

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

GIOVANI CLARK

PAULO RICARDO OPUSZKA

JOSÉ BARROSO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Giovani Clark, José Barroso Filho, Paulo Ricardo Opuszka – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-382-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ordem Social. 3. Ordem Econômica. 4. Regulação. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 25 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

Destacou-se ainda os seguintes temas: regulação do petróleo; intervenções econômicas e direito na Internet - via discussão sobre o seu marco civil; serviço público de saúde a partir da entrada do capital estrangeiro no setor; inovadoramente, a inexistência de regulação da nanotecnologia no Brasil, essencial na saúde humana.

Também, sobressaiu os conteúdos relativos a produção científica voltada ao incentivo ao cooperativismo, enquanto o objeto de políticas públicas planejadas, a fim de efetivar o pluralismo produtivo constitucional; análise das práticas de abuso do poder econômico privado nas relações de consumo, etc.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Paulo Ricardo Opuszka/UFPR

Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

José Barroso Filho - Ministro do STM

AGÊNCIAS REGULADORAS, ATIVIDADE SECURITÁRIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

REGULATORY AGENCIES , INSURANCE ACTIVITY AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Juliana Mara Da Silva

Resumo

O intuito do presente trabalho é analisar o papel das Agências Reguladoras, como instrumento de modernização e descentralização dos atos da Administração Pública, qualidade da assistência prestada e sustentabilidade do setor regulado. Abordará o contexto histórico de seu surgimento, as características e finalidades, analisará a atividade regulatória dos Seguros, sua estrutura e vicissitudes, e as atribuições desempenhadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, no tocante aos Planos e Seguros de Saúde, e as da entidade reguladora especial SUSEP, no tocante aos seguros diversos. Ao final, fará considerações acerca dos benefícios e dificuldades acarretadas pelo atual modelo organizacional concebido.

Palavras-chave: Agências reguladoras, Atividade securitária, Desenvolvimento econômico e social

Abstract/Resumen/Résumé

The present article seeks to analyze the role of regulatory agencies, such as modernization tool and decentralization of the acts of public administration, quality of care and sustainability of the regulated sector. The article will address the historical context of its emergence, the characteristics and purposes, examine the regulatory activity of insurance, its structure and vicissitudes, and the duties performed by the National Health Agency, with respect to plans and health insurance, and special regulator SUSEP, with regard to various types of insurance. At the end, make considerations about the benefits and difficulties in the current organizational model.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory agencies, Securitarian activity, Economic and social development

1. Introdução

O presente artigo trata o assunto das Agências Reguladoras, desde o contexto de seu surgimento, passando pela evolução brasileira, culminando com uma análise de seus impactos no desenvolvimento econômico, sem descuidar da análise das atividades de caráter securitário e respectivos órgãos reguladores.

A primeira parte traz em linhas gerais, a contextualização histórica e seus conceitos gerais, essenciais. Para compreender o contexto das Agências Reguladoras, importante compreender a evolução do conceito e modelo Estatal. São resgatados importantes acontecimentos históricos a nível mundial e que influenciaram o movimento do intervencionismo estatal e do domínio desse na economia, culminando com o surgimento posterior das Agências Reguladoras.

As Agências Reguladoras surgiram num contexto em que se busca descentralização das funções da Administração Pública. As principais atribuições destas, resumidamente descritas, consistem na regulação econômica dos produtos ou serviços que se revelam como de interesse público, e desempenham o papel de fiscalização, regulamentação e controle de tais produtos ou serviços.

Exemplificativamente, algumas questões do interesse público, como por exemplo a concessão de rodovias, o serviço de telecomunicações, as resoluções que disciplinam as coberturas sobre determinados planos ou seguro saúde, trazem consigo potenciais conflitos, e é do interesse das agência reguladoras, a conciliação desses interesses conflitantes (SILVA, F., 2014, p. 23).

Atualmente, existem 10 (dez) Agências Reguladoras brasileiras, responsáveis por implementar políticas públicas, e sobretudo fiscalizar as autorizadas a gerir serviços públicos, sendo elas: Ana, Anac, Anatel, Ancine, Aneel, ANP, ANS, Antaq, ANTT e Anvisa.

O presente trabalho dedicará foco especial às atividades que representem relevante interesse público, apesar de prestadas por instituições privadas, como é o caso dos Planos e Seguros de Saúde, e bem assim, a outros tipos de seguros de igual relevância coletiva, a citar exemplificativamente o Seguro Habitacional comercializados por seguradoras privadas, regulamentados respectivamente pela agência reguladora ANS (Agência Nacional de Saúde) e assemelhada SUSEP (Superintendência de Seguros Privados).

A sessão seguinte fará uma abordagem sobre a regulação da atividade securitária no Brasil, demonstrando sua estrutura e finalidade, e bem assim abordará de igual modo, a regulamentação dos planos e seguros de saúde.

No tocante à atividade securitária ‘remanescente’, em que pese a sua interpretação como atividade de cunho privado, certamente, a regulação se faz necessária, devido às características de mutualidade, mobilização de recursos oriundos de uma coletividade e que formam massa de poupança imprescindível ao crescimento econômico do país, compartilhamento de riscos semelhantes, etc.. Portanto, vê-se como uma atividade submetida ao controle de entidade não propriamente chamada de “Agência Reguladora”, mas com finalidades assemelhadas e com forte conotação regulatória, a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados). Em tema de seguros de saúde, estes se encontram nitidamente submetidos ao regime das Agências Reguladoras, pelo que se observa devido à existência da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

Avançando na pesquisa, a quarta sessão avançará para discutir os resultados do atual impacto da regulação (não apenas a exclusivamente advinda da agência reguladora, mas também dos outros órgãos que compõem o Sistema Nacional dos Seguros Privados) sobre a atividade seguradora, as qualidades e vicissitudes do modelo na forma atualmente concebida, na visão de renomados autores, tanto no seguro saúde submetido à ANS, quanto nos demais seguros privados sob ingerência da SUSEP, e essa análise de impacto se fará sob uma perspectiva econômico-jurídica, chegando-se finalmente, às considerações finais.

