



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN: 2359-5639

Universidade Federal do Paraná

ABREU, CÉLIA BARBOSA; TIBÚRCIO, DALTON ROBERT
Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares:
livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação
Revista de Investigações Constitucionais, vol. 5, núm. 2, 2018, Maio-Agosto, pp. 209-233
Universidade Federal do Paraná

DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.54197>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534057838010>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

UABEM
redalyc.org

Sistema de Informação Científica Redalyc
Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal
Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto



Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação

Mandatory offer of individual and family healthcare plans: free enterprise and fundamental right to good regulation

CÉLIA BARBOSA ABREU*

Universidade Federal Fluminense (Brasil)

celiababreu@terra.com.br

DALTON ROBERT TIBÚRCIO**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)

daltonrobert2014@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-3594-279X>

Recebido/Received: 29.07.2017 / July 29th, 2017

Aprovado/Approved: 24.10.2017 / October 24th, 2017

Resumo

O artigo analisa o dever de atuação da Agência Reguladora para corrigir a falha de mercado da coletivização do processo de compra dos planos de assistência privada à saúde. Para tanto, o texto enfrenta a questão constitucional atinente à restrição ao direito de livre iniciativa e desenvolve a categoria do direito fundamental à boa regulação. A partir da revisão bibliográfica e jurisprudencial e da análise de dados disponíveis, o artigo identifica que a atividade privada de assistência à saúde está sujeita a um regime constitucional diferenciado, por força da necessidade de prévia autorização para o seu desenvolvimento, o que viabiliza o estabelecimento da

Abstract

The article analyzes the duty of the regulatory agency to correct the market failure of the collectivization of the process of purchasing private health care plans. To do so, the text addresses the constitutional issue of restricting the right to free initiative and develops the category of the fundamental right to good regulation. Based on the bibliographical and jurisprudential review and the analysis of available data, the article identifies that the private health care activity is subject to a differentiated constitutional regime, due to the need for prior authorization for its development, which makes it feasible to establish of the obligation to offer individual and family plans. In its conclusions, the article

Como citar esse artigo/How to cite this article: ABREU, Célia Barbosa; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 209-233, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.54197.

* Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional PPGDC/UFF (Niterói-RJ, Brasil). Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, na linha de pesquisa em Direito Civil. E-mail: celiababreu@terra.com.br.

** Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil). Especialista em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Procurador Federal em atuação junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar. E-mail: daltonrobert2014@gmail.com.

obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares. Em suas conclusões, o artigo aponta que embora o regulador possua discricionariedade para escolher os meios mais adequados ao enfrentamento do problema, a persistência do quadro de desequilíbrio na oferta dos tipos de planos de saúde exige uma atuação clara e motivada da Agência Reguladora, na busca por garantir o direito à livre escolha do consumidor, assegurado pelo direito fundamental à boa regulação.

points out that although the regulator has the discretion to choose the most adequate means to face the problem, the persistence of the disequilibrium in the supply of types of health plans requires a clear and motivated action of the Regulatory Agency in the search for guaranteeing the right to free choice of the consumer, guaranteed by the fundamental right to good regulation.

Palavras-chave: saúde suplementar; ordem econômica; boa regulação; livre iniciativa; contratação individual.

Keywords: supplementary health; economic order; good regulation; free initiative; individual contracting.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O direito fundamental à boa regulação; 3. Os serviços de assistência privada à saúde; 4. A técnica da autorização de funcionamento como meio de atuação do regulador frente à dificuldade de acesso aos serviços de saúde suplementar; 5. A restrição ao direito fundamental à livre iniciativa; 6. Discricionariedade regulatória e o seu controle; 7. Conclusões; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito fundamental à saúde é efetivado pela prestação de serviços públicos pelo Sistema Único de Saúde e também por meio do oferecimento de serviços privados de assistência à saúde pelo mercado privado de saúde suplementar.

O mercado brasileiro de planos de assistência privada à saúde tem apresentado uma discrepante predominância de contratos coletivos. A doutrina especializada denomina esse fenômeno de “coletivização do processo de compra de planos de saúde”¹. Os Dados Consolidados da Saúde Suplementar², elaborados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, atualizados em 12 de maio de 2017, apontam a seguinte gradação no número de beneficiários de planos de assistência médica por tipo de contratação do plano, no período entre março de 2000 e março de 2017: (i) planos coletivos empresariais: de 6,1 para 31,6 milhões de beneficiários; (ii) planos individuais ou familiares: de 4,7 para 9,3 milhões de beneficiários; (iii) planos coletivos por adesão: de 3,0 para 6,5 milhões de beneficiários. Somando-se os beneficiários dos planos coletivos empresariais com os dos coletivos por adesão, chega-se em março de 2017 ao quantitativo de 38,1 milhões de beneficiários, em confronto com os 9,3 milhões de beneficiários dos planos individuais e familiares.

¹ SANTOS, Fausto Pereira dos. **A Regulação Pública da Saúde no Brasil**: o caso da Saúde Suplementar. Campinas, 2006. 227f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas. p. 169.

² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

A análise dos dados ano a ano indica que há uma acentuada diferença entre a taxa de crescimento de beneficiários dos planos coletivos empresariais, de um lado, e a taxa de crescimento dos planos individuais e familiares e coletivos por adesão, de outro lado. É certo que os Dados Consolidados da Saúde Suplementar dizem respeito ao quantitativo de beneficiários, ou seja, se referem aos contratos já celebrados. De toda forma, a acentuada diferença na taxa de crescimento³ de beneficiários conforme o tipo de contratação é um forte indicativo da existência de um provável problema na oferta de planos individuais e familiares.

A forma de contratação coletiva exige a intermediação de uma pessoa jurídica contratante, diferentemente da oferta individual e familiar, em que o consumidor estabelece o seu vínculo contratual diretamente com a operadora de planos de saúde. Assim, o processo de “coletivização” da compra dos serviços privados de assistência à saúde tem restringindo o direito de livre escolha do consumidor quanto às formas de contratação desses serviços de relevância pública.

O presente artigo pressupõe, para fins argumentativos, a premissa fática da existência ou de um prognóstico de desequilíbrio na oferta de planos individuais e familiares, com a finalidade de avançar na investigação quanto à possibilidade e os meios de atuação da Agência Reguladora frente a este problema. Em síntese, o artigo pretende responder as seguintes indagações: a Agência Nacional de Saúde Suplementar pode instituir a obrigatoriedade de comercialização do plano individual e familiar por ato infralegal, mesmo não havendo essa obrigatoriedade expressa na Lei nº 9.656/98? Isso viola a livre iniciativa?

