

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Maria Theresa Duarte Reis

**CONTROLE “CONSENSUAL” NA POLÍTICA REGULATÓRIA DA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE?
Desencriptando o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**

Belo Horizonte
2025

Maria Theresa Duarte Reis

**CONTROLE “CONSENSUAL” NA POLÍTICA REGULATÓRIA DA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE?
Desencriptando o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia universidade católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professora Orientadora: Dra. Marinella Machado-Araújo

Professora Coorientadora: Dra. Anne Shirley de Oliveira Rezende Martins

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento e Políticas Públicas.

Belo Horizonte
2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R375c Reis, Maria Theresa Duarte
Controle “consensual” na política regulatória da Agência Nacional de Saúde? descriptando o termo de compromisso de ajustamento de conduta / Maria Theresa Duarte Reis. Belo Horizonte, 2025.
203 f. : il.

Orientadora: Marinella Machado Araújo
Coorientadora: Anne Shirley de Oliveira Rezende Martins
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil). 2. Agência reguladora - Brasil. 3. Regulação jurídica - Brasil. 4. Regulação jurídica - Controle. 5. Termo de ajustamento de conduta - Brasil. 6. Poder (ciências sociais). 7. Poder discricionário. I. Araújo, Marinella Machado. II. Martins, Anne Shirley de Oliveira Rezende. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 35

Maria Theresa Duarte Reis

**CONTROLE “CONSENSUAL” NA POLÍTICA REGULATÓRIA DA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE?**

Desencriptando o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof.^a Dra. Marinella Machado-Araújo - PUC Minas (Orientadora)

Prof.^a Dra. Anne Shirley de Oliveira Rezende Martins - PUC Minas (Coorientadora)

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. José Ângelo Machado - UFMG (Banca Examinadora)

Prof.^a Dra. Alexandra Clara Ferreira Faria - PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte/MG, 30 de abril de 2025.

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Eduardo e Maria, por serem meu alicerce. Pelo amor incondicional, pelo apoio emocional e financeiro, por sempre acreditarem em mim e por me ensinarem, com exemplo e dedicação, a persistir e lutar pelos meus sonhos. E ao meu irmão, Gabriel, por sua amizade, companheirismo e pelas palavras de incentivo que sempre fizeram diferença.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP), coordenado pela professora Dra. Marinella Machado-Araujo, onde aprendi que a produção acadêmica é fruto do trabalho coletivo, fundamentado no compartilhamento de ideias e no aprendizado mútuo. Esse ambiente colaborativo foi essencial para meu crescimento, permitindo-me ver a pesquisa como uma construção conjunta, enriquecida pelas contribuições de colegas, professores e pesquisadores. Assim agradeço:

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES), cujo financiamento foi fundamental para viabilizar a realização desta obra.

À professora Dra. Marinella Machado-Araújo pela dedicação, paciência e apoio no processo de elaboração deste trabalho com sua orientação generosa e inspiradora. À professora Dra. Anne Shirley por ter aceitado carinhosamente à coorientação e ter se dedicado ao aprimoramento do trabalho. Aos professores que, com seu vasto conhecimento e dedicação, foram fundamentais para minha formação acadêmica e para o desenvolvimento deste trabalho. Destaco, em especial, a professora Alexandra Clara Ferreira Faria, que sempre esteve presente em minha jornada acadêmica, o Professor Leonardo Poli, pelas aulas enriquecedoras, e os professores doutores Filipe di Filippo, Giovanni Clark e José Ângelo, que me inspiraram a seguir o caminho do mestrado.

Aos colegas do NUJUP, cujas reflexões e debates ampliaram minha visão crítica e ajudaram a moldar o desenvolvimento deste trabalho. Aos colegas do mestrado, cujas ideias enriqueceram este trabalho por meio de debates instigantes, reflexões compartilhadas e diferentes perspectivas. Dentre esses colegas, agradeço, especialmente, à Márcia, à Veridiana, à Sabrina, ao Yuran e ao Marcelo, cuja colaboração, apoio e companheirismo foram fundamentais durante esta jornada acadêmica, tornando o processo não apenas produtivo, mas também leve, inspirador e marcante. E aos meus amigos de vida Ana Carolina (Ana), Bruno, Maria Clara, João Pacheco (João), Luana (Lulu) e Thiago, que sempre estiveram ao meu lado, oferecendo apoio e alegria nos momentos mais desafiadores, sou profundamente grata por compartilharem comigo sonhos, conquistas e desafios.

Aos professores e profissionais com quem tive o privilégio de dialogar e compartilhar conhecimento no 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em especial a professora Heloisa Helena, que generosamente compartilhou sua pesquisa, contribuindo de forma significativa para o enriquecimento deste trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa parte da observação do crescimento de instrumentos consensuais, como mediação, arbitragem e conciliação, no exercício do controle administrativo, especialmente no âmbito das agências reguladoras. Trata-se de um movimento que desafia a lógica tradicionalmente sancionadora do Estado e levanta questões relevantes: o que caracteriza uma tendência na atividade de controle da administração pública? Essa tendência deve ser definida por critérios formais, materiais ou pela vinculação aos objetivos das políticas públicas? E, ainda, em que medidas tais tendências contribuem para a eficiência e sustentabilidade dos processos e serviços públicos? Com base nesses questionamentos, o estudo analisa a utilização dos Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no contexto da política regulatória da saúde suplementar. A pesquisa, desenvolvida pelo NUJUP da PUC Minas, teve como objetivos principais: (i) verificar se o uso de instrumentos consensuais pela ANS reduz a reincidência no descumprimento das normas regulatórias; e (ii) avaliar se esses instrumentos promovem mudanças na cultura institucional das operadoras de planos de saúde. Os resultados indicam que: (i) o TCAC, como instrumento de controle consensual, não reduz a reincidência nem gera impacto positivo significativo na qualidade dos serviços prestados, acarretando inclusive transferência de demandas para o Sistema Único de Saúde (SUS); (ii) a imposição de multas segue sendo a principal forma de atuação da ANS, revelando limitações estruturais de sua autonomia frente à lógica de mercado; (iii) o Poder Judiciário ainda exerce protagonismo na resolução de conflitos, o que enfraquece a consolidação de mecanismos alternativos. Fundamentada na Teoria da Encrptação do Poder (TEP) e na abordagem do Design Thinking Law, a pesquisa conclui que, embora o TCAC represente um avanço institucional em termos de diversidade de instrumentos, não cumpre atualmente um papel transformador na atividade de controle da ANS. Por fim, são apresentadas propostas para aprimorar a eficácia regulatória e a sustentabilidade do sistema de saúde brasileiro.

Palavras-Chave: Regulação Consensual; Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta; Teoria da Encrptação do Poder; Consensualidade, Agência Nacional de Saúde.

ABSTRACT

This research stems from the observation of the growing use of consensual instruments—such as mediation, arbitration, and conciliation—in the exercise of administrative oversight, particularly within regulatory agencies. This trend challenges the traditionally sanctioning logic of the State and raises important questions: What defines a trend in the public administration's control activity? Should such a trend be identified through formal or material criteria, or through its alignment with the goals of public policies? Furthermore, to what extent do these trends contribute to the efficiency and sustainability of public processes and services? Based on these inquiries, the study analyzes the use of Conduct Adjustment Commitment Agreements (Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta – TCAC) by the National Supplementary Health Agency (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS), within the regulatory framework of Brazil's supplementary health sector. Conducted by NUJUP at PUC Minas, the research pursued two primary objectives: (i) to assess whether the adoption of consensual mechanisms by ANS reduces the recurrence of regulatory non-compliance; and (ii) to evaluate whether these instruments foster institutional cultural change among private health plan operators. The findings indicate that: (i) the TCAC, as a consensual control mechanism, does not reduce recidivism nor produce significant positive impacts on service quality, and in some cases leads to the transfer of service responsibilities to the Unified Health System (SUS); (ii) monetary penalties remain the predominant expression of ANS's regulatory power, reflecting structural limitations in its autonomy when faced with a financialized market dynamic; (iii) the Judiciary continues to play a central role in conflict resolution, which hampers the consolidation of alternative regulatory pathways. Grounded in the Theory of Power Encryption (TEP) and informed by the Design Thinking Law methodology, the study concludes that, although the TCAC constitutes an institutional innovation in terms of expanding the regulatory toolkit, it currently does not play a transformative role in ANS's oversight activities. Finally, the research offers policy proposals aimed at enhancing regulatory effectiveness and the long-term sustainability of Brazil's health care system.

Keywords: Consensual Regulation; Conduct Adjustment Commitment Term; Power Encryption Theory; Consensuality, National Health Agency.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES (Desenho)

Desenho 1. Soberania sólida, administração pública e o fluxo do poder.....	94
Desenho 2. Soberania porosa, administração pública e o fluxo do poder.....	97

LISTA DE ILUSTRAÇÕES (Fluxograma)

Fluxograma 1. Processo de formalização e execução do TCAC.....	169
Fluxograma 2. TCAC ANS após resolução 372/15 até 2018.....	171

LISTA DE ILUSTRAÇÕES (Gráfico)

Gráfico 1. O perfil dos planos de saúde no Brasil.....	33
Gráfico 2. Quantidade de PAS com penalidade, por ano, de 2001 a 2024 no âmbito da ANS. 39	
Gráfico 3. Valor total, por ano, de multa aplicada pela ANS em PAS de 2001 a 2023.....	40
Gráfico 4. Número de TCAC por ano de 2023 a 2024.....	49
Gráfico 5. Quantidade de TCAC por período: até 2010; de 2011 a 2015 e de 2016 a 2024....	50
Gráfico 6. Proporção do número de Processos Administrativos que são objeto de TCAC com o número PAS no âmbito da ANS no período de 2003 a 2024.....	51
Gráfico 7. Proporção do número de PAS objeto de TCAC com o número de PAS no âmbito da ANS nos períodos até 2010; de 2011 a 2015 e de 2016 a 2024.....	52
Gráfico 8. Relação entre os índices IGR e TR da ANS de 2019 a 2024.....	54
Gráfico 9. Comparação entre a quantidade de TCAC/consumidor e, dentre eles, a quantidade de TCAC cumpridos, com o total de TCAC firmados de 2010 a 2024 pela ANS.....	55
Gráfico 10. Comparação entre o número de PAS/Consumidor, o número de PAS/Consumidor objeto de TCAC e o número de reclamações no período de 2010 a 2024 no âmbito da ANS.....	57
Gráfico 11. Passivo de multa antes do TCAC e depois de firmá-lo das empresas com mais processos administrativos objeto de TCAC de 2015 a 2024.....	58
Gráfico 12. Percentual do passivo de multa das operadoras com mais penalidades, por ano, de 2015 a 2024.....	59
Gráfico 13. Poder Judiciário brasileiro: tempo de tramitação dos processos, em dias, de 2020 a 2024.....	61
Gráfico 14. Poder Judiciário brasileiro: processos novos, por ano, referentes à saúde suplementar de 2014 a 2024.....	62
Gráfico 15. Relação entre os índices de eficiência do Poder Judiciário brasileiro para o assunto saúde suplementar.....	63
Gráfico 16. 0,6% das operadoras de planos de saúde médico-hospitalares, no Brasil, concentram 73% dos beneficiários.....	121
Gráfico 17. Quantidade de operadora de saúde ativas, por porte, que firmaram TCAC com a ANS de 2003 a 2024.....	123

Gráfico 18. Número de PAS que foram objeto de TCAC com a ANS, por porte de operadora, de 2003 a 2024.....	124
Gráfico 19. Quantidade de operadoras de saúde, por finalidade da, que firmaram TCAC com a ANS de 2003 a 2024.....	125
Gráfico 20. Número de PAS que foram objeto de TCAC com a ANS por finalidade da operadora de 2003 a 2024.....	125
Gráfico 21. Passivo de multa das operadoras reincidentes no IGR de 2020 a 2024.....	127
Gráfico 22. Resultados operacional e financeiro das operadoras de planos de saúde, no Brasil, de 2020 a 2024.....	128
Gráfico 23. Taxa média de utilização do SUS por beneficiários da saúde suplementar por período.....	129
Gráfico 24. Taxa média de utilização do SUS por beneficiários da saúde suplementar por faixa etária e sexo.....	138
Gráfico 25. Judiciário brasileiro: número de processos novos ano a ano.....	151
Gráfico 26. Judiciário brasileiro: tempo de Tramitação dos Processos Baixados por ano.....	152
Gráfico 27. Judiciário brasileiro: comparação entre o número da Força de trabalho e, nesta categoria, o número de conciliadores ao longo dos anos.....	152
Gráfico 28. Despesas do poder judiciário brasileiro.....	153
Gráfico 29. Taxa de congestionamento em porcentagem.....	154

LISTA DE ILUSTRAÇÕES (Linha do Tempo)

Linha do Tempo 1. O BOOM das agências reguladoras.....	31
Linha do Tempo 2. Os principais marcos legais da consensualidade.....	157

LISTA DE ILUSTRAÇÕES (Mapa Mental)

Mapa Mental 1. Os quatro ciclos do Poder de Polícia.....	35
Mapa Mental 2. Os 5P's da Sustentabilidade.....	40
Mapa Mental 3. Instrumentos consensuais da ANS.....	43
Mapa Mental 4. Os pressupostos da heteronomia estatal.....	74
Mapa Mental 5. Anatomia da soberania popular.....	84
Mapa Mental 6. Paradoxos da soberania segundo Wendy Brown (2010)	87
Mapa Mental 7. Narrativa do interesse público como interesse uno.....	110
Mapa Mental 8. Cenário da cobrança de multas pela ANS até 2010.....	132
Mapa Mental 9. Métodos, técnicas e instrumento autocompositivos.....	144

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. A proporção de PAS “outros” com o total de PAS Consumidor âmbito da ANS nos períodos até 2010; de 2011 a 2015 e de 2016 a 2024.....	55
Tabela 2. Top-holders: quantidade de holdings e empresas identificadas por ordem decrescente no setor de saúde.....	118
Tabela 3. Super top-holders: três principais setores da rede corporativa grau de saída ponderado.....	118

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIR - Análise de Impacto Regulatório

ADR - Alternative Dispute Resolution

ANS – Agência Nacional de Saúde

CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CBD - Combined Dispute Board

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CR/88 – Constituição da República de 1988

DAB - Dispute Adjudication Board

DRB - Dispute Review Board

EC – Emenda Constitucional

ESG - Environmental, Social and Governance

GT – Grupo de Trabalho

IGR – Índice Geral de Reclamações

LINDB – Lei de Introdução à Normas de Direito Brasileiro

MAR - Métodos Adequados de Resolução de Controvérsias

NIP - Notificação de Interdição Preliminar

NUJUP - Núcleo Jurídico de Políticas Pública

ONU – Organização das Nações Unidas

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PAS – Processo Administrativo Sancionador

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

RN - Resolução Normativa

SUS – Sistema Único de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TEP - Teoria da Encriptação do Poder

TCAC – Termo de Compromisso Ajustamento de Conduta

TR - Taxa de Resolutividade

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
2. POLÍTICA PÚBLICA DE REGULAÇÃO: o controle “consensual” da ANS	24
2.1 O Mr. Hyde da política pública de saúde: o marco regulatório da saúde suplementar no Brasil.....	28
2.2 O marketing regulatório do TCAC: definindo o problema de pesquisa	44
2.2.1 <i>A ANS, de fato, privilegia uma regulação consensual em detrimento da regulação sancionatória?</i>	47
2.2.2 <i>Os consumidores terão o objeto de sua queixa solucionados, e outros casos futuros serão evitados?</i>	51
2.2.3 <i>As operadoras reduzem o passivo de multa?</i>	56
2.2.4 <i>O Poder Judiciário terá redução de proposituras de demandas, já que a judicialização na área da saúde é a que mais cresce na área contenciosa cível?</i>	58
2.3 ANS como Ilha de Excelência? A promessa de Autonomia.....	62
3. O MODELO TRANSCENDENTE DE CONTROLE CONSENSUAL: a heteronomia do estado soberano em foco	73
3.1 Soberania Porosa: da bipolaridade para a multipolaridade da administração pública	75
3.2. Repensando (criticamente) as bases principiológicas do direito administrativo	99
3.2.1. <i>Por uma releitura ou superação do princípio da Legalidade?</i>	100
3.2.1 <i>Existe Interesse Público em terra de sujeitos ocultos?</i>	105
3.3 Testando a Hipótese... Desencryptando o controle consensual da ANS	113
3.3.1. <i>A multa compensa?</i>	124
3.3.2. <i>Somos consumidores emancipados?</i>	132
4. O LEVIATÃ NAVEGANDO NA ONDA DA CONSENSUALIDADE	136
4.1 A consensualidade como elemento da racionalidade neoliberal	141
4.2. <i>É tendência! Por uma administração pública consensual</i>	151
4.3 TCAC: modelo transcendente de autocomposição.....	160
5. CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS	174
APÊNDICE A - Indicadores utilizados na análise da atividade fiscalizatória da ANS .	191
APÊNDICE B- Indicadores da regulação consensual na ANS	191
APÊNDICE C – Indicadores utilizados na avaliação da efetividade dos TCAC para a solução e prevenção de queixas dos consumidores	192
APÊNDICE D – Metodologia de análise da redução do passivo de multa pelas operadoras de planos de saúde	195

APÊNDICE E – Metodologia de análise dos impactos do TCAC na judicialização da saúde complementar	196
APÊNDICE F – Aspectos metodológicos da análise quantitativa dos indicadores do judiciário.....	197
APÊNDICE G – Notas sobre os dados utilizados no capítulo 3.3	199
APÊNDICE H – Notas sobre os dados utilizados no capítulo 3.3.1	201
APÊNDICE I – Notas sobre os dados utilizados no capítulo 3.3.2.....	202

1. INTRODUÇÃO

A proteção da saúde está intrinsecamente ligada à salvaguarda dos direitos à vida e à dignidade, especialmente em um cenário global de envelhecimento populacional. Assim, a vinculação de recursos assegurada pela Emenda Constitucional nº 29/00, torna evidente que a Constituição de 1988 dedicou especial atenção à saúde, reconhecendo-a como elemento essencial para garantir a dignidade da pessoa humana e como pilar de sustentação do direito à vida.

Portanto, ao regular o setor de saúde suplementar, a ANS está regulando vida para, sobretudo, garantir uma vida digna aos usuários dos serviços prestados pelas operadoras de saúde. Nesta perspectiva, a atividade de controle no âmbito da política regulatória exercida pela ANS, para além de ser um mecanismo de responsabilização, é um mecanismo vinculado ao planejamento da política pública de saúde, pois permite monitorar e ajustar as ações adotadas pelas operadoras para garantir a eficácia e a sustentabilidade do sistema de saúde suplementar.

E a fim de obter uma regulação mais eficiente à luz da EC nº 19/98, que instituiu uma administração pública gerencial voltada para resultados, há um movimento de transição, ao menos a nível discursivo e normativo, de uma regulação, predominantemente, sancionadora para uma regulação “soft” baseada na consensualidade, menos punitiva e mais colaborativa. Esta abordagem mais flexível e adaptável permite adequar a regulação em um cenário dinâmico, articulando os diversos atores envolvidos para que assumam compromissos éticos, de modo que as medidas adotadas não apenas cumpram seu papel normativo, mas também contribuam para a melhoria efetiva do setor. Trata-se, assim, de uma tendência?

Em um mundo em que não há separações claras entre público e privado; em que a soberania, antes sólida, se mostra porosa; em que a autoridade estatal tem se deparado com outros centros de poder tão poderosos quanto o Estado; em que a racionalidade neoliberal, como imposição do norte global, se espalhou pelo mundo globalizado, e, em que inexiste um centro de poder uno, tem se valorizado cada vez mais novas formas de interação horizontalizadas, pautadas no consenso, que articula os múltiplos atores sociais.

Nesse contexto, no entrelaçar de tendências globais pautadas por organismos e blocos internacionais, tais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o G-20, entre outros, a autocomposição na solução de conflitos emerge como instrumento de governança e como uma das estratégias da administração pública contemporânea para a gestão negocial de

interesses públicos, cujo discurso de justificação se pauta na prevenção de conflitos e na maximização do bem-estar social.

Assim, com fundamento no princípio da eficiência, uma das heranças da reforma administrativa de 1998 (Emenda Constitucional nº 19, 04 de junho de 1998), mediação, arbitragem e conciliação na gestão de conflitos que envolvem interesses públicos passam a guiar, ao menos em tese, a materialização da aposta do modelo gerencial na eficiência administrativa que esta reforma anuncia, em que celeridade, efetividade e eficiência na prestação de serviços públicos ocupam certa centralidade operacional no dia a dia do gestor público e porque não dizer na própria narrativa da doutrina administrativa sobre o tema.

É, pois, nesse contexto que se inserem os Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) firmados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), previstos na Lei nº 9.656/98 e regulamentados pela RN nº 372/2015, como instrumentos substitutivos de penalidade, de caráter consensual, destinados a promover a adequação de condutas por parte das entidades regulamentadas.

Um dos objetivos dessa aposta na autocomposição como forma negociada de resolução de conflito e, por via de consequência, instrumento de regulação da administração pública, era a promessa de que quanto maior a celeridade processual (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inc. LXXVIII), maior a eficiência da administração pública. Em outras palavras, quanto maior o número de casos de resolução administrativa negociada de conflitos de interesse público, menor a judicialização da política de saúde, maior seria a satisfação dos consumidores e das operadoras que teriam suas multas reduzidas, e mais efetivo seria a solução de conflitos no setor.

Mas, até que ponto, esta nova visão de gestão de interesses públicos, fundada na autocomposição de conflitos, e não somente na aplicação de sanções administrativas (direito administrativo sancionador), é uma tendência materialmente eficaz? Esta foi uma das perguntas que a pesquisa sobre autonomia da Administração Pública nos auxilia a responder.

Para tanto, no capítulo 1 dedicamos¹ ao estudo da política pública de regulação da ANS, para compreendermos como o TCAC se tornou protagonista na narrativa da ANS de eficiência na regulação da saúde suplementar e o seu maior aliado na gestão de conflitos advindos desta

¹ Cabe, neste momento, o alerta quanto a minha escolha de escrita na primeira pessoa no plural, mesmo ciente de que a comunidade acadêmica expressa uma preferência de escrita na terceira pessoa em nome de uma neutralidade científica. Entretanto, entendemos que a produção acadêmica é, em si, dotada de parcialidade e o uso da primeira pessoa impõe uma maior responsabilidade do autor com o conteúdo produzido; já o uso do plural se justifica na medida em que este projeto é fruto de uma construção coletiva de conhecimento, pois vinculado ao grupo de pesquisa Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP).

prestação, sustentado pelo marketing da consensualidade que promove esses meios como mais efetivos que os instrumentos sancionatórios.

Nesse sentido, em que medida, o TCAC implica no aprimoramento do setor de saúde suplementar? A expectativa depositada no TCAC firmado pela ANS, como instrumento autocompositivo de conflitos no âmbito da política de saúde, concretiza-se? Essas são as perguntas que guiaram o estudo no capítulo 1, pois o principal objetivo do capítulo foi compreender em que medida o discurso de efetividade que orbita o TCAC, enquanto método consensual, de fato está alinhado a um resultado prático.

Diante do cenário investigado, desenvolvemos um problema, a partir do qual fosse possível explicar essa dissonância entre discurso e resultados práticos, assim, à luz da Teoria da Encriptação do Poder, a partir das ideias de Sabino Cassese (2012a, 2012b) e sob a modelagem do *Design Thinking Law*, nos questionamos: qual a autonomia da Agência Nacional de Saúde (ANS) para firmar Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, considerando a tendência de uma administração pública em rede do interesse público?

Muito nos preocupamos com a autonomia privada do indivíduo para transigir, daí nos apegamos à capacidade, à disponibilidade do objeto e à forma prescrita em lei. Mas já se questionou sobre a autonomia, não do indivíduo, mas da administração pública para negociar em matéria de composição de conflitos que se dá por meios alternativos à judicialização? Afinal, autonomia² é um dos pressupostos de validade fundamentais de instrumentos consensuais como o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TCAC).

A soberania do Estado manifesta-se na criação e delegação de poderes à ANS que, como autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, atua com heteronomia, na medida em que operar dentro dos limites impostos pelos princípios da legalidade e do interesse público. Porém, para atuar com heteronomia é necessário o mínimo de autonomia, a qual decorre da personalidade jurídica e da competência a elas atribuídas por Lei. Essa autonomia pública é

² Na defesa da dissertação, a professora Dra. Marinella Machado-Araújo ressaltou que o objeto da pesquisa, ao tratar de instrumentos consensuais no âmbito da gestão pública, se insere no núcleo de um modelo estatal que aposta na possibilidade de acordo mesmo diante de assimetrias estruturais, realidade já tensionada em outros momentos da defesa. Nesse sentido, à luz da teoria da encriptação do poder, utilizada no trabalho, apontou o paradoxo de um cenário em que se proclama o fortalecimento do contraditório e da ampla defesa, ao mesmo tempo em que a racionalidade gerencial avança, muitas vezes deslocando o protagonismo estatal para esferas invisíveis mediadas por dados e inteligência artificial. Tal processo, segundo ela, produz efeitos como a “despersonalização” do sujeito, consumidor, usuário ou servidor, e impõe a necessidade de revisão da noção clássica de autonomia privada, ainda ancorada em uma ideia liberal de sujeito autônomo que talvez nunca tenha existido, porém, o discurso jurídico, em grande medida, permanece na superfície, orbitando argumentos que não enfrentam o cerne da questão. Nesta perspectiva, a professora destaca que a aposta generalizada na consensualidade e na tecnologia representa, mais do que uma escolha consciente, uma ausência de alternativas reais, por isso, reconhece neste trabalho o paradoxo entre discurso e prática, entre a promessa de eficiência e a permanência das contradições estruturais que desafiam a realização concreta de consensos no interior do Estado.

essencial para garantir que essas entidades possam desempenhar as suas funções de maneira independente e eficaz, sem interferências indevidas, que no contexto da administração pública, permite que as decisões sejam tomadas em consonância com o interesse público.

Nesta perspectiva, elaboramos uma hipótese de que a inefetividade da regulação consensual decorre da ausência de autonomia da ANS, que seria em certa medida um simulacro, nos termos propostos pela Teoria da Encratação do Poder (TEP), que se explica a partir das seguintes premissas:

P1. A tendência de aposta da administração em formas consensuais, não sancionatórias de regulação, em um contexto de administração multipolar e em rede, não produz um resultado favorável que esteja aberto a todos, na medida em que oculta sujeitos em sua forma operacional, produzindo, por consequência, um simulacro de consenso, mascarando a fragilidade da heteronomia da administração para resolver conflitos.