2 Agências Reguladoras, histórico e conceitos necessários

2.1 Contextualização Histórica

As Agências Reguladoras, como superficialmente adiantado, surgiram num contexto de remodelagem da atuação Estatal, promovendo sensível alteração de seu nível interventor. Para relembrar as origens e fatos determinantes na evolução do grau de intervencionismo estatal, importante resgatar a Revolução Francesa ocorrida em 1789, a partir de quando se começou a observar uma proposta de novo modelo de Estado, em que se substituiu a figura de um rei pela figura de um administrador, sob forte influência dos princípios da Igualdade, Liberdade e Fraternidade, evoluindo para o ideal das economias reguladas pelo mercado, submetidas à “mão invisível do mercado”, conforme preceituado por Adam Smith já em 1776, dando suporte ao liberalismo.

O período de maior predomínio do Liberalismo é marcado pelas duas Guerras Mundiais, seguido pela Crise de 1929 observada nos Estados Unidos e que culminou com a quebra da bolsa de New York. Este período é marcado por uma mínima intervenção do Estado na economia, essa restrita a garantir liberdade e autonomia nas relações econômicas, todavia tal modelo perdeu força a partir da segunda metade do séc. XX.

Com o enfraquecimento dos preceitos do Liberalismo, passa-se para um regime no qual o Estado deixa de ser apenas um garantidor da liberdade de mercado, para um Estado voltado à garantia das necessidades mínimas essenciais do cidadão. Verificou-se intensa ideologia anti-liberal, propagadora da ideia das lutas de classe, do socialismo e comunismo, fundamentada pelos conceitos de Karl Marx, e defensora da maior intervenção do Estado no atendimento de todas as necessidades do homem, tais proposições ganham força com a Revolução Russa de 1917.

O Estado passou a sustentar a necessidade de regulação das atividades e consequente intervenção na economia de mercado porque, durante a hegemonia do liberalismo, observou-se um grande desequilíbrio dos direitos sociais, e uma performance econômica frágil. Entretanto, devido ao gigantismo dos problemas com que têm que se ocupar, observa-se nítida dificuldade do Estado em suprir todas as necessidades públicas. Verificou-se também uma crise do chamado Estado Social, atribuída à alta ineficiência do aparato estatal agigantado e ao proporcional desempenho altamente burocrático. Passaram-se a discutir inevitavelmente, questões tais como a privatização e o “enxugamento” estatal, o que representou uma oportunidade para o surgimento das Agências Reguladoras.

Para Ilton Garcia da Costa, a partir da crise da década de 20, surgiu outra alternativa que previa as garantias do Estado Mínimo, em coexistência com as garantia de controle sobre a parcela de serviços antes providos pela Administração Pública, então delegados à iniciativa privada, essa alternativa se revela na forma do Neoliberalismo (COSTA, 2015, p. 162).

A história brasileira reflete a alternância no tocante ao grau de intervenção do Estado na economia, primeiro, marcada pela ausência de intervenção econômica, influenciada pelas máximas do liberalismo francês (deixar fazer, deixar passar), e depois submetida a uma maior intervenção estatal, chegando-se até mesmo a vivenciar o cúmulo da experiência ditatorial. O nível de intervenção do Estado no domínio econômico se contrapôs pela observação da dinâmica dos movimentos distintos, conhecidos como Liberalismo e Welfare State (Estado Social).

No cenário mundial, atribui-se a origem remota das Agências Reguladoras à Inglaterra, quando da criação pelo Parlamento, em 1834, de diversos órgãos autônomos voltados à aplicação e implementação dos comandos oriundos do textos legais. Posteriormente é que teriam surgido iniciativas semelhantes nos Estados Unidos, por influência do direito anglo-saxão, com a criação da Interstate Commerce Commission em 1887 (MORAES, 2002, 22).

Um grande marco na história das Agências Reguladoras dos EUA, a crise de 1929, impactou intensamente a economia norte americana, fazendo com que a predominância do liberalismo e da liberdade de mercado, sem intervenção estatal, fosse questionada.

A partir do movimento histórico do New Deal - que consistiu num pacto de medidas econômicas e sociais, representando uma tentativa de reerguer a economia pós-crise de 1929 pelo então presidente Franklin Roosevelt -, observou-se um novo modelo de regulação econômica, através das chamadas Independent Regulatory Commissions. O New Deal propunha várias intervenções estatais de cunho assistencialista, e a partir dele surgiram várias agências reguladoras nos Estados Unidos, por ordem cronológica cita-se: Securities and Exchange Commission (1934), Social Security Administration (1935); Federal Power Commission (1935); Federal Communication Commission (1936); e Soil Conservation Service (1938). Posteriormente, em 1946 foi editado o Federal Administrative Procedure Act – APA (em tradução livre, Lei de Procedimento Administrativo), cuja finalidade era uniformizar os procedimentos das diversas agências. (MORAES, 2002, p 23)

Quanto ao papel das agências reguladoras, consistiu tanto na edição de normas quanto na decisão de conflitos, conforme preceitua a Lei do Procedimento Administrativo Federal de 1946 (OLIVEIRA, R., 2015). Em 1995, a Interstate Commerce Commission se substituiu pela Surface Transportation Board (STB), criada pelo Interstate Commerce Commission Termination Act, no ano de 1995 (OLIVEIRA, R., 2015).

Feitas essas digressões no plano internacional, cumpre verificar adiante, quais fatores influenciaram o surgimento das Agências Regulatórias no Brasil, e bem assim, como se deu a evolução destas.

2.2. Surgimento e evolução no Brasil

As agências reguladoras brasileiras vieram bem mais tarde do que se verificou na realidade norte-americana: na década de 1990, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, como estímulo à adoção de medidas com característica liberal, mas também como tentativa de minimizar as desigualdades sociais, que se mantinham mesmo diante de um governo intervencionista, mas sem perder a atuação estatal, que agora se fazia por meio das agências.

Para Alexandre de Moraes, o Direito Administrativo brasileiro teve forte e decisiva influência francesa, resultando na incorporação das idéias de centralização administrativa e intensa hierarquia. (MORAES, 2002, p. 23).

Ao mencionar a composição da Administração Pública, cita DI PIETRO (2001, p. 391):

"enquanto no sistema europeu-continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências".

A constituição das Agências Reguladoras no Brasil se deu de forma distinta, através de autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade regulada. Embora vinculadas, possuem independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; impossibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e autonomia financeira. (MORAES, 2002, 24).