Após desenvolvermos a categoria do direito fundamental à boa regulação, pretendemos demonstrar que o direito à livre iniciativa não impede que a Agência Reguladora, após a constatação da ineficiência dos meios indutivos de solução da falha de mercado, adote a medida mais gravosa de instituição da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares, como forma de correção do processo de coletivização da contratação de planos de saúde, mesmo diante da ausência da previsão expressa dessa obrigatoriedade na Lei que rege a atividade de operação de planos de saúde.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA REGULAÇÃO

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu no ano 2000, consagrou, em seu art. 41, o direito fundamental à boa

³ Os Dados Consolidados da Saúde Suplementar apontam que somente a partir de março de 2015 a taxa de crescimento do número de beneficiários se inverteu, refletindo os efeitos da crise econômica no mercado de saúde suplementar. A queda no número de beneficiários se fez sentir em todas as formas de contratação, mas foi maior nos beneficiários dos contratos coletivos empresariais, os quais estão mais sujeitos à variação da taxa de emprego formal.

administração. A doutrina nacional⁴ reconhece a existência do referido direito fundamental, a partir das normas constitucionais que regem a Administração Pública. O direito fundamental à boa administração pode ser entendido como o direito à Administração Pública “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”⁵. Em síntese: “boa administração é aquela que sempre atua a serviço objetivo do interesse geral”⁶.

O reconhecimento da existência do direito fundamental ao bom governo representa uma mudança de prisma do Direito Administrativo, que deixa de estar centrado nas prerrogativas da autoridade pública e passa a ter a pessoa, o ser humano, como objeto central. A ótica da impessoalidade, da eficiência, da motivação, da finalidade e da publicidade revela a perspectiva da Administração; já o reconhecimento do direito fundamental à boa administração é uma visão com centralidade na posição jurídica do cidadão: o cidadão tem um direito básico fundamental a que a Administração sirva com objetividade o interesse geral. Chevallier denomina esse fenômeno de *ciudadania administrativa*⁷.

A partir dessa noção, propomos pensar o reconhecimento de um direito fundamental à boa *regulação*.

Especialmente após o processo de liberalização econômica, com a quebra de monopólios e privatização, ocorrida tanto na Europa quanto na América Latina, na década de 1990, a intervenção estatal direta é substituída pela técnica da supervisão da atividade dos particulares, em um ambiente de abertura ao investimento privado. A delegação de serviços públicos a particulares e a qualificação de atividades econômicas privadas como de interesse público assumem especial importância para o atendimento às necessidades coletivas dos cidadãos. Nesse contexto, a boa governança se confunde com a boa regulação, como meio para a fruição de outros direitos fundamentais: o direito à saúde, o direito à educação, o direito à locomoção, o direito ao meio ambiente sadio etc.

Entendemos por regulação uma das atividades próprias da função administrativa⁸, que se caracteriza pela intencionalidade do Estado em intervir de forma indireta

⁴ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 28-30; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011; FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

⁵ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 21.

⁶ RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 136.

⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 263-264.

⁸ As atividades próprias da função administrativa são o serviço público, o fomento, a polícia administrativa, a intervenção na propriedade e a regulação.

no cenário econômico, ordenando o comportamento dos agentes privados em prol de interesses coletivos, corrigindo falhas de mercado e buscando a eficiência econômica. Regulação é um conceito fluido, de difícil formulação abstrata, mas que se concretiza pelo uso: a edição de normas legais e infralegais para condicionar os agentes econômicos, a autorização e a fiscalização do exercício de atividades privadas, a adjudicação de direitos individuais por meio do julgamento de demandas envolvendo prestadores de serviços e usuários, tudo isso realizado na busca do objetivo mais amplo de levar o sistema econômico a um estado ideal de equilíbrio e eficiência⁹.

O direito fundamental à boa regulação propõe perceber a dimensão instrumental tanto da Administração Pública como também da exploração das atividades econômicas, na medida em que são instrumentos de promoção das potencialidades humanas. O direito fundamental à boa regulação combate tanto a lógica do poder pelo poder como o fundamentalismo econômico¹⁰.

A instrumentalidade da Administração Pública impõe que o regulador esteja atento à correção das falhas do mercado e também em “neutralizar os males do voluntarismo governamental ou do omissivismo, com os riscos inerentes de captura em ambos os casos”¹¹. A boa regulação deve estar atenta também às falhas de governo, evitando-se a asfixia regulatória pelo excesso de normas e o paternalismo estatal que reduza significativamente a autonomia individual¹².

Por sua vez, a determinação do conteúdo normativo da ordem econômica revela a instrumentalidade da exploração das atividades econômicas. A Constituição Econômica não é autônoma, pois ela “só ganha sentido se embutida dentro da Constituição em sentido amplo, em função da qual se torna inteligível e compreensível”¹³. Não há, portanto, ordem econômica desprendida e independente das demais normas constitucionais e também das normas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. A ordem econômica, a partir de um viés humanista, deve ser entendida como “o adensamento dos direitos humanos na regência da ordem jurídica da economia”¹⁴. Assim, o direito econômico deve ser visto

⁹ Sobre a formulação de um conceito de regulação, cf. SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 26-33.

¹⁰ Cf. RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 137.

¹¹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 146.

¹² Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 139-140.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: constituição financeira, econômica e social. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 331.

¹⁴ MATSUSHITA, Thiago. Verificação da atividade privada na ordem econômica constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 14, v. 56. p. 290-291, out./dez. 2013.

como “um direito difuso, que busca atender a dignidade planetária, sendo a atividade econômica privada mais um instrumento para o alcance deste objetivo, enquanto a coletividade se encontra inserida numa ordem econômica capitalista”¹⁵.

Boa regulação, portanto, rejeita a crença de que a economia de mercado corrige a si mesma de forma suficiente. Essa é uma leitura fundamentalista da livre iniciativa. Não negamos a existência de grande divergência, mesmo na literatura econômica especializada, quanto ao grau desejável de intervenção estatal na economia. Basta citar a controvérsia entre economistas como Minisky¹⁶, continuadores do pensamento de Keynes¹⁷, que defendem um relevante papel dos gastos públicos e da regulação do mercado financeiro para o desenvolvimento do capitalismo e o combate às suas crises, em confronto com as posições dos pensadores neoliberais, como Friedman¹⁸, que criticam a expansão estatal sobre a economia e a regulação minuciosa sobre os bancos. No entanto, fato é que um modelo de *capitalismo irrestrito* não passa de uma visão ingênua do liberalismo, há muito abandonada: “o sistema do *laissez-faire* há muito tempo que desapareceu da face da terra”¹⁹. Sunstein ressalta que o livre mercado, no fundo, não passa de um mito, uma vez que sua operacionalidade sempre dependerá da normatização jurídica, ao menos para definir o sistema de propriedade e os contornos da liberdade contratual, pelo que devemos entender o mercado como uma construção jurídica e assim avaliá-lo segundo a sua aptidão para promover os interesses humanos e não como um elemento da ordem natural das coisas²⁰.