P2. A administração multipolar e em rede tem fundamento no fato de que a soberania estatal que, era sólida, tem se mostrado uma soberania porosa, mais permeável a outros centros de poder, que pautados em uma racionalidade neoliberal, moldam o sentido de interesse público encrutando a sujeição do poder discricionário da ANS aos interesses do mercado.

Essa hipótese foi explorada ao longo dos capítulos 2 e 3, nos quais compreendemos como em um mundo globalizado e conectado pela internet, a soberania estatal não é mais sólida, mas porosa, e como a administração pública, neste contexto, se organiza em rede, fatores que alteram a gênese do direito administrativo, ensejando, conseqüentemente, a necessidade de repensar os conceitos tradicionais de legalidade e de interesse público. A articulação desses conceitos, que atualizam a forma como o direito administrativo se apresenta na contemporaneidade, é essencial para interpretar o estudo empírico e compreender o motivo pelo qual a regulação consensual, por meio do TCAC, não apresenta resultados efetivos em um mercado financerizado.

No capítulo 3, demonstramos como a consensualidade, apesar de seu potencial transformador, não deslocou o centro gravitacional de resolução de conflitos do Poder Judiciário, mas, ao contrário, a persistência de procedimentos e questões formais próprias da esfera judicial tendem a neutralizar os elementos de conflito inerentes à negociação, resultando na sua despolitização. Essa dinâmica reforça a prevalência de uma abordagem tradicional e tecnicista, na qual os aspectos políticos e sociais do litígio, que são fundamentais para uma negociação efetiva, são obscuros em prol de uma solução procedimentalmente correta, mas muitas vezes alheia às complexidades e necessidades reais das partes envolvidas.

Com esse respaldo teórico, os dados revelaram que, apesar de seu alto potencial de resolução negocial de conflitos, *i.* os TCAC da ANS não impactam material e positivamente na qualidade do serviço de saúde suplementar; *ii.* as multas administrativas ainda são o instrumento de controle externo do cumprimento das leis que regulam as obrigações do prestador de serviço de saúde complementar; *iv.* o TCAC da ANS não promove uma mudança de comportamento das operadoras em um contexto de financeirização da saúde *iii.* o Poder Judiciário ainda é o principal poder na solução desses conflitos³.

Nesta perspectiva, compõe a dimensão do problema, entender se essa autonomia, que se legitima a partir da legalidade (em crise?) e do interesse público (qual concepção?), produz um simulacro de consenso a partir dos métodos autocompositivos que expressam o discurso da flexibilização, mas que encriptam a sua dimensão formalista e, sobretudo, encriptam quem ganha com o consenso e quem deve ser excluído de sua estrutura para atingir a sua real finalidade. Questões que não entram no discurso institucional.

Assim, ao identificar uma dissonância entre norma, discurso e os seus efeitos práticos, é provável que estejamos diante de um simulacro. Nesse sentido, adotamos como marco teórico a Teoria da Encriptação do Poder (TEP), enquanto uma teoria da justiça que funciona como uma chave de compreensão da realidade a partir da relação complexa entre poder, capital, direito e democracia.

Essa chave de compreensão, nos exige dois eixos conceituais de estudos a partir da TEP: Soberania Porosa e Sujeitos Ocultos, uma vez que o tema da autonomia estatal só se torna relevante em um contexto em que o Estado não dispõe de um poder sólido, mas permeável por outros centros de poder, deixando de fazer sentido uma postura sancionatória em face dos administrados, e propondo uma postura consensual pautada na autonomia privada. E uma vez que, em uma arquitetura de Estado que se pretende democrática, é essencial identificar quais

³ Em sua intervenção durante a defesa desta dissertação, a professora Dra. Anne Shirley destacou a relevância e atualidade do tema escolhido, sublinhando a complexidade envolvida na análise da eficiência real do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) no contexto regulatório da saúde suplementar, assinalando que, embora o discurso normativo apresente o instrumento como mecanismo de consenso e racionalização de conflitos, sua aplicação concreta revela uma aproximação preocupante com o poder sancionatório, em detrimento da promoção de uma saúde integral. A professora observou haver, nesse processo, uma significativa distorção entre a intenção normativa e os efeitos práticos observados, o que confere ao trabalho um papel crítico essencial para expor as deficiências e contradições que atravessam o uso do TCAC como instrumento de política pública. Ressaltou, ainda, que a pesquisa se destaca por ir além da investigação teórica, ao propor uma crítica fundamentada que confere aplicabilidade prática ao problema analisado, contribuindo para o debate interdisciplinar entre o direito, a administração pública e a ciência política. Destaco, ainda, a observação da professora Dra. Anne quanto à temática a autonomia neste contexto, pois, segundo a professora, a análise da autonomia, não como conceito liberal de autodeterminação, mas como categoria procedimental no exercício da autoridade regulatória da ANS, constitui uma contribuição relevante, que permite redimensionar o papel da consensualidade nas atuais estratégias de governança pública.

sujeitos e como esses sujeitos são ocultados da forma operacional da regulação consensual promovido pela ANS e quais centros de poder estão por trás desta ocultação, e o porquê.

Partindo, pois, deste raciocínio, para compreender se a Agência Nacional de Saúde tem de fato autonomia para conduzir uma regulação consensual, ante a hipótese de que se trata de um simulacro, adotamos a seguinte premissa metodológica: Para que o direito (*agências reguladoras – métodos autocompositivos*) funcione como elemento constitutivo do capitalismo (*operadora de saúde de grande porte*), o que (*autonomia*) e quem (*empresas de pequeno porte e consumidores*) deve ser excluído de sua estrutura? (Sanín-Restrepo e Araújo, 2020).

Guiados por esta premissa, esta dissertação foi desenvolvida, também, a partir da metodologia do *Design Thinking Law*, inspirada pelas ideias de Sabino Cassese em *New Paths for Administrative Law* (2012a, 2012b) e Ricardo Sanín-Restrepo em *Ser y Contingencia* (2023), de modo que o sentido de legalidade adotado nesta pesquisa centraliza-se na análise das funções desempenhadas pelos sujeitos, devedor da prestação de serviço suplementar enquanto titular do poder-dever de controle deste serviço, e não na simples interpretação das leis que regulam as suas obrigações abstratamente, sendo esta a principal referência para a análise dos dados levantados e a elaboração das conclusões apresentadas neste texto.

Esse panorama demonstra, por si, a aderência deste projeto à Linha de Pesquisa *Desenvolvimento e Políticas Públicas* e à Área de Concentração *Democracia, Cidadania e Liberdade*, na medida em que o estudo da autonomia da ANS demanda uma análise da complexa relação entre Estado, mercado e sociedade, dentro de uma modelagem democrática, a fim de avaliar o real potencial transformador desses métodos autocompositivos no âmbito de uma política pública de regulação voltada para a garantia da saúde como direito fundamental diante do mercado privado.

Importante destacar que o *Design Thinking Law* nos forneceu uma nova perspectiva para analisar e aprimorar os processos regulatórios, pois esta abordagem permite que a pesquisa se concentre nas necessidades dos diversos atores envolvidos, como os beneficiários, as operadoras de planos de saúde e a própria ANS, além de propor o uso de recursos visuais que ajudam a compreender de forma dinâmica problemas complexos, como os mapas mentais.

Para tanto, foram empregadas algumas etapas do *Design Thinking*: a partir das etapas de empatia e definição de problemas, foi possível mapear as principais dificuldades enfrentadas no âmbito da regulação consensual e identificar oportunidades de melhoria. Já nas etapas de ideação e prototipagem de soluções, foi possível testar propostas que poderiam tornar o

processo regulatório mais eficiente, favorecendo um diálogo mais produtivo entre as partes e garantindo a proteção dos direitos dos consumidores.

Fez parte dessa abordagem a elaboração de artigos ao longo do período do mestrado a fim de testar o marco teórico⁴ utilizado, que é a Teoria da Encriptação do Poder, bem como para testar os resultados parciais⁵ desta pesquisa, a fim de entendermos como o interlocutor dialoga com as ideias propostas, o que contribuiu para ajustes e melhorias contínuas na fundamentação.

⁴ No primeiro semestre, antes da definição do projeto de pesquisa, foram produzidos dois artigos, a saber: “Cannabis para quem? Bloqueios institucionais e encriptação do poder no contexto da (des)regulamentação da cannabis medicinal”, escrito em coautoria com o professor doutor Giovani Clark e com a doutora Ana Maria Isar dos Santos Gomes, submetido para publicação na revista Revista de Direitos e Garantias Fundamentais; e “Extinção de conselhos de políticas públicas: Da democracia participativa ao fascismo?”, escrito em coautoria com o doutorando Yuran Quintão, escrito no âmbito da disciplina Democracia, Liberdade e Cidadania e submetido ao seminário Republicanismo, Abolicionismo, Bom Governo e Democracia: perspectivas de diálogos plurais, inter e transculturais, organizado pelo professor Lucas de Alvarenga Gontijo, em que um resumo expandido de mesmo título do artigo foi apresentado oralmente e o artigo foi publicado como capítulo de livro na obra “Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais: Atas do IV Congresso Internacional Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade”. Esses artigos contribuíram para o desenvolvimento e aplicação dos conceitos de soberania porosa e de sujeitos ocultos aos diferentes problemas identificados no âmbito da administração pública; também contribuíram para aprofundar no conceito de política pública, bem como para desenvolver uma escrita voltada para uma perspectiva crítica. No segundo semestre, ao longo dele, foi produzido um artigo, como resultado da pesquisa realizada no âmbito dos Estudos Orientados, a saber “qual a autonomia dos povos indígenas na era do neoliberalismo global” desencriptando a política brasileira de demarcação de terras indígenas”, publicado na revista Administración Pública y Sociedad (APyS). No primeiro semestre de 2024, foram produzidos 2 artigos e 2 resumos expandidos, a saber: “O leviatã navegando nas ondas da consensualidade: Desencriptando a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos” escrito em coautoria com a professora Dra. Alexandra Clara Ferreira Faria e publicado na revista Virtuajus; “Doação Neutra: Reflexões sob a perspectiva da política pública de saúde” escrito em coautoria com a professora Dra. Alexandra Clara Ferreira Faria e foi apresentado por mim no Congresso Internacional de Bioética e Biodireito da Faculdade Mineira de Direito que ocorreu na unidade da PUC/MINAS de poços de caldas e publicado no livro Anais do Congresso Internacional de Bioética e Biodireito Faculdade Mineira de Direito Graduação e Pós-Graduação: estudos em homenagem ao Professor Carlos María Romeo Casabona; “O Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta como instrumento de uma administração pública negocial: Desencriptando o princípio do Interesse Público” escrito em coautoria com a graduanda Mariana Zica como resultado do grupo de pesquisa que havia sido organizado no âmbito da disciplina Formas Consensuais de Resolução de Conflitos quando realizei o Estágio de Docência; “são conciliáveis os conceitos de autonomia privada e função pública? Uma análise sob a ótica da ANS no âmbito dos TCAC” apresentado à disciplina Autonomia Privada e Regulação como requisito de aprovação. Com esses artigos e resumos expandidos, propomos uma produção acadêmica interdisciplinar e transdisciplinar com viés aberto e flexível, que está em constante interação com outras pesquisas, seja em andamento ou concluídas, no âmbito do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP). Em novembro de 2024, o extrato desta pesquisa que derivou de resultados parciais, resultou em um artigo intitulado “Controle Consensual e (des)judicialização: O TCAC da ANS realmente reduz conflitos judiciais no âmbito da saúde suplementar?”, também orientado pela professora Dra. Marinella Machado-Araújo, que foi premiado com menção de honra pelo concurso de artigos da Escola Superior da Magistratura do Maranhão (ESMAM) e do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA).

⁵ No segundo semestre de 2024, apresentei o comunicado “tendência do controle e o TCAC da ANS em tempos de financeirização da saúde” no XXXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, que é o resultado parcial desta dissertação e produzimos o artigo intitulado “controle consensual e (des)judicialização: o TCAC da ANS realmente reduz conflitos judiciais no âmbito da saúde suplementar?” o qual foi submetido ao 2º concurso de artigos do Tribunal de Justiça do Maranhão.

Nesta perspectiva, nos preocupamos para que esta dissertação transcenda a análise teórica e ofereça contribuições práticas para repensar e aprimorar a regulação da saúde suplementar a partir de um viés crítico-reflexivo desenvolvido, no âmbito do Núcleo Jurídico de Políticas Pública (NUJUP), como parte de uma produção coletiva de conhecimento, e com o suporte financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

2. POLÍTICA PÚBLICA DE REGULAÇÃO: o controle “consensual” da ANS

Eficiência. Ou melhor, a busca pela eficiência. Esse vem sendo o grande lema da administração pública brasileira a partir da década de 90, cuja atuação tem se voltado para a busca por resultados, enquanto um princípio da governança, tal como mencionado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado ao se referir à capacidade do Estado em implementar políticas públicas de maneira eficiente (Brasil, 1995, p. 16).

Essa noção de governança foi, inicialmente, difundida pelo Banco Mundial ao utilizá-lo para caracterizar um conjunto de propostas de reforma do Estado que apregoavam a chamada *New Public Management*, cujo alvo principal foi a implementação de um modelo de gestão pública com base em resultados e na busca constante da eficiência administrativa que vise o desenvolvimento, conforme consta no relatório *Governance and Development* (Banco Mundial, 1992).

Assim, no Brasil, o termo governança foi mencionado na década de 1990, sobretudo, a partir das ideias difundidas por Bresser Pereira, segundo o qual, uma gestão eficaz seria alcançada quando o Estado se tornasse mais forte, embora menor (Bresser-Pereira, 1995, p. 44). Portanto, é um termo que está associado à reforma administrativa daquela década e que, portanto, fundamentou as alterações constitucionais por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, que dentre outras alterações, incluiu o princípio da eficiência no artigo 37 da Constituição da República de 1988.

Trata-se, pois, de uma visão gerencial da administração pública, ou na perspectiva italiana, de boa administração, segundo a qual, a administração deve produzir resultados objetivando a satisfação final da população, não se contentando com o mero cumprimento formal da lei, pois, sob a perspectiva gerencial, o resultado tem relevância jurídica.

Nesta perspectiva, a eficiência deriva do dever jurídico relativo à efetividade, ou seja, da atenção satisfatória dos interesses públicos. É, pois, nesta perspectiva, que a regulação do acesso foi utilizada como instrumento de gestão sobre os prestadores de serviços em saúde para

estabelecer um sistema de financiamento sustentável (Rechell; Blackburn; Spencer, 2011), ou seja, para promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo que a regulação das operadoras setoriais, inclusive em suas relações com os prestadores de serviço e consumidores, contribuiria para o desenvolvimento das ações de saúde.

E para alcançar essa eficiência, dentre os muitos mecanismos hoje utilizados pela administração para auferir o resultado desejado, inclusive pela ANS, tem-se a regulação consensual, que integra a denominada regulação fraca ou *soft-regulation* como ferramenta de governança.

Após uma revisão conceitual do termo, Meneguín e Melo (2022) concluíram que o *soft-regulation* inclui modalidades regulatórias estabelecidas pelo Estado que não dependem de um modelo de comando e controle e podem, ou não, estar associadas a incentivos. Essas normas escritas podem ser implementadas por diversos meios, sem o caráter obrigatório de força normativa, desde que sejam emitidas pela autoridade pública.

E essas modalidades estão, ainda, relacionadas à forma com que o poder público responde diante do descumprimento de uma norma, na medida em que o *soft regulation* propõe “formas que induzem a um modelo regulatório não embasado em processo sancionador, com utilização de opções não cogentes que, sequer, necessitam de fiscalização ostensiva.” (Meneguín e Melo, 2022, p. 7).

A partir dessas observações, autores como o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tem associado a consensualidade aos princípios da governança, na medida em que:

Contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (Moreira Neto, 2003, p. 59).

Essa mudança de postura administrativa resulta do enfraquecimento das fontes tradicionais de legitimidade baseadas na democracia formal, onde o sufrágio universal e, conseqüentemente, o critério da maioria eram suficientes para justificar as escolhas públicas, independentemente dos impactos sociais das decisões. Nesse contexto, a democracia formal tem sido progressivamente substituída⁶ pelo conceito de democracia substantiva ou material,

⁶ Durante a defesa da dissertação, o professor Dr. José Ângelo destacou que, no Capítulo 2, mais especificamente na discussão presente à página 25, seria oportuno ponderar que a contraposição entre democracia substantiva (ou participativa) e democracia representativa (ou formal) não deve ser compreendida como uma substituição de uma pela outra. Segundo o avaliador, embora o modelo formal representativo venha sendo desafiado por mecanismos de participação social e consensual — como o próprio objeto deste estudo —, ele ainda permanece como estrutura fundamental e necessária ao funcionamento dos processos políticos e decisórios nas sociedades contemporâneas. Ressaltou-se, contudo, que essa observação não exige reparo no texto, por tratar-se de campo aberto à pluralidade interpretativa, cuja riqueza reside justamente na possibilidade de contínuo debate. Em resposta, pontuei que a

que demanda maior visibilidade das ações estatais (transparência) e mais participação ativa na formulação das políticas públicas, a fim de que sua execução seja satisfatória, e, sobretudo, a fim de garantir a eficiência estatal nas prestações públicas sob sua responsabilidade, com foco na avaliação de resultados concretos.

Em outras palavras, o modelo de governança pública defende a expansão das interações entre diversos atores dentro da administração pública, incluindo as relações entre o Estado e a sociedade, o setor privado e o governo, bem como entre a sociedade e a iniciativa privada (Osborne, 2010). E em uma perspectiva pós-gerencialista, o cidadão assume um papel mais relevante em comparação com a visão de mero cliente, promovida, inicialmente, pelo gerencialismo, de modo que a ênfase está na ampliação da legitimidade das ações e políticas públicas (Cavalcante, 2017).

É essa mudança da perspectiva da administração para uma eficiência baseada na participação, na legitimidade, na coordenação, no controle, na transparência e na atuação em rede, que constituem o que alguns autores denominam de pós-gerencialismo (Cavalcante, 2017), que, na prática, se apresenta mais como um processo de continuidade/incrementalismo do que propriamente ruptura com o paradigma gerencialista anterior. Especialmente, porque, a característica mais emblemática da gestão pública atual é a prevalência do fenômeno da governança, que em distintos formatos, consegue agregar parte significativa de princípios e diretrizes do gerencialismo e do pós-gerencialismo.

Nesse contexto, atualmente, a regulação está vinculada ao controle, mas não ao controle sob a perspectiva, exclusivamente, punitivista, mas sob a perspectiva do planejamento voltado para alcançar resultados sustentáveis. Assim, não se controla para punir, mas para definir quando fazer, onde fazer e quem vai fazer, ou seja, para alcançar as metas da administração pública que foram organizadas em ordens lógicas e que vinculam a discricionariedade do agente público aos limites do planejamento.

Isto porque as políticas públicas, dentre as quais a de regulação, representam instrumentos fundamentais para a concretização das normas legais e constitucionais, funcionando como mecanismos para garantir a efetividade do ordenamento jurídico, e,

inserção desse debate decorre da fundamentação teórica da Teoria da Encrptação do Poder (TEP), que fornece suporte crítico à noção de “interesse público” como um simulacro, especialmente, ao evidenciar os limites da democracia representativa em abarcar a diversidade e os interesses das minorias. A crítica não visa à substituição institucional de uma pela outra, mas sim à forma como o discurso institucional tem identificado as insuficiências da democracia representativa e tem recorrido à noção de democracia substantiva como alternativa retórica e simbólica, o que se alinha à ascensão contemporânea dos métodos autocompositivos. Nessa perspectiva, a democracia substantiva integra o conceito mais amplo de consensualidade, entendido não apenas como método procedimental, mas também como discurso legitimador da atuação estatal e regulatória.

portanto, não se restringem a simples atos políticos ou decisões de governo, tampouco a meros atos de gestão, pelo contrário, configuram-se como ferramentas de planejamento estratégico para a execução eficiente dos serviços públicos e para a implementação das atividades estatais (Bucci, 2006).

Porém, é importante pontuar que, atualmente, a eficiência deve estar vinculada com a sustentabilidade. Isto porque o planejamento eficiente não leva em consideração as pessoas e está vinculado a antiga posição da Organização das Nações Unidas (ONU) que via a inclusão social como acesso ao consumo, ao passo que o planejamento sustentável inclui as pessoas, conforme a perspectiva pentadimensional da sustentabilidade adotada, atualmente, pela ONU, a partir da qual, a inclusão social significa a proteção da própria pessoa.

Assim, o planejamento deve ser integrado entre os órgãos da administração pública e deve ser participativo, tanto para ser formulado sob a ótica de quem vive o problema, mas também sob a ótica externa para criar soluções criativa. É, pois, neste contexto, de planejamento sustentável, que podemos concluir que o controle consensual adotado pela administração pública, no caso pela ANS, no bojo da política pública de regulação, tem como conjectura a insuficiência da democracia representativa e do paradigma tradicional de legitimidade, que se pauta na bipolaridade de governantes versus governados (Cassese, 2012a), na medida em que a responsabilização vertical vem sendo cada vez mais justaposta à responsabilidade horizontal, que se baseia na participação direta daqueles que seriam atingidos pelo controle.

Portanto, a atividade regulatória da ANS, sobretudo, a que é pautada na consensualidade, por meio do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta e de outros instrumentos consensuais, tem como pressuposto uma política pública que se apoia em um planejamento voltado para o aperfeiçoamento do setor de saúde suplementar, que tem como centralidade o bem-estar das pessoas que são beneficiárias deste serviço.

Por isso, destacamos que este trabalho trata da regulação a compreendendo como política pública tal como se verifica na classificação de Lowi (1964), que ao propor as seguintes categorias de políticas públicas: Regulatória, Distributiva, Redistributiva e Constitutiva, entendeu por políticas regulatórias aquelas cujas decisões são setoriais e estão relacionadas a padrões legais amplos, que estabelecem de forma direta favorecidos e desfavorecidos. Para o autor, ao estabelecer com clareza cada um desses atores, é uma política que tende a gerar relações conflituosas, na medida em que atores afetados por tal política podem formar coalizões e lutar contra os atores favorecidos com interesses diferentes dos seus, de modo que o

tangenciamento de interesses configuram tal arena como produto de conflito e caracterizada pelo pluralismo.

Portanto, valer-se da perspectiva da política pública é incluir na análise os sujeitos que fazem parte: as pessoas, pois sob a perspectiva do direito administrativo, a regulação se apresentado como um conjunto de normas voltadas para determinado fim, não incluindo na análise os atores em constante interseção com esta política. Porém, entendemos ser necessário estudar as “arenas” da política de regulação em que esses interesses conflitantes se encontram, dialogam, se opõem e chegam a acordos, e nas quais as agências reguladoras, em especial a ANS, atuam como promotoras, árbitros e mediadoras, pois esta é a base de legitimação da atividade de controle em uma sociedade democrática e plural.

Porém, este trabalho propõe, à luz da teoria da encriptação do poder, que o estudo da política regulatória, tal como proposta por Lowi (1964), deve levar em consideração a noção de Soberania Porosa e de Sujeitos Ocultos, que serão aprofundados no capítulo 2, pois, diante de uma administração pública cada vez menos hierarquizada, novas reflexões devem ser propostas ao compreender a regulação como política pública, tais como, em que medida é caracterizada pelo pluralismo? Em que medida é uma arena de conflito? Em que medida é estabelecido de forma clara favorecidos e desfavorecido? Em que medida as relações de poder entre os grupos de interesse definem favorecidos e desfavorecidos?

Essas reflexões são importantes, na medida em que as novas articulações marcam um Estado que é permeado por interesses conflitantes, entre o social e o econômico, que deixa obscura a atuação da agência reguladora, ora com o dever de defesa da saúde enquanto direito fundamental, ora submetida aos anseios do mercado para explorar a saúde enquanto mercadoria, e que, diante desta complexidade das relações, adota mecanismos de regulação pautados na consensualidade, que visam atender ao princípio da eficiência ao conduzir uma administração pública menos burocratizada e mais procedimentalizada.

Mas este compromisso com a consensualidade, sobretudo, na política pública regulatória, o é sob uma perspectiva sustentável? É isto que propomos investigar neste capítulo.

2.1 O Mr. Hyde da política pública de saúde: o marco regulatório da saúde suplementar no Brasil

A década de 90 é marcada por grandes mudanças na administração pública brasileira. É a década da reforma administrativa voltada para uma perspectiva gerencial do interesse

público, orientada por diretrizes amplamente difundidas no contexto internacional de “retirada” do poder público da produção direta de bens e serviços, com a promessa de aumentar a eficiência na produção desses bens e serviços, que agora o serão pela iniciativa privada, ao passo que o poder público se restringiu à criação de marcos regulatórios para os setores privatizados ou liberalizados.

Essas diretrizes foram conformadas para destinatários certos: países emergentes da América Latina, tal como o Brasil. Tratava-se de um pacote de recomendações elaboradas pelo FMI, pelo Banco Mundial e pelo Tesouro dos Estados Unidos, por isso, denominado Consenso de Washington, ou Segundo Consenso de Whashington como nos ensina Bresser Pereira (1995), que tinha como objetivo conter a crise do endividamento externo e da hiperinflação em curso nesses países por meio de políticas de disciplina fiscal, do reordenamento dos gastos públicos, da maior abertura econômica e também da reestruturação administração.

A Adoção deste pacote de recomendações pelo Brasil representou a interrupção com o paradigma do nacional-desenvolvimentismo que se afirmou como ideologia dominante desde os anos 30 do século XX, em que o Estado se apresentava como o principal prestador de serviços públicos com sua feição de estado empresário, para um paradigma neoliberal, pautado na desnacionalização de atividades econômicas estratégicas e de serviços públicos, via privatização (Clark, 2018).

