

**PODER REGULAMENTAR E PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: O CASO DA RESOLUÇÃO Nº 433/2018 DA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS), DA ADPF 532 E DEMAIS
DESDOBRAMENTOS¹**

**REGULATING AND NORMATIVE POWER OF THE REGULATORY AGENCIES:
THE CASE OF RESOLUTION Nº 433/2018 OF THE SUPPLEMENTARY
NATIONAL HEALTH AGENCY (ANS – INITIALS IN PORTUGUESE), THE ADPF
532 AND OTHER DEVELOPMENTS**

Carlos Bolonha¹
Luigi Bonizzato²
Tayssa Cristine Rodrigues³

RESUMO

Este Artigo jurídico, subdividido em duas partes textuais, aborda uma faceta do tema relativo ao alcance do poder normativo das Agências Reguladoras, em especial da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Com base no exame de ocorrências concretas, tais como específica Resolução Normativa (433 de 2018) e Decisões judiciais (na ADPF 532), a pesquisa faz uma abordagem delimitada de como uma atuação dita excessiva e que ultrapasse o dever de tecnicidade de uma Agência Reguladora, invocando o exercício de seu poder normativo, pode levar a embates entre instituições. A utilização de método dedutivo, com marcos teóricos alicerçados no Direito Administrativo, Constitucional e em teorias institucionais, faz com que a presente investigação tente dar algumas respostas a situação concreta entendida como de alta relevância prática e teórica. E avançar no conhecimento científico ligado às respectivas áreas do saber anteriormente já citadas. Fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas amparam as conclusões e resultados finais, confirmados nesta pesquisa.

¹ Professor Associado de Teoria do Estado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Fundador e Coordenador do LETACI (Laboratório de Estudos Institucionais). Editor-chefe da REI (Revista Estudos Institucionais). Diretor da Faculdade Nacional de Direito (2018-2022). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3853-1723> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3159100435446896> E-mail: bolonhacarlos@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado de Direito Constitucional e do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Co-coordenador e Integrante do LETACI/FND/UFRJ (Laboratório de Estudos Institucionais). Coordenador de Monografias e Sub-chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da UFRJ. Criador do APP "Constituição para Leigos". Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3221-4068> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8169452504332343> E-mail: bonizzato@bonizzato.com.br

³ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD/UFRJ) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro e Pesquisadora do LETACI (Laboratório de Estudos Institucionais), vinculado ao PPGD/UFRJ. Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1978-6520> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8382218202428813> E-mail: tayssarodrigues01@gmail.com

Palavras-chave: normatização; poderes; regulação; Resolução Normativa 433.

ABSTRACT

This legal article, subdivided into two textual parts, is about a facet of the issue relative to the reach of the normative power of the Regulatory Agencies, especially the National Supplementary Health Agency (ANS – initials in Portuguese). Based on the examination of concrete occurrences, such as specific Normative Resolutions (433 and 434 of 2018) and Judicial Decisions (in ADPF 532), the research takes a delimited approach of how an action called excessive and that overcome the duty of technicity of a Regulatory Agency, invoking the exercise of its normative power, can take to clashes between institutions. The deductive method, with theoretical frameworks based on Administrative and Constitutional Law, and even institutional theories, makes the present investigation a way to try giving some answers to concrete situation, understood as of high practical and theoretical relevance. And also to advance in the scientific knowledge linked to the respective areas of knowledge previously mentioned. Bibliographic, jurisprudential and legislative sources support conclusions and final results, confirmed in this research.

Keywords: normatization; powers; regulation; 433 Normative Resolution.

INTRODUÇÃO

A complexidade institucional brasileira é reproduzida cotidianamente por meio de embates, conflitos, arranjos e relações que alimentam a necessidade de enfrentamentos variados. Um deles, aqui pequena e recortadamente proposto, diz respeito a uma Resolução Normativa (RN) da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), judicialmente desafiada por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), mais precisamente, pela de nº 532 de 2018. A metodologia preponderantemente dedutiva, calcada em fontes bibliográficas e jurisprudenciais robustas, assim como, portanto, em marcos teóricos sólidos, é capaz de demonstrar os resultados e conclusões, voltados, sobretudo, ao funcionamento contemporâneo do Direito Administrativo, Constitucional e Processual brasileiros.

A inicialmente referida Resolução, isto é, a nº 433, de 27 de junho de 2018, que versou sobre, resumidamente, a possibilidade de Operadoras de planos privados de assistência à saúde cobrarem taxas de co-participação e/ou franquias nos Planos de Saúde comercializados após sua entrada em vigor, gerou reações de múltiplas instituições e setores sociais, o que redundou não somente na propositura da ADPF 532, mas também na concessão de ordem liminar pela qual se suspendeu a eficácia da RN 433 até julgamento final de mérito pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

E a base argumentativa central, sobre a qual se baseou a Decisão suspensiva, foi a necessidade de uma Agência Reguladora, no exercício de seu poder normativo, respeitar a separação de Poderes e, nesse sentido, o fato de caber somente ao Legislativo criar direitos e obrigações, ou seja, inovar no ordenamento jurídico. Ao Executivo, sobretudo na figura das Agências Reguladoras, pode caber tecnicamente regulamentar, mas com base em lei prévia sobre o assunto objeto de regulamentação. Eis o problema, a partir das situações fáticas apresentadas e os objetivos de solução fixados ao longo da presente pesquisa.

De todo modo, mesmo após o acima narrado embate institucional que, por si só, já seria da mais alta relevância jurídica, política e social, sobreveio novo fato, qual seja, o da revogação da Resolução Normativa n.º 433/2018 pela própria Agência que a criou. Um círculo iniciado e encerrado, mas com consequências e desdobramentos, reforce-se, jurídicos, políticos e sociais não terminados, levada em conta, principalmente, o que na presente investigação se verá.

1. EXEMPLOS E CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA COMPLEXA REALIDADE INSTITUCIONAL NACIONAL E O CLÁSSICO PODER REGULAMENTAR DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Com dificuldade se tem conseguido pesquisar a Administração Pública brasileira contemporânea, de modo a alcançar resultados conceituais e classificatórios uniformes. Não somente pela própria tradição mista que deu origem ao que hoje se apresenta à sociedade brasileira, uma vez que modelos europeu e estadunidense misturaram-se em solo nacional a partir de momentos formacionais², mas também pela própria complexidade das instituições públicas brasileiras e suas relações, o Brasil possui um Poder Público repleto, primeiramente, de *gaps*, vácuos e fendas, assim como, em segundo lugar mas, paralelamente, de interseções, sobreposições e repetições.

Assim, de modo mera e preliminarmente exemplificativo, quando um administrador público se depara com situação para a qual não encontra um caminho imediato e, em decorrência de lacunas legais, não se sente minimamente à vontade para agir de modo discricionário – nem muito menos vinculado –, defronta-se com um verdadeiro “buraco” (*gap*); que, a depender da instituição da qual seja funcionário, além de elementos temporais e espaciais, pode ser ou não alvo, participante ativo ou passivo de uma tentativa de enchimento ou fechamento da fenda com a qual se deparou, no intuito de se tentar solucionar um determinado caso concreto.

Da mesma forma, um mesmo administrador público pode se deparar com a segunda situação acima exposta, a ele sendo apresentada uma realidade complexa, mas justamente porque, *a contrario sensu*, para além de possibilidade e escolhas discricionárias racionais, modos de atuação distintos podem figurar como possíveis e potencialmente geradores de um quiçá prejuízo laboral, mas resolútorio para a Administração Pública. Quando uma ou mais soluções ou medidas são tomadas para um mesmo fim, sendo que apenas uma seria já suficiente para que se atingisse o objetivo desejado, tem-se um patente e manifesto caso não de legal escolha de indiferentes jurídicos, mas de excesso de força despendida. O que, em outras palavras, representará excesso e desnecessária oneração do erário.