A previsão no ordenamento legal de determinadas atividades de interesse regulável constam nos artigos 21, XI (telecomunicações), 37, inciso XIX (critérios ação empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação) e 177 § 2º (petróleo) da Constituição Federal.

Mesmo com a vinculação das agências reguladoras ao respectivo Ministério da área de interesse regulável, nota-se maior independência frente ao Poder Executivo. Surgiram para *“realizar as tradicionais atribuições da Administração Direta, na qualidade de Poder Público concedente, nas concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.”* (MORAES, 2002, p. 25). Logicamente, estão submissas aos controles dos outros Poderes constituídos, devido à incidência do sistema de freios e contrapesos (MORAES, 2002, p. 29). Sobre o controle judicial nas agências, sua inafastabilidade é prevista constitucionalmente, (e se faz presente desde 1945), como reflexo da adoção do sistema passível de submissão ao judiciário. (MORAES, 2002, p. 33)

Para contextualizar o surgimento das agências reguladoras, interessante fazer-se um resgate histórico acerca do intervencionismo estatal brasileiro.

Apesar da experiência concreta das agências reguladoras iniciar na década de 90, é sabido que já havia antes experiências de descentralização de controle com funções regulatórias, como é o exemplo do Departamento Nacional do Café, Instituto do Açúcar e do Alcool, Instituto Nacional do Mate, Instituto Nacional do Pinho, entre as décadas de 30 e 40, posteriormente a Comissão Nacional de Energia Nuclear, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o BACEN, nas décadas de 50 e 60 (SILVA, F. 2014, p. 30).

Pois bem, na década de 1940, percebe-se o início do inchamento do Estado Brasileiro, o início da atuação do Estado na economia brasileira. É nesse período que se verifica a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, da Fábrica Nacional de Motores, da Companhia Vale do Rio Doce e da Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco.

A década seguinte é marcada pelo conflito bipolarizado entre EUA e URSS, conhecida pela Guerra Fria e no Brasil, a época é contemporânea à administração getulista. Nota-se adiante, expansão do Estado Econômico brasileiro a partir da década de 60, sobretudo após o golpe militar de 1964, e ao longo de toda a década de 70, quando foram criadas, então, mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás etc. Experimentou-se então a era das empresas "brás".

Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 111), outros fatores marcaram decisivamente a intervenção estatal brasileira no plano econômico, flexibilizando-a, podendo-se citar a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização dos monopólios estatais e as privatizações, bem como as parcerias com a iniciativa privada, o que se pode observar no texto legal das Emendas Constitucionais no 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995, seguida posteriormente pela edição da Lei no 8.031, de 12-4-90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei no 9.491, de 9-9-97.

Importante considerar que o afastamento do Estado dos serviços públicos demandava a criação de novos mecanismos de controle, pois os serviços prestados, públicos, antes prestados por este, agora passariam a ser prestados por entes do setor privado.

A Constituição Federal de 1988 explicita claramente as circunstâncias em que se admite a intervenção do Estado na economia, mais precisamente em seus artigos 173, 174 e 177, ao destacar como motivos, circunstâncias que se definem como “imperativo da segurança nacional, de relevante interesse coletivo, ou cujo monopólio é outorgado à União”.

Verifica-se especialmente no artigo 174 da Constituição Federal, a evidente intenção de resguardar ao estado a intervenção na atividade econômica, mantendo esse contato, mas não como um agente explorador de tais atividades, mas sim, como um agente normativo e regulador, fiscalizando, incentivando e planejando, veja-se:

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.

No cenário nacional, foi a partir de 1996 que se iniciou a criação das Agências Reguladoras. As federais como Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei 9.427/96), Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações, criada pela Lei 9.472/1997), ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, criada pela Lei 9.478/97),

ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei 9.782/99), ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei 9.961/00), Ana (Agência Nacional de Águas, criada pela Lei 9.984/00), ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres, criada pela Lei 10.233/01), Antaq (Agência Nacional de Transportes Aquaviários, criadas também pela Lei 10.233/01) Ancine (Agência Nacional do Cinema, criada pela Medida Provisória nº 2.228/01) e ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil, criada pela Lei 11.182/2005) (SILVA, F., 2014, p. 30).

Segundo Fernando Quadros da Silva, têm previsão constitucional apenas a Anatel e a ANP. Já a ANP, ANAC e ANCINE, constituem reguladores da atividade econômica em sentido estrito, constitucionalmente reservadas à iniciativa privada. Por fim, a ANVISA e ANS regulam atividades reservadas inicialmente ao poder público, relegada a atuação à esfera privada de forma suplementar. Há ainda algumas agências reguladoras estaduais e municipais. (SILVA, F., 2014, p. 31).

Prossegue-se, analisando a seguir seus requisitos essenciais, para compreender sua conjuntura e desafios.

2.3. Agências Reguladoras e entidades assemelhadas: conceitos e características.

Sob a égide do Princípio da Separação dos Poderes, e objetivando uma melhoria no aparato estatal e na entrega dos serviços públicos, constitui-se no bojo Administração Pública, as Agências Reguladoras, possibilitando a estas a descentralização administrativa.

A mencionada descentralização administrativa, da Administração Pública Direta para as Agências, obedece a rigorosos requisitos, institui-se por lei, quando presente os seguintes interesses: “...*promoção de eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária.*”. (MORAES, 2002, p. 21).

O modelo regulatório brasileiro é pautado pela atuação das agências regulatórias setoriais, que trazem em seu bojo as obrigações de controlar, fiscalizar, normatizar a prestação de serviços públicos (ARAGÃO, 2011, p. 48).

Segundo EFING, em que pese a doutrina e a jurisprudência utilizar a expressão “Agências Reguladoras”, esta pouco é utilizada pelo legislador, pois que, em seu lugar, constantemente se verifica a expressão “órgãos reguladores”, ou então “agências”. (EFING, 2009, p. 62).

Para o mesmo autor, as características intrínsecas tanto das Agências Reguladoras, como genericamente das Autarquias podem ser assim descritas: independência administrativa, autonomia financeira, funcional, patrimonial, de gestão de recursos humanos, de decisões, ausência de subordinação hierárquica, dentre outros. Sua criação e extinção necessariamente deve ocorrer por Lei ordinária, de iniciativa do Poder Executivo. (EFING, 2009, p. 62).