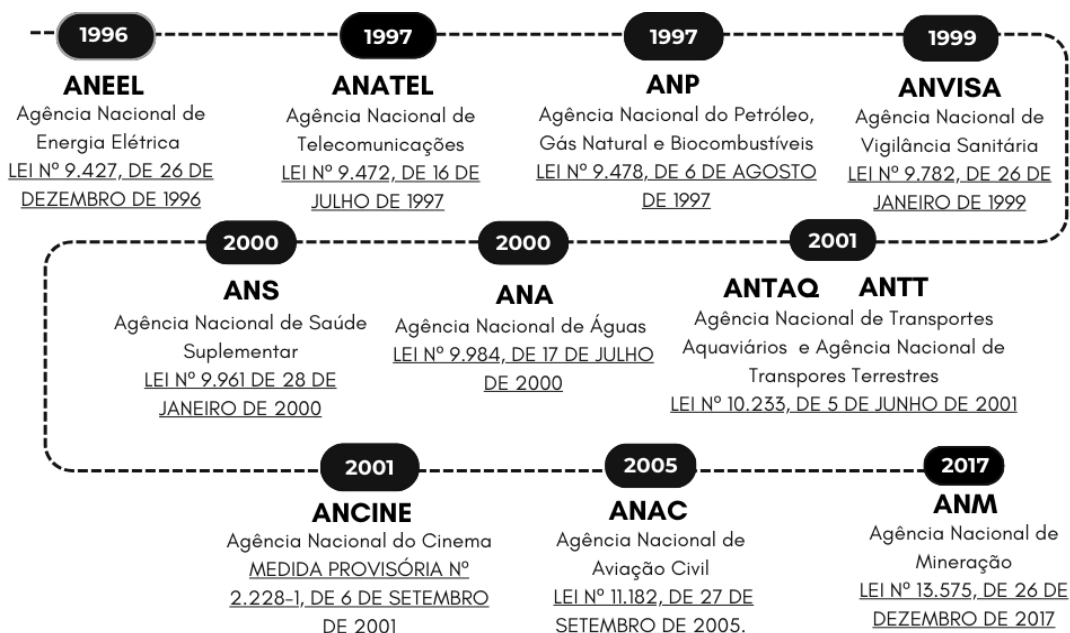
Esse conjunto de políticas econômicas que desaguarão na reforma administrativa do Estado é denominado pelo professor Dr. Giovanni Clark (2018) de neoliberalismo de regulação, a partir das quais a produção de bens e serviços ficam a cargo do setor privado e o estado empresário é reduzido, significativamente, a fim de se adequar às premissas da nova agenda internacional. Nesse contexto, de privatizações e concessão de exploração de serviços e de bens públicos pelo setor privado, surgem inúmeras agências reguladoras com a função de regulação da qualidade, expansão, comportamento, retirando, assim, “parte do poder estatal de influenciar diretamente no custo da produção, na concretização de direitos e na realização do desenvolvimento” (Clark; Corrêa; Nascimento, 2018, p. 313).

Assim, expande a atuação do Estado como regulador em detrimento de sua atuação como produtor de bens e serviços ou fomentador das atividades econômicas, que passa a adotar três poderes inerentes à regulação: o de editar regras; o de assegurar sua aplicação e o de reprimir infrações, que visam (i) regular monopólios, evitando que eles lesem a economia popular controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (ii) regular a competição para assegurar a livre concorrência no setor privado e o atendimento ao interesse público em

atividades sensíveis à coletividade; e (iii) regular serviços públicos assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo (Aragão, 2013).

É, pois, nesta perspectiva, como faceta do neoliberalismo, que se introduz, no desenho da administração pública brasileira, as agências reguladoras, sem as quais “o capitalismo apareceria em toda a sua monstruosidade e seria, categoricamente, insuportável” (Sanín-Restrepo, 2018, p.170), na medida em que os setores estratégicos da economia brasileira passaram a contar com a regulação de uma agência específica, que se consolidaram até o ano de 2019, por meio da lei nº 13.848/19, que dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das seguintes agências reguladoras:

Linha do Tempo 1. O BOOM das agências reguladoras.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Curiosamente, a intensificação da exploração de serviços públicos pela iniciativa privada, se deu em um período pós expansão de direitos sociais fundamentais com a promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, dentre outros direitos, como bens e serviços imprescindíveis para o indivíduo, atribuindo, portanto, ao Estado a responsabilidade de provê-los por meio de políticas públicas à população como um todo e não apenas a uma classe ou grupo social.

Esses direitos fundamentais, reconhecidos pelo Estado, fazem parte de uma arquitetura global sistematizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), de reconhecimento dos

direitos humanos, que são aqueles que toda pessoa possui pelo simples fato de ter nascido nesta condição humana, assim, são direitos dotados de uma fundamentalidade em seu aspecto material, pois expressam a proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado (Bucci, 2006).

Os direitos sociais visam, sobretudo, a redução das desigualdades socioeconômicas, ao garantirem o mínimo de bens e serviços que todo ser humano deve ter acesso, por isso, também denominado de direitos fundamentais a prestações, pois para além da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), garantem a liberdade por intermédio do Estado, por meio de sua intervenção direta com a alocação de recursos para a criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais (Bucci, 2006).

É nesta perspectiva que a Constituição da República de 1988 estabeleceu uma nova ordem constitucional em que o direito à saúde elevou ao *status* de direito social fundamental, nos moldes do artigo 6º da CR/88, e de caráter subjetivo, cujo dever de garantia é do Estado, nos termos do artigo 196 da CR/88, rompendo com o contexto anterior em que a relação social, no âmbito das políticas sociais, foi denominada, por Wanderley Guilherme dos Santos (1979), de cidadania regulada⁷, na medida em que a titularidade de direitos, especialmente do direito à saúde estava vinculada ao trabalho formal.

Esse termo cunhado por Wanderley Guilherme dos Santos (1979) resume o cenário da saúde no Brasil até 1988, que se reduzia ao que hoje denominamos de saúde suplementar, na medida em que algumas empresas dos setores industrial e de serviços começaram a oferecer assistência à saúde aos seus funcionários, sem nenhum tipo de regulação pública.

A saúde suplementar começou a se estruturar em 1930⁸ com o surgimento das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) e dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), de

⁷ O autor Wanderley Guilherme dos Santos foi quem cunhou o termo cidadania regulada, que é um tipo de cidadania “[...] cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em quer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei.” (Santos, p. 7, 1979).

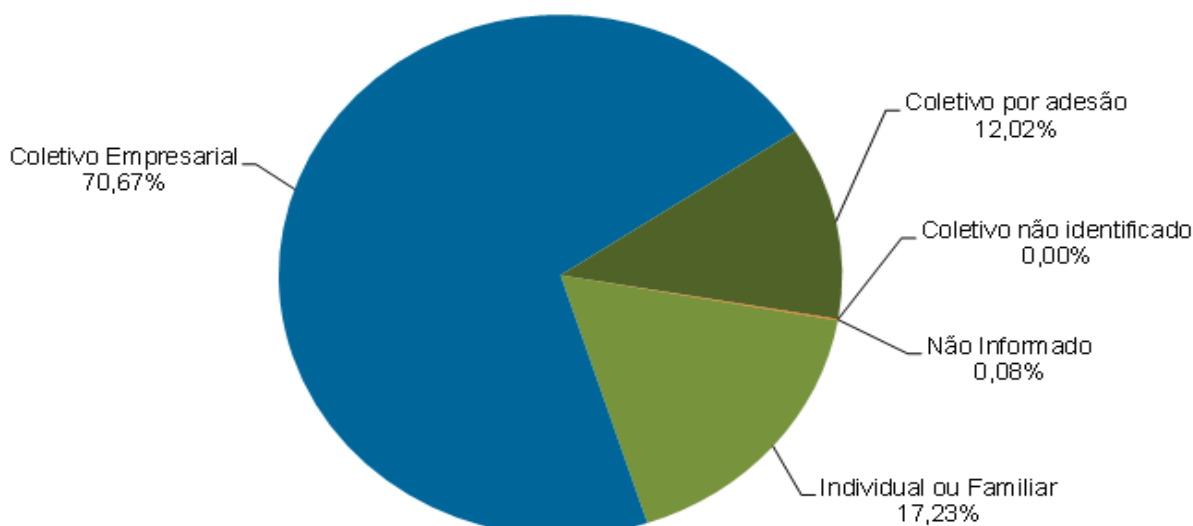
⁸ Em outra observação, referente à discussão presente na página 31, o professor Dr. José Ângelo apontou uma possível imprecisão conceitual quanto à diferenciação entre saúde complementar e saúde suplementar. Segundo ele, o trecho atribui à saúde suplementar um papel histórico anterior à sua efetiva consolidação, ao remontar à década de 1930, com a formação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) e das Caixas de Aposentadoria e Pensão. Com base na interpretação proposta por Sônia Fleury Teixeira, especialmente em sua obra *Previdência Social*, o avaliador destacou que a saúde suplementar, tal como se configura atualmente, teria emergido apenas entre o final dos anos 1960 e o início dos anos 1970, no contexto da unificação dos IAPs e da formação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Nesse período, hospitais privados passaram a integrar uma lógica distinta de prestação de serviços, voltada a planos empresariais e, posteriormente, individuais, caracterizando um modelo supletivo — e não exatamente complementar — nos moldes anteriores. Embora reconheça que a questão foi resolvida ao longo do texto, o professor sugeriu que, havendo oportunidade, a distinção conceitual entre os dois modelos seja eventualmente revisitada, dada a existência de diferentes interpretações na literatura especializada, inclusive entre os autores citados. Foi esclarecido ao professor que na bibliografia utilizada de Carvalho e Cecílio

modo que até 1966, cada categoria de trabalhadores dispunha da sua própria rede de assistência à saúde, sendo, portanto, muito desigual entre essas categorias, pois cada empresa estatal, multinacional ou organização pública beneficiavam os seus empregados ou servidores por meio de empréstimos ou reembolso pela utilização de serviços de saúde ou contava com sistemas assistenciais de saúde próprios (Carvalho e Cecílio, 2007).

Porém, a partir de 1966 houve a unificação dos IAPs, formando o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que acarretou na expansão dos credenciamentos de prestadores de serviços privados de saúde (Carvalho e Cecílio, 2007), assim, na década de 60 boa parte dos trabalhadores já possuíam planos com algumas possibilidades de assistência médica. Seguindo essa política de unificação, na década de 70 foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), da qual fazia parte o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), que privilegiou ainda mais a compra de serviços do setor privado, de modo que a saúde continuou a ser um direito vinculado ao trabalho e, portanto, restrito a determinados sujeitos, qualificados pelo vínculo de emprego.

Mas essa realidade não mudou. Atualmente, o acesso ao setor de saúde suplementar continua vinculado ao trabalho formal, pois, conforme observamos no gráfico 1, mais de 80% dos planos de saúde são na modalidade Coletivo Empresarial e Coletivo por Adesão:

Gráfico 1. O perfil dos planos de saúde no Brasil.



Fonte: (ANS, 2024).

(2007), não é que a saúde suplementar se originou em 1934, mas nesse período está a semente do que futuramente se estruturou como saúde suplementar, pois, 1934 é o primeiro período em que se estruturou no Brasil um atendimento à saúde coletivo que se diferenciava de um atendimento caritativo/assistencial.

O que mudou com a década de 80 foi a estruturação e a institucionalização de uma saúde pública. Esta década foi marcada por crises políticas, sociais e econômicas, a partir da qual surgiu um novo paradigma, como resultado de um amplo e vitorioso movimento político-ideológico, denominado de movimento sanitário ou reforma sanitária, que consagrou a saúde como direito social fundamental, ampliou a responsabilidade estatal e garantiu a universalidade de acesso à assistência de saúde com a idealização de um sistema inclusivo e transversal⁹. Sob esta ótica, em 1990, foram publicadas a Lei 8.080, de 19 de setembro e a Lei 8.142, de 28 de dezembro, conjuntamente conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde, regulamentando o Sistema Único de Saúde (SUS), que se configurou como uma grande conquista democrática que se sustenta em três pilares: a universalidade, a equidade e a integralidade no atendimento.

Não podemos, porém, ignorar que a Constituição de 1988 representa uma grande arena política, com embate de interesses antagônicos que pretendiam se fazer presente no novo texto constitucional. Por isso, apesar do estabelecimento de um Sistema Único de Saúde, que ensejou o atendimento público de forma universal, os interesses do setor privado também foram contemplados na constituição, que manteve e previu as condições para a ampliação do setor suplementar, ao estabelecer que “a saúde é livre à iniciativa privada” (Brasil, 1988) e que as instituições privadas “podem participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, segundo suas diretrizes, mediante contrato de direito público ou convênio, e podem oferecer a assistência médica aos beneficiários que contratem essa assistência, de forma independente ao SUS [...]” (Brasil, 1988).

Nesta perspectiva, o sistema de saúde brasileiro é composto por dois subsistemas: o público e o privado, e em ambos o Estado é o principal sujeito da regulação, compreendendo três níveis de atuação: a) regulação sobre sistemas de saúde; b) regulação da atenção à saúde e; c) regulação do acesso à assistência ou regulação assistencial (Shilling; Reis; Moraes, 2006), dado que a saúde tem a natureza de direito social fundamental e depende de ação ativa do ente Estatal.

A regulação sobre sistemas de saúde diz respeito à definição de normas, ao monitoramento, à fiscalização, ao controle e à avaliação dos serviços de saúde, que são funções exercidas por diferentes órgãos reguladores, em âmbito nacional ou regional, incluindo o



Ministério da Saúde e as agências reguladoras. Já a regulação da atenção à saúde diz respeito à produção de ações diretas e finais de atenção à saúde de forma equânime, acessível e integral, e está, portanto, direcionada aos prestadores de serviços de saúde públicos e privados e inclui as ações de controle na contratação, no acesso, na avaliação da atenção à saúde e na auditoria. E, por fim, a regulação assistencial promove a equidade do acesso aos serviços de saúde, garantindo a integralidade da assistência e permitindo ajustar a oferta assistencial disponível às necessidades imediatas do cidadão, de forma planejada (Shilling; Reis; Moraes, 2006).

Esses três níveis de regulação são aplicados ao sistema de saúde como um todo, pois já é consenso que “os provedores de serviços devem estar sob regulação, independentemente de serem entes públicos ou privados, uma vez que a ação regulatória otimiza os recursos disponíveis e favorece o devido acesso dos usuários” (Vilarins; Shimizu; Gutierrez, 2012, p.641).

Antes da regulação específica do setor de saúde suplementar, os beneficiários dos planos de saúde contavam com a proteção do Código de Defesa do Consumidor e com a atuação dos Procons estaduais e municipais (Salazar; Grou; Nunes Junior, 2005), que beneficiou os consumidores em seus conflitos com as operadoras de planos de saúde. No entanto, a atuação desses organismos estatais mostrou-se insuficiente para regular as relações entre consumidores e operadoras, surgindo, assim, a necessidade de intervenção estatal, visando a corrigir e atenuar as falhas do mercado, como as exclusões de atendimento e as mensalidades abusivas. Assim, somente após a promulgação da Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998, o setor de saúde suplementar ganhou a sustentação legal para que se iniciassem as ações de regulamentação.

Surge, portanto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, com o propósito de suavizar os efeitos perversos de um mercado que provê um serviço público essencial – a saúde – mas a partir da lógica do lucro, tendo como escopo institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, por meio da regulação das operadoras setoriais em prol do desenvolvimento das ações de saúde no país, com limites e deveres expostos na Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998, possuindo, assim, o papel de regulação, normatização, controle.

Nesse sentido, a ANS se posiciona como uma agência que não se ocupa com atividades exclusivamente econômico-financeiras, mas que possui competência de polícia normativa, decisória e sancionatória, exercida, sobretudo, em seu desenho institucional, pela Diretoria de Fiscalização, que é responsável por todo o processo de fiscalização, aspectos econômicos–

financeiros, médicos assistenciais, apoio ao consumidor e articulação com seus órgãos de defesa.

O poder de polícia, tal como definido no Código Tributário, em seu artigo 78, como a:

atividade da administração pública que limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou do respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletiva (Brasil, 1966).

No Brasil, diante dos princípios do Estado Democrático de Direito o conceito clássico foi revisitado, de modo que Ari Sunfeld, propôs a substituição do poder de polícia por Direito Administrativo Ordenador, que corresponde à “parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo que lhe é próprio” (Sunfeld, 2000, p.116)

Este é um poder que se divide em quatro ciclos, conforme expõe Carvalho (2019), os quais estão presentes na Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, que atribui o poder de polícia à ANS em relação aos agentes do sistema suplementar que executam serviços diretamente (planos de saúde) ou o fazem por meio de terceiros (seguros de saúde), sendo os ciclos classificados em:

Mapa Mental 1: O ciclo do Poder de Polícia¹⁰.



Fonte: (NUJUP, 2024).

No âmbito da ANS esses ciclos podem ser identificados na lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, na medida em que a ordem de polícia se manifesta na competência de normatização atribuída à ANS; o consentimento de polícia se manifesta na competência atribuída à ANS para emitir autorizações ao setor, como a autorização o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados; a fiscalização de polícia se manifesta pela competência de fiscalização atribuída à ANS; e a sanção de polícia se manifestar a partir do controle punitivista exercido pela ANS que tem a competência de aplicar sanções às operadoras diante do descumprimento das normas do setor.

Esse desenho institucional de atribuição de poder polícia com competência sancionatória é resultado de uma arquitetura jurídica, em que a resposta do direito a um ilícito é sempre a sanção, é, pois, a lógica da punição, que se expressa na competência normativa da ANS, com a Resolução Normativa - RN nº 489, de 29 de março de 2022, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, registrada na decisão



monocrática proferida pelo Ministro Gurgel de Faria no REsp nº 1.522.520, publicada em 22/02/2018, entende que

as sanções administrativas aplicadas pelas agências reguladoras, no exercício do seu poder de polícia, não ofendem o princípio da legalidade, visto que a lei ordinária delega a esses órgãos a competência para editar normas e regulamentos no âmbito de sua atuação, inclusive tipificar as condutas passíveis de punição, principalmente acerca de atividades eminentemente técnicas (Brasil, 2018).

Mas, entendemos por necessário estabelecer uma distinção entre sanção de poder de polícia e sanção penal, pois, enquanto está intrinsecamente relacionada às condutas tipificadas como crime na legislação penal; aquela, é aplicável “aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivas à coletividade, como previsto na norma legal” (Hely Lopes Meirelles, 2020, p. 142). Entretanto, apesar da importante distinção citada, as mesmas apresentam semelhanças, qual seja: a de que ambas devem estar devidamente tipificadas. Fato é que o ilícito penal e o administrativo guardam uma relação simbiótica, pois ambos requerem a legalidade da sanção (tipificação legal) e sua proporcionalidade (princípio constitucional) à infração cometida ou ao dano causado à coletividade ou ao próprio Estado.

E quanto à regulação? Qual seria a diferença entre poder de polícia e função regulatória? Seriam conceitos disjuntos ou sobrepostos?¹¹ Pois em ambas as atividades administrativas mencionamos a preocupação com a fiscalização, a normatização e a sanção.

Se considerarmos o conceito de Ari Sundfeld (2000), percebemos que a administração ordenadora se encontra no campo das atividades privadas, no que se refere à uma relação genérica com o administrado e não de relação especial, mantida por exemplo entre a administração e um concessionário de serviço público. Assim, a diferença depende da perspectiva de análise (Aragão, 2013).

É nesse ponto que reside uma diferença fundamental: enquanto o poder de polícia é um conceito típico do direito administrativo, associado à função de controle e restrição em prol do bem coletivo, decorrente da sujeição geral a que todos os indivíduos são submetidos em relação à administração pública, a regulação é um termo originado no direito econômico e se refere à criação de um ambiente normativo que favorece a ordem econômica e social em sentido estrito

¹¹ Esse questionamento foi proposto pelo professor Janriê Rodrigues Reck durante a apresentação dos resultados parciais desta dissertação no 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, que foram apresentados por meio do comunicado “A tendência do controle consensual e o TCAC da ANS em tempos de financeirização da saúde”. Na ocasião o professor refletiu se haveria diferença conceitual entre regulação e poder de polícia e concluiu em sua pesquisa que seriam termos equivalentes.

e justifica-se em razão do vínculo especial de sujeição estabelecido entre particular e administração, devido à delegação da atividade cuja titularidade é do Estado.

Nesta perspectiva, o professor Gustavo Binenbojm (2024) compreende que o fato de o conceito de poder de polícia, que é inerente ao regime jurídico administrativo, ter sido apropriado pela atividade regulatória do Estado, a qual tem matriz constitucional, pois prevista no artigo 174 da CR/88, faz com que esse poder que antes se vinculava à arbitrariedade, passe a se vincular a um conjunto de prerrogativas submetidas a um dever de motivação adequada (Binenbojm, 2024).

Em resumo, a atividade regulatória da ANS, sob a perspectiva do direito econômico, se traduz, no direito administrativo como o exercício de seu poder de polícia.

Fato é que a coercibilidade é central em ambos os conceitos e deve-se à compreensão de que o poder de polícia seria “inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à norma legal da autoridade competente” (Meirelles, 2020, p.142). Assim, no âmbito de fiscalização e de atuação da ANS, as sanções aplicáveis podem ser as seguintes: advertência; multa pecuniária; cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora; suspensão de exercício do cargo; inabilitação temporária para o exercício de cargo em qualquer operadora de planos de assistência à saúde; inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos de qualquer operadora, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras, de modo que a aplicação dessas sanções não exclui, nem reduz a responsabilidade civil e/ou penal dos infratores.

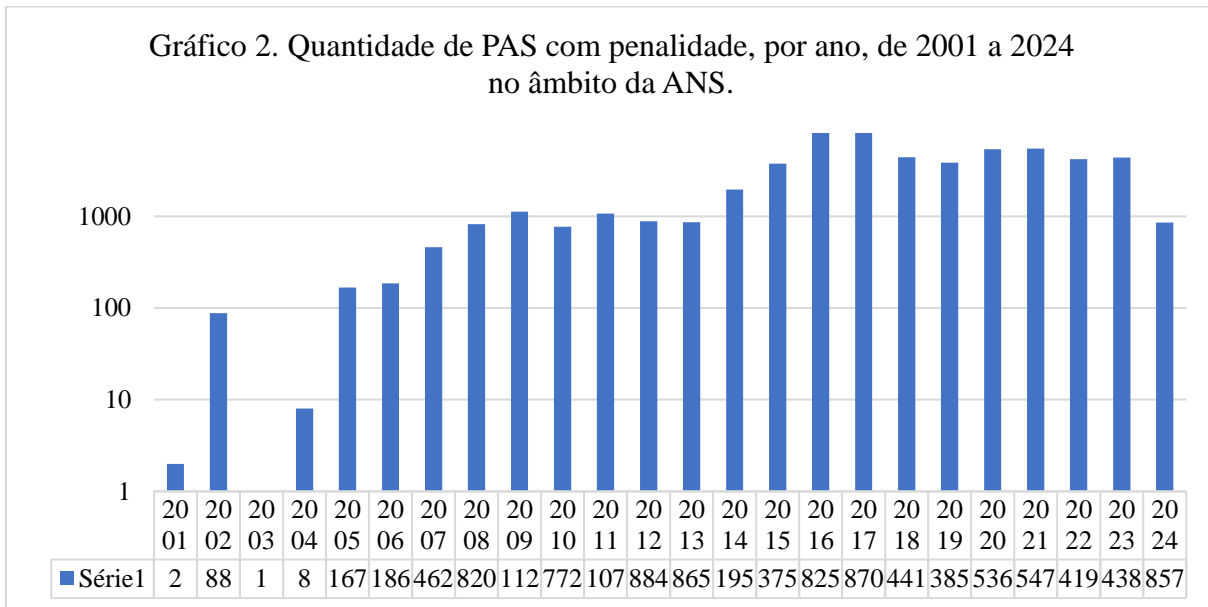
Observamos, porém, quanto à atividade fiscalizatória e sancionatória da ANS, que as multas ocupam o papel central, sobretudo, ao observamos que o montante das multas aplicadas ultrapassa cifras milionárias.

Os gráficos 2¹² e 3¹³ evidenciam esse cenário de regulação coercitiva da ANS, demonstrando que a partir de 2014 o número de Processos Administrativos Sancionatórios (PAS) ultrapassou a marca de 1.000 processos ao ano e que o montante de multas aplicadas, ao ano, a partir de 2007 foi em torno de 100 milhões de reais, ultrapassando esta marca a partir de 2014. Fato é que mesmo nos anos com menor quantidade de PAS, a exceção dos anos de 2001

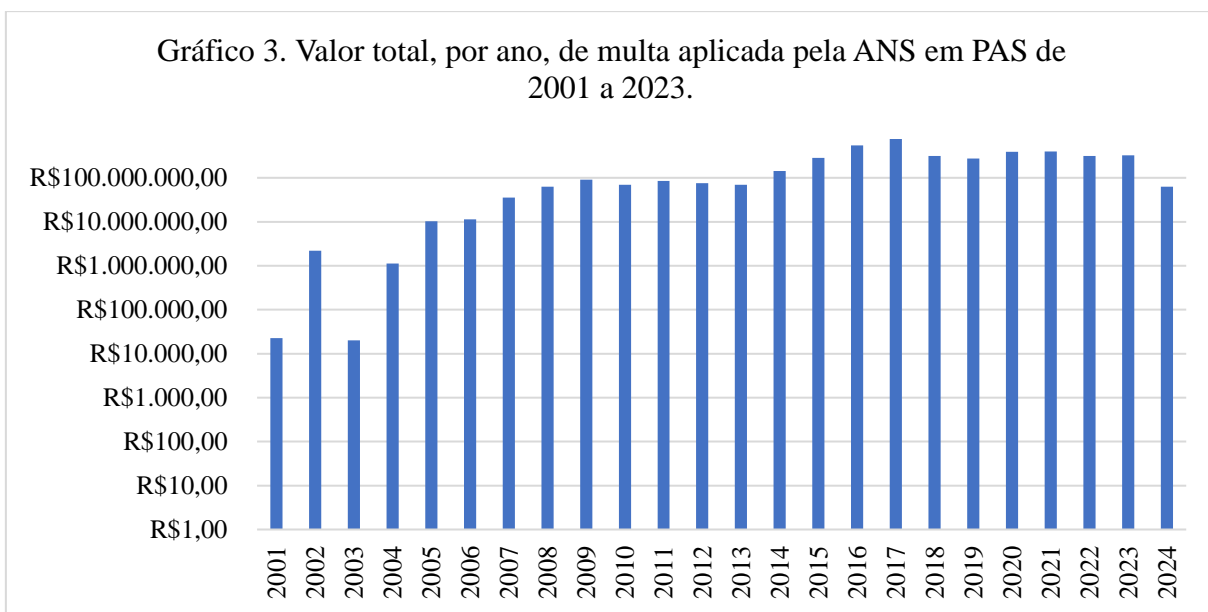
¹² Fórmula: PAS_ano = Total de processos administrativos sancionatórios iniciados no ano de referência.

¹³ Fórmula: Multas_ano = \sum (valor das multas aplicadas em cada PAS no ano de referência)

e de 2003 em que houve respectivamente somente 3 e 1 PAS, nos demais, o passivo de multa ficou na casa dos milhões de reais:



Fonte: (NUJUP, 2024).



Fonte: (NUJUP, 2024).

Pelo exposto, verifica-se que a regulação da atividade econômica e poder de polícia estão intrinsecamente relacionados, sendo este utilizado pela ANS como ferramentas para se atingir o objetivo daquela por meio do constrangimento.