Veja-se, por exemplo, o caso de um vencedor de certame para o fornecimento de vacinas e medicamentos para o Estado ter exercido seu papel por um período hipoteticamente contínuo de 11 meses, mas com previsão de atuação por um ano. Por problemas financeiros, teve seu Contrato com a Administração Pública rompido, o que levou à necessidade imediata de o (1) Poder Público contratar nova Sociedade fornecedora dos mesmos produtos da anterior. Entretanto, o trâmite legal exigido para a contratação, ainda que urgente, levaria à retomada do fornecimento das vacinas e medicamentos somente após o 13º mês após a contratação original de primeira. Por dois meses, ficariam hospitais, postos de saúde e unidades de atendimento, sem as vacinas e medicamentos, considerados essenciais à população brasileira. Diante deste cenário, por outro lado, (2) equipes de administradores públicos, de variadas áreas, foram convocadas, no âmbito interno e cotidiano do funcionamento da máquina pública, a fim de darem uma solução prática para o problema formado, tendo em vista que empecilhos jurídicos e legais, impuseram-se de forma poderosa. Pois bem: perceba-se como todos os administradores públicos eventualmente envolvidos na segunda parte da ilustração acima criada findaram por assumir o preenchimento de um vácuo, a fim de que se pudesse proporcionar à sociedade o acesso às vacinas e medicamentos indispensáveis.

Esta primeira situação, repita-se, absolutamente hipotética, partiu da premissa de que alguma solução “precisaria” ser dada, ainda que com fraca base e amparo jurídicos, considerando que o caminho original e legal seria o de uma normal contratação de novo fornecedor, que seria a em conformidade com todos os trâmites e procedimentos legalmente previstos, mas que levaria ao retorno do fornecimento dos produtos apenas no citado 13º mês. Por dois meses, assim, ficaria o sistema público de saúde brasileiro sem as específicas vacinas e medicamentos não em decorrência de atos nem vinculados e, por corolário, nem também discricionários. Uma ausência de previsão legal imediatamente solucionadora (como o caso do

exemplo requereria) e, portanto, inicialmente engessadora do administrador público, seria o que abriria espaço para uma atuação urgente, mas não o suficiente e, ainda mais, recheada de pressões institucionais, tais como política, social, midiática, entre outras, ora reclamadora da prestação social (fornecimento de vacinas e medicamentos), ora crítica e contrária aos meios buscados para uma solução célere, mas aquém dos ritos e previsões legais³.

Com efeito, é imperioso notar que, se em um cenário jurídico ideal – uma vez que pautado rigorosamente na legalidade – impor-se-ia a falta de vacinas e medicamentos por dois meses, um outro e segundo cenário, impulsionado por fatores como os já citados, levaria à existência e disponibilidade das vacinas e medicamentos. Mas, concomitantemente, um segundo cenário que conduziria a um paralelo questionamento dos vários atos administrativos praticados por agentes públicos. Afinal de contas, para preencher uma fenda, cobrir um buraco e aerar um vácuo, decisões para além, fora ou aquém do previsto em lei teriam que ser tomadas.

Nesse sentido, repare-se como elementos contextuais e espaciais podem exercer influência decisiva. Do ponto de vista contextual, se todo o narrado porventura tivesse lugar em um Estado ou Município, em direção ao qual todos os holofotes estivessem acesos por questões diferentes e variadas, exemplificativamente, ligadas a quaisquer tipos de problemas que costumam chamar a atenção da população, dos Poderes e autoridades, ainda que não relacionados à vacina e aos medicamentos especificamente integrantes do caso concreto narrado, muito mais facilmente um eventual problema poderia ser identificado e adquirido maiores e mais potentes proporções. E tal contexto, sem dúvida, conduziria um agente público a refletir com muito mais cuidado sobre os riscos de tomadas de decisões não calcadas, firmemente, em lei. Uma situação hipotética e quase contrária seria a de um Estado ou Município sem focos midiáticos, populacionais e/ou investigativos em determinada época, fato que poderia gerar uma maior comodidade para que a segunda situação hipotética acima narrada pudesse ser, quiçá, eventual e mais ordinariamente tomada. Em duas situações, uma com maior exposição (pública etc.) e outra com menos, possibilidades de atuação surgiriam, tomadas de decisão apresentar-se-iam e, enfim, capacidades institucionais distintas eclodiriam. Em resumo, a constatação de que o contexto político pode influenciar na tomada de decisões do administrador público é bastante evidente.

Paralelamente, mas em exemplo com grandes semelhanças ao anterior, levando em conta um critério eminentemente espacial, se alguns Estados ou Municípios viessem sendo alvo de denúncias e descobertas contínuas de casos de corrupção (com um direcionamento de atenções quase que nacional a eles voltado) e a situação concreta e hipotética narrada

acontecesse em um outro ente federativo milhares de quilômetros distante e para o qual atenções políticas, institucionais etc. não estivessem sendo voltadas, apesar da distância e possível ostracismo não serem eliminadores de atuações administrativas, haveria uma chance maior de administradores públicos também cederem a circunstâncias locais diversas para que o meio social não ficasse sem vacina e medicamentos.

Claro que os exemplos acima são relativos e comportam variáveis. Mas a tentativa é a de demonstrar razoáveis tendências, mesmo que sobre situações aqui construídas e, por isso, a serem consideradas hipotéticas, a partir da complexa estrutura administrativa brasileira. Que vai do agir e atuar administrativo cotidiano, à mais específica letra da lei e da Constituição da República de 1988, além de sob um ponto de vista analítico comportamental mais direto e específico do que teórico, como já há um bom tempo e também contemporaneamente trabalhado pela própria doutrina jurídica brasileira⁴.

Feitas as colocações acima, ressalte-se que a convivência de Agências Reguladoras, com múltiplos outros componentes da Administração Pública brasileira, direta e indireta, assim como com os três Poderes da Federação, traz à tona uma série de problemáticas que podem ser semelhantes ao supra apresentado ou, ainda, bem mais complexas do ponto de vista relacional entre Poderes, instituições e sociedade, subdividida em seus diversos grupos de pressão. Repita-se, fez-se aqui mesmo menção aos três Poderes, pois, mesmo sendo as Agências parte do Poder Executivo, nada impedirá a existência de conflitos com outras instituições, tanto de outros, quanto do mesmo Poder.

De todo modo e, evitando-se prolongamentos que ultrapassariam os objetivos mais diretos e específicos deste Artigo, entre várias ilustrações, uma que já se considera clássica e que aqui será retomada para os específicos fins ora colimados é a da extensão do poder normativo das Agências Reguladoras. A matéria já foi e continua sendo alvo de dezenas e dezenas de trabalhos jurídicos no país, desde a chegada e consolidação da figura das referidas Agências no país, em especial no final da década de noventa, do século passado. Com avaliações e abordagens, sobretudo, relacionadas à legitimidade das Agências Reguladoras para normatizar e, até mesmo, quiçá inovar no ordenamento jurídico, já que tal papel, clássica e preponderantemente, é conferido ao Poder Legislativo.

Contudo, o que nas linhas subsequentes se estimulará, será uma diferente visão do mesmo problema. Ao invés de se focar na possibilidade ou não de uma Agência criar normas, a partir de argumentos teóricos sobre seu papel ou dos órgãos legiferantes brasileiros, inclinar-se-á a abordagem para uma específica faceta do grau de tecnicidade institucional destas tão

relevantes partes da estrutura da Administração Pública brasileira. E tudo, antecipe-se, para que o estudo de caso, no parágrafo subsequente melhor anunciado, possa ganhar todo fôlego teórico-prático-interpretativo.

Assim, embora o debate inicialmente teórico tenha alicerces semelhantes, seu desenvolvimento e foco são direcionados a como devem Estado, Agências, outras instituições variadas e sociedade relacionarem-se, complementarem-se, comportarem-se, máxime diante e a partir de situações concretas. E, mas mais adiante, depois da união de teorias clássicas do Direito Administrativo, com modernas e contemporâneas análises sobre teorias institucionais – mas sem também delongas reputadas expansivas da celeuma que se quer avaliar –, conforme apenas citado no parágrafo antecedente, terá lugar o levantamento de emblemático caso concreto nacional, ocorrido em meados de 2018 e que envolveu a Administração Pública brasileira como um todo, de específica Agência Reguladora à cúpula do Poder Judiciário.

