inclusive em setores não essenciais²², conforme expõe FRANÇA:

¹³ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60.

¹⁴ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 10.

¹⁵ BARROSO. *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁶ MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sundfeld. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ BARROSO. *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁹ NUSDEO. *Op. Cit.*, p. 17.

²⁰ BARROSO. *Op. Cit.*, p. 60.

²¹ *Idem*.

²² FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

Desde meados do século passado (...) o Estado voltou-se a sua vocação fundamentalmente paternalista. Isto é, alargou fortemente a atuação da máquina pública, ao tomar para si o encargo de sustentar e impulsionar o País – até mesmo em situações não essenciais para o cidadão –, abrindo um processo de dependência da população frente ao Estado provedor de prestações que não estariam no rol de sua atuação exclusiva. Fincou-se, dessa maneira, a caracterização do Estado do Bem-Estar Social, abandonado sua faceta liberal do século XIX.²³

No campo jurídico há o surgimento e a afirmação de institutos como a função social da propriedade e os direitos sociais²⁴, também denominados de segunda geração, como, por exemplo, os direitos trabalhistas²⁵.

No final do século XX, entretanto, a experiência do Estado moderno, ou Estado-Social, demonstra sua extenuação²⁶. Verifica-se, no período, um Estado “inchado”, afeito à percepção pública de incapacidade da ingerência estatal sobre o sistema econômico, por fatores como ineficiência, burocracia e corrupção nas empresas públicas²⁷. Nas palavras de Luís Roberto BARROSO: “o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação”²⁸.

O pensamento jurídico dessa transição é marcado pela assunção e pelo desenvolvimento dos direitos difusos²⁹, e.g. a proteção ao meio ambiente e ao consumidor, enquanto do ponto de vista econômico há o fortalecimento de políticas de privatização e de desregulamentação³⁰. Nesse período, o Estado passa de uma atuação ativa – enquanto empresário –, presente no arquétipo do “*Welfare State*”, para o papel de regulador da atividade economia, com uma atuação “destinada a coadjuvar o mercado para leva-lo à superação de algumas de suas disfunções”³¹. Inicia-se, então, a terceira fase, denominada pós-modernidade, com o prefulgir do Estado-Regulador³².

²³ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

²⁴ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20-26.

³² BARROSO. *Op. Cit.*, p. 60.

2.2 A evolução brasileira: um olhar sobre a experiência nacional

Por meio da análise do processo histórico e econômico que se desenvolveu ao longo do século XX é possível entender num primeiro momento a previsão constitucional da atividade regulatória na Constituição Federal (art. 174³³, CF) desde a sua concepção em 1988. Afinal, o final do século XX representa a derrocada do modelo de Estado empresário e paternalista. Entretanto, para compreensão da evolução econômica nacional e o fortalecimento do Estado-Regulador brasileiro, faz-se necessária algumas ressalvas acerca dos modelos ideais contidos nas fases pré-modernas, modernas e pós-moderna³⁴, de modo a adaptá-los às nossas particularidades.

Dentre as idiosincrasias apontadas pela doutrina, verifica-se que o Brasil atingiu à pós-modernidade, no início da década de 90, sem ter de fato vivenciado os modelos de Estado-Liberal (pré-moderno) e Estado-Social (moderno)³⁵.

Conforme aponta BARROSO, a economia brasileira herdou do período colonial uma intensa presença do “oficialismo” nas atividades econômicas, em razão da qual a aprovação e a benesse do poder estatal – em geral – demonstravam-se indispensáveis para concretização bem sucedida de iniciativas econômicas empreendidas em território nacional³⁶. Essa marcante influência governamental permaneceu ao longo do período histórico compreendido pelo Estado-Liberal, o que impede, portanto, a identificação apropriada desse modelo de Estado na história política pátria³⁷.

O Estado-Social, por sua vez, possuiu uma presença relativamente mais nítida na história econômica brasileira, ainda que incompleta. A configuração do Estado moderno brasileiro, influenciada pelos marcos jurídicos da Constituição

³³ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

³⁴ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

alemã de Weimar (1919) e da Constituição mexicana (1917)³⁸, teve seu início a partir da Revolução de 1930, mormente com o advento da Constituição de 1934, a primeira a possuir um título para ordem econômica e social³⁹. Não sem razão ao longo da década de 1940 há a criação de grandes empresas estatais como a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Siderúrgica Nacional⁴⁰.

Ressalta-se que o “agigantamento” ou inchaço do Estado brasileiro não foi um acontecimento instantâneo, mas sim um processo que transcorreu décadas para se consolidar⁴¹. O apogeu do Estado-Empresário brasileiro se deu a partir da década de 1960, notadamente durante o período compreendido pela ditadura militar, em que houve a criação de aproximadamente 300 empresas estatais, dentre elas a Eletrobrás e a Telebrás⁴².

Com o advento da Constituição de 1988 e a volta do regime democrático, verifica-se o exaurimento do modelo do Estado-Empresário e o advento da pós-modernidade no Brasil⁴³. Nesse período, o modelo de ação e o tamanho do Estado sobre economia passam a ser objeto de questionamento⁴⁴; essa discussão é a consequência de uma clara insatisfação da sociedade brasileira perante o modelo adotado ao longo dos últimos 25 anos, que não obstante a forte presença do Estado, não foi capaz de resolver os estigmas sociais a que se propôs sanar⁴⁵. Nas palavras de BARROSO: “O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza”⁴⁶. Noutras palavras, o Estado passou pelo período moderno sem ter alcançado o nível de desenvolvimento social almejado pela atuação direta sobre a economia.

Dentre os fatores que evidenciaram o esgotamento do Estado-Empresário brasileiro, aponta-se, segundo Phillip França: i) a crise financeira e tributária, que tornou irrealizável, por meio do orçamento público, a realização dos

³⁸ MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sundfeld. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

³⁹ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 61-62.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 60-62

⁴⁶ *Ibidem*, p. 62.

necessários investimentos nas empresas estatais; ii) o déficit previdenciário, resultante da desequilibrada relação contribuição-dispêndio com a previdência; iii) a pressão tecnológica estrangeira, decorrente da defasagem técnica das empresas estatais em relação à tecnologia estrangeira; iv) e, por fim, a crise social e pressão política, decorrentes da insatisfação pública frente ao desempenho do Estado-Empresário e do interesse econômico de segmentos econômicos pela abertura de monopólios estatais⁴⁷.

O fenecimento do padrão econômico de Estado-Empresário provocou intensas alterações estruturais na ordem econômica nacional ao longo da década de 1990⁴⁸. Iniciou-se um processo de reforma do Estado, com a flexibilização dos monopólios estatais, a diminuição de restrições ao capital estrangeiro e a venda de bens e participações de empresas estatais, fenômeno denominado privatização⁴⁹.

A flexibilização dos monopólios estatais é promovida, dentre outras medidas, pela Emenda Constitucional nº 8 de 15.08.1995, que, ao alterar os incisos XI e XII, “a”, do art. 21 da Constituição⁵⁰, possibilitaram a concessão a empresas privadas para a exploração de serviços de telecomunicações e de radiodifusão de sons e de imagens⁵¹. Vale ressaltar que a alteração acrescentou ainda a previsão expressa para a criação de um ente regulador para o setor de telecomunicações, o que posteriormente originou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Em relação às limitações ao capital estrangeiro, verifica-se a Emenda Constitucional nº 6 de 15.08.1995, que revogou o art. 171 da Constituição, suprimindo dessa forma o conceito nele contido de “empresa brasileira de capital

⁴⁷ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140-141.

⁴⁸ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60-63.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁰ 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:)

(...)

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

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

(...)

⁵¹ BARROSO. *Op. Cit.*, p. 63.

nacional” e a sua previsão de tratamento preferencial e benefícios⁵². Outra alteração ocorreu com a redação do art. 176, *caput*, de modo a dispensar a exigência de controle nacional do capital para a pesquisa e lavra de recursos minerais.

Quanto à desestatização, denota-se a criação do Programa Nacional de Privatização, instituído pela Lei nº 8.031 de 12.04.1990, substituída pela Lei nº 9.491 de 09.09.1997⁵³. Destacam-se, nesse desiderato, as seguintes finalidades do programa, nos termos de seu art. 1º incisos I, III e IV: “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”, “permitir a retomada de investimento nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada” e “contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia”. Para tanto, prevê a Lei, de forma expressa, a alienação de parcela da participação societária pública em empresas estatais, a cessão de bens da União a agentes econômicos privados e a concessão, permissão e autorização para exploração privada de serviços públicos.

A Constituição de 1988, portanto, marcou o início de um processo de redefinição da posição do Estado na economia, que ocasionou a redução da máquina pública na atuação direta na economia e a abertura dessas atividades econômicas para os particulares, sem, contudo, excluir a titularidade estatal⁵⁴.

Equívocada é a noção de que a reforma do Estado corresponde ao retorno ao Estado-Liberal ou ao esvaziamento do papel do Estado sobre as atividades econômicas e serviços públicos; uma vez que a passagem para a pós-modernidade denota tão somente o reposicionamento do Estado – ao suceder uma atuação preponderantemente empresarial pelo desempenho como agente regulador da atividade econômica (art. 174 da CF), conforme afirma BARROSO:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal

⁵² BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo⁵⁵.

A assunção dessa função – enquanto regulador – ensejou alterações no quadro orgânico do Estado⁵⁶, uma vez que apenas a previsão legislativa (e abstrata) da atividade regulatória não permite o seu implemento; fez-se necessário, portanto, a introdução de mecanismos que possibilitem a concretização desse gerenciamento sobre a economia⁵⁷. A importação do arquétipo de agências reguladoras⁵⁸ e a ampliação da criação de órgãos reguladores foram as soluções adotadas para gerenciar os setores econômicos, com a necessária especialização técnica e autonomia frente ao poder político tradicional⁵⁹.

3. Regulação no Brasil: uma introdução ao direito das agências reguladoras

Conforme já exposto no segundo capítulo, a Constituição Federal prevê de forma expressa a atuação regulatória, por meio de seu art. 174, cuja prescrição explícita o encargo do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento⁶⁰.

Entretanto, essa capacidade regulatória não é irrestrita. Em sua atuação como agente regulador, o Estado deve – necessariamente – observar os limites previstos pela própria Constituição, sobretudo os princípios constitucionais da ordem econômica⁶¹, previstos no art. 170, como a propriedade privada, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, II, IV e V da CF).

⁵⁵ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 64.

⁵⁶ MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sundfeld. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 136.

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27-29.