Porém a aplicação de sanção e, sobretudo de altas multas, não garante o ajustamento de conduta aos parâmetros legais¹⁴. Isto porque a sanção não exige a adequação da conduta, mas tão somente o seu cumprimento. Ou seja, a sanção revela-se um fim em si mesmo, incompatível, com a atividade regulatória, cujo fim é o aperfeiçoamento do setor de saúde. Nesta perspectiva, novos modelos de governança, influenciados, principalmente, pelos parâmetros ESG, buscam uma mudança de comportamento, e esse anseio pela mudança de comportamento é introduzido na administração pública (Marx, 2021)

Nas últimas décadas, a sigla ESG, que significa *Environmental, Social and Governance* tem sido mencionada por empresas do setor privado para demonstrar compromisso com a ética, os direitos humanos e o desenvolvimento sustentável, os chamados princípios ESG. Portanto, a sigla tem sido utilizada como sinônimo de desenvolvimento sustentável, à luz do conceito de sustentabilidade proposto pela ONU baseada nos 5P's da agenda 2030:

¹⁴ Ainda no Capítulo 2, com base na discussão apresentada à página 40, o professor Dr. José Ângelo teceu considerações sobre a afirmação de que sanções ou multas, por si só, não garantem necessariamente a mudança de conduta dos atores, ao contrário de instrumentos como o termo de ajustamento de conduta, que podem alcançar esse objetivo de forma mais eficiente. Embora tenha reconhecido a pertinência da argumentação no plano jurídico, ele pontuou que, sob a perspectiva da ciência política, da sociologia institucional ou do neoinstitucionalismo, as sanções exercem, sim, um papel central na modificação do comportamento político-institucional dos agentes. Segundo ele, tais atores são capazes de antecipar estrategicamente os resultados de suas ações, reavaliando condutas com base na relação custo-benefício da transgressão diante da possibilidade real de punição. Exemplificou, nesse sentido, com a legislação eleitoral, em que a efetividade das sanções pode atuar como inibidor ou incentivador de determinadas práticas. Ainda que a observação não tenha demandado alterações textuais, foi registrada como ponderação teórica relevante para ampliar o horizonte interpretativo do trabalho, nesse sentido, ponderei que a imposição de multas milionárias às operadoras, embora expressiva em valor, tem se mostrado ineficaz para alterar comportamentos, pois é absorvida como custo operacional e, na prática, não é sequer arrecadada em sua maioria — apenas 2% segundo dados do TCU. Além disso, os próprios TCAC, ao focarem na redução da sanção sem exigir contrapartidas efetivas, acabam por não promover mudanças estruturais, sobretudo diante de um modelo de negócios baseado na financeirização da saúde, que dissocia o lucro da prestação direta de serviços. A consensualidade, nesses termos, revela-se formal e assimétrica, pois não há real compromisso das operadoras com a melhoria do sistema, de modo que para alcançar uma consensualidade substantiva, seria necessário incorporar cláusulas específicas com indicadores de desempenho e monitoramento, rompendo com a padronização dos termos atuais e promovendo um diálogo institucional mais qualificado, capaz de reconhecer os riscos da financeirização e agir estrategicamente sobre eles, superando fenômenos como o “apagão das canetas”.

Mapa Mental 2: Os 5P's da sustentabilidade.



Fonte: (MOVIMENTOODS, 2024).

E essa mudança de visão corporativa também vem sendo adotada pelo setor público que busca se adequar às novas práticas de gestão e se alinhar ao contexto internacional, acoplado à preocupação inicial com a governança, as questões ambientais e sociais, como resultado da iniciativa *Who Cares Wins*, do Pacto Global da ONU, em 2004, que propôs os Princípios ESG, que consistem em fatores usados para avaliar o comprometimento das organizações com o desenvolvimento sustentável, a responsabilidade social e as boas práticas de governança corporativa.

Assim, o papel do setor público não é só de adotar em suas organizações, mas de cobrar os parâmetros ESG das organizações privadas que prestam serviços públicos e/ou que estão sob sua regulamentação, pois, segundo esses princípios, “as organizações devem criar instrumentos para o fortalecimento da governança corporativa aliado à preocupação com os impactos ambientais gerados por suas atividades e com a promoção do desenvolvimento social” (Marx, 2021, p.119), cooperando com a sociedade.

Para além, os princípios da ESG não se aplicam só à atividade fim das organizações, mas promovem uma verdadeira virada comportamental, de modo que as suas diretrizes orientam inclusive nas formas de solução de conflitos, que devem ser pautadas nas práticas de boa-fé, cooperação processual e ênfase nas pessoas, que são as destinatárias da finalidade das normas, e no caso, das normas regulatórias (Marx, 2021).

Nesta perspectiva, deve fazer parte da atividade regulatória da ANS, mas também da prestação de serviço de saúde por parte das operadoras, o compromisso com os princípios da

ESG, colocando o social e, portanto, os beneficiários dos serviços de saúde no centro das preocupações, inclusive, no contexto de conflitos, entre operadoras e consumidores.

Entendemos que o seu escopo institucional e o contexto de sua criação demonstram a inserção da ANS em um complexo de relações multipolarizadas, ao se comprometer com diferentes atores com interesses diversos e antagônicos, as prestadoras de serviço de saúde; os consumidores; os cidadãos; as empresas que exploram a saúde; e a própria administração pública. É nesta conjuntura que emerge a tendência, no âmbito de uma gestão gerencial e dialógica, de introdução, na atividade de controle da Agência Nacional de Saúde, os métodos autocompositivos, cujo discurso de justificação se pauta na prevenção, na busca de eficiência, na maximização do bem-estar social e, portanto, colocando o foco na solução do conflito no aperfeiçoamento da prestação da saúde e não, no próprio conflito, buscando, assim, o ideal de sustentabilidade da ESG.

É neste contexto que a ANS, especificamente, a sua Diretoria de Fiscalização, por meio da Portaria DIFIS nº01 de 11 de janeiro de 2013, instituiu um Grupo de Trabalho (GT), com objetivo da apresentação de uma proposta de mudança no atuar sancionador da Diretoria de Fiscalização, assim, o GT buscou a construção de um instrumental que propicia um processo regulatório indutor, apto a conduzir os agentes regulados na direção esperada, ao invés de um processo simplesmente punitivo, ao contrário do que previa até então as regulamentações que norteiam o tema (ANS, 2013). Verificamos que, a partir deste GT, a adoção de mecanismo de mudança de conduta é uma prioridade da agenda regulatória da ANS, que passou a ter como objetivo estruturar um modelo de fiscalização indutor de boas práticas setoriais, com maior retorno a sociedade e maior inteligência regulatória é o desafio.

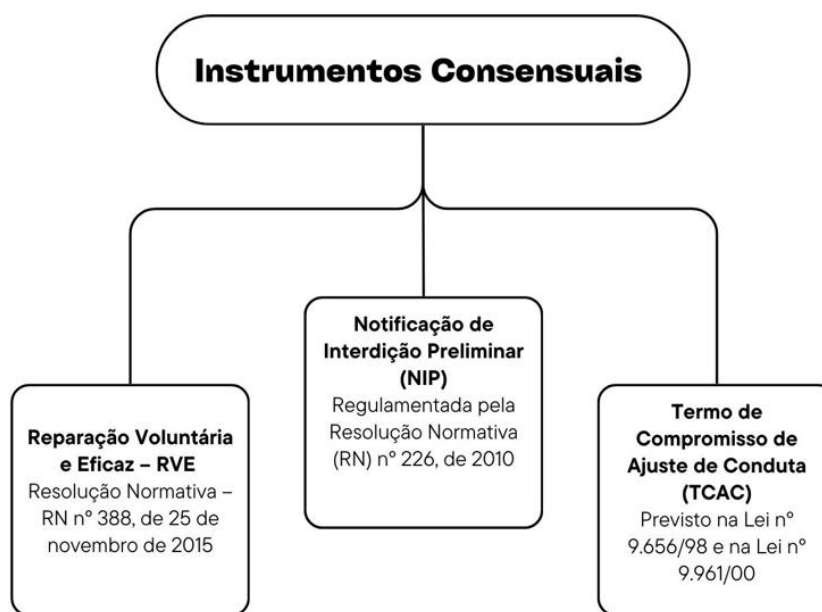
Assim, verifica-se uma mudança no exercício do poder de polícia da ANS, que, pelo menos a nível de desenho institucional, demonstra uma preocupação em superar a lógica sancionatória para a lógica da responsabilização pautada em boas práticas, valendo, portanto, de métodos consensuais de regulação.

Esta priorização se evidencia ao verificarmos que toda reclamação de consumidores são enviadas para a composição amigável do problema, de modo, portanto, que os procedimentos administrativos sancionatórios, cuja finalidade precípua é a aplicação de penalidade administrativa, são, necessariamente precedidos de métodos consensuais, os quais sejam: o Procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) e o Procedimento administrativo preparatório, prévio à fase processual sancionatória, e quando estes não são

exitosos, ainda há a possibilidade de firmar, ao longo desses processos administrativos sancionatórios, o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC).

Sintetizando, os métodos consensuais adotados pela ANS, ou seja, que não seguem a lógica sancionatória, são:

Mapa Mental 3. Instrumentos Consensuais da ANS.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Esses métodos são, pois, adotados pela ANS em substituição a uma possível aplicação de penalidade em Processos Administrativos Sancionatórios, cujo foco é a solução do problema apresentado com vistas à melhoria da prestação de serviço de saúde ao conformar a conduta aos parâmetros legais, objetivando, ainda, a prevenção de novos conflitos.

Dentre esses métodos, o foco do estudo é o TCAC, que é um instrumento que deriva do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pois, enquanto aquele está relacionado ao exercício de um controle interno da administração pública, portanto, adotado por órgãos administrativos, este está relacionado ao exercício de um controle externo, sendo, pois, vinculado à atividade fiscalizatória do Ministério Público no âmbito judicial. O TCAC é, portanto, um instrumento regulatório de cunho consensual, por meio do qual a ANS firma compromissos com as operadoras com vistas a cessar a prática de atividades ou atos objeto de apuração e corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos dela decorrentes.

Mas, na prática, essa tendência de instrumento regulatórios consensuais, se refere somente ao aspecto normativo ou se refere à maneira como os comportamentos e processos

ocorrem na realidade? Em outros termos, há, de fato, comprometimento com a eficácia material com o que se propõe com essa tendência?

2.2 O marketing regulatório do TCAC: definindo o problema de pesquisa

Primeiramente, é importante refletir porque os métodos de solução de conflitos baseados no consenso, dentre eles o TCAC, são melhores em relação aos métodos sancionatórios? O grande diferencial desses métodos consensuais está na exigência de mudança de comportamento, assim, são métodos que abordam um compromisso ético de reparação dos danos causados, sendo, pois, métodos vinculados à prevenção a partir da mudança de postura daquele que se comprometeu com o acordo, ao passo que o simples pagamento da multa não revela qualquer compromisso ético com a solução do dano e, assim, não garante a prevenção de novas condutas ilegais.

É, pois, nesta perspectiva, que se alinha os princípios da ESG, que a ANS, ao definir sua agenda regulatória 2023-2025, deixa evidente o seu posicionamento em favor da promoção de métodos consensuais de solução dos conflitos com o objetivo de preveni-los e, assim, aperfeiçoar o setor de saúde suplementar.

Essa Agenda Regulatória é um importante instrumento de planejamento, a partir do qual a ANS estabelece os assuntos prioritários que vão orientar sua atuação em determinado período (ANS, 2024), os quais serão analisados com o auxílio de um cronograma, para que garanta maior transparência e previsibilidade na atuação regulatória, possibilitando à sociedade o acompanhamento dos compromissos preestabelecidos pela reguladora.

Assim, com a definição da agenda e do cronograma, a ANS se compromete com a Análise de Impacto Regulatório (AIR), que é o processo sistemático que visa orientar, com base em evidências, a tomada de decisão regulatória após a identificação dos problemas e definição dos objetivos na agenda, pois, a AIR é um método para identificar e avaliar as alternativas decisórias normativas e não-normativas, sob a ótica da efetividade para solucionar o problema, bem como das potenciais consequências positivas e negativas das ferramentas regulatórias.

Na agenda regulatória 2023-2025, a ANS definiu 8 temas para o quarto trimestre de 2023, dentre os quais, o tema “Melhoria do relacionamento entre operadoras e beneficiários”, cujo objetivo é o de estimular os entes regulados a melhor desempenhar suas funções no relacionamento com o usuário; avaliar incentivos para que operadoras e administradoras de benefícios resolvam demandas de beneficiários em fase prévia à intervenção do Órgão Regulador, por meio da Notificação de Intermediação Preliminar (NIP), prevenindo o registro

de reclamações, que, em tese, poderiam ser evitadas; e avaliar a possibilidade de gradação de incentivos conforme comportamento da operadora não apenas no que se refere à taxa de Resolutividade NIP, mas que considere também aspectos que antecedem o rito (ANS, 2023).

Apesar de o TCAC não aparecer como uma prioridade expressa na agenda regulatória, esta proposta está alinhada às propostas do triênio anterior de adoção de um modelo regulatório consensual e indutor de boas práticas. Nesse sentido, assim como o NIP, o TCAC também é um instrumento de regulação consensual voltando para a mudança de postura das operadoras, que induz, portanto, boas práticas perante o setor e, sobretudo, o consumidor.

Nesse sentido, Daniela Artico de Castro (2017), ao tratar do TCAC apresenta 4 resultados que podem ser alcançados o utilizando como instrumento regulatório e que são direcionados a todos os atores envolvidos nos conflitos entre consumidores e operadoras, de modo que a adoção do TCAC seria melhor para os a) consumidores, que terão o objeto de sua queixa solucionados, e outros casos futuros serão evitados; para as b) empresas de planos de saúde, que reduzem passivos de multas e promovem melhor atendimento; para o c) o Poder Judiciário, que terá redução de proposituras de demandas; e por fim, para a d) ANS, que alcança seu objetivo regulatório de aperfeiçoar o serviço da saúde suplementar; na área da saúde que é a que mais cresce na área contenciosa cível.

Essas vantagens do TCAC foram expostas pela autora no site do Conjur, um blog jurídico de grande repercussão. Interessante observar que este texto foi ainda replicado no site da Federação das Santas Casas de Misericórdia, demonstrando que por parte das operadoras há uma aderência a essas vantagens que foram expostas.

Seguindo essas premissas, alguns trabalhos como o artigo de André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco (2015) publicado na revista do Senado, o artigo de Thiago Marrara (2017), o artigo de Theresa Alvim e Igor Martins Cunha (2020) e as dissertações de mestrado de Gisélia da Nóbrega Maciel (2021) e Júlia Gonçalves Cerino (2022), também delineiam vantagens conforme as que foram identificadas acima, pois defendem no âmbito acadêmico que o TCAC é a melhor alternativa, pois, por sua natureza consensual e extrajudicial, o TCAC contribui para a desoneração do Judiciário, a mitigação da ineficiência estatal e a otimização do acesso à justiça.

E esse discurso também permeia institucionalmente a ANS, que em apresentação do TCAC por meio de um documento no formato *powerpoint* elaborado por Marcus Braz, coordenador de Ajuste de Conduta, a ANS apresenta o TCAC como fonte indutora de mudança nas práticas regulatórias, que é capaz de atingir um interesse público maior.

Essas vantagens, amplamente divulgadas em veículos de comunicação acadêmica, caracterizam os métodos autocompositivos como meios eficazes para a (des)judicialização dos conflitos e esse aspecto pode ser descrito como um marketing da consensualidade, ao promovê-los como ferramentas de gestão de conflitos, que solucionam o problema da morosidade do Poder Judiciário, a partir de um discurso construído com base em uma oposição: de um lado, os meios sancionatórios considerados ineficientes, burocráticos e custosos; e de outro, os métodos consensuais, como o TCAC, como mais eficientes, gerenciais e econômicos.

Trata-se, pois, de um discurso que visa “vender” o TCAC como a melhor opção regulatória em um discurso de oposição, como se de um lado estivesse os meios sancionatórios como ineficientes, burocráticos e onerosos e, de outro, o TCAC, como mais eficiente, gerencial e econômico. É, pois, o discurso do antagonismo que já prescreve uma realidade para o instituto, no caso do TCAC, sem considerar o seu real efeito na prática (Sanín-Restrepo, 2023), blindando-o, assim, de uma análise crítica, pois, em que medida a atividade regulatória da ANS, que nos últimos anos vem apostando, pelo menos a nível normativo e, portanto, de discurso, em métodos consensuais, têm impactado material e positivamente a política de gestão de conflitos e, conseqüentemente, a infraestrutura de saúde?

Esse é o efeito qualificador do discurso, que cria modelos estanques, definindo características desvinculadas da realidade.

Assim, o discurso por trás do TCAC é o mesmo pela promoção de métodos autocompositivos, no sentido de que o TCAC, enquanto instrumento consensual, resolveria os conflitos com mais eficiência e eficácia, pois através dele a ANS alcançaria o verdadeiro sentido que um agente regulador externo deve promover: constante aperfeiçoamento do setor regulado (Castro, 2017). Mas será que esses objetivos estão sendo alcançados? O que será que os números demonstram? É o que nos propomos a investigar.

Nesse momento vamos investigar as primeiras vantagens que formam o marketing regulatório, pois, se a adoção do TCAC de fato estiver resolvendo e prevenindo as queixas dos consumidores; estiver reduzindo os passivos de multas das empresas e estiver impactando na melhora dos índices da judicialização do setor de saúde suplementar, não temos um contexto de problema a ser investigado, por outro lado, se os dados mostrarem o contrário, temos um contexto no qual é possível indicar um problema a ser investigado e, assim, ao final do trabalho, será possível analisar se de fato a ANS tem o seu objetivo regulatório alcançado de aperfeiçoar o serviço da saúde suplementar por meio da promoção de instrumentos regulatórios consensuais.

Portanto, neste momento, propomos indicadores para compreender, na prática, se essas “promessas” ou vantagens de uma regulação consensual realmente podem ser atribuídas à implementação do TCAC pela ANS:

2.2.1 A ANS, de fato, privilegia uma regulação consensual em detrimento da regulação sancionatória?

O primeiro passo é investigarmos se de fato a ANS tem se comprometido como uma regulação consensual, e, portanto, voltada para boas práticas, como vem se comprometendo nas Agendas Regulatórias dos dois últimos triênios, os de 2016-2018; 2019-2021 e 2023-2025.

Assim, definimos como objetivo o de investigar se a tendência de regulação consensual é de fato uma realidade da ANS. Para tanto nos valem de três indicadores, que assim foram denominados:

1. Indicador da regulação consensual: Comparação do número de TCAC firmados com a ANS em cada ano e por períodos, até 2010, de 2011 a 2015 e de 2016 a 2024¹⁵.
2. Indicador da regulação consensual: Proporção entre o número de PAS objeto de TCAC e o número de PAS por ano e em cada período, até 2010, de 2011 a 2015 e de 2016 a 2024¹⁶.

Em relação aos períodos de comparação, estes foram definidos comparando os marcos da autocomposição no Brasil, na medida em que, analisando os cenários normativos se espera mais TCAC nos períodos de 2011 a 2015 e de 2016 a 2024, do que no período anterior a 2010, pois:

Até 2010 é o período anterior à Política Nacional do CNJ de tratamento adequado dos conflitos e antes da regulamentação do TCAC pela ANS, de modo que, neste período, só havia a previsão do TCAC, no âmbito da saúde suplementar, na Lei dos planos de saúde e na Lei de criação da ANS;

De 2011 a 2015 é o período em que já houve a consolidação da política do CNJ de promoção da autocomposição, e o limite é até 2015, pois é o ano em que houve a alteração do Código de Processo Civil; a entrada em vigor da Lei de Mediação e edição da RN nº 372/2015

¹⁵ Fórmula: $TCAC_total_ano/período = Total\ de\ termos\ firmados\ com\ operadoras\ de\ planos\ de\ saúde.$

¹⁶ Fórmula: $Proporção_TCAC_PAS = (PAS\ objeto\ de\ TCAC \div PAS\ totais) \times 100$

da ANS regulamentando o TCAC, demonstrando, assim, o compromisso, pelo menos a nível normativo com a tendência da consensualidade;

De 2016 a 2024 é o período em que já houve a consolidação dos principais marcos legais e normativos em favor dos métodos autocompositivos, seja no âmbito da ANS, seja na forma de pensar o direito processual, que passou a privilegiar a consensualidade, em detrimento de meios judicatórios e sancionatórios.

Em relação ao primeiro indicador, a contabilização do número de TCAC firmados foi feita a partir dos dados disponibilizados em seu site, com a lista de termos firmado desde 2003, conteúdo para cada ano, as operadoras que firmaram com o respectivo arquivo com o termo de acordo em PDF.

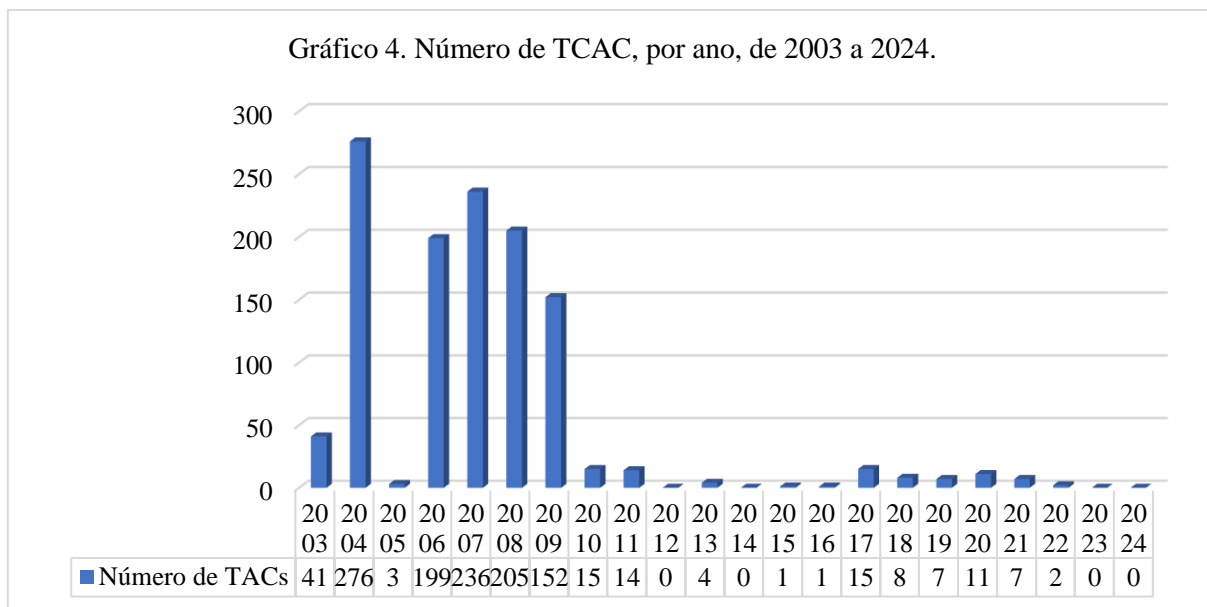
Porém, ao analisarmos os TCAC firmados, percebemos que cada termo pode se referir a mais de um Processo Administrativo Sancionador (PAS), de modo que o cumprimento de um acordo firmado levaria à extinção de vários PAS. Por exemplo, a Qualicorp em 2021 firmou apenas um TCAC, mas este acordo tinha como objeto 169 Processos Administrativos Sancionadores. Esta observação poderia levar a um resultado diferente do primeiro indicador, pois um período que tem menos TCAC poderia ter mais processos administrativos sancionadores, cuja penalidade foi substituída por um acordo, do que em um período com mais TCAC. Assim, o objetivo de uma regulação consensual também estaria atingido no período com menos TCAC firmado.

O número de processos administrativos sancionadores que resultaram em penalidade de cada ano foram contabilizados a partir de uma planilha EXCEL, elaborada pela ANS e disponibilizada nos abertos do governo do governo, no site GOV, em que constam desde 2000, para cada ano, até 2024, o número do processo administrativo sancionador, a operadora que é parte do processo e o valor da multa aplicada.

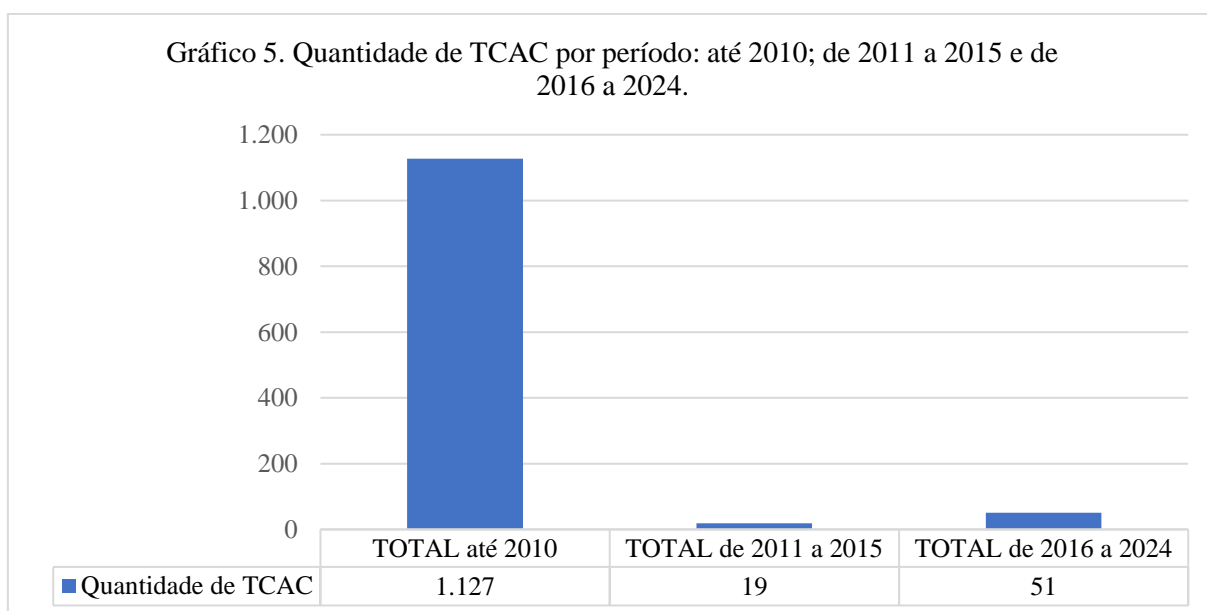
Assim, em relação ao segundo indicador, comparamos, a partir do total de processos administrativos de cada ano, quantos constaram em TCAC e quantos resultaram em penalidade.