A regulação está longe de significar uma menor presença do Estado na vida econômica. A substituição da intervenção direta pela via regulatória é acompanhada da ampliação do controle e da fiscalização estatal sobre a iniciativa privada, que sofre um processo de publicização: “os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos de realização dos fins públicos específicos”²¹. Embora o dever do Estado de realizar políticas públicas não seja transferido ao particular, a boa regulação busca o equilíbrio ótimo entre de um lado a garantia da viabilidade econômica da atividade e de outro lado a promoção dos fins de interesse público na exploração privada da atividade.

¹⁵ MATSUSHITA, Thiago. Verificação da atividade privada na ordem econômica constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 14, v. 56. p. 290-291, out./dez. 2013.

¹⁶ MINISKY, Hyman. A hipótese da instabilidade financeira. **Oikos**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2. p. 314-320, dez. 2009.

¹⁷ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

¹⁸ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

¹⁹ POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo 2. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987. p. 147.

²⁰ Cf. SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1997. p. 5.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 30.

A complexidade da vida em sociedade impõe o dever de intervenção estatal nas relações econômicas privadas, a fim de controlar os efeitos colaterais não desejados das decisões de produção e consumo. Essa realidade, que já era válida no contexto de privatização de serviços públicos, adquire maior evidência no campo da regulação da saúde, em que as falhas de mercado, os interesses coletivos, os critérios de justiça social e de equidade de acesso ao serviço evidenciam a necessidade da firme atuação regulatória estatal²².

Dessa forma, embora os agentes públicos devam avaliar de maneira cuidadosa os efeitos de suas ações regulatórias, também uma postura de abstenção (omissiva) pode resultar em grandes estragos aos interesses gerais²³. A omissão pode ser uma escolha regulatória legítima. No entanto, da mesma forma que a ação, a omissão precisa ser motivada e justificada de forma razoável. O direito fundamental à boa regulação rejeita tanto uma postura omissiva baseada em uma falsa neutralidade, quanto uma postura excessivamente invasiva e aniquiladora da autonomia básica dos agentes econômicos.

A boa regulação exige que se assegure o direito do usuário a serviços públicos e de interesse geral de qualidade e o direito de escolha dos serviços de interesse geral de sua preferência²⁴. Para tanto, o regulador deve enfrentar eventuais falhas de mercado que restrinjam o acesso dos consumidores a serviços de interesse público, fornecidos pela iniciativa privada.

3. OS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

No Brasil, a iniciativa privada atua na assistência à saúde de distintas formas. Profissionais liberais exercem a medicina privada. Hospitais e clínicas privadas complementam os serviços públicos do Sistema Único de Saúde, por meio de contratos ou convênios administrativos celebrados nos termos da Lei nº 8.080/90. Por fim, seguradoras e outras sociedades mercantis, entidades de autogestão, entidades filantrópicas e cooperativas médicas ou odontológicas operam ou comercializam planos privados de assistência à saúde, regidos pela Lei nº 9.656/98, constituindo o mercado de saúde suplementar. Entre nós, o direito fundamental à saúde é assegurado tanto pelo acesso ao mercado privado de saúde suplementar como pela prestação de serviço público pelo Sistema Único de Saúde, nos termos do sistema eleito pela Constituição brasileira de 1988.

²² Cf. PÓ, Marcos. Institucionalidade e desafios da regulação na área de saúde no Brasil. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (org.). **Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 243-266.

²³ Cf. FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 147.

²⁴ Cf. RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 173.

Os contratos de assistência à saúde “representam interesses sociais, pois regulam as relações entre a iniciativa privada e a sociedade, dispondo sobre direitos zelados pela Constituição Federal nos dispositivos que têm por escopo garantir valores sociais fundamentais”²⁵. A intervenção do Estado sobre a atividade de assistência suplementar à saúde, portanto, tem por fundamento a garantia dos valores sociais consagrados na Constituição e deve atender aos parâmetros do Direito Constitucional Econômico de viés humanista.

Os serviços privados de saúde e de educação são atividades que desafiam as classificações estabelecidas pelo Direito Econômico. A dificuldade decorre do tratamento constitucional a elas reservado, que eleva a saúde e a educação à categoria de direitos sociais, prevendo que essas atividades sejam prestadas pelo Estado e ao mesmo tempo permite que sejam desenvolvidas pela iniciativa privada. Há autores que postulam que essas atividades sejam compreendidas como serviços públicos compartilhados, de modo que se exploradas pelos particulares, “seriam serviços públicos impróprios ou, melhor dizendo, atividades econômicas de interesse geral [...], e quando exploradas pelo Poder Público seriam serviços públicos *tout court*, ressalvada a peculiaridade de não corresponderem a uma reserva da titularidade estatal”²⁶. Outros autores, por sua vez, sustentam que as referidas atividades são serviços públicos, embora não privatizados do Estado, uma vez que a Constituição, ao dispor que essas atividades são livres à iniciativa privada, admitiria a prestação pelo setor privado independente de concessão ou permissão, afastando a incidência do art. 175 para a saúde e a educação²⁷. De acordo com essa segunda visão, a prestação de serviços de saúde e educação por particulares seria, portanto, hipótese de serviço público mediante autorização.

Essa controvérsia chegou se manifestar, de forma lateral, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no debate entre os ministros Eros Grau e Ayres Britto, por ocasião do julgamento da ADI nº 1646, em 02 de agosto de 2006, que tinha por objeto o questionamento de lei do estado de Pernambuco que dispunha sobre o cumprimento de normas obrigacionais no atendimento médico-hospitalar por prestadores de saúde. O Ministro Ayres Britto afirmou que “a própria Constituição qualifica às expressas essas atividades como de relevância pública. Uma coisa é serviço público propriamente dito, outra é uma atividade de relevância pública como são, parece-me, as ações e os serviços de saúde”. Já o Ministro Eros Grau reafirmou sua posição doutrinária, defendendo

²⁵ LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flávia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In.: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 105.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 175.

²⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 120.

que “Não posso imaginar algo que seja e ao mesmo tempo não seja uma determinada coisa: uma atividade que seja considerada serviço público, quando prestada pelo Estado, e não seja, quando prestada pelo particular”.