⁵⁸ As agências reguladoras são concebidas originalmente nos Estados Unidos por volta de 1887 com a criação da Interstate Commerce Commission (ICC) e a Federal Trade Commission (FTC). Cf. SUNDFELD. *Op. Cit.*, p. 18.

⁵⁹ MENDES. *Op. Cit.*, p. 135-137.

⁶⁰ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁶¹ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 149.

A própria adoção do atual modelo de regulação econômica setorial por meio de agências reguladoras encontra respaldo no texto constitucional, graças às Emendas Constitucionais nº 08/95 e nº 09/95, que respectivamente estabeleceram a existência de “órgãos” reguladores para os setores de telecomunicações [alteração do art. 21, XI] e de petróleo [alteração do art. 177, §2º, III]⁶²

No Brasil, as agências reguladoras foram erigidas sob a forma de autarquias⁶³, em regime especial, integrantes da administração indireta com base no art. 37, XIX⁶⁴, da Constituição⁶⁵. Verifica-se, assim, a existência de características comuns entre as denominadas agências reguladoras, como necessidade de criação por lei específica, personalidade jurídica própria (de direito público), patrimônio próprio e o exercício de atividades estatais específicas⁶⁶.

O regime especial possui sua extensão específica definida pela lei instituidora da agência e – em geral – garante às agências maiores prerrogativas, como capacidade normativa, fiscalizatória e sancionatória⁶⁷, ausência de subordinação hierárquica em relação à administração direta, estabilidade de seus dirigentes e autonomia administrativa, financeira e técnica⁶⁸.

Para exercer uma política regulatória salutar, as garantias de autonomia administrativa, financeira e técnica são fundamentais, porquanto permitem – ainda que não perfeitamente – o distanciamento de pressões de grupos políticos e econômicos⁶⁹. Nesse sentido, verifica-se a exposição de BARROSO:

⁶² BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-87.

⁶³ A definição de autarquia se encontra no art. 5º, I, do Decreto-Lei nº200/67, 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.

⁶⁴ 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

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) (...)

⁶⁵ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 97-98.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 97-98.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In Calixto Salomão Filho (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

⁶⁹ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional,

A instituição de um regime jurídico especial visa preservar as agências reguladoras de interferências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se marcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia política-administrativa e autonomia econômico-financeira⁷⁰.

A estabilidade dos dirigentes, elemento necessário à garantia da autonomia administrativa, verifica-se pela vedação à exoneração *ad nutum* dos diretores das agências, ou seja, uma vez nomeados [com base em indicação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, com base no art. 52, II, “f” da Constituição⁷¹], os diretores possuem mandato fixo, razão pela qual a sua destituição depende da condenação em falta grave [e.g. improbidade administrativa], apurada através de processo administrativo disciplinar ou judicial⁷².

Essa garantia de estabilidade, no entanto, assim como as demais características, possui variantes de intensidade⁷³; no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por exemplo, há notável rigor na garantia, enquanto noutras agências, como é o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar, constata-se maior flexibilidade para a exoneração de seus dirigentes⁷⁴.

A existência da autonomia financeira em relação à administração direta se processa pela previsão de receitas próprias, previstas de forma específica pelas leis instituidoras de cada agência, constituídas sobretudo por taxas de fiscalização e regulação⁷⁵. No caso da ANS há a taxa de saúde suplementar, prevista nos termos

regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

⁷⁰ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 71.

⁷¹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: (...)

f) titulares de outros cargos que a lei determinar; (...)

⁷² BARROSO. *Op. Cit.*, p. 71.

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

⁷⁴ Nos termos do art. 7º, IV, da Lei nº 9.961/00, o descumprimento de objetivos e metas estabelecidos no contrato de gestão pode ensejar a perda do mandato para o diretor presidente da ANS.

⁷⁵ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 165.

do art. 18 da Lei nº 9.961/00⁷⁶, a garantir a não dependência exclusiva às receitas oriundas do orçamento geral da União.

Vale observar que inexistente independência total [ou absoluta] das agências reguladoras; os seus atos são sujeitos à análise pelo Poder Judiciário, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição⁷⁷, devem, ainda, conformar-se à legalidade, por meio da observância das normas constitucionais e infraconstitucionais, prestar esclarecimentos ao Congresso Nacional, conforme previsão do art. 49, X⁷⁸, da Constituição, e sujeitar-se à apreciação de contas pelo Tribunal de Contas da União⁷⁹.

Enquanto autarquia é necessário que agência reguladora seja atrelada a um Ministério do Poder Executivo⁸⁰. Constata-se, contudo, que a vinculação entre a agência e o Ministério não fere a autonomia administrativa, financeira e técnica, porquanto a relação não é hierárquica, mas sim espécie de “supervisão administrativa”, imposta pela Constituição aos integrantes da administração indireta por meio de seus arts 84, II, e 87, parágrafo único, I⁸¹.

A atividade regulatória pode ser setorial, como é o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar, cuja competência se restringe ao setor privado de saúde, ou multissetorial⁸², atingindo de maneira oblíqua diversos segmentos econômicos, e.g. a atuação sobre a concorrência exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Não há, portanto, uma uniformidade entre os segmentos econômicos submetidos à normatização por meio de agências reguladoras e a função por elas exercidas; dentre as atividades sujeitas se verificam, na classificação de Celso Antônio Bandeira de MELLO: i) serviços públicos, e.g. o setor de energia elétrica, regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427/1996 e o setor de telecomunicações, regulado pela Agência Nacional de

⁷⁶ Art. 18. É instituída a Taxa de Saúde Suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído.

⁷⁷ (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)

⁷⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; (...)

⁷⁹ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 168.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 157.

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

⁸² *Ibidem*, p. 21

Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472/1997; ii) atividades de fomento e fiscalização da atividade privada, como é o caso da Agência Nacional de Cinema (ANCINE), regida pela Lei nº 10.454/02; iii) atividades pertinentes à indústria do petróleo, regulamentada pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada pela Lei nº 9.478/97; iv) atividades que o Estado protagoniza sob a forma de serviço público e que é facultado – sob a forma de regime privado – aos particulares exercerem de forma complementar, como a saúde privada, regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961/00 e v) agência reguladora de uso de bem público, como a Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984/00⁸³.

Vale ressaltar que as características ora estudadas não são idênticas em todas as agências reguladoras. Noutras palavras, as características verificadas entre as diversas agências reguladoras, como autonomia administrativa, financeira, técnica, quadro gerencial diferenciado em relação à administração direta, capacidade normativa técnica, sancionatória e de dirimir conflitos⁸⁴, possuem variações de intensidade conforme a lei que instituiu a agência⁸⁵.

Assim, a análise em abstrato das características das agências reguladoras serve como embasamento teórico para o estudo do fenômeno regulatório, mas carece de especificidade para compreensão prática da regulação sobre um setor em particular. Nesse sentido ensina Conrado Hubner MENDES que: “cada agência tem sua linha de atuação e margem de liberdade expressamente determinadas por sua lei instituidora, a partir da qual – aí, sim – pode-se tirar conclusões práticas”⁸⁶.

Carlos Ari Sundfeld ressalta o papel da “descoberta” do arquétipo regulatório de forma casuística, motivo pelo qual não há como defender um modelo “ideal” de agência reguladora para todos os setores:

É inevitável reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga de

⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

⁸⁴ FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 161.

⁸⁵ MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sundfeld. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 126.

⁸⁶ *Idem*.

ingenuidade. Protótipos abstratos costumam gerar monstros no mundo real, cujas complexidades com frequência se encarregam de distorcer, mesmo sem negá-los explicitamente, todos os belos princípios de que se partiu. Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais, tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos. Cada instituição comporta um lento e dolorido processo de criação e depuração⁸⁷.

Desse modo, para entender o fenômeno regulatório sobre um setor particular não basta um estudo genérico sobre agências reguladoras, mas sim uma análise pormenorizada das leis que regem determinado segmento e a lei instituidora da agência reguladora em questão⁸⁸.

4. Regulação e Concorrência: aspectos econômicos

4.1 Estabelecendo os parâmetros do debate

Ainda que o direito possua um papel preeminente para a definição do modelo de organização social⁸⁹, apenas a análise jurídica ou histórica se faz insuficiente para estudos sobre Direito Econômico, uma vez que o raciocínio econômico – e interdisciplinar – é imperioso para formulação de políticas econômicas e, como consequência, para o debate e construção do Direito Regulatório. Nesse sentido, verifica-se o pensamento de Carlos Ari Sunfeld:

É o raciocínio econômico que mais influi na escolha das novas políticas, nas medidas para enfrentar as crises, no planejamento estratégico do Estado (sem contar que são os jogos com a opinião pública e com a mídia que conduzem as atitudes governamentais mais cotidianas)⁹⁰.

Dessa forma, não basta afirmar que a constituição prevê como um dos princípios da ordem econômica a livre concorrência (art. 170, CF) ou que o constituinte estabelece o papel de agente regulador da economia ao Estado (art. 174, CF), pois a aplicação desses conceitos jurídicos e a definição prática deles é

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

⁸⁸ MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sunfeld. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 126.

⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 11.

⁹⁰ SUNDFELD. *Op. Cit.*, p. 17-18.

conformada e confrontada por questões fáticas, sobretudo econômicas, que transcendem o raciocínio meramente jurídico.

Vale ressaltar que inexistente consenso acadêmico, tanto na seara econômica quanto jurídica, acerca do que seja a regulação econômica e qual seja o seu desenho ideal, de modo tal que questionar a própria definição de regulação e dos fenômenos e conceitos econômicos envolvidos não se mostra um debate inócuo, mas sim questão prévia para compreensão, discussão e prática do fenômeno regulatório. Martin LODGE e Kai WEGRICH expõem de forma cristalina a questão:

Existem múltiplos pontos de vista e não há nenhuma prova científica conclusiva para sugerir que uma determinada forma de pensar e praticar a regulação seja inerentemente e uniformemente melhor do que outra. Perguntar ‘o que é regulação?’ é, portanto, não apenas um exercício simples de aquecimento, equivalente a um teste de vocabulário em aulas de idiomas. A pergunta está no centro dos debates e das conversas a respeito da regulação e é conseqüentemente essencial para qualquer tentativa de enraizá-la em sistemas de governança nacionais e internacionais⁹¹.

Dessa forma, por meio da análise de conceitos econômicos como livre-mercado, concorrência e as teorias regulatórias é possível arquitetar as implicações de determinada política regulatória e compreender quais são os segmentos econômicos mais propensos à ação regulatória, seus principais beneficiários e os resultados que podem ser extraídos⁹².