Os dados nos revelam, nos gráficos 4 e 5, que, na prática, desde 2012 o uso dessa forma de solução de conflitos estava praticamente em desuso. Isso porque, em 2012, nenhum TCAC foi celebrado e em 2015 e 2016, apenas um por ano foi firmado, como se verifica nos relatórios publicados no site da ANS. Já em 2017, a ANS firmou 15 TCAC, revelando a retomada das negociações, e, em que pese ser um número reduzido, foi a maior quantidade de TCAC firmado a partir no período de 2016 a 2024 e, em 2023 e 2024 nenhum TCAC foi firmado.

Já o período com mais volume de TCAC firmado foi até 2010 com 1.127 no total, valor significativamente superior aos períodos posteriores, pois de 2011 a 2015 foram 19 e de 2016 a 2024 foram 51. Ou seja, no período até 2010, em 07 anos, o número de TCAC firmados foi 16 vezes maior que a soma de TCAC nos dois últimos períodos, em 13 anos, quase o dobro do período com mais termos firmados.



Fonte: (NUJUP, 2024).



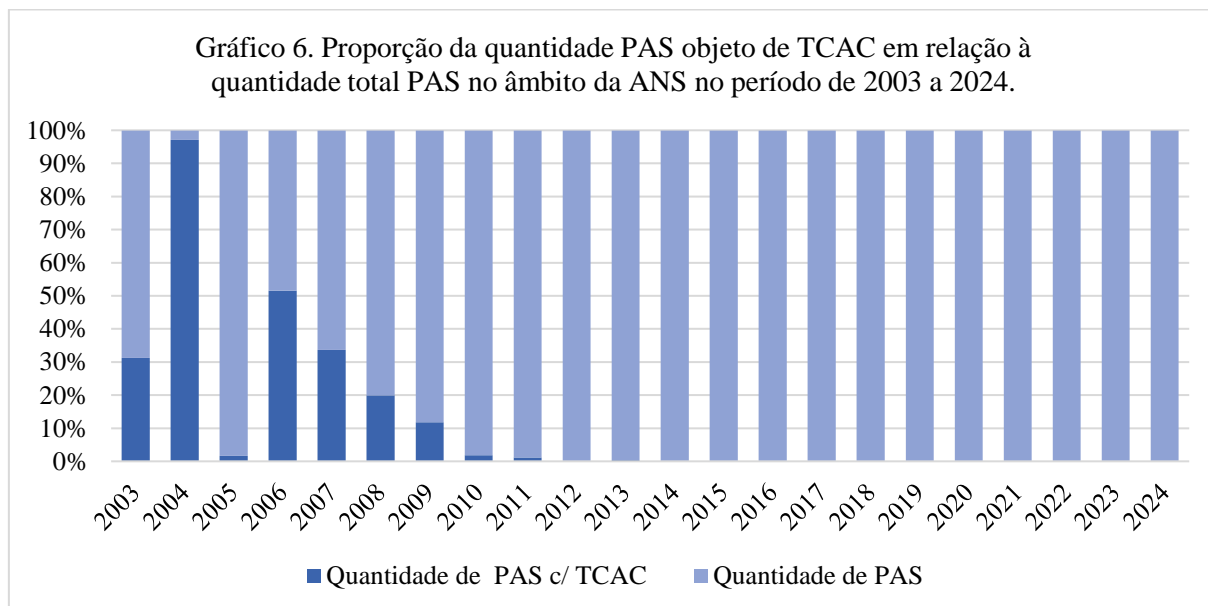
Fonte: (NUJUP, 2024).

Contrariando, pois, a tendência normativa de promoção dos métodos consensuais, a ANS não vem utilizando de forma expressiva o TCAC como instrumento de regulação, assim, em período anterior a 2010 verifica-se mais TCAC firmados que o período posterior, embora,

a partir de 2011 seja o período em que se identifica uma inclinação pela autocomposição, sobretudo, no âmbito da administração pública.

Essa quebra de expectativa se revela ao observar que, no ano de 2004, apenas 3 anos após a MP 2.177-44/01 que introduziu o TCAC na legislação vigente, foram firmados 276 TCAC, número significativamente superior à soma de todos TCAC firmados após 2015, incluindo este ano, que foi o ano de regulamentação desta medida provisória pela ANS; da reforma do código de processo civil e da implementação da Lei de mediação, que estruturam, ao menos no nível normativo, uma gestão de conflitos baseada na consensualidade.

Essa conclusão foi, ainda, possível a partir do Indicador da Regulação Consensual, composto pela proporção entre o número de PAS objeto de TCAC e o número de PAS por ano de 2003 até 2024, representado no gráfico 6:

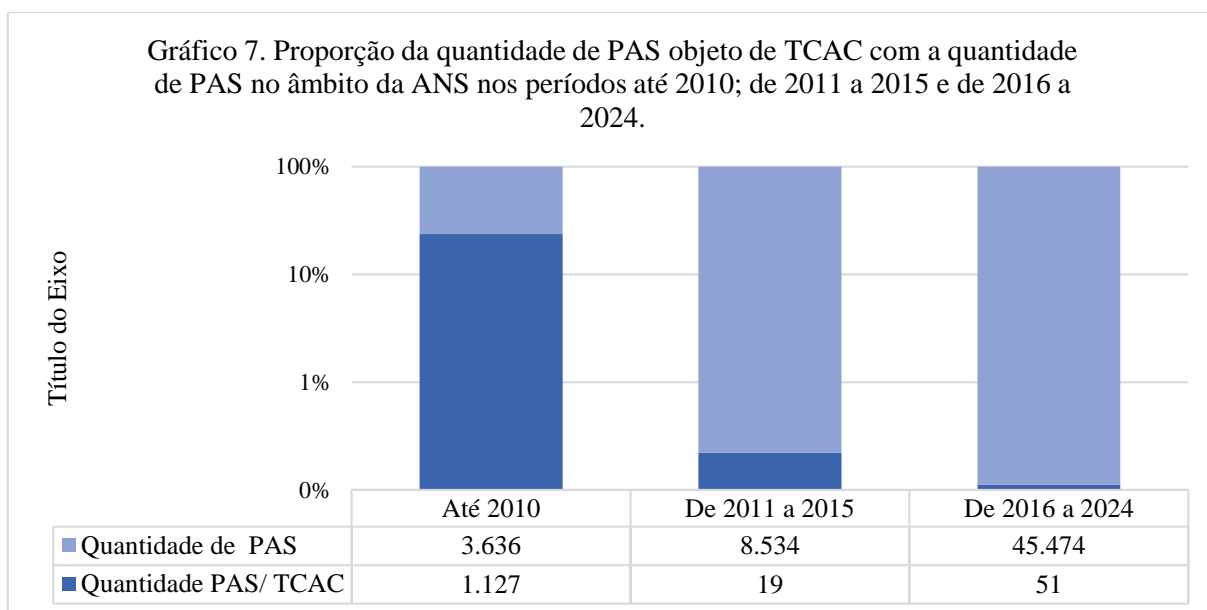


Fonte: (NUJUP, 2024).

A quantidade PAS por ano e, por período, seguem a mesma tendência da análise por quantidade de TCAC.

Observando, por ano, somente em 2004 e 2006 a quantidade de PAS objeto de TCAC corresponde a mais de 50% do total de PAS. Em 2003, 2006, 2007, 2008 e 2009 a quantidade de PAS objeto de TCAC varia de 10% a 30% e nos outros anos cai drasticamente, pois a quantidade de PAS objeto de TCAC corresponde a menos de 1% do total de PAS. E analisando por período, verificamos que mesmo no período até 2010 que teve mais TCAC firmados, a quantidade de PAS com penalidade foi muito superior à quantidade de PAS objeto de TCAC,

pois estes correspondem a apenas 30% do total de PAS e nos outros dois períodos a menos de 1% do total de PAS.



Fonte: (NUJUP, 2024).

A conclusão foi, pois, ratificada: contrariando a expectativa inicial, verificamos que mesmo com um marco legal e normativo que indica uma tendência e uma postura do direito em prol dos métodos consensuais, inclusive no âmbito da ANS, na prática, há uma preferência pelo processo administrativo sancionador e, portanto, pelo direito como meio de aplicação de penalidade.

2.2.2 Os consumidores terão o objeto de sua queixa solucionados, e outros casos futuros serão evitados?

O segundo passo foi analisar se a utilização do TCAC pode ser considerada, como vem sendo utilizado na prática, como uma melhor opção para os consumidores, seguindo a lógica de que se o TCAC obriga a empresa a cessar a conduta ilícita a partir de um compromisso, seria mais eficaz para a solução e prevenção de problemas.

Portanto, o objetivo é verificar se a regulação consensual soluciona queixas dos consumidores e previne novas, a partir dos seguintes indicadores:

1. Indicadores de Queixa: IGR e Número de Reclamações
2. Indicador de Resolutividade: TR, TCAC consumidor cumpridos

3. Indicador de Prevenção: Relação IGR e TR; Proporção entre o número de PAS/consumidor objeto de TCAC e o número de reclamações de consumidores

O Índice Geral de Reclamação (IGR) e a Taxa de Resolutividade (TR) são índices desenvolvidos pela ANS que tem a finalidade de apresentar um termômetro do comportamento das operadoras do setor no atendimento aos problemas apontados pelos beneficiários. O IGR¹⁷ indica o número médio de reclamações no período para cada grupo de 100 mil beneficiários, assim quanto maior o índice, maior será o número de reclamações. Já o TR¹⁸ indica o percentual de reclamações que são resolvidas pela NIP, assim, o índice mede a capacidade de a operadora equacionar o indício de infração narrada pelo consumidor sem precisar instaurar PAS. Para ambos os índices há dados desde de 2019, mas o TR foi descontinuado em 2022, ao passo que para o IGR há dados até 2024.

O número de reclamações por ano, até 2024, foram contabilizados de duas formas. De 2010 a 2023, por ano, havia a consolidação do número total de reclamações no caderno de saúde suplementar de setembro de 2023, mas com o total relativo ao semestre de janeiro a junho de cada ano. Assim, como precisamente da soma de reclamações de todos os meses de cada ano, o número de reclamações de julho a dezembro de cada ano de 2010 a 2024 foram coletados pelo sistema Tabnet da ANS que dá a informações de quantas reclamações de consumidores existem por mês de 2010 a 2024 e para a incorporação dos meses faltantes a soma foi feita manualmente.

O PAS/consumidor diz respeito ao número de processos administrativos sancionadores cujo objeto é de interesse direto dos consumidores e o TCAC/consumidor diz respeito aos acordos cujo objeto é de interesse direto dos consumidores¹⁹. Os demais “Outros”, são aqueles que não impactam diretamente os consumidores²⁰.

¹⁷ É a média mensal do número de reclamações de beneficiários recebidas para cada 100.000 beneficiários em relação à média mensal de beneficiários no mesmo período.

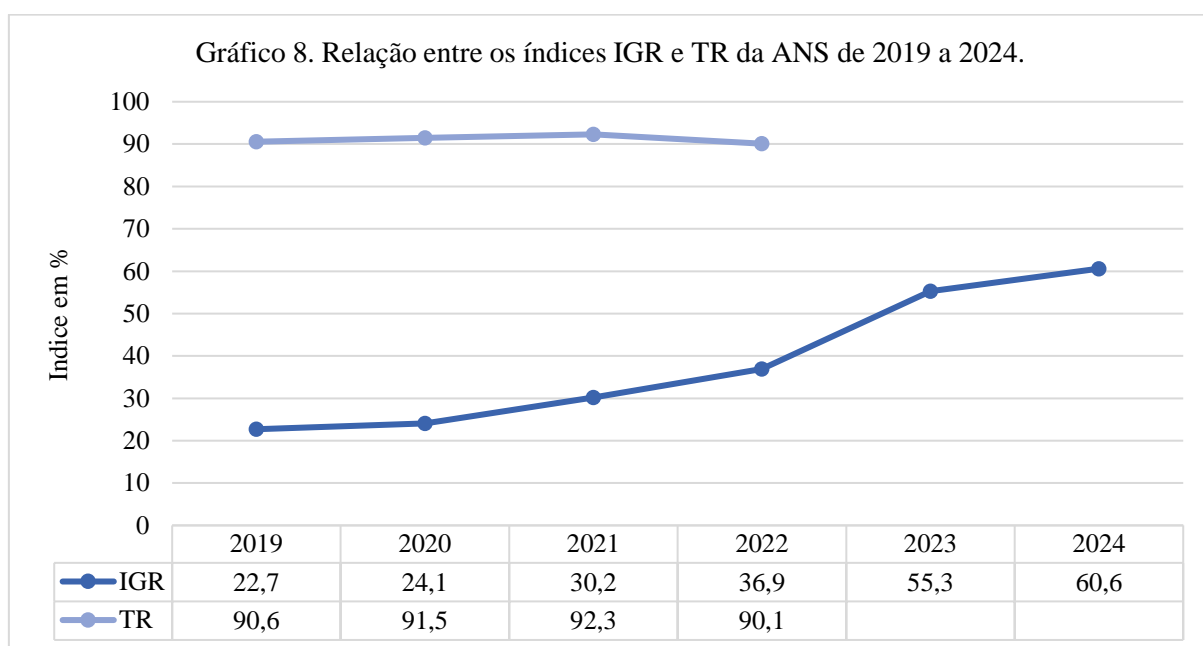
¹⁸ É o total de reclamações de natureza assistencial e não assistencial solucionadas pela mediação de conflitos por meio da Notificação de Intermediação Preliminar (NIP).

¹⁹ Consideramos como consumidor os TCAC que tratam de PAS, cuja classificação na planilha EXCEL de penalidades aplicadas tem como objeto interesse direto dos consumidores, a saber: “obrigações de natureza contratuais”; “vazios”; doenças e lesões preexistentes”; “cláusulas de garantias legais”; “redução de rede hospitalar”; “Operações contrárias à Lei”; “Contratualização”; “reajuste de plano coletivo”; “informações devidas a consumidor”, “benefício de acesso ou cobertura”.

²⁰ Consideramos como consumidor os TCAC que tratam de PAS, cuja classificação na planilha EXCEL de penalidades aplicadas tem como objeto interesse que não afeta diretamente os consumidores, a saber: “Demonstrações Contábeis e Parecer de auditor independente”; “SIP”; “DIOPS”; “Requerimento de informações às operadoras e prestadores de serviços”; “Envio periódico de informações sobre beneficiários”; “Produto Diverso do Registrado”; “Envio de informações periódicas”; “alienação de carteira –art. 25”; “registro de produtos”; “envio de informações devida sou solicitadas”; “escrituração e registro contábeis”; “substituição de entidade hospitalar”; “outros”; “alteração de controle societário”; “coordenador médico”.

Essas classificações foram feitas a partir da classificação dos PAS constantes na planilha EXCEL da ANS, na qual para cada PAS há a definição do seu objeto conforme as denominações acima, os quais também aparece da descrição do objeto dos TCAC, assim, o nosso trabalho como pesquisador foi separar os objetos que consideramos ter um impacto direto aos consumidores e aqueles que, apesar de ser de interesse público, não os impacta diretamente.

O sucesso da solução extrajudicial pode ser medida pela relação entre a TR e o IGR, pois, por serem indicadores opostos, espera-se constatar uma relação inversa entre elas: com o aumento da TR, o IGR deveria diminuir. No entanto, mesmo com a TR estável, acima de 90%, o IGR continua a crescer, conforme é possível verificar no gráfico 8:



Fonte: (NUJUP, 2024).

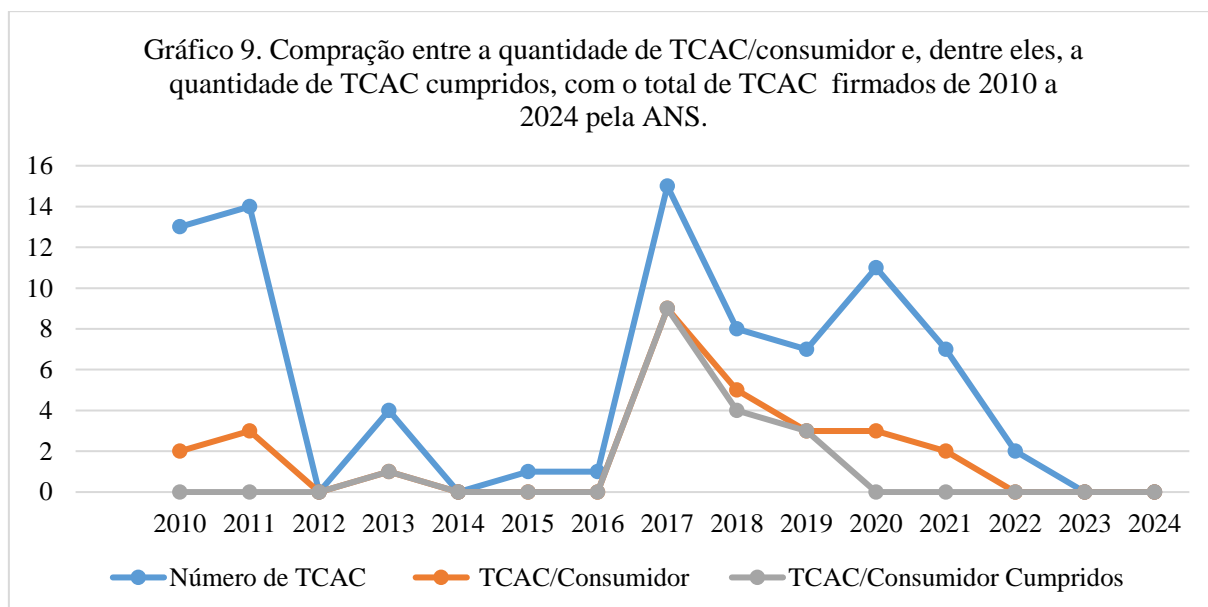
Verificamos que o TR apresenta, no geral, uma estabilidade ao longo do período, de 2019 a 2024, em um patamar elevado, demonstrando que, em média, a cada 100 reclamações de consumidores, 91 são solucionadas pelas operadoras por meio da mediação promovida pela ANS no âmbito da NIP.

Por outro lado, o IGR apresenta uma tendência de crescimento considerável ao longo dos anos, de 2019 a 2024, demonstrando que em 2024 teve um aumento de quase 40 pontos percentuais em relação ao primeiro ano de análise, demonstrando um aumento constante, ano a ano, na quantidade de reclamação dos consumidores.

Nesse sentido, a ANS tem divulgado a taxa TR isoladamente para demonstrar o sucesso das soluções consensuais. Nesse mesmo sentido, estudos como o conduzido por Freire e Tostes (2024), concluiu que a NIP se revela como um excelente mecanismo para a solução extrajudicial célere dos conflitos. Entretanto, propomos que a TR deve ser analisada conjuntamente com o IGR, porém serem indicadores antagônicos, assim, o sucesso da solução extrajudicial só seria evidente se estes indicadores tivessem comportamento inversamente proporcional, ou seja, se houvesse o aumento da TR e, portanto, da solução extrajudicial de conflitos, o IGR também diminuísse, ou seja, a quantidade de relações.

Porém, mesmo com a estabilidade da TR em patamar considerável, acima de 90%, o IGR e, portanto, o índice de reclamação dos consumidores apresenta um crescimento constante, demonstrando que a solução extrajudicial não promove uma mudança de comportamento das operadoras e, portanto, não previne novas queixas.

Já o gráfico 9 nos mostra que a quantidade de TCAC/consumidor, que são aqueles que versam sobre matéria que impactam diretamente o consumidor é menor do que a quantidade total de TCAC, bem como demonstram que nem todo TCAC/consumidor foi cumprido, como aqueles firmados em 2010, 2011, 2018, 2020 e 2021.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Portanto, concluímos que nem todo TCAC irá impactar diretamente os consumidores, pois, nem todo TCAC terá como impacto a solução da queixa de consumidores. Ademais, é possível concluir que, mesmo aqueles que tem como objeto direitos dos consumidores, nem todos serão efetivos, pois, nem todos foram cumpridos, de modo que o cumprimento do TCAC

é imprescindível para confirmar se houve a relação da conduta ilegal e, portanto, de solução da queixa dos consumidores.

Neste quadro, observamos que no âmbito dos PAS objeto de TCAC há mais PAS/outros do que no âmbito dos PAS que resultam em penalidade. Isto significa que o TCAC não terá, satisfatoriamente, o potencial de ajustar a conduta das operadoras de forma a beneficiar diretamente os consumidores em suas queixas.

Tabela 1. A proporção de PAS “outros” com o total de PAS Consumidor âmbito da ANS nos períodos até 2010; de 2011 a 2015 e de 2016 a 2024.

Período	Processos Administrativos Objeto de TCAC			Processo Administrativo Sancionador		
	Consumidor	Outros	Proporção	Consumidor	Outros	Proporção
Até 2010	659	456	40%	3.403	237	7%
2011 a 2015	34	14	29%	7.702	832	10%
2016 a 2024	24	27	52%	43.422	2.100	5%

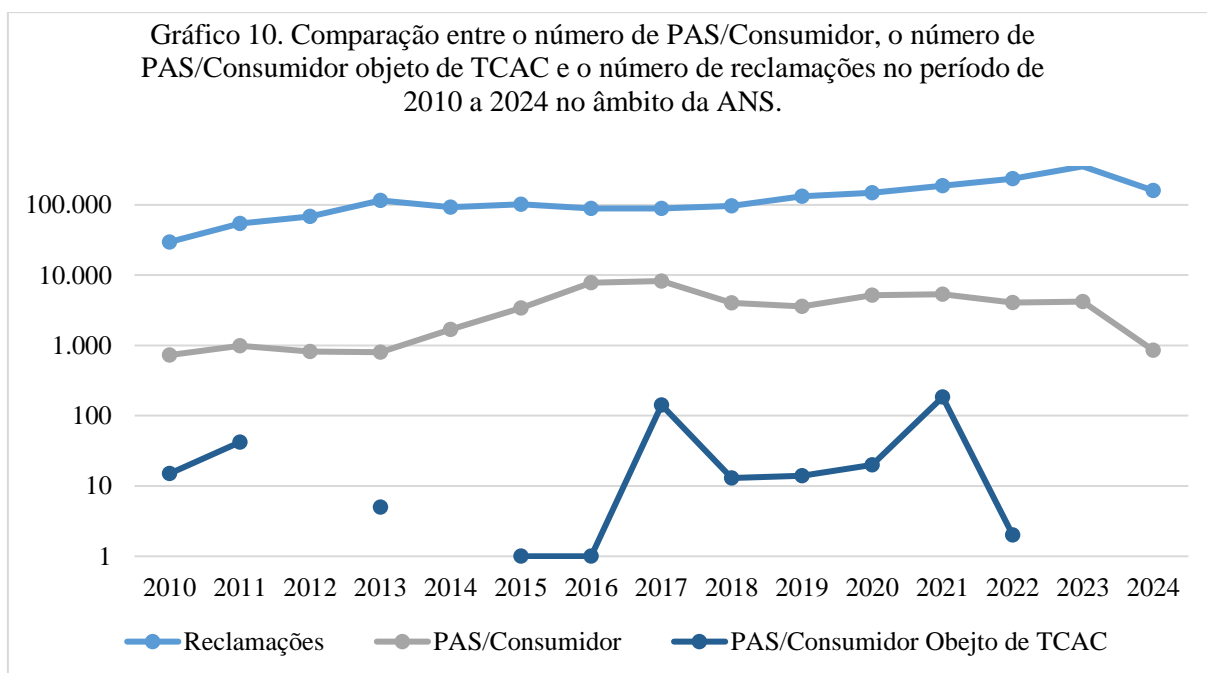
Fonte: (NUJUP, 2024).

Pontuamos que no âmbito dos PAS que resultam em penalidade, os que versam sobre direito do consumidor são maioria em todos os períodos, de modo que, em torno de 90% da quantidade total de PAS impactam diretamente o consumidor, porém, essa proporção não é observada no âmbito dos PAS objeto de TCAC, em que os PAS que não versam sobre consumidor correspondem a uma quantidade significativa do total de PAS. Assim, de um universo de PAS em que a maioria versa sobre direitos do consumidor, são objeto de TCAC, justamente, aqueles que são minoria, cujo objeto são “outros”, ou seja, que não irão impactar diretamente o consumidor.

Assim, concluímos que apesar de TCAC propor uma mudança de comportamento das operadoras, verificamos que, como utilizados na prática, não terão um impacto significativo perante os consumidores como se espera, pois muitos e inclusive, a maioria, como no período de 2016 a 2024, versam sobre temas que não beneficiam diretamente os consumidores.

Por fim, o gráfico 10 demonstra, visualmente, que em todos os anos o número de PAS/consumidor objeto de TCAC é significativamente inferior ao número de PAS/consumidor que resulta em penalidade, bem como que o número de reclamações se mantém constante em todos os anos em patamares altos. Portanto, verificamos que nem a regulação consensual por meio de

TCAC e nem a regulação sancionatória por meio da aplicação de penalidade em PAS, tem se mostrado efetiva para reduzir as reclamações dos consumidores.