Adotamos, no presente artigo, o entendimento de que os serviços de assistência privada à saúde são atividades privadas de interesse público, não se confundindo, portanto, com serviços públicos. As atividades privadas de interesse público, sujeitas à autorização ordenadora, são de titularidade dos particulares, enquanto que os serviços públicos delegados aos particulares, mediante concessão, permissão ou autorização, são de titularidade do Estado. Há, portanto, ao menos a co-titularidade dos serviços de saúde e educação entre o Estado e os particulares. Ademais, as atividades privadas de interesse público estão, de regra, sujeitas à concorrência e à liberdade de mercado, muito embora sob forte regulação estatal, enquanto que nos serviços públicos delegados a competição não é a regra²⁸. É verdade, porém, que a doutrina tem destacado que “a oposição radical entre *atividades privadas* e *serviços públicos* vem se relativizando com o tempo, na medida em que vão se assemelhando, em muitos casos, as regulações incidentes sobre aquelas e sobre estes”²⁹.

O conceito de atividades econômicas privadas de interesse público aproxima-se da noção de serviços de interesse econômico geral, introduzida no contexto de quebra dos monopólios estatais na Europa na década de 1990, em que se buscou “dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, sobretudo mediante a inserção da concorrência nestas atividades”³⁰. No entanto, no caso brasileiro há considerável controvérsia doutrinária na interpretação do art. 21, XI e XII da Constituição, em definir se a norma constitucional, ao prever hipótese de autorização para a prestação de determinados serviços, teria verdadeiramente desqualificado a atividade como serviço público - situação em que se poderia cogitar de um serviço de interesse econômico geral³¹. De toda forma, deve-se ter em vista que nas atividades econômicas privadas de interesse público a autorização não é forma de delegação de serviço público e sim meio de liberação do exercício da atividade já de titularidade do particular.

Observemos que a atuação do Estado sobre a economia, por meio da adoção de medidas de polícia sobre os agentes privados remonta ao início da formulação jurídica do princípio da liberdade econômica. Historicamente, desde o século XVIII, o direito de

²⁸ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 151-152.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 23.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 216.

³¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **O direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 214-227; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 58-70.

liberdade econômica jamais foi consignado em termos absolutos, pois medidas de polícia sempre foram impostas, mesmo quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações³². Essa forma de atuação do Estado, por meio de um poder de polícia de imposição de obrigações negativas (de não fazer), corresponde à noção clássica do Estado Liberal do século XIX. Ocorre que “a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas”³³.

Assim, além de submeterem-se à fiscalização típica do poder de polícia tradicional, que tem por objetivo evitar que o particular viole o interesse público em geral ou prejudique direito de terceiros, as atividades privadas de interesse público submetem-se à intervenção ordenadora do Estado, por meio do exercício do poder de polícia que seja “funcionalizado em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão”³⁴.

4. A TÉCNICA DA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO COMO MEIO DE ATUAÇÃO DO REGULADOR FRENTE À DIFICULDADE DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Para a adequada compreensão do problema analisado, vejamos que os produtos de planos de saúde, quanto ao regime ou ao tipo de contratação, são classificados em: (i) individual ou familiar; (ii) coletivo empresarial; e (iii) coletivo por adesão (Lei nº 9.656/98, art. 16, VII e art. 19, § 2º, V).

O plano individual/familiar é aquele em que a contratação ocorre diretamente entre a operadora e o beneficiário. Nos termos do art. 3º da RN-ANS nº 195/2009, “plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada *para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar*”. Já no plano coletivo, seja o empresarial ou o por adesão, o tipo da contratação exige a intermediação de uma pessoa jurídica, seja o empregador ou outra pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que mantenha vínculo com a população a ser atendida pelo plano coletivo. Nos contratos coletivos, a contratação se dá entre a operadora e a pessoa jurídica, seja diretamente ou com a participação de administradora de benefício (RN-ANS nº 195/2009, art. 23).

³² Cf. GRAU, Eros Roberto. Comentários ao art. 170, *caput*. In.: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1792.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 26.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 36.

Além da forma da contratação, os planos individual/familiar e coletivo empresarial ou por adesão, diferem em relação ao regime jurídico, especialmente no que toca: (i) à cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, em caso de doenças ou lesões preexistentes, admitida apenas para o individual/familiar e para o coletivo por adesão, assim como para o coletivo empresarial com número de participantes inferior a 30 beneficiários (RN-ANS nº 195/2009, art. 4º, 7º, 12); (ii) à possibilidade de rescisão unilateral, admitida apenas para o coletivo empresarial e por adesão, mesmo sem o cumprimento dos requisitos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98 e desde que prevista no contrato e que a rescisão se opere em relação ao contrato como um todo (art. 17, parágrafo único da RN-ANS nº 195/2009); (iii) e à necessidade de prévia aprovação da ANS para o reajuste das contraprestações pecuniárias, prevista na Lei nº 9.656/98 apenas para o individual/familiar (art. 35-E, § 2º)³⁵.

A diferença de regimes instituída pela Lei nº 9.656/98 funcionou como um desincentivo à comercialização dos planos individuais e familiares. A coletivização do processo de compra de planos de saúde, assim, além de restringir o direito de livre escolha dos consumidores quanto à forma de acesso aos serviços de assistência privada à saúde, leva ao esvaziamento das garantias legais para os planos individuais e familiares: do que adiantam as proteções legais conferidas aos planos individuais se os consumidores não têm acesso à contratação individual?

O desequilíbrio de oferta de planos individuais e familiares é um problema regulatório. Devemos, portanto, verificar quais os meios disponíveis à Agência Reguladora para corrigi-lo. Especificamente, devemos analisar a possibilidade de a Agência, por norma regulatória, estabelecer a obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares como forma de correção do processo de coletivização da contratação de planos de saúde.

Nesse ponto, vejamos que diante da ausência de indicação explícita na Lei da obrigatoriedade de oferta da contratação individual e familiar, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ao exercer sua capacidade normativa de conjuntura, entendeu que as condições mercadológicas admitiam uma maximização da liberdade de empresa, optando por permitir o registro de produto apenas na modalidade de contratação coletiva. A estratégia regulatória utilizada, até o momento, tem sido a de aguardar que o próprio mercado corrija a escassez de oferta. No entanto, a alteração do quadro mercadológico pode ensejar uma mudança de política regulatória, de forma a que a Agência Reguladora reavalie a necessidade de imposição da obrigatoriedade de comercialização de planos individuais e familiares.

³⁵ A diferenciação de regimes jurídicos entre planos coletivos e individuais/familiares decorre das garantias mínimas conferidas pelo legislador. No entanto, não pretendemos analisar, no presente artigo, a possibilidade de que a Agência Reguladora amplie, por ato infralegal, as garantias dos consumidores dos planos coletivos.