Pode-se dividir os grupos de agências, de acordo com a sua atuação, por exemplo: aquelas agências ligadas ao controle de serviços públicos (Aneel), aquelas ligadas ao fomento (Agências Estaduais de Desenvolvimento), aquelas ligadas ao poder de polícia (ANVISA), aquelas ligadas à fiscalização de bem público (ANA), e aquelas ligadas ao controle e fiscalização das atividades produtivas relacionadas ao Petróleo (ANP). (EFING, 2009, p. 63).

Para EFING, “...a retirada do Estado na prestação direta da atividade econômica não significa redução do intervencionismo estatal...”, para o autor, é a existência das agências reguladoras que ilustra essa circunstância de manutenção do intervencionismo ativo, pois a criação destes entes desprovidos de subordinação, autônomos, e com função eminentemente técnica, é meio para que haja a garantia da prestação dos serviços essenciais à população, de forma que esta “...não fique unicamente ao arbítrio de empresas privadas”. (EFING, 2009, p. 68).

Quanto a sua natureza jurídica, são as agências reguladoras definidas nas leis instituidoras como autarquias sob regime especial (MORAES, 2002, p. 138). Ainda, a principal função dessas é a preservação da independência técnica setorial em face dos órgãos centrais da Administração Pública, e suas principais atribuições “...consistem em dirimir divergências entre o poder concedente e o concessionário de serviço público e, ainda, para tutelar, na esfera administrativa, direitos constitucionais, legais e contratuais dos usuários e consumidores do serviço público concedido.” (ARAGÃO, 2011, p. 50)

Nesse contexto em que se encontram as agências reguladoras, elas se diferem das autarquias tradicionais devido às prerrogativas específicas e que justamente lhes concedem autonomia setorial, as prerrogativas são mais exclusivas do que aquelas pertencentes às autarquias “normais”. (MORAES, 2002, p. 41).

As agências reguladoras do modelo brasileiro incorporaram idéias de centralização administrativa e hierárquica.

Para Hely Lopes Meireles, os privilégios gozados pelas agências reguladoras são a autonomia financeira, o poder normativo, e quanto a esse último, alerta sobre o debate em torno do poder normativo, que segundo ele, deve “... se cingir aos termos de suas leis instituidoras,

aos preceitos legais e decretos regulamentares expedidos pelo Executivo”. (MEIRELLES, 2012, p. 402-403) Ainda prossegue distinguindo que:

“Suas funções normativas estão absolutamente subordinadas à lei formal e aos referidos decretos regulamentares. Assim, o poder outorgado às agências neste campo, visa a atender às necessidades de uma normatividade essencialmente técnica, com um mínimo de influência política.”

Dispõe Ilton Garcia da Costa que, no desempenho de suas atividades de controle, as agências possuem dois papéis muito bem definidos, a saber: o papel técnico, ligado às circunstâncias fáticas, e o papel jurídico, ligado às implicações relacionadas aos fatos. Segundo ele, há autonomia no tocante ao papel técnico, mas não no tocante ao papel jurídico, eis que é atribuída aos procuradores federais da AGU a advocacia contenciosa e consultiva, e tais profissionais não gozam da autonomia dos diretores nomeados (COSTA, 2015, p. 163-164).

Em apanhado geral, essas representam as principais definições e características definidoras das Agências Reguladoras. A rigor, existem 10 (dez) agências reguladoras clássicas, entretanto, no tocante às entidades ditas assemelhadas, há grande número de entidades. Antes mesmo de existirem oficialmente as agências reguladoras, diversos órgãos já se ocupavam da atividade de regular os setores em que estão inseridos.

Dentre esses órgãos mencionados, muitos dos quais já possuíam, antes da década de 1990, tais atribuições regulamentares, podem ser citados como “Entidades Assemelhadas” o Tribunal de Contas; a Comissão de Valores Imobiliários (CVM); o Banco Central do Brasil; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), entre outras.

Existem instituições que exercem atividade regulatória independente, e portanto têm classificação como “Agências Independentes”. Também é possível assim enquadrar os órgãos de regulamentação profissional, a exemplo da OAB, dos Conselhos de Medicina, Engenharia, Farmácia, dentre outros (SILVA, F.. 2014, P. 33).

Considerando que não existe literatura classificando propriamente a SUSEP como Agência Reguladora, apesar desta ser constituída como autarquia federal e ainda submissa ao Ministério da Fazenda, tomaremos tal agência como ‘Entidade Assemelhada’.

3. Regulação e atividade securitária. Conceitos essenciais

Apesar de a atividade de Seguros não ser executada sob regime jurídico de direito público pela administração pública, nem por pessoas jurídicas de direito privado, na condição de delegatárias, seja como concessionários e permissionários, é evidente que tal atividade possui nítido interesse público.

Atualmente, o cenário contemporâneo revela maior exposição da sociedade a riscos de diversas ordens. Viver em sociedade pressupõe a assunção de riscos, ainda que inconscientemente, e nesse contexto, a figura do contrato de seguro ganha corpo, permitindo aos mais avessos ou sensíveis ao risco, a possibilidade de minimizar suas consequências, sem ter que dispor de forma onerosa e antecipada, de uma determinada quantia necessária para fazer frente às eventualidades da vida.

Circunstâncias como o aumento da expectativa de vida, a precariedade da previdência social, a insuficiência do sistema público de saúde, abrem espaço para os contratos de seguro de vida, de previdência complementar e de saúde.

Para que as consequências do risco eventual sejam minimizadas, o contrato de seguro possibilita que o segurado disponha de um percentual reduzido do valor que desembolsaria, frente à temida perda. Mas para que as indenizações em caso de ocorrência do risco sejam possíveis, necessária a diluição do risco entre pessoas de semelhantes “riscos”, caracterizando-se assim um sistema de previdência alimentado pelas contribuições individuais dos sócios, criando-se um fundo comum, que proporciona coberturas recíprocas de necessidades fortuitas e estimáveis, e aí reside a essência do mutualismo (BURANELLO, 2006, 20).