2.2.3 As operadoras reduzem o passivo de multa?

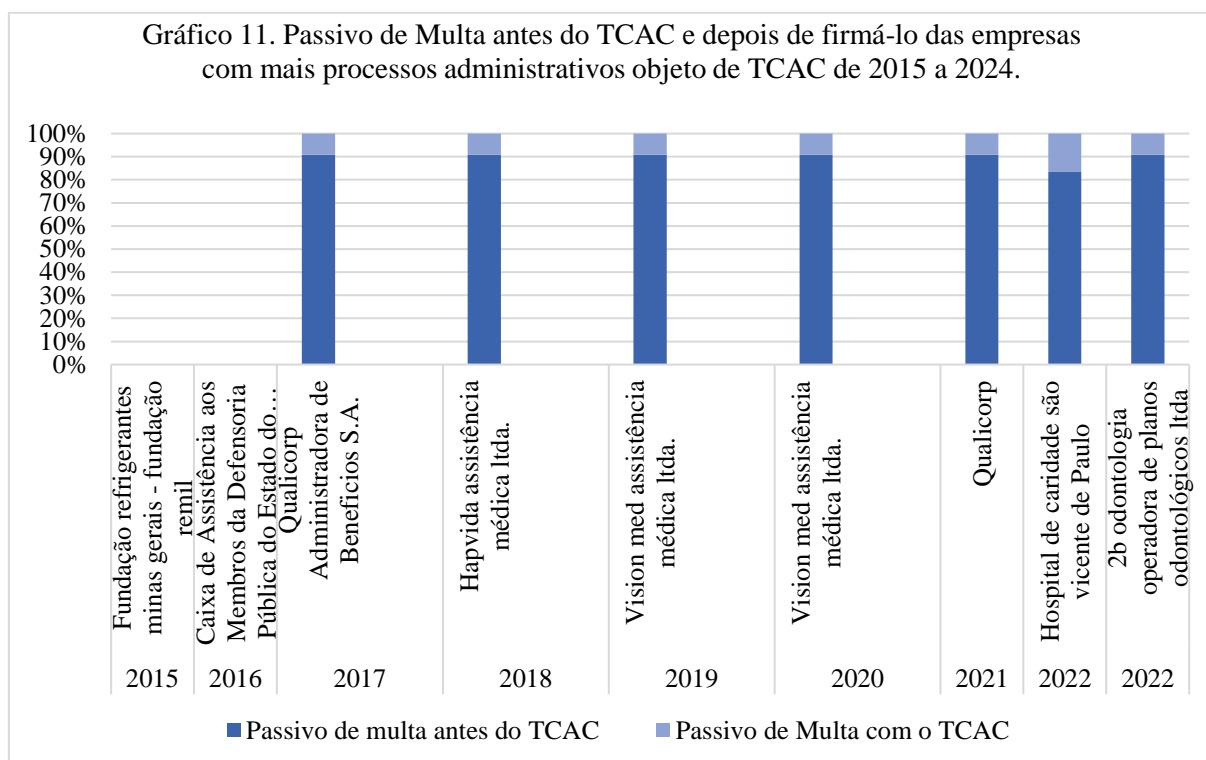
Para este tópico definimos como objetivo o de verificar se o TCAC promove a redução do passivo de multa das operadoras. Para tanto formulamos os seguintes indicadores:

1. Indicador de redução do passivo de multa: Comparação do passivo antes do TCAC e após firmá-lo.
2. Indicador de adesão ao TCAC: Proporção do passivo de multa decorrente do PAS das operadoras com mais penalidades em relação ao passivo total do ano.

O número do passivo antes do TCAC e após firmá-lo foi contabilizado para as operadoras com mais PAS objeto de TCAC de 2015 a 2024, e a soma foi feita manualmente analisando a cláusula do TCAC de aplicação da multa, no qual aparece o valor a ser pago e a descrição de qual porcentagem esse valor se refere em relação à multa que seria aplicada em processo administrativo sancionador.

A quantidade do passivo de multa decorrente de PAS foi calculado a partir das multas aplicadas para cada operadora classificadas como “pagas” ou “parceladas”, tendo como fonte de dados a planilha Excel disponibilizada pelos dados abertos do governo, intitulada Excel. ”. Assim, foram somadas as multas “pagas” e “parceladas” de cada ano e comparado com a soma total das multas das operadoras com mais multas classificadas como “pagas” e “parceladas”.

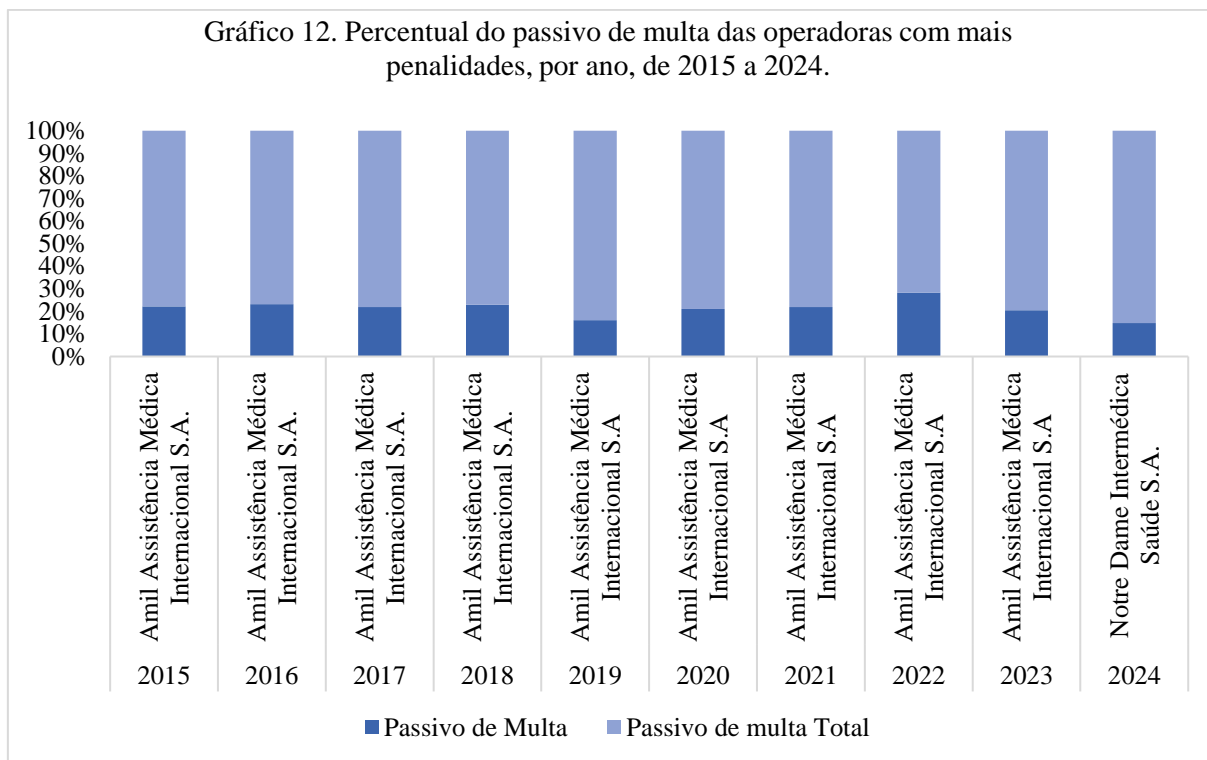
O gráfico 11 demonstra que as operadoras que mais tiveram PAS objeto de TCAC de 2015 a 2022 apresentaram uma redução das multas aplicadas de até 90%, de modo que algumas operadoras sequer tiveram que pagar multa ao firmar o TCAC:



Fonte: (NUJUP, 2024).

A fundação Remil e a Caixa de Assistência aos Membros da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro não recolheram qualquer valor a título de multa para firmar o TCAC, assim, como não há previsão de quanto receberiam de multa caso houvesse PAS, não conseguimos calcular a proporção, mas por meio do TCAC essas operadoras não tiveram qualquer passivo de multa. As demais operadoras analisadas tiveram uma redução de 90% da multa que seria aplicada caso houvesse instauração de PAS.

Por outro lado, ao verificarmos no âmbito dos PAS que resultam em penalidade o passivo de multa das operadoras que mais tem multas aplicadas, verificamos que seu passivo corresponde a mais ou menos 20% do monte total de multas aplicadas por ano, sendo um valor extremamente significativo, conforme demonstra o gráfico 12:



Fonte: (NUJUP, 2024).

Ademais, verificamos que de 2015 a 2023 a Amil Assistência Médica Internacional S.A é a operadora com maior passivo de multa em todos esses anos e, em 2024, a Notre Dame Intermédica Saúde S.A é a operadora com o maior passivo, o qual corresponde a 15% do montante de multa já aplicado neste ano. Porém, em nenhum destes anos, de 2015 a 2024, essas duas operadoras firmaram TCAC.

Diante deste cenário nos questionamos: Se o TCAC, de fato, reduz, conforme previsto em Lei para 10% o valor das multas, não seria este um atrativo para as operadoras? Porque de 2015 a 2024 as operadoras que mais acumula multas não veem no TCAC um atrativo para reduzir essas multas em cifras milionárias?

Talvez o TCAC exige algo que não seja tão atrativo para essa operadora que é, justamente, a mudança de comportamento perante o consumidor. E isso se confirma pois, como vimos, apesar de a maioria dos PAS que resultam em penalidade versarem sobre consumidores, não é essa a tendência que se verifica nos TCAC, em que há uma forte tendência em tratar de assuntos que não versam diretamente sobre consumidores.

2.2.4 O Poder Judiciário terá redução de proposituras de demandas, já que a judicialização na área da saúde é a que mais cresce na área contenciosa cível?

O discurso em prol dos métodos autocompositivos, está imbricado ao discurso da ineficiência do judiciário, de tal maneira que o incentivo de resolução extrajudicial de conflitos tanto no âmbito da saúde suplementar, como em outros ramos, está relacionado a uma tentativa de reduzir a sobrecarga do judiciário (Freire e Tostes, 2024).

Mas será que a atividade regulatória da ANS, que nos últimos anos vem apostando, pelo menos a nível normativo e, portanto, de discurso, em métodos consensuais, têm impactado positivamente o judiciário? Para tanto formulamos os seguintes indicadores:

1. Indicadores de Prevenção: Processos novos por ano
2. Indicadores de Eficiência: Índice de atendimento à demanda; Taxa de congestionamento líquido; Tempo de tramitação dos processos.

Todos os dados que formam esses indicadores foram coletados a partir do Relatório Justiça em números do CNJ, especificamente, do painel da saúde, que foi um painel elaborado em 2020, por isso, os dados relativos à judicialização da saúde começam somente em 2020, de modo que em 2024, os valores são menores justamente por que estamos neste ano corrente e, portanto, a atualização foi feita até maio de 2024, assim, para este ano os valores são referentes a 5 meses. Salientamos, ainda, que esses dados foram coletados sobre a temática saúde suplementar e dizem respeito ao juízo de primeiro grau.

Os Processos novos por ano são contabilizado a partir dos processos distribuídos nos 12 meses de cada ano perante o juízo de primeiro grau e de segundo grau, cujo tema é saúde suplementar;

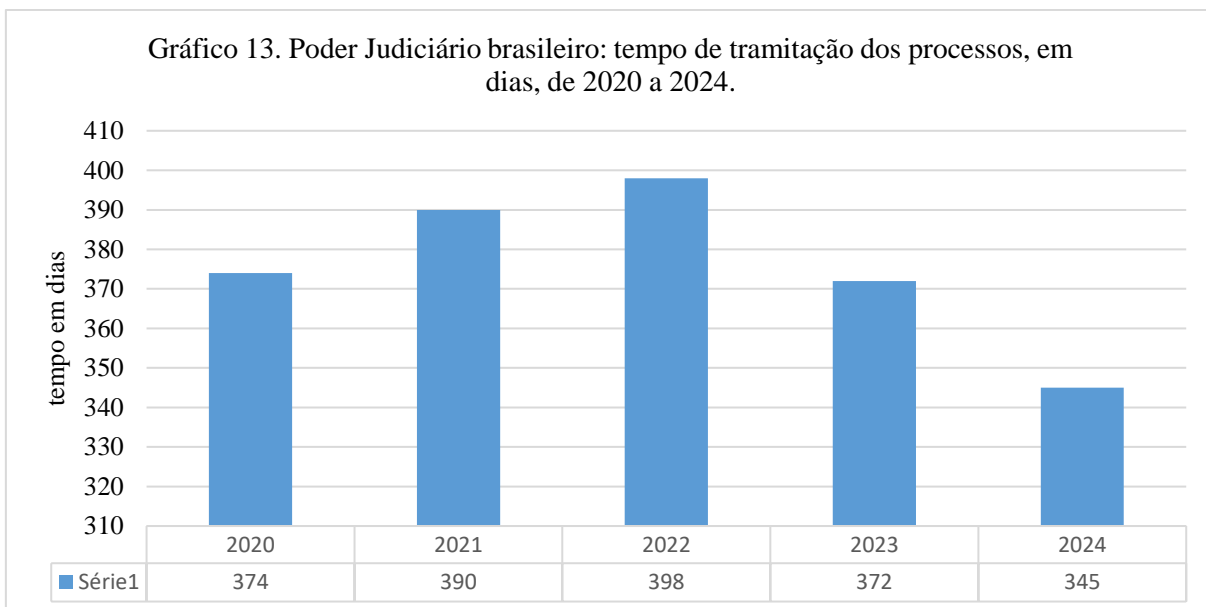
O índice de atendimento à demanda é o indicador que verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos, pelo menos, em número equivalente ao quantitativo de casos novos, assim, o ideal é que esse indicador permaneça superior a 100%, evitando-se o aumento dos casos pendentes;

A taxa de congestionamento líquido é o indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução até o final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados) e é calculada retirando do acervo os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório;

Por fim, o tempo de tramitação dos processos considera o tempo de cognição e da manifestação do Poder Judiciário até a sentença contados em dias.

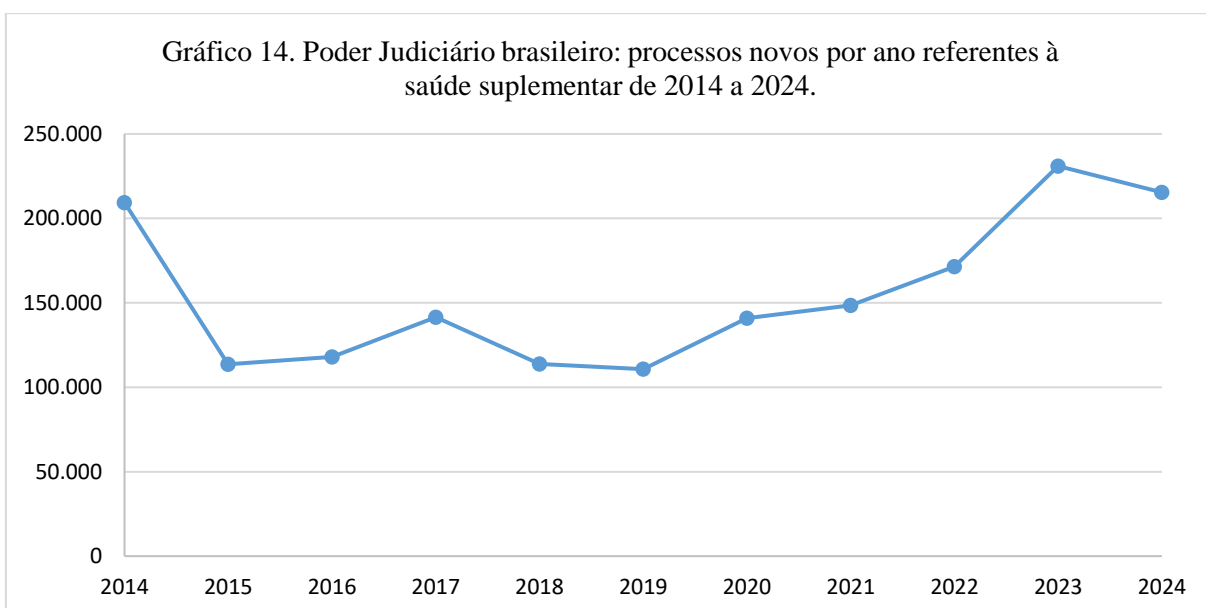
Verificamos, no gráfico 13, que de 2020 a 2024 o tempo de tramitação dos processos, que é um indicador de eficiência, aumenta a cada ano, demonstrando que o incentivo a métodos consensuais, tidos como mais céleres, não tem impactado diretamente e nem, positivamente, no

tempo de tramitação dos processos. Pontuamos, que ao longo dos 05 anos, de 2020 a 2024, incluindo período marcados pela crise ocasionada pela pandemia do COVID-19, o tempo de tramitação dos processos se mostrou estável, de modo que o contexto de crise não pode ser utilizado para o justificar o tempo de tramitação.



Fonte: (NUJUP, 2024).

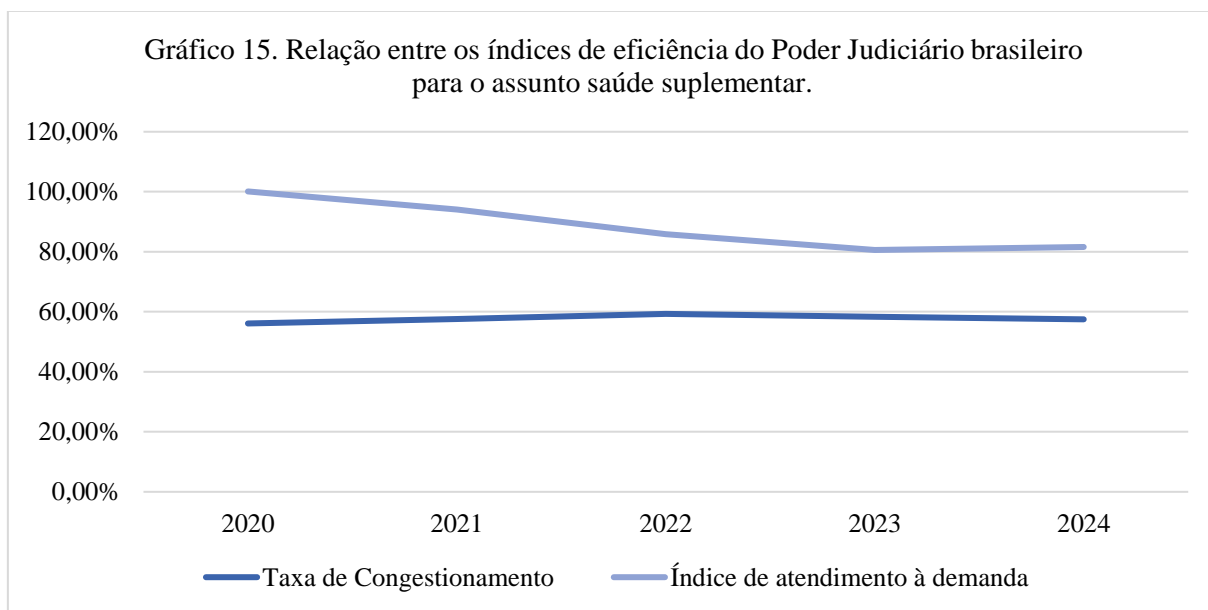
Já o gráfico 14 nos revela uma tendência crescente no âmbito da saúde suplementar de judicialização, que neste caso, se evidencia pela contabilização do número de ações ajuizadas e, portanto, de processos distribuídos em cada ano, de 2020 a 2024, revelando a tendência de aumento em cada ano de processos distribuídos em relação ao ano anterior.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Sobre a judicialização da saúde suplementar, o CNJ (2023) apontou para a preocupação quanto ao equilíbrio do setor, já que em 2022, mais de 160 mil processos novos sobre saúde suplementar foram ajuizados e o estudo realizado entre 2008 e 2017 pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), já havia mostrado que as demandas judiciais de saúde cresceram 130% no período enquanto as demandas por assuntos gerais cresceram 50% (CNJ, 2023).

E por fim, no gráfico 15 dispomos de forma correlacionada o Índice de atendimento à Demanda e a Taxa de Congestionamento, o que nos permite concluir que enquanto há uma redução significativa da capacidade do judiciário de dar repostas aos casos em trâmite, aumentando o número de casos pendentes, há também um aumento do número de processos pendente de respostas, estando, pois, em consonância, com os dados anteriores que mostrar o aumento do tempo de tramitação do processo ao longo dos anos.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Observamos que estes indicadores sobre a eficiência do judiciário no âmbito da saúde suplementar estão em consonância com os demais indicadores, pois em um cenário em que o sistema fiscalizatório está pautado na aplicação de multas exorbitantes não é eficaz para solucionar o problema do consumidor, que se vê obrigado a buscar o Judiciário, não de forma residual, mas diante da fragilidade de uma regulação voltada para a indução de boas práticas e, portanto, para a prevenção.

Com esse estudo empírico foi possível demonstrar que essas vantagens atribuídas ao TCAC são, na prática, um marketing, pois apesar de, teoricamente, ser plausível a vinculação

dessas vantagens à regulação consensual por meio do TCAC, os dados nos evidenciam o oposto, pois verificamos que: i. a ANS não vem utilizando de forma expressiva o TCAC como instrumento de regulação; ii. a utilização de meios de regulação consensual não previne queixas dos consumidores e, analisando o objeto dos TCAC e o cumprimento destes termos, percebemos que, na prática, também não tem o potencial de solução dessas queixas; iii. as empresas não veem a redução das multas como um atrativo suficiente para firmar o TCAC apesar de ser um instrumento que reduz as multas significativamente; e, iv. por fim, quanto à judicialização da saúde suplementar, percebemos uma piora dos indicadores ao longo dos anos, de modo que a adoção, a nível normativo e discursivo, de uma regulação consensual, não impacta a judicialização do setor.

Diante desses resultados, porque embora seja teoricamente evidente e logicamente viável considerar as vantagens de implementar uma regulação consensual por meio do TCAC, na prática, os dados mostram exatamente o contrário?

É neste cenário de dubiedade que este trabalho propõe um problema de pesquisa capaz de responder esse questionamento. Assim, propomos que talvez o problema esteja na autonomia da ANS, seja a nível formal ou material, para firmar esses acordos, o que acarreta neste abismo entre os resultados que se espera e os resultados reais.

2.3 ANS como Ilha de Excelência? A promessa de Autonomia

A que concepção de autonomia nos referimos ao problematizarmos qual a autonomia da ANS no âmbito dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta?

A criação da Agência Nacional de Saúde foi prevista na Lei nº 9.656, de junho de 1998, mas foi instituída pela lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que lhe deu a natureza de Autarquia, vinculada ao Ministério da Saúde, mas de natureza especial ao lhe conceder maior autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes, como resultado do amplo programa de reformas, elaborado pelo ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira e sua equipe no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), então recém-criado, cuja proposta era garantir que as Agências Reguladoras fossem autônomas em relação ao governo e aos entes regulados por elas.

Mas o que significa ter autonomia? Essa concepção é diferente sob a perspectiva da administração pública? Para tanto, é necessário revisitarmos a teoria privatista acerca da autonomia.

Na tradição Kantiana, a autonomia é um fundamento da dignidade humana, de modo que um indivíduo autônomo é aquele que age com sua própria vontade seguindo princípios racionais universais que ele mesmo escolheu (Kant, 2003), portanto, autonomia, significa a possibilidade de escolha, de exercício da vontade, independente da vontade de terceiros ou de uma coletividade.

No século XIX, houve a máxima exposição da vontade individual como poder jurígeno, que influenciou vários ordenamentos jurídicos, inclusive o ordenamento brasileiro, a exemplo do Código Civil de 1916, período em que a premissa da liberdade e igualdade entre as partes, moldou a liberdade contratual como expressão fiel da vontade das partes.

É, pois, nesse contexto que a autonomia da vontade²¹, pressupõe uma vontade livre e soberana, a partir da qual o homem torna-se livre para contratar ou não contratar, bastando, apenas, que o objeto da convenção seja lícito.

Porém, em pouco tempo, a aparente igualdade formal entre os contratantes foi questionada, pois, na prática, as partes frequentemente eram desiguais e essa desigualdade, que se manifestava na realidade cotidiana, não poderia ser ignorada. E, assim, leis de ordem pública, contra as quais os acordos de vontades são, em certa medida, ineficazes, começaram gradualmente a ampliar a sua influência sobre os contratos, sobretudo, a fim de garantir o equilíbrio contratual entre as partes diante do advento dos contratos de massa, caracterizados por sua natureza essencialmente adesiva, e da teoria da imprevisão.

Neste contexto, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, gradualmente, cedem lugar a normas específicas impostas, resultantes da intervenção estatal, que molda os acordos contratuais e, assim, os princípios do liberalismo do século XIX e início do século XX passam a não ser mais considerados como a expressão máxima da liberdade.

²¹ O trabalho utiliza as expressões "autonomia da vontade" e "autonomia negocial" em um sentido equivalente, empregando-as sem distinções rigorosas, mas reconhecendo a evolução conceitual ocorrida no âmbito do direito privado, especialmente a partir dos fenômenos da constitucionalização e publicização desse ramo jurídico. Para os fins críticos assumidos por esta pesquisa, a questão central não é a qualidade da autonomia, mas sim a ausência dela na manifestação de vontade. O foco está no discernimento, pois, trata-se de uma autonomia que decorre da capacidade de discernimento constitutiva do sujeito, exercida em sua plenitude e com compreensão das consequências de seus atos. Nesse sentido, conforme apontado nas considerações da professora Dra. Marinella Machado-Araújo, o trabalho adota uma concepção de autonomia que não se limita a uma escolha formal ou abstrata, mas que está intrinsecamente vinculada à capacidade real de gestão da própria vontade e dos efeitos jurídicos dela decorrentes. Essa noção exige que o sujeito disponha de condições materiais, cognitivas e institucionais mínimas para deliberar de forma informada e livre, em um ambiente que não seja capturado por assimetrias estruturais. Quando essas condições estão ausentes, como ocorre nas relações reguladas pela administração pública em um mercado concentrado e financeirizado, o que se observa não é a efetiva expressão de autonomia, mas um simulacro dela, em que se preserva a aparência do consenso, de uma autonomia meramente formal em termos liberais, ainda que, na prática, seja inviável.

Essa intervenção Estatal resta delineada na Constituição da República, de modo que a constitucionalização no âmbito do direito civil, arrefeceu o princípio da autonomia da vontade, em que o poder das partes determinam livremente seus negócios jurídicos, pois, os fundamentos constitucionais de ordem econômica sobre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em conjunto com o artigo 421 do Código Civil de 2002, que estabelece a intervenção estatal sobre os desígnios da função social do contrato, fez nascer o signo da autonomia privada como um princípio configurado pela nova roupagem da ordem constitucional.

Nesta perspectiva, a vontade não exerce um papel ilimitado na consecução do negócio jurídico. E é por isso que não se fala em autonomia da vontade, que remete aos valores do liberalismo individualista, mas em autonomia privada, que representa o exercício da liberdade dentro de um contexto de regulação jurídica (Pompeu, 2012, p.74).

Com essa mudança de paradigma, necessária, portanto, uma releitura dos institutos jurídicos, em especial os que derivam do regime jurídico de direito privado, à luz do conceito de Autonomia privada, como pretendeu o professor Leonardo Poli ao delinear novos contornos à teoria do Direito Autoral:

[...] a teoria jurídica do Direito Autoral assentava-se nos dogmas da autonomia da vontade, no princípio da liberdade econômica, na dicotomia Estado e Indivíduo e em uma concepção formalista de igualdade e liberdade. Em contrapartida, em um Estado de Direito, a teoria jurídica do Direito Autoral deve ter por fundamentos a dignidade da pessoa humana e a funcionalidade do direito subjetivo[...] (Poli, 2008, p.144-145).

Verificamos, portanto, o papel do Estado como protagonista dos atos e atividades próprias da autonomia privada, atuando como garantidor da correta forma do negócio jurídico, que, é um meio de realização da autonomia privada e o contrato é o seu símbolo (Amaral, 2014).