A Lei nº 9.656/98 não estabelece explicitamente a obrigatoriedade de comercialização de planos individuais e familiares, o que não exclui, a princípio, a possibilidade de construção, a partir do texto normativo, de uma norma implícita nesse sentido. Para essa construção de sentido, o intérprete deve observar que os direitos dos consumidores são resguardados de forma mais intensa no plano individual e familiar, o que torna esse tipo de produto menos atrativo para as operadoras. Assim, não é adequado entender que a Lei, ao regular a atividade de operação de planos de assistência privada à saúde, tenha a intenção de permitir que as operadoras livremente decidam se ofertarão ou não o plano individual e familiar. Por outro lado, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 10, § 2º, ao dispor sobre a obrigatoriedade de oferta do plano-referência, faz suscitar considerável dúvida hermenêutica quanto à obrigatoriedade de comercialização do plano individual³⁶.

Ainda que se entenda que a Lei nº 9.656/98 nada definiu sobre a obrigatoriedade de oferta de produtos quanto à forma de comercialização, observemos que a Lei nº 9.961/2000 conferiu poder normativo à ANS para estabelecer normas para a concessão, manutenção e cancelamento do registro dos produtos a serem comercializados.

A operação de planos privados de assistência à saúde, mesmo sendo uma atividade econômica privada, consiste em uma exceção à liberdade de empresa, uma vez que sua exploração depende de prévia autorização, conforme estabelecido pela Lei nº 9.656/98, com base na restrição legislativa explícita prevista no parágrafo único do art. 170 da Constituição, que dispõe: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei*”. A autorização para o exercício da atividade consiste no instrumento jurídico pelo qual o órgão regulador efetua o controle do ingresso no segmento regulado e mantém o contínuo acompanhamento da atividade, para ordená-la de acordo com os interesses públicos a serem atendidos.

A transposição da técnica da autorização para o campo das atividades econômicas produziu uma crise conceitual do instituto que evoluiu para a distinção entre, de um lado, a autorização simples (em que se exerce meramente uma função de fiscalização) e a autorização por operação (em que a relação entre o poder público e o autorizatário é episódica, sem a criação de nenhum vínculo estável entre eles) e, de outro lado, a *autorização operativa* ou *de funcionamento*, em que a finalidade de tutela do interesse público impõe a vinculação permanente com a administração, “admitindo-se [...] a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo,

³⁶ A possibilidade de extrair da obrigatoriedade da comercialização do plano-referência também a obrigatoriedade implícita de comercialização de planos individuais demanda outros estudos, que excedem o objeto do presente artigo. De toda forma, independente de uma análise exploratória das possibilidades interpretativas da Lei nº 9.656/98 sobre o tema, a Agência Reguladora pode atuar para corrigir eventuais falhas de mercado, por meio de suas competências regulatórias conferidas pela Lei nº 9.961/2000.

constantemente, à dita finalidade, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida”³⁷. A autorização operativa “possibilita ao particular o exercício da atividade [e] investe o Poder Público de uma série de poderes de direção sobre a atividade sem que a titularize”³⁸.

A autorização de funcionamento incide sobre atividades próprias dos particulares, mas sobre as quais existe uma proibição geral prévia de exercício, de maneira que “antes da expedição do ato o particular não tem como exercer a atividade visada”³⁹. Vale dizer, “a autorização é o título jurídico habilitante do exercício de um direito do particular, o título que outorga uma legitimação à atuação do particular”⁴⁰. Para as atividades sujeitas à prévia autorização dos órgãos públicos somente a autorização “reintegra o direito individual no estado de liberdade, [pois ela é] essencial para transformar o direito potencialmente válido em uma situação jurídica plenamente eficaz”⁴¹. A autorização de funcionamento, portanto, é o título jurídico que habilita o particular ao exercício lícito da atividade e que confere à Administração os poderes para o controle permanente sobre o desenvolvimento da atividade.

No caso da operação de planos de saúde, estão sujeitas à prévia autorização tanto o funcionamento da operadora quanto o registro dos produtos a serem comercializados (Lei nº 9.961/2000, art. 4º, XVI). Assim, não é correto supor que na ausência de expressa determinação legal impondo a obrigatoriedade de comercialização de determinados produtos haveria a plena liberdade das operadoras em escolher a forma de comercialização. No campo das atividades reguladas, a autorização é o ato que reintegra o direito individual ao estado de liberdade, pois somente ela é capaz dar eficácia jurídica plena a um direito antes apenas potencialmente válido⁴².

Por sua vez, a lei pode conferir ao órgão administrativo os poderes para “baixar normas regulando as atividades do mercado [e para] permitir, na medida do interesse público, que [...] o direito potencial se torne atual”⁴³. Dessa forma, a lei pode legitimamente delegar à autoridade administrativa a missão de estabelecer os requisitos técnicos necessários ao exercício da atividade econômica, ao definir os critérios

³⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 165-166.

³⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 148.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **O direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 206.

⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 121.

⁴¹ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1234-1235.

⁴² Cf. TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1234/1235

⁴³ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1235-1236.

para a concessão e manutenção da autorização de funcionamento e de registro de produtos.

Concluimos que a obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares pode ser estabelecida pela Agência como condição para a autorização e a manutenção do registro de produtos. O estabelecimento desse requisito é manifestação da regulação sobre a atividade privada de interesse público, sujeita à prévia autorização e à contínua fiscalização e direção da Agência, para que a sua exploração atenda às finalidades de interesse geral, definidas pelos princípios constitucionais, pelas leis setoriais (Leis nº 9.656/98 e 9.961/00), pelas diretrizes governamentais e pela política regulatória desenvolvida pela própria Agência. Analisemos, agora, como essa competência regulatória se adequa ao princípio da livre iniciativa.

5. A RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA

Apenas uma doutrina abrangente de maximização da livre iniciativa e de mínima intervenção do Estado sobre a economia justifica a exigência de uma geral e absoluta reserva de lei para a fixação de todas as obrigações dos agentes econômicos.

A Constituição de 1988, ao consagrar a livre iniciativa como um dos vetores da ordem econômica - ao lado da valorização do trabalho humano; da soberania nacional; da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre concorrência; da defesa do consumidor; da defesa do meio ambiente; da redução das desigualdades regionais e sociais; da busca do pleno emprego; do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País -, não superou o *fato do pluralismo*, isto é, a característica inerente às sociedades democráticas da existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes⁴⁴. Assim, o princípio constitucional da legalidade deve ser concretizado por meio da linguagem da razão pública, isto é, pela utilização de argumentos que possam ser razoavelmente aceitos pelos demais cidadãos, independente de suas convicções abrangentes⁴⁵ (o filtro da reciprocidade⁴⁶).

Essa não é uma tarefa simples, tendo em vista que “a democracia exige um ‘consenso conflituoso’: consenso sobre os valores ético-políticos de liberdade e igualdade para todos, e dissenso a respeito da interpretação desses valores”⁴⁷. A construção de consensos racionais, portanto, esbarra na dimensão antagonística constitutiva do político, uma vez que “o direito, a política e a democracia são dramáticos e qualquer

⁴⁴ Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 522.