Se exemplos que desde o início foram citados, relacionados a situações livremente denominadas como *gaps* ou repetitivas, objetivaram introduzir meras situações-problema do cotidiano administrativo do país – talvez com um certo exagero (mas necessário para o que se quer desenvolver), agulhas em meio a um palheiro de possibilidades –, certamente não pretenderam ser reducionistas. Em outras palavras, sabe-se tanto que as ilustrações não servem para um julgamento dos administradores públicos que são diariamente, mais ou menos, em menor ou maior grau, forçados a tomar decisões, com menor ou maior medo, receio e incertezas sobre suas condutas, quanto que representam um grau de facticidade de mui complexa solução, mormente sob os aspectos e visões jurídicas.

No entanto, por outro lado, ainda que as dificuldades se apresentem, a defesa de instituições democráticas, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, pode e deve ser o norte para que, máxime em momentos de crises decisórias, que podem findar por formarem verdadeiros *leading cases*, adequadas resoluções sejam tomadas. E com vistas menos a ter o poder de solucionar e mais a estancar feridas momentaneamente abertas. Todavia, feridas que, se bem tratadas, podem ser um início, reinício e, até mesmo, inovação para o que se deve perseguir em sentido amplo (uma formação racional jurisprudencial, por exemplo), nada obstante não se saiba se será uma meta atingida, atingível ou não. E sem que isto represente qualquer problema na presente pesquisa, a qual não possui qualquer fito de trazer as referidas soluções, apesar de trazer alguns elementos jurídico-sociais para análise, aprofundamento, interpretações e motivações.

Instaladas, assim, algumas premissas e pontos de partida, pode-se então, finalmente, já caminhar e dar sequência à presente abordagem, com o levantamento subsequente de tradicional poder concedido ao administrador público. Entretanto, como meio para se atingir um fim específico em uma diferente apreciação de embate concreto entre uma Agência Reguladora, seu poder normativo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

O poder regulamentar será mais uma vez estudado nos parágrafos subsequentes⁵, para se poder voltar o foco para a ideia de tecnicidade institucional regulatória, legislativa, judicante e social. Todas envolvidas no caso concreto já anunciado e que, com mais precisão, colocou frente a frente a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), setores sociais e Poder Judiciário, com o Poder Legislativo surgindo como coadjuvante de suma importância.

De acordo, assim, com o que se estuda e aprende a partir de clássicas teorias do Direito Administrativo, o administrador público possui deveres, atribuições, prerrogativas e poderes. Quanto a estes últimos, costumam-se destacar o poder vinculado e o poder discricionário, em relação aos quais modernas e contemporâneas teorias trazem novos conceitos e possibilidades, sobretudo fundados em ideias de maior eficiência para a Administração Pública brasileira⁶.

Mas, para além destes poderes apenas citados, outros também possuem relevância e, igualmente, destacam-se na estrutura administrativa brasileira, tais como o disciplinar, o hierárquico e, entre outros, o chamado poder regulamentar. De modo ainda bem preliminar e anunciativo, segundo este denominado poder regulamentar, pode o administrador público, com foco normalmente voltado aos chefes dos Poderes Executivos nacionais, regulamentar leis, a fim de a elas conferir maior concretude. Conforme ditames básicos do ordenamento jurídico brasileiro, cabe à lei – e somente a ela – inovar e, portanto, criar novos direitos e obrigações. Mas, paralelamente, devem as leis ser caracterizadas pela abstração, a fim de que não seja desrespeitado, principalmente, o princípio da igualdade. Devem as leis ser voltadas e direcionadas a uma coletividade, a um grupo mínimo de pessoas, de modo a que não se desvincule de seus fins básicos. Portanto, o exercício do poder regulamentar, comumente refletido no instrumento chamado decreto regulamentar, tem a finalidade não de inovar, mas de proporcionar a concretização e aplicabilidade de leis anteriormente criadas.

Apesar de melhor se ter que enfrentar e enraizar os entendimentos sobre os apenas mencionados poderes administrativos, em especial ao regulamentar, o que se fará logo a seguir, o caminho a ser aqui trilhado levará a uma necessária conciliação com novas esferas da contemporânea realidade administrativa nacional, de acordo com ideias que desde o início se vem construindo.

Reforçando-se o já exposto, principalmente no final da década de noventa do século findo, assim como início da primeira década deste século, importou o Brasil modelo preponderantemente utilizado nos Estados Unidos da América (EUA), ligado ao por lá denominado Estado Administrativo⁷ e muito pautado na figura das Agências Reguladoras. E, entre várias atribuições e características, tais agências, instauradas no país, possuem o já acima ventilado poder normativo. Entretanto, que já reste bem claro, um poder normativo eminentemente técnico. As Agências Reguladoras brasileiras têm, entre vários objetivos, controlar e fiscalizar serviços essenciais terceirizados pelo Estado à iniciativa privada. Saúde, telecomunicações, exploração do petróleo etc. são apenas poucos exemplos e ilustrações de serviços que, terceirizados a sociedades privadas, precisam ser, além de controlados e fiscalizados, também tecnicamente regulados e normatizados. A noção de Estado Mínimo, mas não inexistente, ou seja, um Estado que, embora terceirize, continue sendo minimamente capaz de gerenciar o por ele terceirizado.

No entanto, é imperioso ressaltar: do ponto de vista regulatório e normativo, centrais no presente estudo, a tecnicidade institucional deve ser respeitada e atendida. Normas técnicas não somente podem, mas também devem advir das Agências Reguladoras brasileiras, de modo a ordenar e proporcionar o melhor andamento das funções exercidas por variados setores empresariais no país.

Mas, se por um lado tal lógica deve ser buscada e sempre mais consolidada, por outro, não se pode deixar que Agências Reguladoras extrapolem seu poder normativo técnico e passem a agir como se legisladoras fossem, em substituição à figura do próprio Poder Legislativo. Os limites, ainda que de complexa imposição, precisam ser continuamente determinados, administrados e examinados.

E foi exatamente em razão da complexidade de delimitação das fronteiras de atuação levantadas no parágrafo antecedente que, no entender que aqui gradativamente se exala, quando da criação, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da Resolução Normativa n.º 433, de 27 de junho de 2018, findou a referida Agência Reguladora do país por agir para bem além de seus limites atuacionais, legalmente já conceituados. Por meio da citada Resolução, em inicial resumo, estabeleceu-se que todos os novos Planos de Saúde comercializados pelas Operadoras de Planos de Saúde brasileiras poderiam ter a exigência de coparticipação (algo semelhante a uma franquia a ser paga)⁸ do beneficiário final em montante equivalente a até 40% (quarenta por cento) do valor de procedimentos médicos, tais como consultas e exames. Como tal norma representava uma significativa mudança na relação entre

beneficiário/consumidor e Operadora de Plano de Saúde, sem nenhuma base legal prévia, máxime contida na Lei 9.656/98 e no Código de Defesa do Consumidor, entre outras legislações que poderiam ser aqui citadas, já se adianta o entendimento segundo o qual se tratou de norma manifestamente inconstitucional.

E, apenas se adiantando o que ao final desta pesquisa será retomado, foi o também entendido por Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) ao deferir medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), mais precisamente, na ADPF n.º 532/DF. Por Decisão monocrática (ADPF 532 MC / DF), de validade temporária, no âmbito da cúpula do Poder Judiciário brasileiro e no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, foi suspensa a Resolução Normativa sob foco até o julgamento final.