Assim, embora o negócio jurídico atue no sentido da vontade das partes, visando a promoção de efeitos jurídicos por elas pretendidos, a dimensão da vontade passou de um espaço amplo, autonomia da vontade, característico do liberalismo, para outro mais restrito, de maior atuação da regulação econômica por parte do Estado, especialmente com a introdução de elementos normativos viabilizadores da sociabilização e equilíbrio material, das relações privadas, a autonomia privada (Lorentino, 2016).

Em resumo, o negócio jurídico se fundamenta na liberdade: as partes são regidas pelo que elas mesmas acordam, mas nos limites de uma arquitetura legal, de modo que é papel do Direito proteger esse acordo de vontades, exceto quando este contraria o próprio Direito. No entanto, é justamente pela adoção de um novo paradigma pautado na autonomia privada, que alguns autores contemporâneos, como o professor César Fiuza, entendem pela superação do conceito de negócio jurídico, pois em suas palavras:

Atualmente, o conceito de negócio jurídico se esvaziou, tornando-se absolutamente inútil. Se foi importante no passado, as razões se fincam no liberalismo do século XIX, que necessitava de uma categoria que pudesse ser a expressão máxima da autonomia da vontade e da liberdade do indivíduo. Este papel exerceu com proficiência o negócio jurídico (Fiuza, 2013, p.267).

Portanto, a crítica em torno da teoria do negócio jurídico, apesar de recepcionada pelo Código Civil de 2002, é, justamente, o destaque dado ao papel que a vontade desempenha na construção do contrato e, conseqüentemente, na produção de efeitos jurídicos de natureza obrigacional (Lorentino, 2016), que estaria dissonante com o reconhecimento de limitação desta vontade pela arquitetura legal.

Classicamente, o negócio jurídico, cujo fundamento é a autonomia privada, encontra-se acomodado dentro da categoria do ato jurídico, no qual, o elemento volitivo desenvolve papel fundamental em sua concretização e, que, conceitualmente é entendida como a manifestação lícita da vontade, que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito (Lorentino, 2016).

Diante deste conceito clássico, verificamos que as bases estruturantes do ato jurídico são as mesmas em que se sustenta o negócio jurídico, manifestação de vontade que tenha o por fim a criação, modificação e extinção de uma relação de direito, assim, em que reside a distinção entre ato e negócio? Sobre este questionamento, Lorentino (2016) afirma que a partir de uma construção teórico-doutrinária do negócio jurídico esta distinção repousa no fato de que o negócio é figura qualificada, especificada, dentro dos atos jurídicos, que se notabiliza pela atuação da vontade para a consecução de um fim pretendido pelas partes e agasalhado pelo direito. Ao passo que, nos atos jurídicos stricto sensu, o ato ocorre por ação humana, mas os efeitos são ditados pelo direito.

Fato é que a teoria do negócio jurídico recebe críticas relevantes no Brasil, como consequência da rejeição aos dogmas da liberdade e da vontade, como frutos de um liberalismo não mais tolerado em tempos de uma necessária sociabilização das relações humanas (Lorentino, 2016). De todo modo, o negócio jurídico sob a ótica do paradigma da autonomia privada, é uma construção normativa que permite e reconhece, em maior ou em menor grau, o poder da atuação dos sujeitos na construção de suas aspirações, mas vinculado à uma moldura legal, sobretudo, limitada à normas de ordem pública.

Assim, tanto sob a ótica do ato jurídico, quanto do negócio jurídico, a liberdade de contratar é a mais relevante manifestação da autonomia privada, e se materializa como “ um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam” (Theodoro Júnior, 2001, p.16), possuindo, conforme expõe

Humberto Theodoro Júnior, um triplo aspecto: faculdade de contratar e não contratar; liberdade de escolha de pessoa com quem contratar; e liberdade de fixar o conteúdo do contrato, redigindo suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes.

Considerando esses aspectos, será que a administração pública, ao exercer sua função regulatória e, portanto, guiada pelos princípios norteadores do regime jurídico administrativo, poderá firmar negócio jurídico? Especificamente, será que o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, por ser um instrumento consensual de solução de conflitos, firmado no exercício da função pública, é um instituto que se fundamenta a partir do princípio da autonomia privada?

Para tanto, invocamos um outro conceito, o de heteronomia, que contrasta com a ideia de autonomia. A heteronomia para Kant (2003) é a sujeição do indivíduo à vontade de terceiros ou de uma coletividade e, assim, é definida como uma conduta ou norma que não provém da razão ou lei moral, podendo ser considerada imposição coercitiva, independentemente da vontade do indivíduo e exterior a ele.

A administração pública, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, também manifesta vontade, por meio do ato administrativo, cujo conceito teve grande influência civilista, especialmente, devido à definição de ato jurídico fixada no Código Civil de 1916, que serviu de referência e contraponto para delinear o que é um ato administrativo.

Assim, a fórmula civilista foi adaptada para o âmbito da administração, de modo que se para a teoria geral do direito, o ato jurídico é uma manifestação de vontade, ou simplesmente, manifestações de um sujeito que acarretam efeitos jurídicos, o ato jurídico administrativo é, pois, a manifestação da vontade da administração pública.

Mas a materialização da vontade da administração pública se dá da mesma forma que a materialização da vontade do indivíduo?

Nesse aspecto, é importante pontuar a observação de Odete Maduar (2023), segundo a qual, no ato administrativo, o fator “vontade” não deve ser visto como um fato psíquico, de caráter subjetivo, mas como um momento objetivo, como decorrência do princípio da impessoalidade, vinculado à lei, pois a decisão administrativa encontra-se na avaliação mais ampla de interesses, mesmo naquelas que, aparentemente, repercute no âmbito restrito.

Isto decorre do fato de que a administração pública, como uma das facetas do Estado, entidade jurídica e política soberana constituída por um povo, território e governo, age em nome deste povo e, portanto, age dotada de heteronomia, em outros termos, se sujeita à vontade de um povo que juridicamente se traduz no conceito de interesse público, como limitador da vontade administrativa.

Portanto, o ato administrativo se expressa no exercício da função administrativa do Estado, que nas palavras de Moreira Neto (2014) compreende:

as atividades administrativas são as que atendem a necessidades de planejamento, decisão, execução e controle destinadas à gestão de interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado. A função administrativa, por essa razão, abrange toda a atividade estatal residual, definida por exclusão da normativa e da jurisdicional, exercida por qualquer dos Poderes ou por qualquer dos órgãos constitucionalmente autônomos, de modo que se estende sobre um vastíssimo campo de competências, suficientemente amplo para conferir ao Estado atribuições executivas destinadas a satisfazer interesses qualificados como públicos (Moreira Neto, 2014, p. 127 e 128).

Ou seja, é administrativa a função, sob viés residual, que não soluciona conflitos de interesses na via judicial (função judicial) ou que não cria direito novo (função legislativa) ou ainda que não possui poder de escolha de vontade interna (função política), mas que é responsável por implementar políticas públicas, gerir os recursos públicos e prestar serviços à população, de modo que com a constitucionalização do direito, os direitos fundamentais estão no centro desta função, pois, caso contrário, o sistema jurídico do direito administrativo estaria defasado e deslegitimado.

Assim, a vontade (o querer administrativo) é, portanto, simples complemento de um interesse público prévio (contido em lei), na medida em que a conferência de máxima liberdade ao poder público, na forma como concedida ao particular, sem vinculação prévia a mínimos elementos contidos em lei proporciona ampla discricionariedade que, nem sempre, coincide com o interesse público.

É, pois, certo que cabe à Administração Pública buscar, independentemente, do regime jurídico, seja público²² ou privado²³, o fim coletivo que se traduz no princípio do interesse público, cujo fundamento deve ser legal, nesse sentido, ao firmar o TCAC, a administração está vinculada ao interesse público e restringida pela legalidade. Porém, antes ter a sua feição pública, o direito é privado e, assim, é a partir da teoria do ato jurídico e do negócio jurídico

²² O regime jurídico de direito público é aquele organizado pelo grupo de normas jurídicas de natureza pública e interesse geral que regulam não somente a relação entre as atividades, as funções e organizações de poderes do Estado e dos seus servidores, como também a relação entre o Estado e o particular ou ainda entre particulares, mas sob o princípio da autoridade pública (Sundfeld, 2017). Nesse sentido, importante salientar a ressonância do princípio da legalidade ligado ao direito público, que é a da delimitação da atuação do Estado ao que esteja escrito em lei ou baseado na propedêutica jurídica voltada à coletividade e seu bem-estar, de modo que a legítima atuação da administração pública está limitada àquilo que é permitido por lei, de acordo com os meios e formas que por ela estabelecidos e segundo o interesse público. Essa delimitação imputada pelo princípio da Legalidade pode ser desdobrada em prerrogativas e sujeições, que decorrem dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sob o particular que são as vigas mestras do Regime Jurídico de Direito Público (Guerra e Benacchio, 2012).

²³ Já o regime jurídico de direito privado é o conjunto de normas que visam tutelar o interesse predominante de particulares quando as partes se encontram em situação de igualdade, quando prevaleça a autonomia da privada e seja objeto os fins privados, de modo que aos particulares é permitido fazer tudo que a lei não proíbe.

que os autores tentam estabelecer a natureza jurídica do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC), ora entendido como negócio jurídico bilateral, ora entendido como ato administrativo unilateral.

A Autora Geisa de Assis Rodrigues afirma que o TCAC apresenta natureza jurídica de um negócio jurídico bilateral, de modo que a bilateralidade se encontra no fato de que é necessário que tenha, no mínimo, um compromitente e um compromissário para a realização do termo, haja vista que o órgão público não pode instituí-lo todo ao compromissário e o contrário também não pode ocorrer, bem como evidencia-se a impossibilidade de existência de um autoajustamento por parte do órgão público (Rodrigues,2011).

Esse é o posicionamento da ANS (Braz, 2018), que entende o TCAC como um acordo e, portanto, um negócio jurídico bilateral da Administração Pública, sujeito a um regime onde não há uma preponderância em relação ao interesse particular, e que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais, de modo que a celebração não é um direito subjetivo do requerente do termo, mas sim uma faculdade da Administração Pública.

Trata-se, portanto, do reconhecimento de uma simbiose entre os regimes jurídicos público e privado, pois de um lado está a administração pública no exercício de uma função administrativa, dotada de poder impositivo, que é a função regulatória, mas que abre margem para a negociação, pressupondo, a simetria da relação com o agente privado (Perlingieri, 2008).

Esse posicionamento, portanto, evidencia o princípio da autonomia privada no âmbito do TCAC, enquanto um princípio basilar da autocomposição de conflitos, ao entender que a estipulação das cláusulas é feita de forma negociada, partindo-se do consenso das partes, mas não deixando de considerar as exigências legais impostas, ou seja, as limitações legais que visam assegurar o interesse público.

No entanto, conforme se observa, ao firmar o TCAC, não se vislumbra o triplo aspecto da liberdade contratual, tal como exposto por Theodoro Junior (2001), que materializa a autonomia da vontade, pois, à administração pública não se faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que participam da negociação do termo de acordo.

Isto porque a RN nº 372/2015, que regulamenta o TCAC no âmbito ANS, apesar de estabelecer a faculdade de firmar o termo e não o firmar, determina e qualifica, por outro lado, os sujeitos que podem firmar o acordo, bem como estabelece o conteúdo do acordo, prevento as cláusulas obrigatórias e o que não deve conter.

Diante dessas limitações impostas à administração pública, existem duas correntes que negam a aplicação da teoria do negócio jurídico aos Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta:

A primeira que tem como principal expoente Hugo Mazzilli, argumenta que o TCAC tem natureza de ato administrativo negocial, na medida em que apenas quem causou o dano ou está na iminência de causá-lo irá se comprometer, de modo que a administração pública, representada pelo órgão público que celebra o termo, não está realizando nenhuma concessão ou promessa, apenas a de não propor ação de conhecimento, o que já não poderia ser feito, haja vista a falta de interesse processual devido a celebração do TCAC (Mazilli,2012).

Essa posição contrasta com a sistemática da Lei de Mediação, que ao prever o TAC, do qual decorre o TCAC, já assenta a compreensão de que este instrumento não pode ser considerado uma simples adesão por parte do particular, pois ele envolve um processo de negociação e consenso, características que diferenciam de um ato de aceitação unilateral de obrigações impostas pela Administração Pública. A Lei de Mediação preconiza a busca por soluções construídas em conjunto, com o envolvimento ativo de ambas as partes, o que contrasta com a ideia de adesão, que implica em aceitar condições impostas sem possibilidade de negociação.

Assim, o compromisso firmado entre o particular e a Administração é fruto de um processo de negociação que busca conciliar os interesses em jogo e ajustar condutas, afastando a ideia de que o particular simplesmente adere passivamente a uma obrigação imposta.

Por fim, há a corrente que considera o TCAC como uma transação especial, justamente, por ter elementos que a diferencia da transação prevista no código civil em seu artigo 840, segundo o qual “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” (Brasil, 2002).

E essa diferença repousa no fato de que as concessões não seriam como ocorre nas transações comuns, haja vista que quanto às obrigações de reparar e compensar, estas seriam intransigíveis, principalmente, por força de lei e a importância dos direitos transindividuais, assim, não seria possível nenhum tipo de concessão ou flexibilização. No entanto, essa flexibilização poderia ser concedida em aspectos como modo, tempo e lugar do cumprimento de tais obrigações.

À essa margem, mesmo que restrita, de negociação, Ana Luiza Nery (2010) ressalta a sua importância, especialmente, de uma negociação feita em posição de igualdade (Nery,2010), mesmo que a administração pública faça concessões em menor grau que o compromissado, haja

vista não apenas a natureza dos direitos transacionados (transindividuais) como também a necessidade de seguir a lei, à qual a administração está obrigada a cumprir.

Assim, a autora salienta que o TCAC precisa seguir princípios de direito público e direito privado, o que o distinguirá da transação comum, que é apenas embasada no direito privado (Nery,2010).

No entanto, alguns autores não concordam com essa classificação, como Hugo Mazzili, que entende que apenas por ser bilateral e consensual o TCAC não poderia automaticamente ser enquadrado na transação, que é um instituto do Direito Civil. Isso porque, além de não possuir caráter patrimonial, o órgão que celebra o termo não é titular do direito coletivo protegido no termo. Dessa forma, não existe qualquer possibilidade de concessões no que tange às cláusulas do mesmo (Mazilli, 2012).

Outra visão crítica do TCAC como transação é apresentada por Geisa Rodrigues que afirma que, como direitos pleiteados são difusos e coletivos *stricto sensu*, sendo, portanto, indisponíveis, não é cabível a redução dos direitos da coletividade, não podendo ser realizada uma transação, pois, necessário o cumprimento das obrigações e exigências impostas pela legislação. Por fim, a autora afirma que apenas por encerrar uma lide judicial não é automático o enquadramento do termo de ajustamento de conduta como uma transação (Rodrigues, 2011).

Porém, é fundamental considerar que, embora os direitos tratados no TCAC sejam indisponíveis e transindividuais, e não pertençam à administração pública, que é legitimada de forma extraordinária, o termo não pode ser completamente inflexível, sem qualquer concessão por parte dessa legitimada. Isso porque é essencial para que a negociação permita que o causador do dano possa, de fato, cumprir o acordo; do contrário, o sucesso do TCAC estaria em risco. Portanto, é necessário que, dentro do possível, os interesses e as capacidades de ambas as partes sejam consideradas.

Mas é certo que a margem de negociação é estreita, justamente, por isso, a tentativa dos autores de desvincularem do conceito de negócio jurídico, cuja construção está baseada em um protagonismo da vontade que é dissonante até mesmo com os fundamentos do atual direito privado (autonomia privada).

Nesta perspectiva é, ainda, importante ressaltar que o ato administrativo diferencia-se, substancialmente, do ato jurídico, ainda que do ato jurídico *stricto sensu*, na medida em que, apesar de em ambos os casos os efeitos jurídicos não dependerem da vontade, pois são ditados pelo direito, no caso do ato jurídico a manifestação da vontade, a partir da qual decorre os efeitos, não depende de expressa autorização legal, bastando que não contrarie ao que as normas

proíbem, ao contrário do ato administrativo, cujo fundamento na legalidade estrita, somente permite a manifestação de vontade da administração pública vinculado ao que expressamente a lei permite.

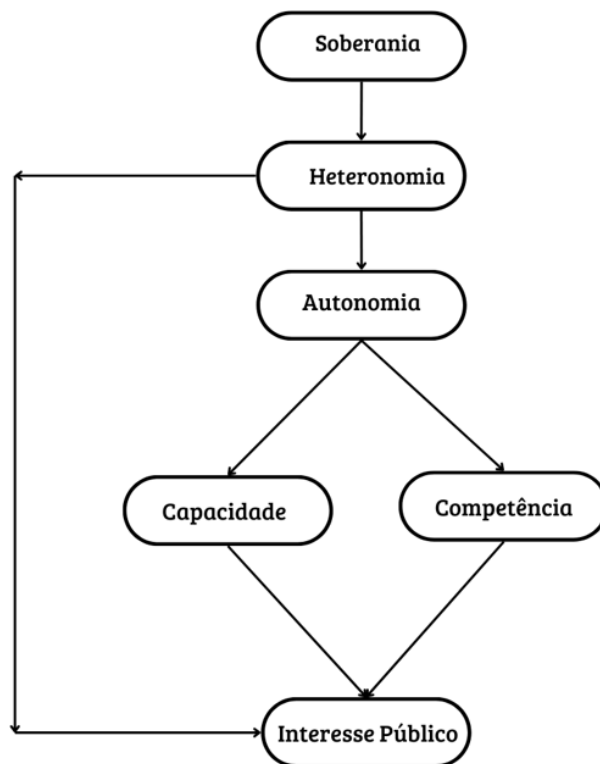
Nesse sentido, tanto a construção de negócio jurídico, quanto de ato jurídico tem fundamento no princípio da autonomia privada, que não pode ser aplicado, diretamente, à função pública, pois, “Em virtude dos princípios regentes da administração pública, em especial o princípio da legalidade administrativa, o Estado não exerce autonomia privada (ou autonomia administrativa) quando celebra contratos” (Guerra e Benacchio, 2012, p.180). No entanto, são institutos conciliáveis.

Isto porque, quanto aos seus conteúdos, o poder público observa as exigências do ordenamento jurídico e age nos limites das autorizações legais, com margem, dentro dessas autorizações, para a atuação discricionária, daí porque, segundo José Manuel Sérvulo Correia (1987), o conceito que aqui se faz presente nos acordos firmados pela Administração Pública é a autonomia pública contratual.

Em sua concepção, a autonomia pública contratual é a permissão de criar no âmbito dos atos e contratos administrativos: trata-se do fruto da abertura conferida à administração pública por determinada norma legal, que, em um juízo de conformidade com a decisão legislativa concessão de poderes à administração pública, exerce-os à realização dos seus fins, com discricionabilidade e margem de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados (Guerra e Benacchio, 2012).

Nesse sentido, é, pois, possível afirmar que para agir com heteronomia, de acordo com o interesse público, é necessário o mínimo de autonomia para fazer valer a vontade daqueles à qual a administração pública se sujeita. E essa autonomia da entidade pública decorre, no plano formal, diretamente de sua personalidade jurídica e de sua capacidade de agir no âmbito do direito, denominada na linguagem administrativa de competência. Assim, a obtenção de personalidade jurídica se dá por meio da entrada em vigência da Lei de criação da autarquia, a partir da qual haverá o seu registro e, assim, conseqüentemente, a pessoa jurídica passa a ser titular de competência própria, podendo exercer direitos e contrair obrigações em seu nome, o que implica na assunção de deveres correlatos, dentro dos limites estabelecidos pela legislação aplicável e pelo princípio do interesse público.

Mapa Mental 4. Os pressupostos da heteronomia estatal



Fonte: (NUJUP, 2024)

Assim, a autonomia pública contratual constitui-se como resultado da conciliação entre os conceitos de autonomia privada e função pública, permitindo que a Administração Pública, por meio de norma legal específica, exerça os poderes que lhe foram atribuídos por decisão legislativa (heteronomia). Esse exercício ocorre com discricionariedade e dentro de uma margem de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, sempre voltado para a consecução de seus fins públicos. Nesse sentido, o contrato administrativo se apresenta como a manifestação legítima do exercício simultâneo e cooperativo das autonomias privadas e públicas, integrando-as de forma a atender ao interesse público (Guerra e Benacchio, 2012).

Ademais, a autonomia pode ser entendida como a capacidade de uma pessoa ou entidade de estabelecer suas próprias "regras do jogo", ou seja, de criar normas que orientem suas decisões e ações, levando em consideração as consequências desejadas, pois, a autonomia implica a capacidade de antecipar e prever as consequências dos atos praticados, o que exige uma avaliação criteriosa dos efeitos jurídicos e práticos das escolhas feitas (Christino, 2009).

Essa compreensão assume especial relevância no contexto da Administração Pública, pois a articulação entre a autonomia pública e a autonomia privada exige uma avaliação criteriosa dos efeitos jurídicos e práticos das escolhas realizadas, sempre orientada pelo

atendimento ao interesse público. Nesse sentido, a previsão das consequências torna-se um elemento essencial de autonomia, uma vez que possibilita às partes planejadas e ajustar suas ações de acordo com as expectativas de resultados futuros. Assim, a capacidade de antecipar e gerir essas consequências é central para o exercício consciente e responsável da autonomia, especialmente quando se procura harmonizar a autonomia privada com a função pública na consecução dos objetivos institucionais da administração pública.

Assim, na perspectiva apresentada, seria a ANS uma verdadeira ilha de excelência, representando um órgão idealmente independente tanto do ponto de vista formal quanto material?

3. O MODELO TRANSCENDENTE DE CONTROLE CONSENSUAL: a heteronomia do estado soberano em foco

Qual a importância de estudar a autonomia da administração pública? Estudar a autonomia envolve analisar a formação da vontade estatal e, neste aspecto, o diferencial deste trabalho reside no estudo da heteronomia sob a ótica da Teoria da Encrptação do Poder. Esse enfoque considera os jogos de poder que permeiam as relações entre o Estado e os agentes econômicos, destacando como a capacidade regulatória do Estado é afetada pela ausência de autonomia, que decorre de uma soberania permeável aos interesses e às pressões oriundas de diferentes setores sociais e econômico.

Nesta perspectiva, estruturamos a hipótese a partir da ideia de que esta autonomia seria em certa medida um simulacro, nos termos propostos pela Teoria da Encrptação do Poder (TEP), que se explica a partir das seguintes premissas:

A primeira é que a tendência de aposta da administração em formas consensuais, não sancionatórias, de regulação, em um contexto de administração multipolar e em rede, não produz um resultado favorável que esteja aberto a todos, na medida em que oculta sujeitos em sua forma operacional, produzindo, por consequência, um simulacro de consenso, mascarando a fragilidade da heteronomia da administração para resolver conflitos.

A segunda é que a administração multipolar e em rede tem fundamento no fato de que a soberania estatal que, era sólida, tem se mostrado uma soberania porosa, mais permeável a outros centros de poder, que pautados em uma racionalidade neoliberal, moldam o sentido de interesse público, encrptando a sujeição do poder discricionário da ANS aos interesses do mercado.

Tais premissas serão testadas empiricamente, por meio de indicadores que permitirão confirmá-las ou refutá-las. Mas antes, necessário compreender as categorias teóricas de soberania porosa e sujeitos ocultos, que se fará a partir de uma revisão bibliográfica guiada pelas seguintes reflexões:

Um estado autônomo é um estado soberano? Se sim, qual seria essa concepção de soberania? Sólida? Porosa? E o que seria a Soberania Porosa? Esta concepção alteraria o que entendemos por autonomia estatal? Por outro lado, do ponto de vista interno, administração pública, da qual faz parte as Agências Reguladoras, é heterônoma, pois está vinculada à vontade do povo soberano, consubstanciado nos princípios do Interesse Público e da Legalidade. Mas sob a perspectiva de uma soberania porosa, qual a dimensão conceitual do princípio do Interesse Público? Um interesse uno? Coletivo? A soma de interesses individuais? Interesses privados de cunho econômico?

Tais reflexões importam porque tanto o conceito de soberania – poder – como o conceito de interesse público – instrumento de legitimação desse poder – dependem de abstrações do conceito de povo. A relação entre eles é inequívoca, vez que, segundo essa teoria, o povo arrimaria a soberania e esta, por sua vez, atuaria em prol do interesse público, mediante ação estatal. Então o que compreende o interesse público sob a ótica das soberanias porosas?

Essa reflexão auxilia no processo de descriptação do controle consensual implementado pela ANS, pois, apresenta-se como um modelo transcendente, que pressupõe e impõe parâmetros baseadas em conceitos abstratos e universais como soberania, interesse público, eficiência, legalidade, que transcendem o concreto, codificando e padronizando a realidade em nome de princípios abstratos.

Em outras palavras, o controle consensual como modelo transcendente apresenta-se como operações estáticas que somente roteirizam um tipo de controle que no fim não entrega os resultados esperados que é o aprimoramento do setor de saúde, na medida em que:

Nas institucionalizações ocorre a encriptação de poder, através da criação de modelos transcendentais que são responsáveis por “ditar a partir de um ponto onde toda invisibilidade parece desaparecer, impondo para toda e qualquer forma de existência, o dever de obedecer para que possa existir (Araújo e Sanin-Restrepo, 2020).

É, pois, pelo processo de encriptação, em conjunto com os modelos transcendentais, que se reforça o controle sobre o discurso, mantendo a exclusividade de certos grupos no poder e impedindo que novas vozes ou perspectivas quebrem a lógica hegemônica de dominação.

Nesta perspectiva um modelo de controle distante da realidade que não considera a existência de interesses privados em detrimento do interesse público e que não considera que a

soberania do Estado é porosa; conseqüentemente, visam atender à funcionalidade econômica e à eficiência quantitativa, e não necessariamente à justiça ou à equidade nas relações entre o Estado e os administrados.

O modelo de controle transcendente impõe, assim, uma visão idealizada e abstrata da realidade em vez de lidar com as questões práticas e específicas. Nesta perspectiva, em que medida existe a capacidade de agir em nome de um interesse público coletivo, em prol da defesa de direitos transindividuais, no caso o direito à saúde, mas refém de um mundo globalizado, no qual se insere o mercado oligopolizado da saúde? Nesta perspectiva, até que ponto estamos retratando uma democratização da política regulatória, pela incorporação de métodos consensuais? São perguntas que guiarão o estudo proposto.

3.1 Soberania Porosa: da bipolaridade para a multipolaridade da administração pública

O Estado não está desaparecendo. Mas, certamente, estamos vivendo um contexto de ressignificação do papel do Estado, que deixa de produzir, exclusivamente, poder político, passando a compartilhar este poder com as grandes corporações transnacionais, em um movimento de retroalimentação. Nesta perspectiva, observamos que o Estado com poder político sólido está perdendo a centralidade e a solidez.