⁴⁵ Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 250 ss.

⁴⁶ Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 149.

⁴⁷ MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 121.

tentativa de eliminar os conflitos, as ambiguidades, os paradoxos e as aporias que lhes constituem sacrificar-lhes-ia totalmente⁴⁸.

A ordem econômica não é um conceito metafísico, cujo conteúdo possa ser acessado em um ambiente não conflituoso. Anota doutrina que “o que a Constituição garante é a livre iniciativa como fórmula genérica, mas seus espaços de construção de abrangência são necessariamente polêmicos, e, portanto, políticos”⁴⁹. Recordemos que “nos sistemas políticos democráticos estáveis, em geral, o quadro partidário é estruturado em função da maneira pela qual cada corrente vê a intervenção do Estado em matéria econômica”⁵⁰. Dessa forma, exceto quando essas visões político-partidárias possam colocar em risco as bases democráticas, o direito de participação política, devemos ser deferentes com as escolhas das majorias na definição dos rumos da ordenação da economia, por força do respeito ao direito ao autogoverno e à igual dignidade política dos cidadãos.

O intérprete não deve extrair do princípio da livre iniciativa regras jurídicas consagradoras de visões de mundo próprias de uma dada corrente política e filosófica abrangente, por meio de uma leitura excessivamente abstrata e fundamentalista da ordem econômica⁵¹. Uma correta leitura da Constituição - que não seja uma mera derivação de uma específica doutrina abrangente, como exige a razão pública -, deve reconhecer que a dependência da lei para a atuação da Administração admite graduações, que são fixadas pelo próprio legislador⁵².

A exacerbação do princípio da legalidade, sob o argumento de proteção à livre iniciativa, significaria, em essência, a negação do poder normativo da Agência Reguladora. No entanto, é inegável que a ANS, no exercício de sua capacidade normativa, fixa obrigações aos agentes regulados que embora tenham *base na Lei*, não estão inteiramente *previstas na Lei*. São exemplos dessa atuação: a elaboração do rol de procedimentos, a instituição da portabilidade de carências, o esclarecimento dos requisitos

⁴⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 351.

⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 173.

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: constituição financeira, econômica e social. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 349.

⁵¹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 166-167.

⁵² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 157/160.

para o exercício do direito de permanência no Plano de Saúde coletivo empresarial por aposentados e demitidos (art. 30 e 31 da Lei nº 9.656/98), a definição dos critérios para a comercialização dos contratos coletivos etc.

A restrição ao direito fundamental à livre iniciativa exige base legal, mas não significa que todas as obrigações impostas às operadoras sejam taxativamente previstas em lei. A remissão às normas infralegais, por meio da atribuição de competência normativa às Agências, também é uma das formas de se atender ao princípio da legalidade⁵³. Para que o exercício dessa competência seja compatível com o Estado Democrático de Direito é exigido, apenas, que exista uma densidade normativa mínima das leis delegantes do poder normativo à Administração Pública⁵⁴.

Por outro lado, a necessidade de detalhamento e de interpretação das normas legais pode ser o fundamento para o exercício da competência normativa. Em tema de regulação das atividades econômicas, em que o legislador intencionalmente se vale de uma linguagem mais lacunosa e finalística⁵⁵, os eventuais espaços vazios da Lei devem ser entendidos como um campo legítimo para a atuação integradora da Administração. Assim, por exemplo, a incompletude da Lei 9.656/98, ao dispor no art. 10, § 2º e no art. 12, § 2º sobre a obrigatoriedade de oferta do plano-referência sem esclarecer a modalidade da contratação abrangida por esta obrigatoriedade deve ser compreendida como uma intencional abertura à atuação normativa complementar da ANS sobre a matéria.

A Lei nº 9.656/98, em seu art. 10 e 12, estabelece a obrigatoriedade de oferta do plano-referência e assegura às operadoras a faculdade de oferta de plano ambulatorial, plano hospitalar, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico. No entanto, a Lei 9.656/98 não prevê o direito das operadoras de escolher o tipo da contratação que irão comercializar. A Lei apenas enuncia os tipos de contratação (art. 16, VII e art. 19, § 3º, V), mas não estipula – diferentemente do que faz no art. 12 – a *faculdade de oferta* de planos individual e familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão. Não há na Lei nº 9.656/98 qualquer dispositivo que assegure o direito das operadoras de ofertar apenas planos coletivos. Essa possibilidade é estabelecida pelas atuais regras editadas pela Agência Reguladora sobre as condições para o registro de produtos, estando, portanto, sujeita à reavaliação de sua conveniência em face dos interesses regulatórios.

A Lei não predefiniu o tipo da contratação a ser obrigatoriamente ofertado porque esse é um assunto afeto à análise regulatória e ao poder normativo da Agência.

⁵³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127/128.

⁵⁴ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236. p. 51-64, abr./jun. 2004.

⁵⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 409.

Essa abertura à complementação infralegal decorre da necessidade de predomínio de escolhas técnicas, que avaliem de forma periódica, geográfica, quantitativa e qualitativamente a necessidade de oferta dos produtos nas modalidades previstas no inciso VII do art. 16 da Lei nº 9.656/98.

A possibilidade de fixação de um requisito para o exercício da atividade, que resulte na imposição de uma obrigação positiva aos agentes regulados - no caso, a oferta de planos individuais e familiares - é fruto da ordenação da atividade sujeita ao dirigismo do Poder Público, em consonância com os aspectos administrativos e normativos da função regulatória. Essa atuação ordenadora é típica da regulação das atividades privadas de interesse público, que se sujeitam à autorização prévia e ao constante acompanhamento do Poder Público. Vemos, assim, que a regulação levou à superação da clássica doutrina liberal, que sustenta a atuação mínima do Estado, baseada no poder de polícia meramente negativo, em favor de uma ordenação positiva da atividade econômica⁵⁶.

6. DISCRICIONARIEDADE REGULATÓRIA E O SEU CONTROLE

Vimos que a Agência Reguladora tem meios para obrigar a comercialização de planos individuais e familiares, não se sustentando a alegação de que a instituição desse dever por norma infralegal seria inconstitucional por ofender a livre iniciativa. No entanto, consoante destaca Juarez Freitas, uma regulação constitucionalmente orientada deve buscar o ponto ótimo entre indução e controle, uma vez que “não se mostra suficiente operar com simples alertas, tampouco se afigura correto apostar demais no comando e controle, salvo como último recurso de contenção”⁵⁷. A imposição da obrigatoriedade de comercialização é uma medida fortemente interventiva sobre a liberdade negocial, que se justifica apenas quando outros meios menos invasivos se mostrarem insuficientes para solucionar o problema na oferta de planos individuais e familiares. Assim, a medida mais gravosa é legítima quando se mostrar indispensável a assegurar que a exploração da atividade econômica seja compatível com a adequada promoção do interesse público específico de garantir o direito dos consumidores de livre escolha da forma de contratação dos planos de assistência privada à saúde.