Que se também antecipe, tratou-se de Decisão aqui reputada correta, principalmente se levadas em conta as razões acima expostas e as que sobrevirão. Um “*ato normativo secundário*” (expressão utilizada no próprio Processo da ADPF) e não primário, como uma lei, não a deve substituir. O que se espera do Poder Judiciário, em tempos de tanto ativismo judicial é, exatamente, que seja este evitado também fora das fronteiras jurisdicionais, como quando uma Agência Reguladora, parte integrante do Poder Executivo, decide legislar ao invés de mera, simples, mas tão relevantemente, tecnicamente regular. Situação peculiar e que dá ensejo a esta pesquisa, analítica por um lado e, por outro, provocativa, ainda mais com os novos acontecimentos advindos e geradores de enfrentamentos teóricos relevantes, com os quais *a posteriori* se deparará⁹.

De todo modo, que então se retome a solidificação teórica e clássica do poder regulamentar, para que se possa prosseguir rumo às associações pretendidas e às conclusões mais específicas sobre, tanto a Resolução Normativa n.º 433 e à Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade concentrado, quanto aos desdobramentos supervenientes, para os quais toda atenção merece ser destinada, sobretudo a partir de abordagem teórico-metodológica.

Na esteira da avaliação em construção, passar-se-á a maior e mais concentrado foco no exame desse poder administrativo ligado à execução de leis, frise-se, o poder regulamentar. Aproveitando-se da previamente citada discussão sobre limites para a atuação regulatória e, de forma mais específica, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no exercício de suas atividades normativas em meados de 2018, entende-se necessária menção a tal poder, o qual deverá respeitar as contiguidades da legalidade, sua principal orientadora. Esta aplicação,

condizente com os valores e princípios sociais, será a mola mestra e propulsora do incentivo à defesa do interesse público, ou seja, o relativo a toda coletividade administrada. Calha pertinente lembrar que abusos do poder regulamentar devem ser incontinenti combatidos, sob pena de se desviar o administrador público do respeito incondicional à lei e ao princípio da separação dos poderes, já há tempos estudado e, com toda certeza, a ser continuamente perscrutado¹⁰. Outrossim, vale mais uma vez lembrar que à Administração Pública é conferida uma série de poderes, tais como o citado regulamentar, mas também o hierárquico, o disciplinar, o vinculado, o discricionário e, entre ainda outros, a depender do enfrentamento teórico, o normativo.¹¹ Entretanto, em que pesem em importância e relevância no ordenamento jurídico brasileiro, não serão objetos de maiores pormenorizações, considerando-se o compromisso firmado com as finalidades precípuas da presente investigação.

Assim, no que concerne ao poder regulamentar, para José Cretella Júnior “*regulamentar é editar regras que se limitam a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana*”.¹² Neste sentido, delimitando ainda mais, defende que o “*regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei*”. E, concluindo, assevera que “*onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos: há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo*” (CRETILLA JÚNIOR, 2000, p. 264-266).

Portanto, deve tal poder regulamentar ser utilizado dentro dos lindes no interior dos quais foi formado, a fim de que se mantenha o devido respeito às demais funções não somente da Administração Pública, mas também de todos os demais Poderes e forças da sociedade. Para Marcello Caetano, em comunhão com o alegado, a lei formal, unicamente sujeita à Constituição, pode ser inovadora, criando e restringindo direitos, introduzindo modificações na ordem jurídica. Mas, ao revés, o regulamento tem de respeitar as leis, não pode conter preceitos que contrariem disposições constantes de leis formais (CAETANO, 1996, p. 80).

Anote-se, já é possível depreender, agora de modo mais fundamentado, que o poder *sub examine* é mero instrumento de concretização de leis, nelas tendo que se espelhar e se fundar, sob pena de afronta inaceitável e inconcebível ao princípio da separação dos poderes¹³ e, conseqüentemente, ao interesse público, representado pelos membros do órgão legiferante, eleitos pelo povo exclusivamente para o cumprimento de atividades legislativas.

Guido Landi e Giuseppe Potenza (LANDI, POTENZA, 1974, p. 38), em aqui menção ao clássico Direito italiano, invocam correlata ideia, até o momento insculpida na presente pesquisa:

O Poder Executivo possui, como atribuição própria e ordinária, o poder de emitir normas jurídicas, ditas regulamentos. O regulamento é lei em sentido material, somente. Como manifestação de poder administrativo, de uma parte está subordinado, na hierarquia das fontes, às leis constitucionais e àquelas ordinárias formais, e aos outros atos normativos que têm eficácia de lei ordinária; de outra, é direto dos princípios concernentes aos atos administrativos.¹⁴

Enfim, deve ser assinalado que o poder regulamentar é faculdade bastante relevante para uma administração eficaz do interesse público. Tanto o é que, consciente de sua necessidade, inseriu, o legislador constituinte originário, na atual Constituição pátria, sua expressa possibilidade, ao elencar as competências privativas do Presidente da República.¹⁵ O que se quer evitar, contudo, é sua má utilização pelo administrador público, o qual deve evitar sobreposição às tarefas do Poder Legislativo, ferindo o núcleo essencial de atuação do Poder, nos termos do proclamado na Constituição.

Finalmente, vale então a aproximação devida com a matéria regulatória, já que condensa os auspícios centrais da presente pesquisa. Perceba-se, se o poder regulamentar classicamente concebido confere, principalmente aos chefes dos Poderes Executivos do Estados, Municípios, Distrito Federal e da União, a possibilidade de criar normas específicas, voltadas apenas ao alcance da execução e da concretização das leis, não se mostra inadequada sua análise conjunta com um outro tipo de atuação da Administração Pública. Desta vez, não ligada aos referidos chefes dos Poderes Executivos, mas às Agências Reguladoras quando da edição de normas técnicas.

Por conseguinte, é o momento de se falar, em breves linhas, da noção de tecnicidade institucional que aqui se deseja passar, a fim de que se possa, sem maiores delongas, se debruçar sobre o caso concreto, grande ensejador desta investigação jurídica e, ao mesmo tempo, consequência fática e prática de exames aqui propostos.

Por consequência, deve-se ter em mente sempre que o poder regulamentar é faculdade imanente à Administração Pública como um todo, seja na figura mais tradicionalmente invocada para exemplos e ilustrações, como é o caso dos decretos regulamentares de autoria dos Executivos nacionais, seja na figura de outros órgãos e partes desta mesma Administração Pública, a qual deve esforçar-se para utilizar os poderes a ela concedidos em seus exatos limites, tendo-se constantemente em vista, no que diz respeito à criação ou extinção de direitos, a preponderância do Poder Legislativo, a quem é atribuída a função precípua de elaboração das

normas jurídicas no país. E, no capítulo seguinte, a partir do foco voltado à situação fática central do presente estudo, poder-se-á reforçar o quão importante é o respeito ao referido poder, à dita tecnicidade e, por consequência, às chamadas capacidades institucionais.

2. A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS), A SUA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 433, DE 27 DE JUNHO DE 2018 E OS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS (ADPF 532), ADMINISTRATIVOS E SOCIAIS

Ultrapassada, assim, a etapa anterior, o exame técnico a que se propõe, tem como meta apenas deixar claro que, se a teoria mais clássica do Direito Administrativo sobre o poder regulamentar deixa nítida a ideia de regulamento em contrapartida à noção capital de lei, pode-se, sem traumas, aproveitá-la para justificar e embasar a atuação normativa de Agências Reguladoras, ainda mais quando é essa colocada em xeque, a partir de um suposto exagero, um quicá exercício em excesso, considerando seus limites básicos, atrelados a uma especificidade técnico-institucional. Nesse viés, aí reside a tecnicidade institucional a que já se fez menção ao longo deste texto eminentemente investigativo: as Agências Reguladoras, dadas suas bases mestras maiores, levadas em conta suas características mais palmares, têm deveres eminentemente técnicos e vinculados à sua precisa área de atuação. Uma Agência Reguladora das Telecomunicações deve exclusiva e tecnicamente a estas se dedicar; uma Agência Reguladora do Petróleo deve a este, igual e especificamente se debruçar; e, entre tantos exemplos, uma Agência Reguladora da Saúde deve somente e tecnicamente se voltar à regulação da saúde.