O cerne do conceito de livre-mercado é a concepção de que os agentes econômicos, por meio da liberdade de escolha, podem formar por si próprios as decisões econômicas em relação aos outros agentes econômicos⁹³, envolvendo, assim, a definição de variáveis como gastos, poupança, quantidade produzida, qualidade e formação de preço dos bens e produtos⁹⁴.

Ocorre que a noção de livre-mercado, conforme sustenta Eros Roberto Grau, “tem sentido única e exclusivamente enquanto expressiva de um tipo ideal”⁹⁵,

⁹¹ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. In: Jadir Dias Proença; Patrícia Vieira da Costa; e Paula Montagner. **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006, p. 26.

⁹² HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 375.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 357.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 92.

porquanto o mercado – em si – não é uma construção da natureza⁹⁶, mas uma instituição que necessita de um mínimo de regulamentação estatal para sua existência, como a garantia ao direito de propriedade e à liberdade de contratar, sem os quais não seria viabilizado nos moldes em que é concebido⁹⁷.

Para além da necessária formatação jurídica estatal – que possibilita a existência do mercado, o Estado se demonstra como um agente econômico preponderante dentro do sistema econômico⁹⁸, razão pela qual a escolha estatal sobre variáveis como impostos, gastos públicos e a quantidade de dinheiro injetado no mercado influencia diretamente o comportamento (*behavior*) de outros agentes econômicos⁹⁹.

Outra forma do Estado atuar na conformação dos agentes econômicos é através da regulação econômica, aqui entendida como o uso do poder estatal para restrição de possibilidades de decisões pelos agentes econômicos¹⁰⁰. Essas restrições – em geral – são realizadas sobre as variáveis: preço, quantidade, qualidade e entrada e saída do mercado¹⁰¹.

Em síntese, portanto, a regulação econômica é caracterizada como a atividade pela qual o Estado atua em substituição proporcional da vontade dos agentes econômicos e de parâmetros espontâneos do mercado, a fim de alcançar determinadas finalidades¹⁰².

Dessa forma, o desempenho de uma indústria ou setor econômico é codeterminado por dois fatores: as forças de mercado ou “*market forces*” e a atuação do Estado [incluindo aqui a regulação econômica]; de modo tal que a conjunção entre ambos os elementos definem a eficiência alocativa (referente à alocação de recursos) e produtiva (pertinente à produção)¹⁰³.

Para exemplificar a atuação das forças de mercado inclusive em economias planejadas – como era o caso da antiga União Soviética –, VISCUSI

⁹⁶ *Ibidem*, p. 91.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90-99.

⁹⁸ HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 357.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145-147.

¹⁰³ HARRINGTON; VERNON; VISCUSI. *Op. Cit.*, p. 357.

aponta que a formação do preço efetivo (ou real) de um determinado bem pelo mercado; numa situação de escassez, por exemplo, é determinado pelo valor assentado pelo Estado (oficial) acrescido do tempo gasto pelos consumidores na fila para adquirir o produto¹⁰⁴. Numa situação de equilíbrio, portanto, os consumidores permaneceriam na fila até atingirem o valor efetivo do produto, no caso nitidamente superior ao preço marcado pelo Estado¹⁰⁵.

Conforme afirmam Joseph HARRINGTON Jr. et al., é fisicamente impossível que o Estado fiscalize e ajuste de forma perfeita todas as variáveis e decisões possíveis entre os agentes econômicos¹⁰⁶, razão pela qual as forças de mercado possuem um papel preponderante na definição de determinado setor econômico, a despeito do nível de intervenção despendido pelo Estado¹⁰⁷.

As principais variáveis econômicas submetidas à regulação são preço, quantidade e entrada e saída do setor [i.e. o número de agentes econômicos em determinado segmento econômico], ainda que existam outros fatores que possam ser sujeitos ao controle estatal como qualidade e investimento¹⁰⁸.

A regulação sobre o preço visa controlar o lucro de determinada indústria e se processa por meio da especificação da composição do preço, ou ainda através da fixação de valores máximos ou mínimos, de modo que os agentes possam competir dentro destes limites¹⁰⁹.

O controle sobre a quantidade produzida ocorre através da imposição de um determinado número – máximo ou mínimo – de produção e pode ter como tanto a estabilização do preço, pelo controle da oferta, quanto assegurar a satisfação de determinada demanda social¹¹⁰.

O controle sobre a entrada e saída em um setor econômico, por sua vez, é exercido por meio da criação de restrições à entrada e à saída¹¹¹, a fim de conferir estabilidade ao setor – e.g. impondo a permanência de agentes em mercados menos lucrativos – ou ainda para conter a expansão demasiada de

¹⁰⁴ HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 357.

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 358.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 359.

¹¹¹ *Idem*.

agentes num setor¹¹².

É possível o controle de outras variáveis, como é o caso do controle de qualidade em determinado setor, realizado pela criação de padrões mínimos com a finalidade de conferir segurança e a confiabilidade à determinada atividade econômica¹¹³. Entretanto, o controle de outras variáveis, para além daquelas apontadas como principais por HARRINGTON Jr. et al., quais sejam: preço, quantidade e entrada e saída, possui maior complexidade e desafios, seja pelo custo seja pela dificuldade de fiscalização¹¹⁴.

Conforme HARRINGTON Jr. et al, para que haja o controle sobre determinada variável econômica é preciso que haja um consenso entre os agentes econômicos sobre a definição da variável [i.e.. a característica em avaliação] e qual é a restrição imposta [i.e. o padrão desejado]¹¹⁵. Sobre os fatores apontados como principais, não há maiores dificuldades, porquanto preços, quantidade de bens e a quantidade de agentes econômicos num setor podem ser expressos em números e – em razão dessa expressão numérica – ser fiscalizados¹¹⁶. Variáveis como qualidade, por sua vez, não são – em geral – fatores de fácil definição e observação, o que gera um maior custo e dificuldade para a fiscalização e controle¹¹⁷.

Apontando a dificuldade de estabelecimento de padrões regulatórios, verifica-se a doutrina de Martin LODGE e Kai WEGRICH, que explicita como a assunção de questões aparentemente simples, como “segurança”, desenvolvem questionamentos práticos e econômicos maiores:

Similarmente, concordar com a segurança nas viagens aéreas pode parecer algo simples, mas quando chegamos às especificações de tal objetivo as controvérsias começam. Aumentamos a segurança dos voos exigindo que todos os passageiros se submetam a uma revista pessoal invasiva (pecando, assim, pelo excesso de cuidado) ou concentrando todos os recursos nos alvos-chave (desse modo, possivelmente, negligenciando fontes de risco inesperadas)? Cabe discutir se os padrões conseguem atingir os resultados desejados, pois as relações de causa e efeito podem ser incertas.¹¹⁸

¹¹² HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 359.

¹¹³ *Ibidem*, p. 360.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 361.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. *In*: Jadir Dias Proença; Patrícia Vieira da Costa; e Paula Montagner. **Desafios**

Para os autores europeus, a regulação pode ser compreendida como um regime que comporta três fases: o estabelecimento de um padrão (ideal), a coleta de informações e a modificação do comportamento dos agentes envolvidos¹¹⁹. Essa definição é crucial não só para entender o processo regulatório (do ponto de vista econômico) como também para identificar a importância de cada um dos elementos. Em suas palavras:

Retratar a regulação nessa perspectiva de estabelecimento de padrões, coleta de informação e modificação de comportamento não somente aponta para discussões no âmbito de cada um desses componentes, mas também destaca a interdependência deles. Os sistemas de ar condicionado não funcionam se o sensor, o regulador ou o mecanismo para soprar o ar quente ou frio no ambiente não funcionar corretamente. Além disso, destaca o quão é delicada a interação dos três componentes¹²⁰.

O primeiro dos aspectos: o estabelecimento de um padrão é controverso e de difícil definição por dois fatores: i) porque se traduz diretamente em custos, seja para o contribuinte seja para os integrantes da indústria regulada, e ii) a sua conformação é eminentemente política¹²¹.

O processo de coleta de informações, segundo aspecto do processo regulatório, igualmente é passível de questionamentos, sobretudo em relação aos aspectos: i) agente (quem deve obter as informações); ii) forma, referente ao modo como as informações são obtidas (inspeções ou declaração); iii) frequência (intensidade da fiscalização); iv) confiabilidade (das informações) e, de forma semelhante ao que ocorre com o estabelecimento de padrão, v) quem deve arcar com os custos pelo sistema de coleta de informações¹²².

O terceiro estágio do processo regulatório é a obtenção da conformidade dos agentes econômicos, de modo a aproximar a realidade (com base nos dados obtidos) ao padrão estabelecido como ideal¹²³. Essa atividade pode ser realizada basicamente de três maneiras, pela disseminação de informação, por meio

da regulação no Brasil. Brasília: ENAP, 2006, p. 23-24.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 26.

¹²¹ *Ibidem*, p. 24.

¹²² *Idem*.

¹²³ *Ibidem*, p. 20-25.

da concessão de incentivos ou ainda da aplicação de sanções¹²⁴. Segundo os professores europeus, a solução mais adequada para conformação do comportamento dos agentes é a realização conjunta dos três meios, de modo tal que compreenda e coíba tanto a não conformidade voluntária (intencional) quanto a não involuntária, ocasionada por insuficiência de informação e por incapacidade de conformação¹²⁵.

4.2 Concorrência: natureza e operacionalização

Diante da impossibilidade material (fática) do Estado controlar todas as variáveis econômicas¹²⁶, as forças de mercado constituem elemento cogente para a definição de determinado setor econômico, não obstante o grau de intervenção compelido pela atividade estatal¹²⁷.

Nessa perspectiva, faz-se necessário repensar a relação entre a regulação e a concorrência.

A concorrência é versada em âmbito constitucional, por meio do art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica nacional. Dessa previsão principiológica, conforme afirma Eduardo Ferreira JORDÃO, urge ao Estado a obrigação de resguardar e promover a concorrência nos mercados¹²⁸, o que se dá tanto de forma ativa – com o fomento à concorrência – quanto de forma passiva, por meio da abstenção de restrições desnecessárias ou desproporcionais à livre concorrência¹²⁹.

Conforme Eduardo F. JORDÃO, a relevância constitucional da concorrência para a formação da ordem econômica nacional é verificada ainda na existência de restrições à exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173¹³⁰, caput) e na vedação à criação de benefícios às empresas estatais em

¹²⁴ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. *In*: Jadir Dias Proença; Patrícia Vieira da Costa; e Paula Montagner. **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006, p. 25.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 23-25.

¹²⁶ HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 356-357.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 357

¹²⁸ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 27.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade

relação aos concorrentes privados (art. 173, §1º, II, e §2º)¹³¹.