Nos últimos anos, percebeu-se constante crescimento do setor de seguros, que parece estar ligado à uma maior preocupação da sociedade com seu planejamento de vida e proteção para o futuro, e bem assim com a preservação das conquistas daqueles que emergiram às novas classes sociais, e isso reflete na economia nacional, na medida em que os fundos de seguros contribuem com a poupança interna, e há amplo terreno para maior expansão, dado que, analisando apenas os ramos mais conhecidos, segundo as estimativas, não chega a 14% o número de residências brasileiras com seguro, segundo estimativa da CNSEG, apenas 30% da atual frota brasileira (86 milhões de veículos)¹ e aproximadamente ¼ da população brasileira é beneficiária de planos privados de saúde, por cobertura assistencial².

Feitas essas considerações, parece notória a presença de interesse público na regulação da atividade estatal, chegando-se a mencionar até mesmo um fenômeno, denominado “Publicização do Seguro” adiante explicado.

Os seguros podem ser disciplinados por normas de direito público, mais precisamente as da seguridade social nos seguros sociais, ou então por normas de direito privado, sobre as

¹ Segundo estimativas da FenSeg e CNSEG: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/somente-13-3-das-residencias-no-brasil-tem-seguro-aponta-fenseg>> Publicado em 01/09/2015. Acesso em 01/08/16 e <<http://www.cnseg.org.br/fenseg/servicos-apoio/noticias/mercado-espera-ajustes-no-regulamento.html>> Publicado em 02 de Maio de 2016. Acesso em 01/08/16

² Segundo dados da ANS de Julho de 2016: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais#sthash.TpW1xQtU.dpuf>>

quais se fundamentam os contratos de seguro. As seguradoras somente detêm autorização para atuação nos seguros privados, mas apesar disso, existe o fenômeno da Publicização do Seguro, o qual se justifica pela confluência, na disciplina do seguro, das normas de direito público e privado, e principalmente, pela intervenção do Estado na regulação e fiscalização da atividade das seguradoras (MIRAGEM, 2014, pg. 33).

Em linhas gerais, demanda-se a intervenção e/ou fiscalização da seguradora pelo Estado para garantir a higidez financeira das seguradoras e da relação destas com os segurados e consumidores, para averiguar o atendimento das atividades desenvolvidas, examinar as condições gerais das apólices, garantir a livre concorrência, dentre outras.

Existem diversas outras formas pelas quais se revela a intervenção ou fiscalização da seguradora pelo Estado, como por ex. a aferição da previsão do implemento dos riscos, a aferição das reservas constituídas pela seguradoras para fazer frente aos sinistros, aferição das aplicações das provisões, etc.

E certamente, é de conhecimento geral que a fiscalização da atividade seguradora pelo Estado acontece via de regra através da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), enquanto autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda.

Destacando-se o caráter regulamentar do instituto do seguros, têm-se o Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, como a principal referência normativa em tema de seguros no Brasil, e “*dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.*”.

É a partir do Decreto 73/66 que surge o CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados, órgão de natureza pública, colegiado, presidido pelo Ministro da Fazenda, contando com representantes de outros ministérios ligados à seguridade, e a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, autarquia federal, de personalidade jurídica de Direito Público, a serem brevemente explicitados em capítulo apartado.

Com o advento do Novo Código Civil, promulgado pela Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, sistematizam-se disposições legais sobre o seguro, localizadas na Parte Especial, Título VI, que trata das várias espécies de contratos, precisamente no Capítulo XV – Do Seguro. As regras específicas atinentes aos seguros estão distribuídas em 46 (quarenta e seis) artigos, a partir do artigo 757, seguindo até o artigo 802, muito embora existam artigos esparsos que também se aplicam diretamente ou indiretamente aos seguros, como por exemplo, os artigos relativos à prescrição, no artigo 206, § 1º, inciso II, alíneas a e b, o artigo 422, que

dispõe sobre a boa-fé, dentre outros. O Código Civil retrata a matéria em duas partes, Seguro de Danos e Seguro de Pessoas.

Convém ressaltar que há inúmeras normas administrativas que disciplinam a atividade securitária, destacando-se exemplificativamente a Circular Susep nº 455/2012, a qual disciplina os diversos tipos de seguro, que, agrupados, abrangem 100 ramos distintos. Ainda, importante citar a Resolução CNSP nº 166 de 2007 os requisitos e procedimentos para constituição e autorização das sociedades seguradoras. (MIRAGEM, 2015, p. 32).

Inicialmente, a atividade securitária surgiu com um viés eminentemente econômico, todavia evolui para abarcar também viés social. (MIRAGEM, 2015, p. 26). A partir do momento em que extrapola a proteção individual patrimonial, e passa a albergar situações coletivas, onde se tutelam bens maiores, como a vida e a integridade física, pode-se afirmar que assume também caráter social.

Para alguns autores, mais do que espécies de uma categoria específica de direito, os contratos de seguro têm ainda maior relevância, ao ponto de interessar não apenas ao direito civil, mas também à economia e ao direito constitucional, pois a compreensão de suas peculiaridades permite entendê-los, desde a organização empresarial que suporta a atividade seguradora, passando pelos conhecimentos econômicos e atuariais, e chegando aos conhecimentos jurídicos quanto à legalidade das operações (CARLINI, 2013, p. 135).

Objetivando uma definição do conceito de seguro, para os fins desse trabalho, suficiente adotar a conceituação trazida pelo próprio Código Civil de 2002:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Convém destacar que a competência da SUSEP para fiscalização dos seguradores não é exclusiva, pelo contrário, é compartilhada, pode ser feita também pelos órgãos de defesa do consumidor, o que bem se observa no Judiciário e nos PROCONs.

É explícito na Constituição Federal, precisamente no artigo 192, que as companhias de seguro devem obter autorização prévia do governo para operar, devendo observar em suas atividades, o regramento básico e fundamental contido no Decreto-Lei nº 73/66, (regulado pelo Decreto nº 60.459/67), além do conteúdo normativo presente no Código Civil e Comercial.

3.1 Conselho Nacional de Seguros Privados e Superintendência de Seguros Privados

Conforme acima informado, compõem o Sistema Nacional de Seguros, tanto o CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados, quanto a SUSEP – Superintendência de Seguros

Privados. Estes constituem órgãos de natureza pública, colegiada, vinculados ao Ministro da Fazenda, sendo que a SUSEP tem natureza de autarquia federal.