Mas, em que pese todo o apenas exposto, tecnicidades pautadas, antes de tudo, na legislação vigente. Sim, naquela abstração legal, em função da qual o poder regulamentar foi criado e, também, em analogia, o próprio poder normativo das Agências. Nesse viés, quando a seguir se fizer menção a um ato normativo primário e a um ato normativo secundário, já se traz à baila e se proclama pela atenção do leitor para a similitude, para a semelhança, enfim, para o quão parecidas passam a ser as abordagens do poder regulamentar e do poder regulatório das Agências Reguladoras, a partir do poder normativo a elas conferido. Sem inovações nem criações no ordenamento jurídico de direitos e obrigações, que não sejam justificadas pela necessidade de se conferir concretude a uma atuação legiferante que previamente goza da presunção legitimidade. Sem, em nome de um agir técnico, a criação de normas regulatórias que não se calquem no respeito ao papel exercido por cada instituição brasileira, máxime as

ligadas ao Poder Legislativo, a quem compete a primazia nas atividades legislativas, a partir das quais, em momento posterior e oportuno, poder-se-á até mesmo cogitar de atuações técnicas especializadas, tais quais as exercidas pelas Agências Reguladoras.

Por conseguinte, veja-se e se consagre a aproximação do poder regulamentar à tecnicidade institucional de cada Agência Reguladora brasileira.

Na situação concreta que ora se traz à tona, o que até aqui se explanou ganha ainda maior realce. Mesmo porque entendeu a ANS que poderia normatizar não somente com olhar e mãos técnicas, mas também com viés legislativo e criador. E isto quando, no entender aqui exalado, seria descabida tal atuação. E esta foi a posição também emanada do Supremo Tribunal Federal (STF), em Decisão monocrática proferida em medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme desde o início já se vem, ainda que timidamente, mencionando.

E Decisão em relação à qual finalmente aqui se anuncia que, parcialmente, cai por terra, ou seja, perde seu objeto, depois de manobra ou nova decisão da própria Agência Reguladora pela revogação do ato normativo, ou seja, da Resolução Normativa n.º 433/2018, que ensejou a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com pedido de medida cautelar (MC 532 DF / ADPF). Ressalte-se, parcialmente porque, mesmo que tenha sido a Resolução sob foco revogada, eventual nova e futura Resolução, sobre semelhante conteúdo, poderá levar em conta, ainda que sem nenhuma vinculação formal e jurídica, a Decisão Monocrática que suspendeu os efeitos da Resolução n.º 433. Além do que, sendo a Decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal de grande repercussão e relevância sociais, ainda mais sobre vários grupos sociais de pressão e interesse, seu teor não será simplesmente abandonado, esquecido e perdido no tempo.

Entretanto e, finalmente, a fim de que se possa ainda melhor compreender o tema sob foco, seguem pontuais exposições sobre o caso concreto que envolve a Resolução Normativa n.º 433, de 27 de junho de 2018, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o papel da atividade legislativa e regulatória, assim como, por fim, o anúncio sobre possível futura Resolução Normativa sobre o mesmo assunto, tendo em vista a revogação, aproximados 30 dias após sua criação, pela própria ANS, da Resolução n.º 433.

Portanto, tendo sido, em 27 de junho de 2018, editada a Resolução n.º 433, inúmeros (milhões) de brasileiros viram-se fadados a uma situação diferente em matéria de contratação de Planos privados de assistência à saúde, comumente administrados por Operadoras de Planos

de Saúde, sociedade empresárias e, portanto, formadas com capital privado¹⁶. Pois, pela citada Resolução e suas novas regras, entre outras determinações regulatórias, 02 (dois) institutos principais passaram a ter sua incidência permitida, sem quaisquer limitações que não as previstas na própria Resolução, em Planos de Saúde privados, integrantes da Saúde Suplementar brasileira: a coparticipação e a franquia.

Nos termos do Art. 2º da Resolução, seriam espécies de Mecanismo Financeiros de Regulação¹⁷ a coparticipação e a franquia, a primeira definida como o “*valor devido à operadora de plano privado de assistência à saúde, em razão da realização de um procedimento ou evento em saúde pelo beneficiário*” e a segunda como sendo o valor “*estabelecido no contrato de plano privado de assistência à saúde, até o qual a operadora de plano privado de assistência à saúde não tem responsabilidade de cobertura, quer nos casos de reembolso ou nos casos de pagamento à rede credenciada, referenciada ou cooperada*” (BRASIL, 2018).

Os Artigos 9º e 10º, juntamente com o anexo à Resolução nº 433/2018, trouxeram detalhamentos sobre a incidência dos institutos, nos Planos comercializados durante e a partir de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor da Resolução¹⁸. Possibilidades de incidência e formas de aplicação, por exemplo, foram expostas ao longo de incisos e parágrafos dos referidos Artigos 9º e 10º.

Nessa esteira, resumida e conclusivamente, a Resolução permitiu às Operadoras e Seguros Privados de Planos de Saúde instituir, de forma livre – sujeita apenas a limitações expostas na própria Resolução - e sequer prevista em lei, a possibilidade de instituir em quaisquer Planos privados de assistência à saúde, os institutos da coparticipação e da franquia, a partir da entrada em vigor da referida Resolução. E, apesar de as justificativas dadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) terem sido no sentido de que os consumidores poderiam beneficiar-se das novas normas, diante de uma possível queda no preço dos valores mensais pagos por Planos de Saúde, não tardou a propositura, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com o objetivo de, liminarmente, já suspender os efeitos da norma criada pela ANS, entendendo-a contrária à ordem jurídica nacional e, paralelamente, a milhões de usuários de planos privados de assistência à saúde.

Por corolário, não foi socialmente (máxime pelos grupos sociais de consumidores e beneficiários do sistema privado de saúde brasileiro) bem recebida a Resolução 433, razão pela qual uma reação, a partir de movimentos sociais específicos e institucionais, nasceu e cresceu.

De acordo com o que adiante se verá novamente, um contra ataque que finda por se assemelhar a um *backlash*, vocábulo importado de estudos norte-americanos sobre decisões judiciais, sobretudo da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Nesse rumo, foi assim ajuizada, no dia 13 de julho de 2018, pelo já mencionado Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), Medida Cautelar na ADPF 532 (Distrito Federal), contra a Resolução Normativa nº 433, objeto central deste estudo, com a determinação de Relatoria para o Ministro Celso de Mello. No dia subsequente ao da propositura, ou seja, 14 de julho de 2018, a Ministra Cármen Lúcia, então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), em razão do início do recesso forense ter-se dado em 13 de julho de 2018, nos termos do Art. 13, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), teve os autos da ADPF a ela encaminhados para decisão. E, no mesmo dia, proferiu Decisão na mesma Medida Cautelar proposta para, com base no § 1º, do Art. 5º, da Lei 9.882/1999, deferi-la e “*suspender a Resolução n. 433/2018 da Agência Nacional da Saúde, até o competente exame a ser levado a efeito pelo Ministro Relator ou pelo Plenário*” (BRASIL, 2018) do Supremo Tribunal Federal (STF).

A fim de que, ainda que resumidamente, não se escape dos maiores escopos deste Artigo, vale ressaltar que na fundamentação de sua decisão suspensiva final, deixou claro a Ministra que, para além de a “*saúde não ser mercadoria*”, a “*vida não ser negócio*” e a “*dignidade não ser lucro*” (BRASIL, 2018), o que faz com que um cuidado especial e diferenciado tenha que ser tomado com regulamentações, normatizações e decisões que envolvam direitos ligados à saúde pública e suplementar, a Resolução Normativa desafiada pela ADPF 532 trouxe à tona um conflito maior, relacionado à própria relação entre os Poderes da República e suas instituições.

Nessa linha, a suspensão liminar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – ensejadora da revogação da Resolução pelo próprio órgão administrativo que a criou, conforme a seguir melhor se ratificará – findou por esbarrar em alicerces da República brasileira e de suas ora patentes, ora latentes, capacidades e relações institucionais. Poderia uma Agência Reguladora, no exercício de seu poder normativo, inovar no ordenamento jurídico, com a criação de novos ou diferentes direitos e obrigações?