Não é coincidência que a atividade regulatória e a proteção à concorrência sejam tratadas com destaque em âmbito constitucional no processo de Reforma do Estado. Conforme ensina Calixto Salomão Filho, ainda que diferentes na aplicação e na intensidade em que se operacionalizam, a concorrência e a regulação possuem uma ligação intrínseca:

(...) há um paralelo inegável entre o objetivo da tutela concorrencial e a regulação de mercado. Ainda que a operacionalização e a intensidade das duas tutelas sejam absolutamente distintas, a orientação do direito concorrencial em muito pode informar a regulação do mercado¹³².

A concorrência se processa como um elemento importante para a diluição do poder econômico (e a conseqüente coibição de seu abuso), uma vez que a competição comporta a obtenção do conhecimento econômico de forma prática, adquirida individualmente através do processo de escolha entre os agentes econômicos¹³³.

Assim, num ambiente de competição, os agentes econômicos possuem uma menor capacidade de influir sozinhos na determinação ou controle do mercado¹³⁴. Essa limitação produz relevantes implicações econômicas e sociais.

Em um ambiente concorrencial, há a produção de eficiência alocativa, pois o preço de um bem tende a se aproximar ao de seu custo marginal¹³⁵, o que reduz a possibilidade de uma transferência excessiva de renda dos consumidores aos produtores, algo comum em mercados poucos competitivos¹³⁶. Além disso, verifica-se o incentivo à eficiência produtiva, uma vez que custos de produção menores permitem concorrer com preços mais atrativos aos consumidores¹³⁷. Há,

econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

¹³¹ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 27.

¹³² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

¹³³ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁴ JORDÃO. *Op. Cit.*, p. 25.

¹³⁵ HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 376.

¹³⁶ JORDÃO. *Op. Cit.*, p. 24.

¹³⁷ *Idem*.

ainda, a constatação do fomento ao investimento em tecnologia e qualidade¹³⁸, elementos que permitem a diferenciação do produto no mercado.

Para CALIXTO, a concorrência funciona como verdadeira "garantia institucional da correção e equilíbrio do processo de interação econômica"¹³⁹, pois ao possibilitar o maior nível de liberdade de escolha e informação possível aos consumidores, permite que a sociedade conheça e corrija a si própria¹⁴⁰.

Nesse sentido, garantir a concorrência seria um valor fundamental da regulação¹⁴¹, ainda que não único¹⁴². A regulação, possuindo a concorrência como valor mínimo, forma assim uma espécie de *due process clause* econômico, com a "garantia de uma contestação, de uma participação de todos os agentes econômicos, que garanta a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores"¹⁴³. Esse sistema jurídico [voltado à concorrência] permitiria a superação dos paradigmas do Estado Liberal e a criação de regras procedimentais e institucionais mais adequadas à função do Estado Regulador¹⁴⁴. Nesse sentido, afirma CALIXTO:

As regras institucionais e procedimentais contêm em si valores democraticamente estabelecidos e debatidos. Por outro lado, não predefinem a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantias ao cidadão, permitem o experimentalismo social e institucional. O Direito assim concebido leva à – e não decorre da – solução mais justa. É sistema a um só tempo mais seguro – pois tem instituições seguras – e mais flexível, já que permite seu próprio aperfeiçoamento¹⁴⁵.

Ocorre que a concorrência não é um fenômeno natural em todos os mercados¹⁴⁶; razão pela qual é necessária a criação de um ambiente concorrencial por meio da regulação, e não apenas a definição da concorrência enquanto princípio

¹³⁸ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26.

¹³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 30-34.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴² *Ibidem*, p. 35.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 29.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 14-34.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. Aplicação das normas gerais de concorrência nos setores regulados. In: Ana Paula Martinez (Org.). **Temas atuais de direito de concorrência**, São Paulo: Singular, 2012, p. 368.

ideal¹⁴⁷. Conforme Alexandre Ditzel FARACO, faz-se necessária – em geral – uma regulação concorrencial que arquitecte as condições propícias ao surgimento da concorrência¹⁴⁸.

Assim, a necessidade de indução da competição em determinados setores exige uma atuação estatal constante por meio da regulação concorrencial, segundo afirma Alexandre Ditzel FARACO:

Se idealmente a geração de concorrência permitira eliminar diversos controles estatais sobre os agentes econômicos, a realidade tem demonstrado até agora o inverso. O que se verifica não é o desaparecimento da ação estatal, mas a modificação do seu tipo e da sua finalidade¹⁴⁹.

Verifica-se, portanto, que a concorrência é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV, CF) e possui importantes reflexos na organização dos setores econômicos, na medida em que dilui o poder econômico dos agentes econômicos e possibilita a descoberta, enquanto instituto procedimental, de decisões econômicas mais adequadas do ponto de vista social¹⁵⁰. Não obstante, por não ser um fenômeno inerente a qualquer mercado, necessita de uma atuação ativa do Estado para sua existência¹⁵¹.

4.3 Teoria da Regulação ou “Por que é tão difícil regular?”

Conforme a doutrina de Martin LODGE e Kai WEGRICH, o processo regulatório pode ser compreendido com base em três fases: o estabelecimento de um padrão (ideal), a coleta de informações e a modificação do comportamento dos agentes envolvidos¹⁵².

Não obstante essa divisão aparentemente simples, na prática a

¹⁴⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. Aplicação das normas gerais de concorrência nos setores regulados. *In: Ana Paula Martinez (Org.). Temas atuais de direito de concorrência*, São Paulo: Singular, 2012, p. 368.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 369.

¹⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (Princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10-37.

¹⁵¹ FARACO. *Op. Cit.*, p. 368-369

¹⁵² LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. *In: Jadir Dias Proença; Patrícia Vieira da Costa; e Paula Montagner. Desafios da regulação no Brasil*. Brasília: ENAP, 2006, p. 23.

regulação se mostra um fenômeno complexo¹⁵³, que exige um processo de maturação, empreendido com erros e acertos, não só do ponto de vista econômico-jurídico, mas igualmente pelas flutuações políticas e sociais¹⁵⁴ que interferem na definição do desenho regulatório.

Existem três principais teorias econômicas que buscam explicar a conformação do processo regulatório¹⁵⁵. A primeira é a teoria do interesse público (*public interest theory*) – teoria que tem como preceito a necessidade de atuação quando verificada a existência de falhas de mercado¹⁵⁶. Outra vertente é a teoria da captura (*capture theory*), cuja concepção se baseia na observação empírica de que a política regulatória possui tendência à promoção dos interesses dos agentes destinatários da regulação¹⁵⁷. A terceira, e mais recente concepção, é a teoria econômica da regulação (*economic theory of regulation*), subdividida, por sua vez, em três vertentes¹⁵⁸ que serão desenvolvidas adiante.

A teoria do interesse público possui como fundamento a concepção de que existindo falhas de mercado, como a existência de monopólio natural ou externalidades, verifica-se a necessidade de atuação do Estado sobre o setor, enquanto agente regulador, para amenizá-las¹⁵⁹.

Em determinados segmentos econômicos, as condições necessárias para o exercício da atividade possibilitam a existência de apenas um único agente econômico produtor, razão pela qual tais setores são designados monopólios naturais¹⁶⁰. Esses mercados tendem a possuir um conflito entre as eficiências alocativa e produtiva, uma vez que a eficiência produtiva, no caso, é possibilitada pela existência de apenas um agente produtor, e, em contrapartida, a existência de um único produtor resulta na tendência à maximização de lucros [com preços elevados], algo ineficiente do ponto de vista alocativo¹⁶¹.

Diante da impossibilidade de concorrência – para indução da eficiência alocativa –, a teoria do interesse público infere que o Estado deve atuar, através da

¹⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 375.

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 375-378.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 376.

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Idem.*

regulação, para corrigir a distorção do mercado¹⁶².

Externalidade, por sua vez, é o fenômeno caracterizado pela interferência negativa ou positiva na produtividade ou utilidade referente a um agente econômico, ocasionada pela ação de um agente econômico diverso, sem que este possua a responsabilidade pelo efeito causado¹⁶³.

A existência de externalidades é ineficiente do ponto de vista alocativo, pois ações socialmente positivas podem ser realizadas menos que o desejado enquanto ações socialmente negativas tendem a ser mais realizadas¹⁶⁴.

Enquanto a poluição de águas, *e.g.*, é uma externalidade negativa, porquanto caracteriza um efeito indesejado do ponto de vista social, a imunização de doenças é uma externalidade positiva, pois impede que uma doença se prolifere e infecte os demais¹⁶⁵.

Verificada a existência de externalidades ou monopólio, haveria o potencial racional para regulação, baseado no interesse público para a amenização das falhas de mercado¹⁶⁶.

A teoria da captura, por seu turno, parte da observação da experiência regulatória em setores potencialmente competitivos, como é o caso do setor de táxis¹⁶⁷. Conforme essa teoria, a regulação tenderia a aumentar a lucratividade de determinada indústria, utilizando-se do controle de variáveis, como preço e entrada e saída do segmento, a favor dos agentes regulados¹⁶⁸. A regulação, dessa forma, não ocorreria para suprir o interesse público na correção de falhas de mercado, mas sim para prover a demanda dos próprios agentes econômicos por regulação¹⁶⁹.

A teoria econômica da regulação (*economic theory of regulation*), iniciada em 1971 pela obra de George Stigler, busca afastar tanto a existência de falhas de mercado quanto à elaboração de políticas pró-regulado como explicação da conformação do processo regulatório¹⁷⁰.

George Stigler estabeleceu a teoria econômica da regulação com base

¹⁶² HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 376.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 376-377.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 377.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 377-378.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 379.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 379-380.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 380.

na estipulação de um processo dedutivo partindo das seguintes premissas¹⁷¹: i) a coerção é um recurso basilar do Estado, e como tal é disputado por grupos de interesse; ii) os agentes econômicos são racionais, i.e. atuam a fim de aumentar seu próprio bem-estar¹⁷². Como resultado, a regulação é o produto do choque entre demandas de diferentes grupos de interesse, que representam os agentes econômicos (tanto produtores quanto consumidores), atuando para melhorar o seu bem-estar¹⁷³. Dessa forma, o sistema político é racionalizado pela atuação de grupos sociais para satisfação de seus interesses, de modo a conformar a política regulatória¹⁷⁴.

O modelo *Stigler-Peltzman*, por conseguinte, é uma variação da teoria econômica da regulação com base nos estudos de Sam Peltzman sobre a análise de Stigler¹⁷⁵.