Especificando as funções e finalidades de cada órgão, têm-se que o CNSP é vinculado diretamente ao Ministério da Fazenda, e se ocupa da função normativa, seja das atividades securitárias, seja da previdência complementar aberta, ou ainda, da atividade de capitalização. Suas normas são publicadas na forma de Resoluções.

Pode-se dizer que, em tema de seguros privados brasileiros, o CNSP é o órgão máximo, suas atribuições regulatórias alcançam as políticas em tema de seguros e resseguros. É de sua competência a regulação acerca da criação, organização, funcionamento e fiscalização das empresas seguradoras e sua composição é formada por profissionais de diversas origens. Tem como presidente o Ministro da Fazenda, e demais integrantes: Superintendente da Susep, representantes dos Ministérios da Justiça, da Previdência e Assistência Social, além do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.³

Podem-se destacar as seguintes funções do CNSP: a regulação, constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas que desempenham atividades inseridas no contexto do Sistema Nacional de seguros, o exercício do poder de polícia e respectivas punições, a determinação das características gerais dos contratos de seguro, de previdência privada aberta, de capitalização e resseguro, o estabelecimento das diretrizes gerais das operações de resseguro, a determinação dos deveres constitutivos das empresas seguradoras, de Capitalização, Entidades de Previdência Privada Aberta e Resseguradores, destacando-se ainda a fixação dos limites legais e técnicos das respectivas operações, sem esquecer da competência na normatização da atividade da corretagem de seguros e da profissão de corretor.⁴

Por sua vez, a SUSEP, criada igualmente pelo referido Decreto 73/66, dotada de personalidade jurídica de Direito Público, e igualmente vinculada ao Ministério da Fazenda, constitui autarquia federal, e dentre suas principais atribuições, consta a regulação e fiscalização dos mercados de seguros, previdência privada e capitalização. Convém ressaltar, dentre os seguros regulados, o Seguro Saúde, já que este, como será visto adiante, compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Como ao CNSP compete a normatização geral do setor, à SUSEP compete a implementação destas, a fiscalização e supervisão das atividades securitárias, seja no tocante aos processos de constituição, modificação, fusão das seguradoras,

³ Disponível em <<http://www.tudosobreseguros.org.br/portal/pagina.php?l=384>> Acessado em 12/08/2016.

⁴ Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/cnsp.asp>> Acessado em 12/08/2016.

ou ainda podendo ditar regulamentos concernentes à operação securitária, a exemplo da intervenção no conteúdo das apólices, seja na intervenção do conteúdo das coberturas especiais, bem como métodos operacionais. Ainda, e não menos importante, através de sua ouvidoria, atua como canal de tratamento de questões de interesse dos consumidores, inclusive registrando e encaminhando reclamações para tentativa de solução.⁵

A regulação do setor não se exaure nas normativas do CNSP e nem nas circulares da SUSEP. Como visto, além de previsão constitucional, posteriormente, o Código Civil de 2002 destacou capítulo específico aos Seguros. Passa-se a seguir à análise da única entidade envolvendo os seguros, e que efetivamente se caracteriza como Agência Reguladora, a ANS.

3.2. A Agência Nacional de Saúde (ANS)

O direito à saúde consta expresso na Constituição Federal, em seu artigo 6º, como um direito social fundamental. Também dispõem os artigos 196 e 197 sobre a seguinte e importante ressalva:

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.

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.

No plano infraconstitucional, a principal lei que regulamenta a assistência privada da saúde no Brasil é a Lei 9.656/1998, surgida quase 10 (dez) anos após a Constituição Federal. Mas não é apenas esta lei que regula o setor, também são considerados elementos integrantes da regulamentação, as resoluções diversas que foram expedidos pelo Conselho de Saúde Suplementar e da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar fora criada pela Lei 9.961/2000, e segundo Fernando de Quadros Silva, (2014, p. 253), referida lei a define como agência reguladora de:

“...natureza jurídica de autarquia sob regime especial e está vinculada ao Ministério da Saúde, tendo sede e foro na cidade do Rio de Janeiro (RJ), sua eficácia territorial de atuação abrange todo o território nacional. Conforme expressa disposição legal, é um órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.”.

Esta agência é regulamentada pelo Decreto 3.327/00, possui seu Regimento Interno, instituído pela Resolução Normativa nº 197.

⁵ Disponível em <<http://www.tudosobreseguros.org.br/portal/pagina.php?l=384>> Acessado em 12/08/2016.

Para Fernanda Schaefer, referida Lei representa o dirigismo contratual do Estado, interventor no domínio econômico privado, e dá ainda mais corpo à concepção social do contrato de seguros e planos de saúde. (SCHAEFER, 2003, p. 26)

A finalidade institucional da ANS está expressa no artigo 3º da Lei 9.061/2000:

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

À ANS estão delegadas as funções normativas próprias de agência reguladora, descritas no artigo 4º da referida lei, que traz um rol extenso de atribuições, podendo-se destacar dentre tantas, o estabelecimento das características gerais dos contratos utilizados nas atividades das operadoras, a elaboração do rol de procedimentos que constituirão referência base para fins da Lei 9.656/1998, estabelecimento de normas e mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde, de critérios de aferimento da qualidade dos serviços prestados, dentre diversos contidos em mencionado artigo.

Relativamente ao controle de seus atos, tanto se percebe a possibilidade de submissão ao Poder Judiciário, quanto apreciação pelo Poder Legislativo, Executivo, pelo Tribunal de Contas da União e até mesmo pelo Ministério Público.

A variada gama de opções hábeis para o recebimento de questionamentos quanto aos seus atos, demonstra a fragilidade do conceito de “autonomia e independência” que definem as agências reguladoras. Segundo Néviton O. Batista Guedes, as ideias de autonomia e independência existem como produto de uma “adaptação” dos modelos externos ao modelo nacional, mas que de fato não reflete toda a autonomia necessária (GUEDES in SILVA,F., 2014, p. 260).

Portanto, é de conhecimento notório que a ANS tem por escopo regular os planos e contratos de seguro de saúde, entretanto não se verificam nem atos de notoria independência, como também não se verificam atos praticados em prol da economia de mercado. Faz-se tal afirmação pela simples observância do atual estágio dos planos de saúde individuais, praticamente extintos devido a diversos fatores, dentre estes, a massiva interferência do judiciário na operação dos planos e seguros de saúde.