Nos exatos termos do constante da Decisão do dia 14 de julho de 2018, a Ministra Cármen Lúcia asseverou que “*normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica, ressalva feita à expressa autorização constitucional e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais*”, para logo em sequência declarar, por corolário,

que “a edição de norma administrativa que inaugura situação de constrangimento a direito social fundamental, como é o caso da saúde, não apenas pode vir a limitar esse direito, mas também instala situação da segurança e da confiança no direito e do direito” (BRASIL, 2018).

Perceba-se, prévia, mas juntamente com a problemática atinente à relação entre os Poderes e instituições do país, a Ministra lembra da necessidade de respeito aos direitos fundamentais, pilares mores da ordem jurídica nacional. Direitos estes conquistados décadas após décadas, séculos após séculos, com muito sangue, suor e luta e, dessa forma, não por acaso concebidos como “fundamentais”, isto é, sem os quais não se pode admitir a própria existência de um ordenamento jurídico. São os direitos fundamentais contemporaneamente considerados um núcleo material de várias Constituições. Um conjunto firme de normas que pode ser gradativamente acrescido, mas, não, reduzido, a fim de que, paralelamente, não se retroaja em direitos, repita-se, dura e arduamente conquistados¹⁹.

De todo modo e, com a premissa da fundamentalidade do direito à saúde, enfim prossegue e afirma a mesma Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2018) que:

(...) permitir que órgão e entidades administrativas inovem a ordem jurídica é anuir em que o direito seja instrumento insuficiente ou incapaz de dotar de segurança as relações sociais, a boa fé que está na base dos contratos firmados, a confiança que os negócios devem prover, tudo em contrariedade à conquista constitucional do Estado de Direito (...).

Repare-se que a mais pura teoria administrativa ligada ao exercício do poder regulamentar pelo administrador público, emprestada à figura das Agências Reguladoras, constitui umas das principais bases sobre as quais se fundou a Decisão que ora se examina. Mas a Ministra vem a ser mais clara na mesma fundamentação de sua Decisão e conclui que (BRASIL, 2018):

(...) causa estranheza que matéria relativa ao direito à saúde, de tamanha relevância social, e que a Constituição afirma que, no ponto relativo a planos específicos, somente poderá ser regulamentada nos termos da lei, e sem que a ela, aparentemente, se atenha, deixe de ser cuidada no espaço próprio de apreciação, discussão e deliberação pelos representantes do povo legitimamente eleitos para o Congresso Nacional, e seja cuidada em espaço administrativo restrito, com parca discussão e clareza, atingindo a sociedade e instabilizando relações e aumentando o desassossego dos cidadãos (...).

Por consequência, a própria menção derradeira da Ministra Cármen Lúcia ao Art. 170, *caput*, da Constituição da República, com especial grifo ao fato de a ordem econômica ter por fim assegurar a todos existência digna²⁰, confirma a ideia que desde o início da presente pesquisa se levantou, no sentido de que a relação entre Agências Reguladoras, poder

regulamentar e atividade legiferante, assim como entre capacidades institucionais e as finalidades precípua de cada instituição brasileira precisam ser cotidianamente respeitadas. Adereços, invenções e elucubrações que indevidamente invadam espaços legal e constitucionalmente definidos são não apenas perigosos, mas também potenciais causadores de reações institucionais e até sociais, sobretudo em tempos de crescente facilitação tecnológica do acesso a informações pela população, que outrora se via muito mais limitada neste aspecto da vida social brasileira e mundial. Daí, repita-se, realmente, uma veloz reação social²¹, consubstanciada em ato do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), atrás do qual residiram, além dos clássicos meios de manifestações sociais, oriundos diretamente de grupos de pressão e de interesse, manifestações de opiniões variadas, postagens em redes sociais digitais, mensagens distribuídas em meios igualmente digitais e, enfim, verdadeiras “viralizações” informacionais por meio do uso da rede mundial de computadores, a mais conhecida *internet*.

Por fim e no intuito de encerrar os resultados escritos da pesquisa a que aqui se propôs, é fundamental salientar que após a Decisão suspensiva concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 532, a própria Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) veio a revogar a Resolução n.º 433/2018. Tendo em vista que a Decisão da Ministra Cármen Lúcia foi proferida monocrática e liminarmente, comportando alterações futuras em julgamentos pela mais alta Corte do país, a revogação mencionada teve relevância destacável e digna de atenção.

A criação de uma nova Resolução Normativa, mais precisamente, a de n.º 434, de 03 de setembro de 2018 (BRASIL, 2018), teve como único objetivo a revogação da RN 433/2018²². E a principal justificativa socialmente anunciada²³ para a revogação da referida Resolução Normativa n.º 433/2018 pela própria ANS foi o fato de ela própria, institucionalmente ter supostamente reconhecido que seria necessário um debate social maior e mais amplo, o que viria a ser feito antes de uma, quiçá, edição de nova e semelhante Resolução. Entretanto, não se deve esquecer que, antes mesmo do ato revogatório, a mesma Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), já indagada, questionada e criticada publicamente no tocante aos possíveis efeitos contrários à fundamentalidade constitucional do direito social à saúde, entre outros direitos fundamentais também previstos na Carta Magna nacional, em razão da fatídica Resolução 433, defendeu-a, de forma igualmente pública, sobretudo no que concerne à sua constitucionalidade, legalidade e, ainda, no que diz respeito a consequências consideradas, pela ANS, benéficas para a população brasileira, crescentemente usuária e beneficiária de Planos de Saúde ofertados por Operadoras de Planos Assistência médica.

Portanto e se, por um lado, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) criou, com inicial convicção da legalidade e constitucionalidade de seu ato, a Resolução nº 433/2018, por outro, após manifestações sociais e institucionais que culminaram na decisão do STF que veio a suspender a eficácia do ato normativo regulatório, a mesma Agência Reguladora findou por recuar, declarar equívocos no processo de criação da Resolução e a revogar. Mas, reforçou-se, com a promessa de realização de consultas populares e maior participação social no processo de elaboração de uma possível nova Resolução normativa sobre o mesmo assunto e conteúdo da RN 433.

Se a revogação pode ser uma decisão sábia, correta, leal e repleta de boa-fé objetiva, pode, sob concepção e modos de interpretação e entendimento diversos, também ser considerada uma manobra política, com o fim de aquisição de maquiada maior legitimidade, por meio da construção de um procedimento de maior (mas, ainda sim, muito insuficiente) participação social no processo de criação da normatização/regulamentação, o que supostamente pode conferir maior força a uma nova e futura Resolução. Valendo lembrar que a justificativa maior usada para a revogação da Resolução foi uma “descoberta” de uma necessidade de mais ampla consulta popular, por meio, por exemplo, da realização de audiências públicas promovidas pela ANS.

Enfim, se as cartas foram jogadas na mesa, questionadas e, em seguida, recolhidas por quem as lançou – com a licença aqui requerida para comparação de cunho mais coloquial –, é preciso não somente estudar todo o fenômeno que antecedeu, percorreu e sucedeu a curta vigência do exercício de um relevante poder conferido às Agência Reguladoras. O poder de tecnicamente regular e, para isso, de criar normas, desde que pautadas em lei, na Constituição e com o fito maior de regulamentação e, não, de criação de direitos e obrigações, tarefa esta, aí sim, tradicional e preponderantemente entregue ao Poder eminentemente responsável pela atividade legiferante brasileira.

CONCLUSÃO

O papel criador e inovador no tocante às normas jurídicas que carregam os principais direitos que regem a nação brasileira é entendido como aquele entregue pelo povo aos seus representantes junto ao Poder Legislativo. Ao Poder Executivo, seja por meio de atos decorrentes dos Chefes dos Poderes Executivos da União, Estados, distrito federal e municípios, seja por meio de atos como os decorrentes do poder normativo das Agências Reguladoras,

caberá apenas regulamentar, com o fito de se conferir maior concretude a normas obrigatoriamente dotadas de abstração ou de, modo mais técnico, de se conferir o devido grau de aprofundamento técnico sobre determinado assunto já, igualmente, legislativamente previsto.