Esse modelo possui três considerações centrais¹⁷⁶. A primeira se refere ao reconhecimento de que a política regulatória distribui riqueza, ou seja, que a regulação é um importante elemento para transferência de renda¹⁷⁷. A segunda afirmação é a de que os indivíduos que controlam a política regulatória (legisladores, sobretudo) possuem interesse em se manter em cargos políticos e como tal atuam para angariar o máximo de apoio político¹⁷⁸. A terceira afirmação é de que os grupos de interesse oferecem apoio político em troca de legislações benéficas¹⁷⁹. Como resultado, grupos organizados são mais beneficiados – pois possuem uma maior capacidade de fornecer apoio político, tanto monetário, por financiamento de campanha, quanto por votos¹⁸⁰.

Em síntese, portanto, o modelo Stigler-Peltzman define a forma e a intensidade da regulação sobre um setor econômico com base numa atuação do Estado de modo a maximizar seu apoio político¹⁸¹. Ao contrário da teoria da captura, portanto, a teoria econômica da regulação não conclui que a atividade regulatória

¹⁷¹ HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 380-381.

¹⁷² *Ibidem*, p. 381.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 381-882.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 382.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 383.

tende a beneficiar os agentes regulados, embora permita explicar as situações em que a regulação assim o faz¹⁸².

Em contrapartida o modelo Becker, variação da teoria econômica da regulação estabelecida pelo trabalho de Gary Becker, possui um foco diverso: ao invés da maximização de apoio político a conformação da política regulatória se dá com base na competição existente entre os grupos de interesse¹⁸³.

Conforme o modelo Becker a regulação tende a aumentar o bem-estar dos grupos de interesse mais influentes em relação aos demais grupos¹⁸⁴; o modelo regulatório assim é definido com base no equilíbrio entre a pressão (influência) que cada grupo está disposto a fazer em relação aos demais grupos para obter incentivos¹⁸⁵.

Dessa forma, e.g. setores econômicos com falhas de mercado tendem a regulação estatal devido aos benefícios potenciais para os grupos de interesse dos consumidores em relação às perdas dos grupos de interesse dos produtores¹⁸⁶. Explica-se: os ganhos com a ineficiência de uma falha de mercado para os produtores podem ser relativamente pequenos individualmente, mas significativamente grandes aos consumidores, razão pela qual a pressão deste grupo seria superior ao daquele¹⁸⁷.

Da análise das teorias da regulação e de sua evolução, verifica-se que existem ao menos três grandes correntes que buscam explicar a forma como se define o processo regulatório, desde a definição de um padrão ideal até a intensidade em que a atividade é exercida, buscando responder questões como “quem se beneficia com o processo?” ou “quais setores são propensos à regulação?”¹⁸⁸. Entretanto, ainda que não haja um consenso, cada teoria representa uma ferramenta a mais para analisar o fenômeno regulatório, o que permite compreender de forma racional o processo de construção, alteração e até mesmo extinção de políticas regulatórias sobre um setor.

¹⁸² HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005, p. 385.

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 385-386.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 388-389.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 380-388.

5. O setor de saúde suplementar

5.1 Introdução ao setor de saúde suplementar

A Constituição de 1988 estipulou a saúde enquanto direito fundamental (art. 196), incumbindo ao Estado o dever de garantir as condições necessárias para a sua concretização¹⁸⁹.

Entretanto, verificada a impossibilidade fática de o Estado prover de forma direta assistência à saúde com condições de generalidade, regularidade, gratuidade e eficiência para toda a população, a Constituição Federal recepcionou a atuação privada em caráter complementar (art. 199)¹⁹⁰.

Dessa forma, o Sistema de Saúde Brasileiro é constituído por dois subsistemas¹⁹¹: i) um sistema público, denominado Sistema Único de Saúde; exercido diretamente pelo Estado e por entidades conveniadas, e sustentado de forma majoritária pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 198, §1º, da CF); e ii) um sistema privado, denominado Sistema de Saúde Suplementar, aberto à iniciativa privada e remunerado pelos próprios consumidores, condicionado à regulação devido à relevância pública (art. 197 c/c art. 199).

Diante da reponsabilidade do Estado pela concretização do direito à saúde (art. 196 c/c 197), demonstra-se imperativa sua atuação sobre o desenvolvimento de ambos os setores de saúde – tanto público quanto privado¹⁹². Nesse sentido, explicita o estudo da ANS quanto à necessidade de complementação entre ambos os setores:

Dentro da lógica do Direito à Saúde e considerando o Sistema de Saúde Brasileiro composto pelas vertentes do SUS e da Saúde Suplementar, é necessário que os dois sistemas se complementem para que todos os cidadãos brasileiros façam parte da mesma lógica de cuidados de saúde¹⁹³.

Vale ressaltar que um setor de saúde complementar ineficiente – com preços elevados, e.g., tem como resultado a sobrecarga do setor público, que já

¹⁸⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009, p. 13.

¹⁹⁰ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 62.

¹⁹¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁹²¹⁹² CUNHA. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁹³ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Op. cit.*, p. 16.

possui um desempenho frágil¹⁹⁴. Isso decorre da necessária absorção pelo setor público da demanda anteriormente atendida pelo setor privado¹⁹⁵.

Há, assim, evidente relevância pública no setor de saúde, importância expressa na própria Constituição (art. 197¹⁹⁶), da qual decorre a natureza peculiar da saúde privada – que para além de uma mera atividade econômica privada, caracteriza-se como um serviço de interesse econômico geral¹⁹⁷.

A arquitetura regulatória atual sobre o setor de saúde suplementar teve seu início a partir de 2000, com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio da Lei nº 9.961/00, e o conjunto normativo formado pela Lei nº 9.656/98, a Medida Provisória nº 2.177-44 (originalmente MP nº 1665/98) e a Lei nº 10.185/01¹⁹⁸.

A agência Nacional de Saúde Suplementar é uma agência reguladora, criada sob a forma de autarquia sob regime especial, e como tal possui as vantagens desse modelo de organização, e.g. autonomia administrativa, financeira e técnica, assim como capacidade normativa técnica, fiscalizatória e sancionatória, para a efetivação de suas resoluções¹⁹⁹.

A Lei nº 9.656/98 e as posteriores regulamentações elaboradas pela ANS representam um avanço em termos regulatórios, porquanto conferem às operadoras de planos de saúde um controle análogo ao despendido aos integrantes do sistema financeiro nacional²⁰⁰; com a necessidade de autorização para ingresso e saída do setor, a comprovação de capital mínimo e viabilidade financeira, bem como a fiscalização periódica sobre balanços financeiros e a possibilidade de sujeição à intervenção e à liquidação extrajudicial²⁰¹.

Além dos avanços nos aspectos econômico-financeiros, verificam-se progressos no aspecto assistencial, porquanto, por meio do conjunto normativo

¹⁹⁴ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 246.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹⁹⁷ CUNHA. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, p. 9.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 17.

²⁰¹ *Idem*.

formado pela Lei nº 9.656/98 e Lei nº 9.961/00, estabeleceram-se sobre o setor normas para a regulamentação específica da constituição de operadoras de planos de saúde e do registro sobre os produtos; houve, ainda, a criação de um plano (produto) de referência, com o estabelecimento de uma cobertura mínima a ser oferecida pelas operadoras e a regulamentação do aspecto preço por meio do controle sobre reajustes²⁰².

O setor de saúde suplementar é marcado por diversas falhas de mercado, como a assimetria de informações e a seleção de risco²⁰³, razão pela qual a ausência de regulação específica sobre o setor comporta ao beneficiário de planos de saúde pouca ou nenhuma defesa frente ao poder econômico e o conhecimento técnico das operadoras²⁰⁴.

Ressalta-se que há no setor uma dupla hipossuficiência do consumidor beneficiário: primeiro em relação à assimetria de informação, segundo pela dependência da aquisição do produto para existência saudável e digna²⁰⁵.

Ademais, conforme a doutrina de Paulo Cesar Melo da Cunha, o setor de saúde suplementar é uma atividade econômica de interesse geral, classificação que abrange serviços que – devido sua relevância pública – são considerados de interesse geral pelas autoridades²⁰⁶, e como tal se sujeitam a obrigações específicas, típicas de serviços públicos, sem comprometer a livre iniciativa²⁰⁷, ainda que caracterizadas como atividades privadas. Nesse sentido, sustenta:

Vislumbra-se o dever de prestar atendimento universal no âmbito da saúde pública, sendo reconhecido o caráter suplementar da saúde privada, desempenhada como serviço de interesse econômico geral. É este interesse que justifica a regulação setorial. O direito do indivíduo por força do princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como um mecanismo de maior interesse que o aspecto comercial envolvido. Daí os serviços da saúde privada serem tratados no título constitucional da ordem social e não da ordem econômica²⁰⁸.

²⁰² BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 19.

²⁰³ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009, p. 13.

²⁰⁴ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 167.

²⁰⁵ Diante da impossibilidade fática de o setor público prover assistência à saúde com qualidade para todos. CUNHA, *Op. cit.*, p. 160.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 223.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 227.

²⁰⁸ *Idem*.

Não obstante a relevância pública e a importância do aspecto assistencial referente ao direito à saúde, faz-se necessário que a regulação leve em consideração aspectos econômico-financeiros referentes à viabilidade do setor e a própria lucratividade das operadoras, porquanto o desincentivo à atuação nesse segmento coloca em risco a manutenção das operadoras de plano de saúde, diminuindo a oferta assistencial e a competição no setor²⁰⁹.

Assim, a atividade regulatória no setor tem uma dupla finalidade: tanto proteger o consumidor e possibilitar o acesso à saúde quanto preservar a sustentabilidade econômica e social do setor²¹⁰. O desafio, portanto, está na empreitada de equacionar a sustentabilidade financeira, de modo tal que possibilite a existência das operadoras e o cumprimento de seus contratos, com o condicionamento do setor às políticas públicas de saúde, a fim de comportar o acesso à saúde pelos consumidores²¹¹.

Inegáveis são os benefícios alcançados pela regulação setorial sobre o setor de saúde de suplementar. Enquanto a regulação de preço estabeleceu normas uniformes e claras para diferenciação de idade pela operadora para formação de preços dos planos comercializados, o controle sobre a cobertura assistencial e as condições de acesso (e.g. comercialização de planos) resultou na imposição de um plano de referência, que representa o mínimo de cobertura a ser oferecido aos usuários. Essas alterações regulatórias se opõem ao modelo setorial anterior, em que tanto a diferenciação de idade quanto a formatação dos planos era exercida de forma livre pelo mercado.