Para assegurar a racionalidade e a proporcionalidade de sua atuação, o regulador deve adotar um procedimento ordenado que leve em conta os possíveis efeitos da decisão. Segundo a doutrina, essa análise de impacto regulatório deve ser desenvolvida por meio das seguintes etapas: “(i) a delimitação de objetivos e meios pretendidos pela decisão a ser tomada, (ii) o mapeamento dos prováveis impactos, a (iii) análise dos

⁵⁶ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 23.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63. p. 93-105, jan./mar. 2016. p. 97.

custos e benefícios de cada uma das medidas vislumbradas e (iv) o monitoramento dos efeitos após sua implementação⁵⁸. A análise de custos e benefícios da decisão é especialmente relevante diante de uma mudança de política regulatória. O valor da estabilidade das regras regulatórias exige a devida consideração quanto às expectativas legítimas dos agentes participantes do mercado, geradas pelo comportamento reiterado do regulador ao longo do tempo. No caso em questão, muitas operadoras de planos de saúde já realizam decisões de investimento em seus programas de negócio considerando a possibilidade da comercialização exclusiva de planos coletivos, de maneira que a mudança desse parâmetro deve ser feita de forma gradual e permitindo a adaptação dos agentes ao novo cenário regulatório.

O regulador, portanto, deve observar o princípio da proporcionalidade, dando preferência sempre às medidas menos gravosas para o particular e que garantam, com intensidade semelhante, a realização do objetivo regulatório. Para tanto, deve desenvolver estudos sobre o mercado para analisar o modo mais adequado, necessário e eficiente para a adoção da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares, se os meios indutivos falharem na solução do problema. Por outro lado, caberá ao regulador construir os canais de diálogo com os agentes regulados para reforçar sua legitimidade decisória.

A qualificação da boa regulação como direito fundamental intensifica a possibilidade do controle judicial sobre as escolhas regulatórias⁵⁹. No entanto, o controle judicial sobre a atuação da Agência deve ter o cuidado de não desarticular o funcionamento do sistema regulatório instituído pelas leis setoriais, atribuidoras de competências com alto grau de discricionariedade e tecnicismo.

Na história administrativa brasileira houve algumas experiências de autarquias com funções regulatórias, tais como o Instituto do Alcool e do Açúcar (criado pelo Decreto 22.789/33), o Banco Central do Brasil (criado pela Lei nº 4.595/64) e a Comissão de Valores Mobiliários (criada pela Lei nº 6.385/76), mas elas não eram dotadas de independência frente ao Poder Executivo para o exercício de suas competências⁶⁰. Assim, a função regulatória do Estado brasileiro sempre foi majoritariamente desenvolvida diretamente pelas entidades integrantes do Poder Executivo central, ao menos até a introdução, a partir de 1996, do modelo de agências reguladoras independentes, na sequência do programa de reforma do Estado para a implantação de uma Administração

⁵⁸ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70712>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

⁵⁹ Cf. VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 77.

⁶⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 265.

Pública gerencial⁶¹. A instituição de agências dotadas de um maior grau de independência, embora não seja o único modelo regulatório possível, exige, para o seu adequado funcionamento, que as instituições, sejam do Legislativo, do Executivo central ou do Judiciário, tenham a devida consideração pelo elevado grau de discricionariedade e especialização técnica com que a lei define as competências dos órgãos reguladores. Em troca de maior estabilidade institucional e credibilidade, indispensáveis à garantia do investimento privado, o Legislativo e o Executivo central delegam parte de seus poderes em favor de órgãos especializados e descentralizados, dotados de maior autonomia e distante das disputas políticas⁶². Esse modelo regulatório, por representar uma mudança significativa na tradição do direito administrativo brasileiro, tem sofrido as vicissitudes das naturais resistências à perda do poder de decisão por parte tanto do Poder Executivo central como do próprio Poder Legislativo⁶³. Também o Poder Judiciário tem colaborado para a ineficiência do modelo regulatório, na medida em que continua a exercer o controle sobre os atos das Agências Reguladoras sem considerar as mudanças institucionais introduzidas pela Reforma do Estado dos anos 1990.

A decisão quanto à oportunidade e à forma de implantação da obrigatoriedade de comercialização dos planos individuais e familiares depende da avaliação dos impactos dessa medida para o mercado de saúde suplementar. Essa ponderação exige um instrumental técnico-profissional do qual normalmente não dispõe o Judiciário. A existência da Agência Reguladora é justificada precisamente pela necessidade de construção de um corpo burocrático capaz de realizar as avaliações mercadológicas refinadas necessárias para a identificação do interesse geral a ser perseguido⁶⁴. Assim, o grande desafio para a estruturação de um sistema regulatório saudável é “o encontro de um ponto de equilíbrio entre o controle da Administração Pública garantido consti-

⁶¹ Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 21-38.

⁶² Cf. SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 21.

⁶³ O mais recente exemplo de indefinição dos Poderes Executivo e Legislativo quanto à confiança no modelo regulatório por Agências Reguladoras independentes se manifestou na edição pelo Congresso Nacional, com a sanção presidencial, de Lei liberando medicamentos que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária reputa prejudiciais à saúde. Cf. BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Medicamentos liberados por lei trazem risco à saúde**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/3423626>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶⁴ É verdade, no entanto, que a comparação das capacidades institucionais exigiria o levantamento de dados que revelassem não só as limitações do Judiciário (por exemplo, a ausência de corpo técnico especializado e o número excessivo de demandas a serem julgadas), mas também as limitações reais das Agências Reguladoras, como a diminuição de sua autonomia decisória, o contingenciamento de recursos orçamentários pelo Executivo e a influência de grupos de interesse, a incrementar o risco de captura. A dificuldade na obtenção desses elementos fáticos lança dúvidas sobre a operacionalidade do argumento das capacidades institucionais (cf. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de *capacidades institucionais*. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Coord.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 565-578).

tucionalmente [...] e a preservação das margens de discricionariedade das autoridades reguladoras”⁶⁵.

Dessa forma, a postura deferente do Poder Judiciário não é necessariamente contrária à efetividade do direito à boa regulação. De fato, a maior intervenção judicial sobre a regulação, ao invés de garantir o bom funcionamento do sistema regulatório como um todo, pode gerar ineficiências, tais como: a preferência da proteção de direitos na esfera individual em detrimento da dimensão coletiva; a substituição da discricionariedade do regulador pela discricionariedade do julgador; a falta de consideração de todas as variáveis envolvidas no processo regulatório; a pouca efetividade das decisões adjudicatórias de direitos, por não considerarem devidamente os custos envolvidos⁶⁶.