Nesse cenário, a criação da Resolução Normativa n.º 433, de 27 de junho de 2018, seguida de sua suspensão liminar na ADPF n.º 532, ajuizada em 13 de julho e com ordem liminar expedida em 14 de julho de 2018, exemplifica o que logo anteriormente se colocou. Mais precisamente, que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não poderia, por meio de uma Resolução Normativa, ter inovado, em matéria de direitos e obrigações, na ordem jurídica brasileira. O que parece comum e de fácil conclusão, ganha em inovação, entretanto, a partir do momento em que uma fenomenologia social específica, com teor de reação por parte de grupos sociais interessados, fez com que não somente o Poder Judiciário fosse acionado, mas também o próprio órgão público, integrante da Administração Pública indireta brasileira. Este, ao se sentir também invocado e provocado, revogou seu próprio ato, antes mesmo do resultado final a ser proferido pelo Poder Judiciário. Uma espécie de retorno ao *status quo ante*, mediante a repercussão, sobretudo social (vocábulo, aqui, amplamente utilizado), de uma tomada de decisão administrativa.

Nessa linha, tamanha foi a repercussão social e em âmbitos institucionais variados, que a própria ANS findou por, em 04 de setembro de 2018, revogar a acima referida Resolução Normativa, frise-se, por meio de ato administrativo-normativo próprio e sem qualquer imposição judicial, final e conclusiva, neste sentido. Uma decisão, portanto, para além de administrativa, um tanto quanto de cunho político e social-decisório, considerando o contexto de repúdio, por vários grupos sociais, à referida atividade normatizante da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Por corolário, percebe-se um verdadeiro círculo, do qual fazem parte a criação da RN 433/2018, o ajuizamento da ADPF 532 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), a suspensão da mesma Resolução por Decisão liminar na referida ADPF 532 e, enfim, o ato revogatório pela própria ANS. Um círculo que traz consigo e à tona uma série de disputas institucionais, políticas e sociais muitas das quais reproduzidas e destrinchadas nas linhas da pesquisa que ora se conclui.

¹ Pesquisa cujo resumo foi submetido, aprovado e apresentado pelos Autores, no Evento Internacional denominado *Law and Society*, ocorrido em 2019, nos EUA, mais precisamente em Washington D.C.

² Referindo-se a passado mais distante – século XIX, pós independência brasileira -, em que as principais fontes inspiradoras para a formação da Administração nacional foram europeias, e a um passado mais recente – século XX, sobretudo a partir década de 30 e com grande incidência na década de 90 -, em que a influência norte-americana passou a ser mais constante e decisiva para o modelo que hoje se tem no país. Para aprofundamento, entre vários autores, recomenda-se: SOUTO, Macos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 03. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.; GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 05. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.; e PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Brasília: Cadernos MARE, 1997.

³ Na ilustração que logo de início se traz à tona, o grau de excepcionalidade seria tal, que sequer todas as previsões contidas em leis para contratações emergenciais seriam capazes de abastecer os órgãos de saúde do Estado com as vacinas e medicamentos até então fornecidos.

⁴ Entre vários títulos, conferir: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 02. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.; JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 05. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

⁵ O exame não foi aqui considerado dispensável, pois se quer fincar entendimento que pode não ser uniforme, a partir de teorias do Direito Administrativo porventura escolhidas.

⁶ Conferir, mais uma vez, nota de rodapé nº 01.

⁷ Entre uma plêiade de estudos de alta qualidade, recomenda-se, para aprofundamento, o atual “*Law’s Abnegation: from Law’s Empire to the Administrative State*”, de Adrian Vermeule (VERMEULE, 2016).

⁸ Até aqui, não se procedeu a uma diferenciação clara entre coparticipação e franquia. A título meramente introdutório e para os fins do presente trabalho, entenda-se coparticipação como o pagamento participativo e cooperativo entre consumidor e Operadora ou Seguradora de Plano de Saúde, para a realização de determinados procedimentos médicos. E que se entenda por franquia, o pagamento, previsto em contrato, de quantia para realização de procedimentos médicos, independentemente de qualquer valoração ou análise do referido procedimento a ser realizado. A franquia, portanto, instituto contratualmente mais objetivo, e a coparticipação, embora também prevista em contrato, mais valorativa, sobretudo do ponto de vista do procedimento médico a ser realizado.

⁹ Um dos quais e, muito provavelmente, social e juridicamente principal, a decisão de revogação da Resolução 433/2018 pela própria Agência Reguladora que a emitiu.

¹⁰ Informa-se que tal princípio não será objeto de abordagem pormenorizada neste estudo, pressupondo-se que o leitor detém o conhecimento de suas bases conceituais.

¹¹ Sobre o tema, no Brasil, entre outros, visitar Odete Medauar em seu “*Direito Administrativo moderno*” (MEDAUAR, 2001, p. 119-141.).

¹² Para o autor citado, em comparação estabelecida entre regulamento e lei, juntamente com suas respectivas funções, “*não há diferença material ou substancial entre regulamento e lei, porque ambos são pronunciamentos de natureza normativa. Do ponto de vista material, o regulamento é lei, porque apresenta os traços peculiares às leis; do ponto de vista formal, entretanto, o regulamento é ato administrativo. Quem edita regulamento é o Poder Executivo. Por isso, é incorreta a expressão ‘esta lei regulamenta o artigo tal da Constituição’*” (CRETILLA JÚNIOR, 2000, p. 264-266). Percebe-se, com clareza, o tecnicismo do autor, o qual utiliza a palavra regulamentar em seu sentido técnico. No entanto, importante lembrar que o dito vocábulo pode ser utilizado em sentido amplo, cujo significado bem se extrai do Dicionário da Língua Portuguesa de Antonio Houaiss, facultando uma maior abrangência da palavra: “*ato ou efeito de regular, de estabelecer regras; (...) código, decreto, decreto-lei, determinação, dispositivo, estatuto, lei, norma, ordem, ordenação, preceito, prescrição, regimento, regra, regulamentação (...)*” (HOUAISS, 2001, p. 2418).

¹³ Preponderantemente, compete ao Legislativo legislar, ao Executivo administrar e ao Judiciário julgar, com base em casos concretos que lhe são apresentados, em respeito ao no país consagrado princípio do juiz natural e da inércia do Poder Judiciário. E, realce-se, a ideia de preponderância é fundamental, uma vez que, excepcionalmente, cada um dos Poderes pode exercer tarefas mais atreladas a outros. Mas sempre com respeito ao que estabelece a lei e, principalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴ Reforce-se, no texto principal, nossa livre tradução. No original: “*Il potere esecutivo ha, come attribuzione propria e ordinaria, la potestà d’emanare norme giuridiche, dette regolamenti. Il regolamento è legge in senso materiale soltanto. Come manifestazione di potestà amministrativa, da una parte è subordinato, nella gerarchia delle fonti, alle leggi costituzionali e a quelle ordinarie formali, ed agli altri atti normativi che hanno efficacia di legge ordinaria; dall’altra è retto dai principi concernenti gli atti amministrativi*” (LANDI, POTENZA, 1974, p.

38). Luís Roberto Barroso corrobora a problemática apenas levantada, afirmando, textualmente, que: “*O que o Executivo não pode fazer, sob pena de grave violação constitucional, é pretender legislar com fundamento em seu poder regulamentar*” (BARROSO, 2002, p. 179).

¹⁵ Artigo 84, inciso IV, da Constituição da República. Extensivo aos demais âmbitos da Federação brasileira. Sobre o assunto, posiciona-se José dos Santos Carvalho Filho: “*A formalização do poder regulamentar se processa, basicamente, por decretos e regulamentos. Nesse sentido é que o Art. 84, IV, da Constituição Federal, dispõe que ao Presidente da República compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Pelo princípio da simetria constitucional, o mesmo poder é conferido a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos, interventores) para os mesmos objetivos*” (CARVALHO FILHO, 1999, p. 33.).