Contudo, os desafios regulatórios ainda se mostram evidentes. Pesquisas demonstram que mais de $\frac{3}{4}$ (três quartos) dos usuários de planos de saúde enfrentam problemas na utilização de seus planos de saúde²¹². Dentre os problemas, destacam-se: a falta de médicos especializados credenciados, a demora na obtenção de consultas médicas, dificuldades para liberação de procedimentos cirúrgicos, exames clínicos e o atraso no atendimento junto ao pronto-

²⁰⁹ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 245-246.

²¹⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009, p. 14.

²¹¹ *Idem*.

²¹² Datafolha, **Avaliação dos planos e seguros saúde**. Folha de São Paulo, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/08/15/datafolha_planos_saude.pdf>. Última consulta realizada em 05 de dezembro de 2013.

atendimento²¹³.

Não basta, portanto, que exista uma atividade regulatória do Estado sobre o setor de saúde suplementar; faz-se necessário que a regulação do Estado seja capaz de funcionalizar o poder econômico dos agentes de mercado e possa formatar o setor à lógica do interesse público e do direito à saúde.

5.2 Evolução do Setor de Saúde Suplementar: da Constituição até a ANS

Conforme já afirmado, o setor de saúde suplementar foi recepcionado pela Constituição de 1988 (art. 199) e condicionado, pelo próprio constituinte, à regulação específica (art. 198). Ainda assim, apenas no final da década de 90 houve a materialização da primeira legislação específica sobre a regulação do setor de operadoras de planos de saúde.

Após a definição do marco regulatório pela Constituição de 1988, o histórico de regulação sobre o setor de saúde suplementar pode ser dividido em três fases²¹⁴: i) entre 1988 e a aprovação do projeto de Lei nº 4425/94 pela câmara dos deputados em 1997; ii) entre a promulgação do conjunto normativo formado pela Lei nº 9656/98 e pela Medida Provisória nº 1.665/98 e a criação da ANS; iii) após a promulgação da Lei nº 9.961/00 e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Na primeira fase, não obstante a previsão constitucional, inexistia regulação específica sobre o setor de saúde suplementar, situação que perdurou até outubro de 1997, com a aprovação, pela câmara dos deputados, do que seria o início da lei que conferira concretude a regulação econômica setorial²¹⁵. O projeto de Lei, entretanto, possuía uma visão eminentemente financeira do setor de saúde suplementar, porquanto concentrava a competência regulatória no Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e na Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), entidades vinculadas ao Ministério da Fazenda²¹⁶.

Como forma de protesto, iniciou-se, à época, o manifesto “Saúde não é

²¹³ Datafolha, **Avaliação dos planos e seguros saúde**. Folha de São Paulo, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/08/15/datafolha_planos_saude.pdf>. Última consulta realizada em 05 de dezembro de 2013.

²¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 20.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 21.

²¹⁶ *Idem*.

mercadoria”, com vasta adesão em âmbito nacional²¹⁷. De modo análogo, as Procuradorias Gerais de 20 (vinte) estados da federação, por meio de parecer, demonstraram sua oposição ao modelo regulatório desenhado pela câmara dos deputados²¹⁸.

Vale ressaltar que a regulação sobre o setor – cujo debate no congresso se intensificou ao final dos anos 1997 – se referia a um setor já existente, que contava com cerca de 30 milhões de consumidores²¹⁹.

O projeto de Lei nº 9656/98 aprovado na câmara dos deputados possuía um viés eminentemente econômico financeiro, concedendo à SUSEP o papel de executar a política regulatória, enquanto ao CNSP caberia definir as diretrizes do setor, o Ministério da Saúde possuiria apenas papel consultivo²²⁰.

A segunda fase teve início com o resultado do debate sobre o texto final da proposta de Lei nº 4425/94 e a aprovação do texto pelo senado federal, com a condição de que fosse editada a medida provisória nº 1.665/98 alterando a recém-criada Lei nº 9656/98²²¹. A aprovação do texto original e a alteração por meio de MP foi a opção política adotada para alterar o modelo regulatório estabelecido pela câmara dos deputados sem atrasar ainda mais o início da regulação sobre o setor²²², uma vez que eventual alteração ensejaria nova votação pela câmara dos deputados.

Conforme estudo da ANS, houve a promulgação da Lei nº 9.656/98 sem alterações em 3 de junho de 1998, e em 5 de junho do mesmo ano foi editada a MP nº 1665/98 modificando a lei com base nas alterações oriundas do senado²²³.

Enquanto o projeto original previa como instância máxima de deliberação o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), o conjunto normativo final dividia a competência entre dois conselhos interministeriais: o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e o Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), a fim de construir uma articulação entre os Ministérios da

²¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 21.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, 10.

²²⁰ *Ibidem*, p. 10-11.

²²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 21-22.

²²² *Ibidem*, p. 20-24.

²²³ *Ibidem*, p. 13.

Saúde e da Fazenda²²⁴.

O projeto original previa o Conselho de Saúde Suplementar (CSS) como órgão deliberativo para a regulação²²⁵, contudo permitia que a discussão e votação das matérias sujeitas ao conselho pudessem ser avocadas pelo CNSP, inclusive para reformar decisões fixadas pelo CSS²²⁶. O conjunto normativo alterou a natureza do CSS, que passou a ser órgão integrante do CONSU e a possuir natureza consultiva²²⁷; além disso, estabeleceu que fosse composto por membros do setor e da sociedade²²⁸.

No projeto original as funções executivas, como fiscalização e sanção dos agentes regulados, seriam exercidas pela SUSEP²²⁹. O conjunto normativo da Lei nº 656/98 e Medida Provisória nº 1.665/98, entretanto, divide essa competência entre a SUSEP e o Ministério da Saúde, atuando por meio da Secretaria de Assistência à Saúde (SAS)²³⁰.

Essa segunda fase, portanto, é marcada por um modelo “bipartite” de regulação, em que os aspectos econômico-financeiros, como a autorização de funcionamento e a fiscalização contábil, competiam à SUSEP e ao CNSP, enquanto à SAS e ao CONSU restaria regular os aspectos assistenciais (de saúde), como a definição dos produtos e a fiscalização sobre o aspecto qualidade²³¹.

Segundo o estudo publicado pela ANS, o debate no Senado ocorreu, sobretudo, em função da necessária valorização do papel assistencial da regulação sobre o setor e o papel do Ministério da Saúde para sua conformação²³². Enquanto no projeto de lei original o plano de referência era facultativo, ou seja, serviria apenas para existência de um padrão de comparação para os consumidores²³³, o conjunto normativo aprovado após a discussão no senado conferiu obrigatoriedade ao plano de referência enquanto cobertura mínima a ser oferecida²³⁴.

²²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 22.

²²⁵ *Ibidem*, p. 22-23.

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ *Ibidem*, p. 23.

²²⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, p. 12.

²²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. *Op. cit.*, p. 24.

²³⁰ *Idem*.

²³¹ *Ibidem*, 25-26.

²³² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Op. cit.*, p. 11.

²³³ *Idem*.

²³⁴ *Idem*.

Dentre as alterações trazidas pelo novo modelo regulatório estabelecido pela Lei n.º 9.965/98, Medida Provisória n.º 1665/98 e posteriores resoluções do CONSU, se encontra o controle para entrada e saída sobre o setor, uma vez que o modelo anterior – sem regulamentação específica – sujeitava a criação de operadoras de planos de saúde apenas à legislação societária; houve, ainda, a definição do plano padrão (mínimo), a exigência de reservas financeiras, a proibição de rescisão unilateral e a regulamentação de elementos como tempo de carência e reajustes de preço – variáveis que não possuíam até então tratamento específico na legislação²³⁵.

O modelo regulatório estabelecido pelo conjunto normativo, entretanto, demonstrou-se ineficiente na prática – notadamente devido à ausência de coordenação entre os agentes reguladores²³⁶. Conforme o já citado estudo da ANS, a complexidade referente à regulação à *posteriori* (de um setor já existente) e a descentralização do processo regulatório são fatores que contribuíram para o insucesso do modelo regulatório adotado²³⁷.

O esgotamento do modelo bipartido resultou na centralização da regulação sobre um único agente regulador: a Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei n.º 9.961/00, agência reguladora constituída sobre a forma de autarquia especial²³⁸. Sobre os benefícios dessa concentração, verificam-se as características inerentes ao modelo de regulação por agências reguladoras:

Como agência reguladora a ANS incorporou ao processo as vantagens desse novo modelo de organização do Estado: maior poder de atuação, autonomia política, autonomia administrativa e financeira, expressas por uma arrecadação própria; decisões em direito colegiada, cujos membros têm mandatos definidos em lei e não coincidentes; e, por último, o poder legal dado às agências reguladoras para a efetivação de suas resoluções²³⁹.

O atual modelo regulatório sobre o setor, por meio de agência reguladora independente, é resultado do conjunto normativo formado pelas Leis n.º

²³⁵ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS n.º 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, p. 13.

²³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 25.

²³⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Op. cit.*, p. 15.

²³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. *Op. cit.*, p. 28.

²³⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Op. cit.*, p. 16.

9.961/00, nº 9.656/98, nº 10.185/01 e a Medida Provisória nº 2.177-44 (originalmente MP nº 1665/98); e decorre de um processo de maturação política e social ao longo da década de 90.

5.3 Atual regime regulatório sobre o setor de saúde suplementar

Para defesa do interesse público, a ANS foi dotada de ampla competência normativa, fiscalizadora e sancionadora²⁴⁰, e a sua atuação pode ser analisada sobre duas perspectivas: i) o aspecto agente, alusivo a regras para ingresso, saída e continuidade no setor, e ii) o aspecto produto, referente à definição de requisitos de qualidade, de modo a garantir uma assistência digna e continuada aos consumidores²⁴¹.

A definição dos agentes regulados, integrantes do setor e destinatários da normatização, fiscalização e sanções originados pela atividade regulatória setorial, é dada pelo art. 1º, II, da Lei nº 9.656/98²⁴². Nesta lei há a definição das operadoras de planos de saúde como as pessoas jurídicas de direito privado que atuam na comercialização de planos de saúde²⁴³.

Inclusive cooperativas médicas, submetidas à Lei nº 5.764/71 (política nacional de cooperativismo) e seguradoras privadas, regidas pela Lei nº 10.185/01, sujeitam-se à regulação da ANS, em consonância às demais formações societárias que atuam no ramo, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica sobre a atividade²⁴⁴.