Especificamente sobre o tema objeto do presente artigo – a garantia de manutenção da oferta de planos individuais e familiares –, a autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro (PROCON/RJ) propôs ação coletiva de consumo em face da ANS com pedido para que a Agência Reguladora seja condenada a assegurar a comercialização de planos individuais e familiares. Na referida ação, a 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁶⁷, reconheceu um espaço para o exercício da discricionariedade técnica do órgão regulador para assegurar o incontroverso direito do consumidor de contratar plano de saúde em regime individual ou familiar.

A decisão judicial em questão entendeu como não demonstrada a omissão do órgão regulador, especialmente porque o quadro fático ainda aponta a existência da comercialização dos planos de saúde individual e familiar, inclusive com incremento no número de beneficiários desses planos ao longo do tempo⁶⁸. A decisão judicial ressaltou que a ANS tem adotado medidas, dentro de sua competência discricionária, para regular a comercialização de planos individuais e familiares, como a instituição de Grupo de Trabalho intersetorial para diagnóstico e estudo de mecanismos de incentivo

⁶⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out./dez. 2013. p. 263-264.

⁶⁶ Cf. ISONI, Ananda Tostes. **O papel do poder judiciário no estado regulador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 51-54; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 50; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100. p. 7-30, abr. 2010.

⁶⁷ TRF2 - 8ª TURMA ESPECIALIZADA; AC 01366840620134025101; Relator do Acórdão: GUILHERME DIEFENTHAELER; Data da decisão: 24/08/2016; Data da publicação: 30/08/2016.

⁶⁸ O exato dimensionamento do quadro de problema na oferta de planos individuais e familiares não deve se basear, apenas, em números absolutos, uma vez que variáveis geográficas, qualitativas e comparativas seriam necessárias para revelar o exato dimensionamento do quadro de oferta desses planos. De toda forma, ao longo deste artigo se optou pela pressuposição da questão fática da existência de um problema de oferta de planos individuais e familiares, com a finalidade de avançar na questão jurídica atinente à possibilidade de instituição da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares, por ato infralegal, em confronto com o direito à livre iniciativa e à boa regulação.

para comercialização desses planos. Além desse aspecto fático, a decisão ressaltou a necessidade de deferência judicial em relação à autonomia técnica-científica das Agências Reguladoras, sob pena de violação à separação de poderes.

O direito fundamental à boa regulação exige que o regulador considere, com a devida seriedade, as dificuldades para a efetivação do direito de livre escolha dos planos de saúde pelos consumidores, especialmente nas contratações individuais e familiares. No enfrentamento do problema, o regulador não pode se esquivar do exercício de suas competências regulatórias, sob o argumento de ausência de meios adequados para corrigir as falhas de oferta dos planos individuais e familiares. O presente artigo demonstrou que mesmo a medida mais incisiva de instituição da obrigatoriedade de oferta de planos individuais e familiares é uma opção legítima disponível ao regulador. Por ora, o Judiciário tem adotado uma salutar postura deferente, aguardando que o regulador exerça sua discricionariedade para solucionar as deficiências de oferta de planos individuais e familiares. No entanto, a persistência da falha de mercado, sem que o regulador consiga demonstrar que se desincumbiu de maneira suficiente de seu ônus de garantir o direito de livre escolha dos consumidores, pode levar a uma postura de maior interferência do Judiciário no espaço deixado pela eventual omissão injustificada do regulador.

7. CONCLUSÃO

Aos cidadãos devem ser garantidos o acesso, a qualidade e a liberdade de escolha dos serviços públicos e das atividades privadas de interesse público, como desdobramento do direito fundamental à boa regulação. Como a adesão a um plano coletivo pressupõe um vínculo associativo ou profissional, a restrição de oferta de plano individual e familiar dificulta o acesso dos consumidores a esses serviços, discrimina os cidadãos não vinculados a uma determinada pessoa jurídica e vulnera o propósito da Lei nº 9.656/98 de maior proteção do consumidor no plano individual e familiar (controle de preços e proibição de rescisão unilateral). Dessa forma, o processo de coletivização da contratação de planos de saúde no Brasil, indicativo de um quadro de problema na oferta de planos individuais e familiares, vulnera o direito fundamental à boa regulação.

O presente artigo demonstrou, especialmente em função do direito fundamental à boa regulação, a possibilidade jurídica de que a Agência Nacional de Saúde Suplementar ajuste seus atos normativos sobre a concessão e a manutenção dos registros de produto às novas circunstâncias mercadológicas, avaliando a melhor estratégia para enfrentar o problema na oferta de planos individuais e familiares. A necessidade de correção da falha de mercado, vista à luz do direito fundamental à boa regulação, faz surgir o dever de atuação do órgão regulador, para garantir a livre escolha dos consumidores. O estabelecimento da obrigatoriedade de comercialização de planos individuais

e familiares por ato infralegal é compatível com a livre iniciativa, compreendida por meio da linguagem da razão pública. A livre iniciativa reclama que a sua restrição tenha base legal, mas não exige que todas as obrigações dos agentes regulados estejam detalhadas em lei.

A Agência deve, evidentemente, observar o princípio da proporcionalidade na escolha da medida mais adequada e menos custosa para a realização do objetivo regulatório. De toda forma, ainda que se reconheça o alto grau de discricionariedade inerente ao exercício das competências regulatórias, o direito fundamental à boa regulação impõe que a opção regulatória seja clara, motivada e adequada a enfrentar com presteza o problema de oferta de planos individuais e familiares.

8. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **O direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social**. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Medicamentos liberados por lei trazem risco à saúde**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/3423626>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Comentários ao art. 170, *caput*. In.: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ISONI, Ananda Tostes. **O papel do poder judiciário no estado regulador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flávia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In.: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de *capacidades institucionais*. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 565-578.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

MATSUSHITA, Thiago. Verificação da atividade privada na ordem econômica constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 14, v. 56, p. 277-293, out./dez. 2013.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MINISKY, Hyman. A hipótese da instabilidade financeira. **Oikos**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 314-320, dez./2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviços públicos**: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 21-38.

PÓ, Marcos. Institucionalidade e desafios da regulação na área de saúde no Brasil. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). **Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 243-266.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo 2. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987.

RAMOS, Elival da Silva. O Estado na Ordem Econômica. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional**: constituição financeira, econômica e social. (Coleção doutrinas essenciais. vol. 6). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RODRÍGUEZ-ARANHA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SANTOS, Fausto Pereira dos. **A Regulação Pública da Saúde no Brasil**: o caso da Saúde Suplementar. Campinas, 2006. 227f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO,

Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70712>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.