¹⁶ Antecipa-se menção a uma das naturezas jurídicas das Operadoras de Planos de Saúde (expressão a ser aqui entendida em sentido amplo, pois Seguradoras, Cooperativas e quaisquer formas societárias e associativas enquadrar-se-iam na noção que ora que se deseja passar), a fim de que reste claro que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), assim como todas as demais Agências Reguladoras, objetivam, em primeiro e imediato olhar, regular serviços entregues pelo Poder Público à iniciativa privada. E, neste viés, nunca é demais lembrar de institutos como o da função social da propriedade e da função social da empresa. Carlos Henrique Solimani e Adalberto Simão Filho, em Artigo intitulado “*A Função Social da Empresa: o capitalismo humanista e a eticidade na busca da justiça social*”, salientam, nessa linha: “*Quando se fomenta a implantação de um capitalismo humanista, pode parecer que o complexo legalista nacional não estaria apto a possibilitar tal dimensão de modo concreto e realista*”. Esta conclusão preliminar dos autores citados é por eles próprios refutada, logo em seguida: “*Contudo, impende observar que a Constituição Brasileira contém dispositivos de natureza constitucional que contemplam princípios consagradores da cidadania, da dignidade da pessoa humana e precursores dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF. art. 1º incisos II, III e IV)*” (SIMÃO FILHO, SOLIMANI, 2017). Ou seja, a empresa deve ser vista e agir sob a égide do que impõe a Constituição da República e seus princípios morais, que incluem não somente a livre iniciativa, a propriedade privada e a liberdade de concorrência, mas também a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade e a dignidade humana.

¹⁷ Eis o teor do Art. 1º, no qual se verificava uma especificação da própria expressão “Mecanismo Financeiro de Regulação”: “*Art. 1º A presente Resolução Normativa - RN dispõe sobre os Mecanismos Financeiros de Regulação, como fatores moderadores de utilização dos serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica no setor de saúde suplementar; (...) e dá outras providências*” (BRASIL, 2018.).

¹⁸ Art. 17 da RN 433/2018: “*Esta norma entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação*” (BRASIL, 2018.). Embora se trate do poder normativo das Agências Reguladoras, preferir-se-ia um dispositivo final com a seguinte redação: “*Esta ‘regulamentação’ entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação*”. E tal opinião e colocação calcada em todo o anteriormente já exposto nesta pesquisa.

¹⁹ Entre inúmeros estudos, conferir o já clássico “*A eficácia dos Direitos Fundamentais*”, de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2001).

²⁰ Corroborando o entendimento da Ministra, vale novamente conferir os dizeres sobre específicas funções sociais, constantes da nota de rodapé nº 15, especialmente em relação à ideia de função social da empresa, com amparos constitucionais, entre outros dispositivos, no próprio Art. 170 da Constituição.

²¹ O objeto central deste estudo não é o exame aprofundado do chamado *backlash*, vocábulo da língua inglesa, mas juridicamente tornado consagrado por Cass Sunstein em suas pesquisas sobre o direito constitucional e teorias institucionais. Em curtas, preliminares e somente iniciais palavras, o *backlash* estaria ligado à ideia mesmo de uma contra reação, principalmente social, mas sem se deixar de destacar facetas institucionais, a uma decisão judicial, comumente da Suprema Corte de um país, que faz com que a mesma Corte reveja e reverta sua anteriormente proferida Decisão. Com adaptações, o caso ora em tela versou sobre uma Resolução de Agência Reguladora, portadora de reações sociais e institucionais, e que levou à provocação da cúpula do Poder Judiciário brasileiro para a defesa de preceitos fundamentais da República brasileira, ressalte-se, em prazo de menos de um mês. Ademais, acresça-se o altamente importante fator de revogação da Resolução pela própria Agência Reguladora, após a ordem liminar decorrente da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Assim, frise-se, guardadas e respeitadas as devidas proporções, comparações e tentativas de aplicação do instituto do *backlash*, note-se, a título comparativo, como uma Decisão (normativa e não julgadora, mas, se levado em conta que a Suprema Corte norte-americana julga e produz Direito na essência, veias e artérias do modelo jurídico norte-americano, onde se cunhou o chamado *backlash*) de um crucial, estratégico e, portanto, relevante Órgão Administrativo brasileiro ligado ao Poder Executivo foi tomada e revogada, em curto espaço de tempo, máxime em razão de contra reações e ataques sociais e institucionais. Vale lembrar que no tocante à mencionada revogação, as linhas seguintes do texto principal farão menção mais clara ao que aqui se volta a antecipar. Para um estudo consentâneo e aprofundado do instituto denominado *backlash*, recomenda-se conferir, entre outros, o texto intitulado *Populism* de Cass R. Sunstein, publicado em *A Constitution of Many Minds: Why the Funding Document doesn't mean what it meant before* (SUNSTEIN, 2011).

²² Ressalte-se que, em 01º de agosto de 2018, com o fim do recesso forense, o Ministro Celso de Mello, assumindo a relatoria originariamente determinada na ADPF 532, assim se pronunciou de modo apenas a ratificar a perda de

objeto da ADPF em questão (negritos extraídos da versão original): “**É que**, em consulta aos registros que a Agência Nacional de Saúde Suplementar **mantém** em sua página oficial na ‘Internet’, **constatei** que a Diretoria Colegiada da ANS, **por meio** de deliberação **proferida** na 490ª Reunião Ordinária, **ocorrida** em 30/07/2018, **revogou** a decisão que aprovara o ato normativo ora questionado, **tornando**, por conseguinte, **sem efeito** o ato de publicação da Resolução Normativa no 433, de 27 de junho de 2018’ (**grifei**)” (BRASIL, 2018). Para, ao final, concluir, com os negritos mantidos, conforme documento oficial: “**Sendo assim**, e em face das razões expostas, **julgo prejudicada** a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, por perda superveniente de seu objeto, **tornando sem efeito**, em consequência, a medida cautelar **anteriormente** deferida (...)” (BRASIL, 2018).

²³ Justificativa não constante da RN 434/2018, ato mera, formal e simplesmente normativo-revogatório, mas, sobretudo, divulgada pelos tradicionais canais de difusão de informações, ou seja, os veículos de comunicação de massa, como os da indústria midiática escrita, televisiva e digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 04. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

BRASIL. Decisão Judicial proferida em 01º de agosto de 2018, na ADPF 532 MC/DF. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314926270&ext=.pdf>>. Acesso em 06 set. 2018.

BRASIL. Decisão Judicial proferida em 14 de julho de 2018, na ADPF 532 MC/DF. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314836950&ext=.pdf>>. Acesso em 06 set. 2018.

BRASIL. Resolução Normativa nº 433, de 27 de junho de 2018, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Disponível em:
<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzU5NA==>>. Acesso em 06 set. 2018.

BRASIL. Resolução Normativa nº 434, de 03 de setembro de 2018, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Disponível em:
<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzYxMg==>>. Acesso em 06 set. 2018.

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

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria almedina, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria Del diritto e della democrazia*. V. I, II e III. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

_____. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. 03. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 05. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 2418.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

LANDI, Guido, POTENZA, Giuseppe. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 5. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1974.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 02. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SIMÃO FILHO, Adalberto, SOLIMANI, Carlos Henrique. *A Função Social da Empresa: o capitalismo humanista e a eticidade na busca da justiça social*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS*, v. 12, n. 3, p. 990-1021, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/27774/pdf>>. Acesso em 04 fev. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369427774>.

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

SUNSTEIN, Cass. *Populism*. In: SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: Why the Funding Document doesn't mean what it meant before*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011.

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

Trabalho recebido em 01 de abril de 2019

Aceito em 05 de junho de 2020