Nos termos do art. 8º da Lei nº 9.656/98 a autorização para funcionamento da operadora de plano de saúde deve satisfazer alguns requisitos, dentre eles: i) o registro nos conselhos regionais de medicina ou odontologia, ii) a descrição detalhada dos serviços de saúde oferecidos de forma direta ou prestado por terceiros, iii) a descrição das instalações físicas, iv) a viabilidade econômico-financeiro dos planos e v) a delimitação da área geográfica²⁴⁵.

240 CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 93.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 72.

²⁴² II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

²⁴³ *Ibidem*, p. 64.

²⁴⁴ *Ibidem*, 69-70.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 174-175.

A Lei nº 9961/00 com a redação dada pela medida provisória nº 2.177-44/01 prevê em seu art. 4º, XLI, a competência da ANS para estabelecer normas para constituição e fiscalização, organização das operadoras de planos de saúde²⁴⁶. É lícita, inclusive, a exclusão da operadora mediante liquidação extrajudicial, quando houver risco ao atendimento dos beneficiários²⁴⁷, com base na previsão do art. 4º, XLI, “d” da Lei nº 9656/00.

A saúde financeira das operadoras de planos de saúde é auferida por meio de um plano de contas padrão, criado com base na lei 9656/98, que em seu art. 22²⁴⁸ estabelece a publicação das demonstrações contábeis das operadoras de planos de saúde²⁴⁹. Há, assim, a exigência de capital e índice de giro operacional mínimo, bem como de previsões técnicas e garantias financeiras, que demonstrem a viabilidade financeira da operadora²⁵⁰.

Pelo princípio da proporcionalidade, entretanto, o Estado deve impor a menor restrição possível dentre as possíveis para a finalidade pública almejada²⁵¹, assim antes da liquidação extrajudicial deve ser procedida à direção fiscal ou direção técnica das operadoras, o que permite a continuidade da atividade privada. Os regimes de direção fiscal e direção técnica são previstos pelo art. 24 da Lei nº 9656/98²⁵² e pela RDC nº 40/0000²⁵³.

²⁴⁶ 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:

- a) conteúdos e modelos assistenciais;
- b) adequação e utilização de tecnologias em saúde;
- c) direção fiscal ou técnica;
- d) liquidação extrajudicial;
- e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras;
- f) normas de aplicação de penalidades;
- g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados;

²⁴⁷ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.167.

²⁴⁸ Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (...)

²⁴⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, p. 24.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ CUNHA. *Op. cit.*, p. 171.

²⁵² Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. (...)

A regulação sobre o produto se dá tanto no aspecto normativo, com a criação de modelos e a definição dos procedimentos médicos e odontológicos existentes, quanto no aspecto executivo, com a autorização para comercialização de planos de saúde²⁵⁴.

O plano-referência, caracterizado como o mínimo de cobertura para criação de um plano de saúde, é definido pelo art. 10 da Lei nº 9656/98 e disciplinado pela Resolução de Diretoria Colegiada nº 7 de 2000²⁵⁵. A existência do plano padrão garante não só um mínimo a ser garantido pelas operadoras como ainda possibilita um padrão de comparação entre as diversas operadoras²⁵⁶ – o que diminui as assimetrias de informação entre consumidor e operadoras, facilitando uma escolha racional pelo consumidor, e induz a concorrência. Há, portanto, uma dupla finalidade na criação de um padrão de referência.

A Lei nº 9.656/98 possui ainda verdadeiro dirigismo contratual²⁵⁷, com a vedação à exclusão de cobertura de doenças e lesões preexistentes à data da contratação dos produtos, após vinte e quatro meses de vigência do contrato (art. 1º, I e §1º), bem como a obrigatoriedade de observância do plano padrão mínimo (art. 10, §2º).

O controle de autorização produtos é feito com base no art. 1, I, §1º, da Lei 9656/98, que estabelece o prévio cadastro da operadora e dos produtos art. 9º, I e II²⁵⁸.

Verifica-se, ainda, o controle referente ao aspecto preço, com o estabelecimento de um preço mínimo, previsto, por meio do registro de nota técnica atuarial, com base na definição do custo do plano, no momento do registro²⁵⁹. Não há, entretanto, um limite máximo para formação do preço inicial²⁶⁰.

Há o controle sobre reajustes apenas em relação aos contratos

²⁵³ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 171.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 74.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 72.

²⁵⁶ *Idem*.

²⁵⁷ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 233.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 236-237.

²⁵⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, p. 26.

²⁶⁰ *Idem*.

individuais²⁶¹; os reajustes nestes casos possuem um limite máximo calculado com base na média ponderada realizada pelos reajustes coletivos (que por serem em geral empresariais são livremente negociados)²⁶².

A atividade regulatória compreende funções quase-legislativas, quase-executivas e quase-judiciais, que abarcam as atividades normativas, executivas e judicantes para o exercício da atividade regulatória²⁶³. Essas atividades se relacionam ao conceito de regulação exposto por Martin Lodge²⁶⁴, porquanto abrange o estabelecimento de um padrão (atividades normativas), a coleta de informações (funções executivas; mormente a fiscalização) e a modificação do comportamento dos agentes (função judicante, sobretudo pela imposição de sanções e a utilização de termos de ajustamento de conduta “TAC”).

Assim, após análise do estabelecimento de padrão, necessário analisar os aspectos de coleta de informações e modificação do comportamento dos agentes.

A obtenção de informações sobre o setor pode se dar tanto de forma direta quanto indireta²⁶⁵. A fiscalização indireta é promovida pela análise das informações prestadas pelas próprias operadoras e a comparação com a base de dados da ANS; com os índices assistenciais, econômico-financeiros e a incidência de reclamações e penalidades aplicadas²⁶⁶. A fiscalização direta, por sua vez, é realizada por meio de denúncias e representações, ou ainda através de diligências preventivas e periódicas²⁶⁷.

Verificadas irregularidades, a ANS pode instaurar processo sancionatório e aplicar multas, conforme previsão do art. 29 da lei 9.656/98 e pela RDC nº 24/0000. Vale ressaltar que a sanção pecuniária busca impedir a repetição ou continuação de ações ilegais, contudo não é possível garantir a reparação individual, que deve ser buscada pela via judicial²⁶⁸.

Há, ainda, dois institutos de regulação consensual: o termo de

²⁶¹ *Ibidem*, p. 27.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ CUNHA. *Op. cit.*, p. 73.

²⁶⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Op. cit.*, p. 23.

²⁶⁵ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, p. 31.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ *Idem*.

compromisso de ajuste de conduta (art. 29, §1º) e o termo de compromisso (art. 29-A), enquanto o primeiro pressupõe a existência de uma irregularidade, o segundo tem como finalidade aprimorar o setor, sem imputar a ocorrência de falta²⁶⁹.

.No caso de risco à sustentabilidade, a ANS pode exigir a elaboração de plano de recuperação da operadora²⁷⁰. Caso não surte resultado, seja por irregularidades graves ou não cumprimento, é possível a instauração de liquidação extrajudicial, de direção-fiscal ou ainda de direção técnica²⁷¹. Há ainda a possibilidade de alienação compulsória da carteira de beneficiários ou ainda o seu leilão para garantir a continuidade de assistência aos consumidores²⁷².

O setor de saúde suplementar é, portanto, regulado ao menos desde 2000 por uma agência reguladora independente, a ANS, que exerce um controle amplo sobre variáveis como entrada e saída no setor, preço e qualidade dos produtos oferecidos. Entretanto, ainda que tenham tido avanços, no ponto de vista de benefícios aos beneficiários, verifica-se ainda a existência de um setor que ainda carece de melhorias e encontram alto nível de insatisfação ao longo dos usuários²⁷³.

Em partes, a dificuldade do processo regulatório pode ser explicada pela própria estrutura do mercado.

Embora seja comumente concentrado, o mercado de saúde suplementar não é um monopólio: nele se verificam diversas operadoras de planos de saúde²⁷⁴, que, em certa medida, concorrem nos mercados brasileiros, sobretudo em municípios de maior nível populacional e de renda²⁷⁵.

Não obstante essa pluralidade de agentes econômicos, a existência de falhas de mercado é marcante no setor de saúde suplementar. Entre as falhas destacam-se: (i) os riscos e incertezas inerentes à saúde, que impedem o usuário de realizar um consumo racional, i.e. saber quando, onde e como será necessário utilizar serviços de saúde (ii) a ocorrência do chamado *moral hazard*, que implica no

²⁶⁹ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 209-210.

²⁷⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Op. cit.*, p. 32.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 33.

²⁷² *Ibidem*, p. 34.

²⁷³ Vide nota de rodapé 3, *retro*.

²⁷⁴ Conforme relatório da ANS, em junho de 2012 registrou-se 1.571 operadoras de plano de saúde com registro ativo no Brasil. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/anstabnet/tabcgi.exe?anstabnet/dados/TABNET_03A.DEF>. Último acesso em 30 de set de 2012.

²⁷⁵ ANDRADE, Mônica Viegas. **Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010, p.26.

encarecimento dos planos de saúde²⁷⁶; (iii) a existência de externalidades; (iv) assimetria de informações entre consumidor e fornecedor (o usuário detém em geral um conhecimento técnico-financeiro inferior ao da operadora de planos de saúde), e (v) a existência de elevadas barreiras à entrada, que dificultam o acesso de novos concorrentes ao mercado.²⁷⁷

Além das falhas já apontadas, a concorrência neste mercado ainda é dificultada pela complexidade da indústria de serviços de saúde e a crescente e desordenada incorporação de tecnologias em saúde, em geral de alta tecnologia e elevados custos²⁷⁸.

Nesse sentido, faz-se necessária não só uma atuação do Estado no papel tradicional de agente regulador, como ainda o estudo da relação entre a regulação concorrencial como forma de instrumentalização do segmento num setor produtor de saúde.

5.4 A concorrência em relação ao setor de saúde suplementar

A criação da ANS (Lei 9.961/00) e o conseqüente fortalecimento da regulação setorial sobre o mercado de saúde suplementar trouxe – inicialmente – uma redução da concorrência na medida em que reduziu o número de operadoras de planos privados de saúde. Enquanto em dezembro de 2000 existiam 2003 operadoras de planos privados de saúde médico-hospitalares no Brasil, em dezembro de 2012 esse número foi reduzido para 1121 operadoras²⁷⁹.

Essa redução ocorreu principalmente pelo cancelamento (seja voluntário ou compulsório) do registro de operadoras de saúde que não se adequaram as ondas regulatórias setoriais sobre os aspectos econômico-financeiros e técnico-assistenciais, que dentre outras coisas exigem garantias financeiras para cumprimento de suas obrigações (fundo de reserva), eliminam limites temporais e

²⁷⁶ Sobretudo quando o custo marginal ao consumidor é zero ou próximo de zero, pois incentiva o consumidor a utilizar os serviços de saúde mesmo quando desnecessário.