4. Críticas e Desafios das Agências Reguladoras e Assemelhadas, especialmente ANS e SUSEP

Diversas são as críticas à força vinculante das agências reguladoras atuais. Vasto material na mídia permite concluir que esta passam por uma crise de credibilidade, sobretudo tendo em vista a incipiente autonomia frente ao Estado, e pior a acusação inclusive de que as

agências reguladoras sofrem o fenômeno da captura pelo próprio Estado, por meio das nomeações políticas.

Mesmo num cenário de plena autonomia das Agências Reguladoras, não necessariamente confere-se a imparcialidade para defender em grau de equidade, tanto os consumidores, quanto as empresas fornecedoras. Para além das angústias no plano político, também há insatisfações no plano operacional e quanto à expectativa de expansão do setor internamente, isso se equiparadas aos níveis de expansão no plano internacional. Exemplificativamente, a característica da padronização pela SUSEP dos seguros ofertados, é criticada por alguns tal como Walter Polido, que atribui tal circunstância à “intervenção assistencialista do Estado na atividade, cuja tarefa é movida por índole “desenvolvimentista” a qual prevaleceu durante a ditadura militar”, e que representa, em sua opinião, entrave ao desenvolvimento do setor. (POLIDO in MIRAGEM, 2014, pg. 98). Afirma ainda que “também os segurados de pequeno porte sofrem como esse tipo de situação e a padronização exacerbada reduz a oferta de novos produtos e sob novas perspectivas de coberturas” (POLIDO in MIRAGEM, 2014, pg. 100).

Defende Polido, a transformação da SUSEP em agência, dentro da sua concepção moderna, mas sem ingerência desmedida do Poder Executivo, com autonomia na seleção dos administradores, oriundos da iniciativa privada, da academia, do governo, mas desde que atendido o requisito do profundo conhecimento técnico, e não o interesse político. (POLIDO, in MIRAGEM, 2014, 106).

Para os autores Sarah Maria Linhares de ARAÚJO e Edson Luciani de OLIVEIRA (2013, p. 131), talvez a atual crise de representatividade e autonomia das Agências Reguladoras existentes seja ligada à precoce instituição das Agências, e sobretudo, ligada à forma como foram instaladas. Afirmam:

“Ideologicamente, talvez, o Brasil ainda não estivesse maduro para tais agências, pois convivia ainda com relação de poderes antigos, estruturas administrativas voltadas para a administração central (baixa autonomia) e, principalmente, não sabia conviver com o poder normativo que deveriam receber estas novas agências. Some-se a isso, ainda, o fato de que estas agências reguladoras independentes brasileiras terem sido referenciadas por outras agências criadas no âmbito do Common Law anglo-saxão, as quais tomaram força por motivos políticos ideológicos de mercado diferentes dos motivos brasileiros.”

Ressentem-se os estudiosos sobre o tema, a exemplo de SARAH e Edson Luciano, sobre a inexistência sequer de uma lei que organize ou discipline a formação e condutas das agências reguladoras.

E não se pode negar, ademais, que a atuação e o fortalecimento de tais agências passam, periodicamente, pelo interesse e perfil ideológico dos governantes. Como explica

MULLER (2009, 107), os setores regulados operam com grandes custos fixos, ativos específicos, economias de escala ainda envolvem serviços politicamente sensíveis, muitas vezes produzidos por empresas estrangeiras, o que os tornam vulneráveis ao “oportunismo governamental”.

A exemplo da mencionada vulnerabilidade, o MULLER (2009, 113) cita “tentativas de alteração da política regulatória”, e expõe algumas ocorrências em setor regulado, especialmente o de telecomunicações, que mostram a abordagem intervencionista do governo Lula (que assumiu a Presidência do Brasil em 2003), com propósito de demonstrar que a motivação do governo era efetuar grande mudança no papel e no poder das agências regulatórias.

Expõe MULLER que o primeiro evento envolve a tentativa do governo em interferir nas tarifas de telefonia autorizadas pela Anatel, exigindo a incidência do indicador IPCA de 17% (calculado pelo IBGE) ao invés do IGP-DI de 30,5% (calculado FGV), argumentando ser contrário ao tamanho do aumento, mas ciente do impacto de tais tarifas na inflação e motivado a dissipar desconfiança em relação a sua capacidade de gestão econômica, todavia, os concessionários tinham ciência da iminente subida do indicador IPCA e da conveniência do IGPDI. O embate ascendeu à justiça, as ações foram unificadas pelo STF, que permitiu uso do IGPDI pela Anatel. O segundo evento de interferência governamental ocorreu logo após, tendo sido forçado a sair do cargo o Presidente da Anatel, Luis Schymura, antes nomeado pelo FHC, substituído por novos conselheiros com fortes laços com Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações e Partido dos Trabalhadores. Outro evento é citado pelo autor como uma tentativa do governo em mudar as regras do sistema regulatório, mediante a apresentação de duas propostas de lei, a primeira, focava no alcance da jurisdição das agências, abarcando a transferência do controle das agências ao ministério da área do poder de concessão, especialmente o poder de decidir quem poderia explorar os serviços públicos, e a segunda focando na organização da governança e controle social das agências, de número 3.337/2004, prevendo criação de contrato de gestão, estabelecendo metas para as agências, punições, e a preocupação consistia em tal contrato ser usado como instrumento para impor vontade do governo sobre agência, devido às demissões de conselheiros e reduções orçamentárias, tolhendo a necessária autonomia, mas os projetos não foram aceitos, esse último, retirado de tramitação na Câmara dos Deputados em 2013.

O projeto de Lei nº 3.337/04 foi retirado de tramitação, reduzindo os receios de muitos que temiam pela autonomia das agências reguladoras, mas igualmente, muitos se ressentem de

normativa que defina, exemplificativamente, os princípios incidentes à atividade reguladora, sobretudo a proteção do interesse público, a defesa da concorrência e do direito do consumidor, a promoção da livre iniciativa, os princípios relacionados às práticas de compliance e governança corporativa, bem como os princípios da administração pública.