²⁷⁷ CASTRO, Janice Donerlles de. **Regulação em saúde**: análise de conceitos fundamentais. In: Sociológicas, Ano 4, nº 7, jan/jun. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002, p. 122-135.

²⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011, p. 44..

²⁷⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de informação da saúde suplementar**: beneficiários, operadoras e planos. Mar./2013. Rio de Janeiro: ANS, 2006, p. 34. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_sau_de_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf>. Último acesso em 28 de novembro de 2013.

financeiros sobre internações e garante à ANS o controle sobre o reajuste anual dos contratos e o cadastro de novos produtos. Embora a concorrência em si tenha diminuído com a regulação setorial, não há que se falar em prejuízos ao consumidor.

Contudo, através de uma nova onda regulatória, a ANS tem buscado equacionar a regulação setorial e o direito da concorrência para equilibrar as relações entre agentes econômicos e incentivar o desenvolvimento do setor.

Em janeiro de 2009, com o objetivo de induzir a competição do setor, a ANS publicou a resolução normativa nº 186/09. Através desta resolução houve o estabelecimento de regras para a portabilidade do tempo de carência, por parte do consumidor, entre operadoras²⁸⁰. Dessa forma, ainda que em caráter modesto, foi concedida ao usuário uma maior possibilidade de escolhas, visto que a resolução permite que o beneficiário migre para operadoras de plano de saúde que ofereçam melhores benefícios, sem sofrer a necessidade de novo prazo de carência.

Além da portabilidade de carências, a ANS procura informar o consumidor sobre a operadora com a qual está contratando. Para tanto, produz de forma periódica avaliações de qualidade sobre o setor, com a divulgação dos resultados e discriminação das operadoras²⁸¹.

Do mesmo modo, a comunicação e a troca de informações são fomentadas por meio do “disque ANS”, ferramenta gratuita e de âmbito nacional, que permite ao beneficiário tanto obter informações quanto denunciar condutas irregulares²⁸². Verifica-se, ainda, a existência do *website* com amplo acesso à legislação e às informações sobre o setor, de modo a possibilitar ao consumidor orientações sobre reajustes, índice de reclamações e comparativos de preços²⁸³.

Ao analisar a regulação sobre o setor é possível constatar três ondas regulatórias²⁸⁴. A primeira onda se refere ao aspecto econômico-financeiro do setor, e tem como finalidade garantir que as operadoras sejam capazes de cumprir suas obrigações. A segunda, por sua vez, se refere aos aspectos técnico-assistenciais, como, por exemplo, a abrangência das coberturas e a qualidade dos serviços. Por

²⁸⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009. P. 71.

²⁸¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003, p. 36-39.

²⁸² *Ibidem*, p. 37.

²⁸³ *Ibidem*, p. 39.

²⁸⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009, p. 75.

último, porém não menos importante, constata-se o estímulo à concorrência como forma de incentivo à eficiência e ao desenvolvimento do setor²⁸⁵.

Dentre as ações adotadas para incentivo à concorrência é possível citar: (i) as que buscam a diminuição das assimetrias de informação, como a realização de estudos de qualidade periódicos e a difusão dos resultados obtidos, inclusive com ranking de operadoras, por meio da avaliação do setor²⁸⁶ e, recentemente, (ii) as que buscam ampliar o poder de escolha dos consumidores, como a portabilidade de tempo de carência entre planos de saúde²⁸⁷, que permite ao usuário trocar de operadoras de planos de saúde sem a necessidade de novo prazo de carência, o que favorece a migração de consumidores para aquelas operadoras que oferecerem maiores benefícios aos seus usuários.

Essa terceira onde se demonstrada adequada, diante do necessário experimentalismo social e econômico para maturação do processo regulatório sobre o setor. Conforme bem afirma Paulo César Melo da CUNHA, a atividade regulatória deve conter a defesa da livre concorrência e do consumidor, por se tratar de princípios constitucionais da atividade econômica, previstos nos arts. 170, IV e V²⁸⁸.

Além disso, a ANS de forma indireta deve garantir a continuidade de serviços necessários à vida, que pela relevância pública se sobrepõe aos interesses meramente comerciais²⁸⁹.

Dentre os desafios, portanto, encontra-se a institucionalização dos planos de saúde no Brasil, por meio de legislação específica que define o regular funcionar do sistema e a organização do setor dentro da lógica consumerista, concorrencial e do direito à saúde²⁹⁰.

Nesse sentido, a terceira onda regulatória, baseada na indução e promoção do aspecto concorrência, ainda que em fase inicial, caracteriza uma importante ferramenta para indução de boas práticas e desenvolvimento do setor, pela opção da agência à formação de ambiente de concorrência.

²⁸⁵ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009, p. 75.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 17.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 75.

²⁸⁸ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 157.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 204.

²⁹⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009, p. 16.

6. CONCLUSÃO

O atual modelo de intervenção do Estado na economia com base em agências reguladoras e a abertura da participação privada em segmentos econômicos de interesse público decorre de um processo histórico que foi construído ao longo do século XX e culminou no florescimento do Estado-Regulador brasileiro a partir da redemocratização e o advento da Constituição de 1988²⁹¹. Não é à toa, portanto, que a Constituição Federal possui menção expressa ao papel do Estado enquanto agente regulador da economia (art. 174) e, como princípios da ordem econômica, faz-se referência expressa à livre-concorrência e à livre-iniciativa.

Com base nos estudos da teoria da regulação, verifica-se que as forças de mercado possuem um papel preponderante na definição de determinado setor econômico, a despeito do nível de intervenção despendido pelo Estado²⁹².

Nesse sentido, o fomento à concorrência, por meio da regulação, possibilita a formação de um ambiente econômico democrático, com a garantia “de uma participação de todos os agentes econômicos, que garanta a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores”²⁹³.

Não obstante os benefícios da concorrência, esta não se verifica como um fenômeno espontâneo em todos os mercados²⁹⁴; razão pela qual é necessária a criação de um ambiente concorrencial por meio da regulação.

O setor de saúde suplementar – mercado por diversas falhas de mercado – é um destes setores, em que se faz necessária a criação de um ambiente concorrencial por meio da regulação da concorrência.

Conforme já analisado, o segmento de saúde suplementar é concentrado, sobretudo em cidades não tão atrativas como de pequeno e médio porte²⁹⁵.

²⁹¹ BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 62-65.

²⁹² HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2003, 357.

²⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29.

²⁹⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. Aplicação das normas gerais de concorrência nos setores regulados. In: Ana Paula Martinez (Org.). **Temas atuais de direito de concorrência**, São Paulo: Singular, 2012, p. 368.

²⁹⁵ ANDRADE, Mônica Viegas. **Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 201, p.26.

Além disso, características próprias do setor obstam o consumo racional e tolham o processo de concorrência: como os riscos e incertezas inerentes à saúde, a existência de assimetria de informações entre consumidor e a operadora de plano de saúde, a existência de elevadas barreiras à entrada, que dificultam o acesso de novos concorrentes ao mercado²⁹⁶.

Ao analisar a regulação sobre o setor de saúde suplementar é possível averiguar a existência de três ondas regulatórias²⁹⁷. As duas primeiras se referem, respectivamente aos aspectos econômico-financeiros e técnico-assistenciais do setor, de modo a garantir tanto a sustentabilidade quanto a segurança e padronização do segmento de saúde suplementar²⁹⁸.

Ainda que algumas medidas econômico-financeiras e técnico-assistenciais possam ter corroborado para o desenvolvimento da concorrência, por exemplo, o que ocorreu com a definição de um plano padrão [permitindo a comparação entre os diferentes planos de saúde de diferentes operadoras] e a divulgação dos balanços econômicos financeiros das operadoras e índices de avaliação [possibilitando a comparação entre as operadoras de plano de saúde], o foco principal de tais medidas não era o desenvolvimento da concorrência.

A última onda regulatória, no entanto, possui como objetivo cardinal o estímulo à concorrência como forma de incentivo à eficiência e ao desenvolvimento do setor. A maior inovação ocorreu em janeiro de 2009, com a publicação da resolução normativa nº 186/09, que estabeleceu, de forma inédita, regras para a portabilidade do tempo de carência para que o consumidor possa trocar de plano de saúde, entre operadoras, sem a necessidade de novo tempo de carência.

Nesse sentido, a regulação da concorrência, possibilita a superação de desequilíbrios e o desenvolvimento do setor, por meio do conhecimento econômico prático, adquirido individualmente, através do processo de escolha entre os agentes econômicos²⁹⁹, bem como representa uma política adequada, em relação à necessária observância dos princípios da livre concorrência e do consumidor,

²⁹⁶ CASTRO, Janice Dornelles. **Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais. Sociologias**. Porto Alegre. Ano 4, n. 7. Jan/jun 2002. P. 122-135.

²⁹⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009. p. 75.

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32.

previstos nos arts. 170, IV e V³⁰⁰, assim como é condizente com a reponsabilidade do Estado pela concretização do direito à saúde (art. 196 c/c 197), e o desenvolvimento do setor privado de saúde³⁰¹.

³⁰⁰ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 157.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 90.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mônica Viegas. **Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010.

BARROSO, Paulo. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Gustavo Binembojm (Coord.). **Agências Reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-87.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e deságios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS nº 4. Rio de Janeiro: ANS, 2003.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Atenção à saúde no setor suplementar: evolução e avanços do processo regulatório**. Rio de Janeiro: ANS, 2009.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de informação da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. Mar./2013. Rio de Janeiro: ANS, 2006, p. 34. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf>. Último acesso em 28 de novembro de 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretaria de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2011.

CASTRO, Janice Donerlles de. **Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais**. In: Sociológicas, Ano 4, nº 7, jan/jun. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002, p. 122-135.

CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. Aplicação das normas gerais de concorrência nos setores regulados. In: Ana Paula Martinez (Org.). **Temas atuais de direito de concorrência**, São Paulo: Singular, 2012, p. 359-391.

FRANÇA, Philip Gil. **O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In Calixto Salomão Filho (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25-28.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. **Economics of regulation and antitrust**. 4 Ed. Cambridge, Estados Unidos da América: The MIT Press, 2005.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. *In*: Jadir Dias Proença; Patrícia Vieira da Costa; e Paula Montagner. **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006, p. 17-37.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In*: Carlos Ari Sundfeld. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99-139.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. **Informações e regulação da assistência suplementar à saúde**. Rio de Janeiro: E-Papers Serviços Editoriais, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: Carlos Ari Sundfeld (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.