Outro mecanismo adotado para reforçar a autonomia das agências reguladoras consistiu no PRO-REG: Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, criado por intermédio do Decreto nº 6.062/2007, cujos objetivos podem ser sucintamente relacionados na visão de RAMALHO (2009, p. 09), a saber especialmente “fortalecer a autonomia, a transparência e o desempenho das agências reguladoras”.

Percebe-se que, diante das tantas vulnerabilidades a que se expõe a atividade regulatória, e da necessidade de se reforçar a autonomia, instrumentos como a AIR – Análise do Impacto Regulatório, se mostram interessantes, pois antecipa-se aos possíveis problemas oriundos da falta de análise dos custos e benefícios incidentes sobre a regulação.

Segundo MACRAE (2009, pg. 255-264), a AIR constitui uma ferramenta política que visa o fortalecimento tanto do procedimento do elaborador da política, como também visa à participação das partes envolvidas com a nova regulação, para correta identificação dos custos e benefícios. Defende ainda, a partir das experiências observadas em três organizações do Reino Unido, que nunca haverá sucesso em uma política regulatória, se esta não trazer clareza nos objetivos, segurança na alocação dos recursos e desenvolvimento claro e preciso voltado a uma solução final.

A atuação da ANS deve visar a garantir o acesso e qualidade da assistência prestada, a higidez da regulação, e a sustentabilidade do setor da saúde suplementar, isso é, garantir um equilíbrio, sem contudo, transferir obrigações do Poder Público diretamente para as operadoras da iniciativa privada, e o que se observa é um grande desafio, devendo-se atentar para suas ações voltadas somente para a qualidade da assistência prestada ao consumidor a qualquer custo, incentivando-se muitas vezes coberturas a tratamentos não cobertos e atendimentos não previstos, ou impedindo drasticamente os reajustes correspondentes e necessários ao cumprimento das coberturas ordenadas, compromete-se a sustentabilidade da atividade privada, e têm sido apontada como a causa do sumiço dos planos individuais de saúde do mercado.

No âmbito dos seguros privados distintos dos seguros de saúde, grandes desafios são visíveis para garantir igualmente equilíbrio entre expectativas de segurados e seguradoras, e sustentabilidade do setor, tão relevante para a economia nacional. Muitas intervenções ditas “limitadoras” são atribuídas à SUSEP, a exemplo da Circular SUSEP 437/2012, que interfere

o conteúdo das cláusulas atinentes as Seguros de Responsabilidade Civil, dificultando a elaboração de produtos pelas seguradoras, o que se distancia da prática internacional.

Sabe-se que, num ambiente onde há regulamentação estrangulante, cria-se risco de constante saída de agentes do mercado, persistindo nele apenas aqueles agentes com grande capacidade de se sujeitar às imposições, cada vez em menor número, e se menor o número de opções, menores as chances de inovação.

5. Considerações Finais

O presente artigo buscou explorar as especificidades técnico jurídicas envolvendo a atividade reguladora, sem descuidar de aspectos históricos e políticos incidentes e que sobretudo, explicam sua conjuntura atual e vulnerabilidade. Demonstrou que os diversos estágios da intervenção do Estado na Economia propiciaram, igualmente, diferentes níveis de desempenho e crescimento econômico, e diversos estágios de equilíbrio nas relações entre os consumidores dos serviços e ou produtos, sejam eles públicos, de competência suplementar ou privativa da iniciativa privada.⁶

Percebe-se que a atividade reguladora no Brasil não goza dos benefícios da plena autonomia (gerencial, financeira, orçamentária), e ainda, por vezes são alvo de disputas ideológicas não contribuem para o atingimento de sua independência.

No atual cenário brasileiro, marcado por forte crise econômica, o reforço da independência das agências reguladoras consiste em medida imprescindível para a retomada do crescimento, pois somente com a convicção e segurança proporcionadas por entes imparciais e técnicos é que se terá retomada da confiança dos investidores, redução do custo dos empreendimentos e conseqüentemente, até mesmo redução nas tarifas pagas pelos consumidores dos produtos e serviços prestados objeto de regulação.

Entretanto, outro mecanismo de igual ou superior relevância diz respeito à participação popular, seja nas audiências públicas, seja nas consultas populares, pois conforme alerta CARVALHAES (2016, p. 21), “Quanto maior for a distância entre o Estado e a Sociedade, a Administração e os Administrados, maior a possibilidade de praticas temerárias e corruptas.”.

Referências

⁶ A exemplo das notícias diversas disponíveis em < <http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,para-ocde--brasil-e-um-dos-paises-menos-amigaveis-a-competicao,10000016403>>, e ainda a notícia abaixo

ARAÚJO, Sarah Maria Linhares. OLIVEIRA, Edson Luciani de OLIVEIRA. **Leituras sobre o atual quadro das agências reguladoras no Brasil : algumas experiências internacionais comparativas para o exame da sustentabilidade brasileira indicada pela Constituição Federal.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 95-133, maio/ago. 2013).

ARAGÃO, A. S. de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro. Forense, 2005.

BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de Seguro – O Seguro Garantia de Obrigações Contratuais** – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARVALHAES, **Rafael Bitencourt. Direito Regulatório e Participação Social: fundamentos para uma democracia participativa.** Revista TerCi, V. 06, nº 02, Jul/Dez 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

EFING, Antônio Carlos. **Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro.** Curitiba: Juruá Editora: 2009.

COSTA, Ilton Garcia da; GIACOLA, Gilberto. **Parcerias público-privadas: PPP e agências reguladoras, questões críticas.** 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

MORAES, Alexandre de (org) **Agências Reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2002.

MACRAE, Donald. **Análise de Impacto Regulatório – AIR: a experiência do Reino Unido,** in *Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatório.* Organizador Pedro Ivo Sebba Ramalho. Brasília: Anvisa, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros: 2012

MIRAGEM, Bruno. CARLINI, Angélica, et. al. **Direito dos Seguros: Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MULLER, BERNARDO. **Instituições e salvaguardas no sistema regulatório brasileiro,** in *Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatório.* Organizador Pedro Ivo Sebba Ramalho. Brasília: Anvisa, 2009.

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

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatório.** Organizador Pedro Ivo Sebba Ramalho. Brasília: Anvisa, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde.** 2ª Ed. Curitiba. Editora Juruá: 2003

SILVA, Fernando Quadros da. FREITAS, Vladimir Passos de. (coordenadores). **Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. Teoria e Prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

.....