Vivenciamos, pois, uma nova forma de soberania do Estado: a soberania porosa (Sanin-Restrepo e Méndez-Hincapíe, 2018).

Tradicionalmente, a soberania é retratada na perspectiva de um poder sólido sobre um domínio, com absoluta capacidade regulatória sobre ele (Brown, 2010, p.59-60), enquanto o exercício de uma autoridade superior. Nesse sentido, a soberania sólida é entendida como uma maneira de o Estado se impor sobre os demais poderes que se embatiam, como uma fórmula que pudesse tornar o Estado independente no plano interno e interdependente no externo (Pereira, 2014), sendo composta por três elementos: territorialidade da obrigação política, impessoalidade do comando público e centralização do poder.

Nesta perspectiva, as teorias da soberania compreendem o Estado não como uma contingência política, mas como um pressuposto metafísico, cuja emergência, enquanto um “macro-dispositivo” de poder não é investigado (Silva e Morais, 2017), pois são teorias que se propuseram unificar, primeiramente, em nível teórico e simbólico, as práticas jurídicas e políticas difusas em torno de uma figura (o soberano) para viabilizar, posteriormente, a gênese do Estado Moderno.

E essa unificação de práticas políticas e jurídicas em torno do soberano surge da tensão entre os poderes político e religioso, bem como da necessidade de estabelecer fundamentos racionais capazes de legitimar a plena autoridade monárquica, seja para respaldá-la, em um primeiro momento, seja para contê-la, em um segundo momento, criando a estrutura do Estado (Silva e Morais, 2017).

Mas, embora o elemento religioso não tivesse saído de cena, já que a soberania se funda em elementos também teológicos, Deus já não mais bastava para justificar as decisões dos governantes e, é neste contexto que Jean Bodin, Hugo Grotius e Thomas Hobbes elaboram suas obras, que possuem como pano de fundo uma tentativa racional de justificar a extensão do poder político, sua confusão com a pessoa dos reis, seus limites, tanto na relação interna entre governantes e governados, quanto no plano externo, no trato entre países em franca disputa por um crescente mundo colonial.

Portanto, na construção da noção de soberania, Deus ganha vida em uma estrutura jurídica-política que o nega, mas para construir a noção de soberania como um pressuposto absoluto e necessário à própria existência do Estado, dotada de um caráter metafísico.

Seria a soberania a tradução de um conceito teológico em um conceito cívico?

Na visão bodiniana, a soberania é um atributo que garante ao soberano o comando absoluto e perpétuo, inerente ao poder público, cujas características são abstratas, absoluta, superior, independente e incondicional, de modo que o soberano só deve obediência às leis de Deus e da natureza, podendo derrogar somente as leis ordinárias, assim, em regra, o soberano pode dar a lei aos súditos sem se obrigar, cassá-la ou anulá-la para criar novos regramentos (Bodin, 2011).

Soberania, portanto, se compara ao poder de Deus, mas está abaixo dele?

Em verdade, inicia-se um processo de secularização de conceitos religiosos. Ao afirmar que as leis civis, como expressão da soberania como um poder ilimitado e absoluto, é a única seara de influência do soberano, retira-se, radicalmente, Deus do âmbito e competência de avaliação ou pronunciamento de juízo por quem quer que seja que não o próprio soberano (Nunes da Costa, 2019).

A partir da construção de Bodin é possível extrair algumas duas importantes contribuições teóricas da construção da ideia de soberania, sobretudo, para a fundação dos Estados Modernos. A primeira é que a soberania é um atribuído que assegura a coesão da república, especialmente, ante a possibilidade de o soberano delegar precariamente alguns direitos/funções sem deixar de ser titular de seu poder, dada a característica de ser um poder

absoluto e incondicional. A segunda é a possibilidade de o soberano derrogar o direito posto quando em caso de justa causa ou cessação de justiça – uma vez que, na órbita civil, ele não sofre limitações, a soberania, portanto, assegura a competência para execução de atos (Santiago et al., 2014).

Em sequência, para Grotius, a soberania é uma faceta da liberdade de agir livremente, não estando relacionada ao poder de intervir ou controlar (Grotius, 2005). A perspectiva mudou. Rompeu-se, portanto, com as ideias anteriores. A soberania passa a ser vista como uma condição de agir sem limitações, sem o indivíduo sofrer interferências por parte do Estado ou de um Estado sofrer limitações por parte de outro, trata-se, pois, do primeiro registro a partir do qual passa a ter uma aproximação entre teoria da soberania e teoria da liberdade (Santiago et al., 2014).

Nessa perspectiva, o autor constrói as bases do que hoje entendemos por comunidade internacional composta por Estado soberanos, ao defender que não se é soberano ao dominar outros povos e/ou territórios, mas tão somente pelo fato de não se submeter ao julgo de alguém e ter a capacidade (status) de agir ou atuar dentro das diretrizes emanadas pelo próprio direito natural, de modo que, no cenário internacional, o consenso seria a regra, pois o conflito só se justificaria em defesa do território e para resistir à agressão externa.

Percebemos aqui um elemento importante para a soberania, sob a perspectiva tradicional: o território delimitado

Já Thomas Hobbes, seguindo essa tendência de suplantar o poder político no lugar do poder religioso, por meio do racionalismo, agrega à sua teoria a ideia de liberdade/autonomia, não para aproximar a noção de soberania com a de liberdade, mas para construir uma narrativa racional para a monarquia, em que a soberania decorre de exercício da autonomia dos indivíduos, que, voluntariamente, concordam em obedecer ao soberano em troca de segurança e proteção, a partir de um contrato social não revogável, ao qual o soberano não está sujeito (Hobbes, 1983), pois, assim como em Bodin, a soberania, em Hobbes, refere-se a um poder de mando interno ilimitado e absoluto.

Assim, o argumento racional em Hobbes se baseia no fato de que, para conviver bem, as pessoas devem abrir mão de sua liberdade dando todo o poder a um homem ou assembleia de homens, capazes de reduzir as vontades humanas a uma só em troca de segurança, cujos atos são plenamente válidos e inquestionáveis (Hobbes, 1983).

Está arquitetado o Estado Moderno, no qual, a legitimação do poder como autoridade depende, unicamente, do consenso dos indivíduos. Mas, se apenas o consentimento das pessoas pode legitimar a autoridade, não seria Hobbes o precursor das teorias democratas²⁴?

Hobbes é o arquiteto da encriptação moderna, do que “ Martel denomina de ‘arquismo’ (‘um modo de política que se envolve em hierarquia, ordem e taxonomização’)” (Sanín-Restrepo e Araujo, 2020, p.10), na medida em que o contrato social funciona como um modelo estático e sólido que se apresentam como a única forma de exercício de poder pelos indivíduos, a partir do qual as diferenças são reduzidas à noção de consenso, e o poder é retirado da seara do político, e transferido para o direito na figura do leviatã, o qual hierarquicamente, tem o poder de nomeação e, portanto, da constituição da realidade a partir do que é legal/ilegal.

Essa teoria, portanto, inaugura, como ensinam e criticam Hardt e Negri, o momento em que: “o conceito de soberania moderna nasce em seu estado de excelente pureza”. (Hardt e Negri, 2010, p. 102). A crítica se dá porque as teorias contratualistas de soberania, que surgem com Hobbes, dependem, para sua sustentação, que tal fenômeno possua natureza imanente, ou seja, que seja efetivamente formada por meio do subjetivismo social a condicioná-las, pois “o plano de imanência é aquele no qual os poderes de singularidade são realizados e aquele no qual a verdade da nova humanidade é determinada histórica, técnica e politicamente” (Hardt e Negri, 2010, p. 91).

A soberania nasce, portanto, como a verdade da humanidade.

A ideia de consenso é, pois, útil para a formação de uma verdade imanente. Nesse sentido, é preciso, pois, compreender que o leviatã de Hobbes não é uma autoridade absoluta, meramente coerciva, ele é fruto da autonomia dos indivíduos que legitimam esse poder absoluto. Portanto, nasce nesta teoria o terreno fértil para o desenvolvimento de teorias democráticas, em que o poder soberano depende ação coletiva dos indivíduos enquanto corpo político (Sanín-Restrepo e Araujo, 2020).

O ponto de questionamento é: Essa ação coletiva não é construída no plano da contingência, mas da imanência.

É, justamente, por isso que, apesar de a soberania não ter uma origem metafísica, “há algo misterioso neste ato em termos teológicos, a soberania não pode ser outra coisa senão um vazio; e onde a linguagem encontra um vácuo, há sempre criatividade” (Sanín-Restrepo e Araujo, 2020, p.11). Em outras palavras, a soberania é um conceito abstrato, a partir do qual se

²⁴ Essa é a ideia encriptada em Hobbes, conforme é apresentado o resumo do dossiê de James Martel no artigo “A teoria da encriptação do poder: Itinerário de uma ideia” (Sanín-Restrepo e Araujo, 2020).

constrói a noção de “poder jurídico-soberano” como forma de legitimar a arbitrariedade (punição-vingança) e os privilégios reais (vontade como lei).

Mas será que quando se trata de soberania popular, há uma mudança radical na forma como se concebe a soberania? Já adiantamos que não e isso se dá porque a soberania, em todas essas teorias clássicas, não é construída sob a ótica da contingência, de modo que o elemento teológico, expresso nas noções de anterior, absoluto e único, não deixa de existir, e se antes eram associadas ao monarca, são agora transferidas para o ideal do povo (Cohen e Arato, 2009)²⁵

Fato é que a teoria acerca da soberania que serviu como instrumento de justificação para constituir monarquias administrativas, passa, no século XVIII, por uma ressignificação, contra as monarquias administrativas e absolutistas, e em prol de um modelo de Estado parlamentar e democrático.

Assim, paradoxalmente, se, em dado momento, as teorias soberanas conferiram efeitos de verdade à figura do rei, em outro, operam de modo a demonstrar seus excessos e servem para lhe impor limites, mas ainda, no plano da imanência, pois, essas teorias soberanas visam, em comum, conferir legitimidade à violência institucionalidade do Estado, que a exerce limitando a liberdade individuais, antes pela vontade do soberano, agora por meio da Lei, instituída democraticamente.

A diferença, portanto, repousa no fato de que a soberania se desloca para o “popular”, passando a ser sintetizada pelo legislador racional e pela perfeita representatividade, entrando em cena um atributo ainda não mencionado da soberania: a legalidade. Nesta perspectiva, surge a obrigatoriedade de todos seguirem a lei, assim, se antes o soberano não encontrava limites na lei civil, agora, passa a ter o dever de agir dentro de limites legais, sob pena de perder a legitimidade.

Se, até então, o pensamento político europeu situava a soberania como um atributo inerente ao Estado ou a seu governante, com John Locke e Jean-Jacques Rousseau, entra em curso um processo de ressignificação do conceito, passando-se a compreendê-lo como uma

²⁵ Os autores Cohen e Arato apresentaram um completo estudo intitulado *Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt* sobre a noção de soberania interna e externa a partir das obras de Hannah Arendt e concluem que para a autora essa transferência da soberania do monarca para o povo é feita mantendo a característica de uma vontade irrestrita, acima de lei, acarretando, assim, em uma incompatibilidade com o constitucionalismo, além de manter a exclusão do povo em relação ao espaço público, porque a soberania é vinculada ao órgão de representantes que personifica o governo e usurpa o espaço político da pluralidade, criando um ambiente de consenso. Nesta perspectiva, os autores enfatizam que, de acordo com o entendimento arendtiano dessa noção, a soberania se tornaria antitética ao próprio Estado de Direito, à existência do sistema de pesos e contrapesos, à cidadania igualitária e ao constitucionalismo, representando, factualmente, uma ditadura (Cohen e Arato, 2009).

potência popular (Rousseau, 2023). Estes autores, portanto, iniciam o processo de redefinição do *locus* da soberania, mas mantêm, enquanto um elemento comum a Hobbes, a defesa do contrato social como origem do Estado.

Em Locke a teoria da soberania se transveste em uma teoria da liberdade, que partindo de referências como Baruch Spinoza, sustenta a necessidade de se conter o poder estatal em limites rígidos definidos pela própria sociedade dotada de soberania para tanto, eis que o surgimento das sociedades civis tem como “objetivo grande e principal, a preservação da propriedade” (Locke, 1994c, p. 84), ainda que os indivíduos tenham que perder alguns de seus direitos exclusivos do estado de natureza.

Assim, para Locke, o detentor da soberania é sempre o povo que a exerce por meio do parlamento, eis que somente a ele cabe a capacidade de criar as leis e a representação da sociedade (Locke, 1994c) e, embora admita a supremacia do Estado, a soberania é do povo, justamente, porque ao Estado cabe respeitar as leis natural e civil.

Em Rousseau, que também desloca o *locus* da soberania para povo, encontram-se, ao contrário, os alicerces de uma teoria social contrapondo a teoria liberal de Locke, pois pensa o agir coletivo como condição para construir as melhores decisões, capazes de assegurar o bem comum, de modo que a soberania é, pois, o exercício da vontade geral (o agir coletivo), que para o autor, pressupõe a busca da igualdade; já que a vontade particular busca preferências individuais (Rousseau, 2023).

Alicerçados nestes dois autores, a soberania na construção dos Estados-Nação, democráticos, sobretudo com a formação dos Estados Unidos da América, passa ter dois pressupostos: o amor pela ordem e a obediência às leis, pois fundada na vontade do povo, este dotado de soberania para governarem a si mesmo a partir de uma constituição, por meio da decisão da maioria, constituindo assim o ideal democrático, na medida em que o poder emana do povo, mas este só o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos de uma constituição (Bernardes; Mattedi, 2016).

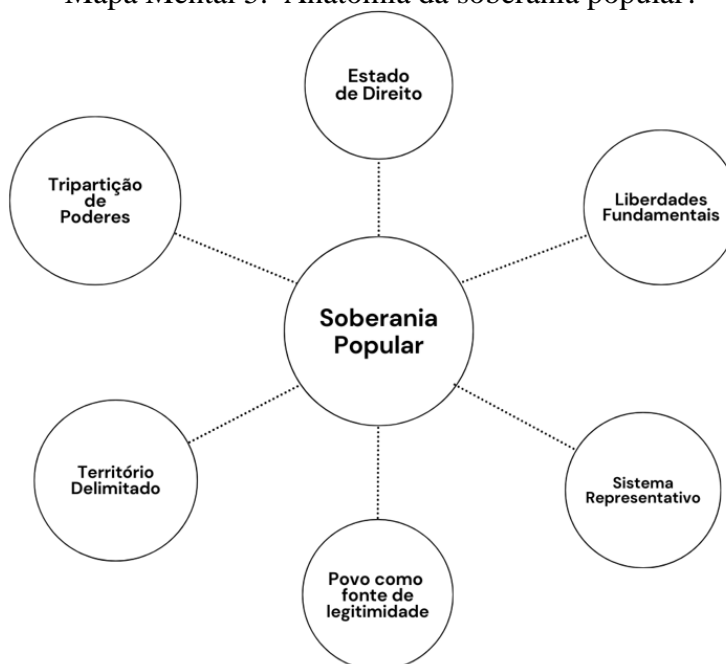
Democracia, portanto, é procedimento?

Eis o “ajuste milimétrico do mecanismo da teoria do Estado contratual” (Hincapie e Sanín-Restrepo, 2012, p. 108) que resultou em um poder político cuja anatomia é a constituição e não o povo, este institucionalizado como poder constituído (não constituinte) e reduzido a um agenciamento jurídico e controlado por extensas fórmulas jurídicas procedimentais. Se na Europa o fenômeno constitucional é posterior à formação do Estado e suas teorias legitimadoras (contratuais), nos Estados Unidos, o Estado e a sociedade nascem da constituição (Hincapie e

Sanín-Restrepo, 2012). Dessa forma, o povo legitima as ações do Estado, mas é ao mesmo tempo construído a partir da constituição que traduz um modelo transcendente de sociedade já pré-existente.

Nesse sentido, com esses ajustes milimétricos, as teorias de Locke e Rousseau ganham vida, surgindo um novo modelo de Estado no qual o poder soberano popular, agora reduzido ao texto constitucional, assume o papel de fundamento último e indiscutível para todas as decisões políticas, pautados nos seguintes elementos chaves para a ressignificação da teoria da soberania:

Mapa Mental 5. Anatomia da soberania popular.



Fonte: (NUJUP, 2024).

São alguns conceitos que orbitam a construção do conceito de soberania em evidente oposição ao pensamento absolutista, ao domínio do Estado e da sociedade por um monarca ou ao corpo político que se confundem com o Estado e cujo poder não encontra limites. É, portanto, com a construção da soberania popular que há a separação entre Governante e Estado, no sentido de que o Estado é criado e sujeito à vontade das pessoas traduzido em texto jurídico, o qual é a fonte de todo o poder político.

Nasce, portanto, as bases teóricas da democracia liberal.

Ou melhor.

Nasce o embrião ideológico do modelo constitucional que será implantado nas estruturas dos territórios e povos da América Latina, de modo que o projeto europeu de colonização do Sul global passa a ser suplantado pelo projeto americano de colonialidade

globalizada (Hincapie e Sanín-Restrepo, 2012), em que os Estados Unidos se consagram no centro de gravidade jurídico da hegemonia mundial do capital e de um poder global sem precedentes.

A constituição dos Estados Unidos é, pois, uma norma que não se esgota em fronteiras nacionais precisas e extrapola essas fronteiras adentrando outras como um canal de colonialidade, moldando as estruturas jurídicas ao redor do mundo (Hincapie e Sanín-Restrepo, 2012). E como em toda a América Latina, se antes os europeus aqui chegaram com um plano de dominação, apropriação e de extensão do seu próprio território, os norte-americanos chegam com a promessa de liberdade e o sonho da democracia constitucional passa a permear o imaginário brasileiro.

A máquina de dominação é refinada pela busca do *American Way of Life*, com a consagração de um povo soberano que exercerá sua soberania por meio da democracia constitucional, nos termos do artigo 1º da Constituição da República de 1988, segundo a qual:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (Brasil, 1988).

Ter a soberania popular como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, sob uma perspectiva de uma autoridade sólida, que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos pelo povo, não podendo qualquer agente estranho à nação intervir nos seus negócios. Mas sob perspectiva da soberania porosa significa o êxito do projeto americano de colonialidade globalizada, de propagação de um modelo constitucional moderno, de cunho liberal, onde o povo, que serve como grande anúncio da arquitetura política é diluído no texto legal como uma abstração (todo o poder emana do povo), e vira sujeito jurídico possuidor de direitos políticos limitados, entre eles o voto, e densamente controlado pela constituição e pelas leis, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Mas quem compõe esse ideal de povo? É um todo plural ou homogêneo? É o povo marginalizado? O que configura o território delimitado? Fronteiras físicas, bem definidas e protegidas? São perguntas que serão adiante respondidas, mas que servem neste momento como primeiras reflexões.

Fato é que o Estado Soberano de hoje foi desenhado ao longo dos séculos por Bodin, Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau, Jefferson, além de outros autores que precisaram ser preteridos, dado o recorte epistemológico da pesquisa, como Montesquieu, Spinoza ou Francisco de Vitória, que foram essenciais para a construção da ideia de soberania no contexto das democracias liberais, na qual estamos inseridos, em que a soberania reside em um povo que a exerce por intermédio dos seus órgãos constitucionais representativos.

Portanto, essas teorias arquitetaram a soberania como o dogma de um poder centralizado e unitário, que é exercido pela imagem fictícia de um povo compreendido como uma nação indivisa que é anterior e superior a todas as leis e, estando acima das leis, a vontade do soberano, seja ele um único homem, um órgão do governo ou o povo imaginado, é a própria fonte de legitimidade delas e, ao mesmo tempo, não se encontra limitada por elas, sendo, conseqüentemente, arbitrária e, portanto, paradoxalmente, contrários a um ideal de democracia, conforme apontam Cohen e Arato (2009), ao apresentarem a crítica de Hannah Arendt acerca da incompatibilidade entre soberania interna e democracia.

Mas... já parou para pensar que a noção soberania está permeada por ideias paradoxais²⁶? Vejamos:

Mapa Mental 6. Paradoxos da soberania segundo Wendy Brown (2010).



Fonte: (NUJUP, 2024).

²⁶ E o que é um paradoxo? O paradoxo é uma afirmação formada por proposições que parecem contradizer-se, mas que é, no entanto, verdadeira ou que produzem uma conclusão lógica, sendo, pois, utilizado uma realidade que é ao mesmo tempo uma coisa e outra (Paradoxo, 2024).

E o que esses paradoxos apontados por Brown (2010) revelam? Revelam que a soberania é um conceito vazio, que se vale como o fundamento da violência institucionalizada do estado, que se operacionaliza por meio da Lei, porque é esta violência que impede que a liberdade do povo soberano seja tamanha ao ponto de acabar com o próprio sistema político que o define, a democracia (Mouffe, 2005).

E a partir dessas ideias, podemos extrair três elementos essenciais que integram o conceito de soberania: Povo, homogeneamente entendido, Território, em limites bem definidos, e Jurisdição, enquanto capacidade regulatória e decisória sobre este território. Entretanto, o mundo de hoje vive um contexto de crescente integração e interconexões, que se evidenciam nos espaços sociais, políticos, econômicos e jurídicos, de modo que a visão objetiva desses três elementos, de forma cartesiana, tal como firmada pela teoria tradicional da soberania, não é suficiente para explicar a realidade atual.

Tratar do povo sob uma perspectiva universal e homogênea é uma estratégia para remeter soberania à ordem, que, nas democracias liberais, se traduz em consenso, ao apostar no sistema representativo como meio de neutralizar o conflito e, por consequência, de neutralizar o próprio povo em sua diferença.

Mas ao descriptar o povo soberano, algo curioso e paradoxal se revela. Esse povo é formado por uma parcela de pessoas brancas proprietárias dentro de um estado-nação que simboliza e representa de forma arbitrária e simuladamente um infinito impossível de excluídos, o denominado povo oculto (pessoas marginalizadas) (Sanín-Restrepo e Araújo, 2019). Assim, o povo soberano só é soberano porque é uma parcela arbitrária do todo que exerce seu poder por meio de instituições políticas representativas, o fazendo em nome de uma totalidade (na qual se inclui o povo oculto), mas esse povo oculto é mantido excluído de todas as formas de representação para viabilizar o próprio exercício do poder soberano pela parcela.

Assim, a noção de povo, que para os contratualistas seria o fundamento do Estado, é na verdade a abstração perfeita para legitimar um Estado construído pela dominação e conquista pautada em poder de caráter transcendente, portanto. Ferrajoli (2007), nesse ponto, critica a estrutura organicista referente à formulação de um conceito de Estado que mantém o povo como seu elemento constituinte, pois, na verdade, o Estado se funda tão somente na soberania, sendo o povo uma mera abstração criada formalmente para justificá-la.

E o que significa esse vazio da soberania? É o seu aspecto teológico como condição interna da noção secularizada de autonomia política.

Portanto, as teorias contratualistas tem natureza transcendente, pois “imposta de cima pra baixo, hierarquicamente” (Hardt e Negri, 2010, p. 92), e a partir desta transcendência arquitetaram como um corpo de pessoas legitimam a criação de um soberano, que em nada se caracteriza pela confluência de interesses imanentes, pois, em verdade, sob a ótica da contingência, elas tiveram um papel crucial para mascarar a soberania como dominação, ao construir o direito como instrumento legitimador de uma estrutura de poder que, antes exercido pela força, passa a ser exercido “pela obrigação legal da obediência” (Foucault, 2004, p.181).

A cripta é tão bem moldada, que as gerações atuais depositam nas Constituições suas esperanças, animadas pela certeza de que detêm o poder soberano e que em seu nome é exercido por meio de sistemas representativos. Trata-se, porém, de um simulacro. A verdade é que lutamos para que o Estado exerça sua autoridade com respeito aos limites firmados no sistema jurídico constitucional, garantindo a integridade e a efetividade dos direitos fundamentais, mas não percebemos, por estamos imersos no simulacro da soberania popular, que, por meio da legalidade, o povo oculto é neutralizado, mas “fazendo parte” do povo soberano que legitima a sua exclusão.

Este é, portanto, o truque por trás da mudança de *locus* da soberania, do estado para o povo, pois, assim, legitima-se a violência de uma parcela de pessoas sobre o todo, mas de modo que o povo excluído se sente, também, parte do todo que legitima a violência institucionalizada pelas constituições, que “garantem as condições para reproduzir o capitalismo de 'livre mercado', ao mesmo tempo em que destrói a democracia (como multiplicidade e diferença) em seu próprio nome” (Sanín-Restrepo e Machado-Araujo, 2020, p. 43).

Esse deslocamento da soberania - da figura do Rei para o povo, a fim de unificar as práticas sociais em torno de Estado – sob a perspectiva de Foucault, forma um campo no âmbito das relações de poder em que os discursos de soberania passam a mascarar as arbitrariedades não mais do rei, mas daqueles que mascaram os seus interesses sob uma chancela estatal pautada na legitimidade conferida do povo, homogeneamente entendido, reforçando que as teorias jurídicas da soberania legitimam e mascaram práticas e dispositivos de poder (Silva e Moraes, 2017).

Outro elemento que ocupa um papel central nas teorias soberanas é o território, pois o pensamento político da idade moderna, sobretudo com John Locke (1994b), se funda no fato de que a apropriação da terra é um ato de fundação da soberania política e requisito essencial do direito público e privado, na medida em que a propriedade é o primeiro título jurídico em

que se baseia todo o direito posterior (Locke, 1994a). Nesta perspectiva, a produção do político por meio de um assentamento espacial, denomina-se *nómos* (Brown, 2010).

Nesta perspectiva, o *nómos* marca a aplicação da lei no tempo e no espaço, justificando, assim, tanto a soberania dentro dela (violência institucionalizada), como a violência (não institucionalizada) fora dela. A decorrência lógica desta proposição é que um estado de exceção, tal como propõe Schmitt, se caracteriza, justamente, pela suspensão do direito no espaço e no tempo, eliminando a fronteira entre interior e exterior, permitindo a indiferença entre a lei do interior e a que normalmente se reserva para o exterior (Brown, 2010).

Mas para definir interior e exterior, necessariamente, há de existir limites bem delineados. Assim, a proposição de que o Estado é constituído por um povo soberano em um determinado território, precisa de algumas reflexões:

Trata-se de um território perfeitamente delimitado?

Trata-se em regra de um território físico?

E se não houver um território bem definido?

Essas reflexões impactam sobremaneira a forma como se dá a jurisdição, pois como é possível uma efetiva regulação sobre um território cujos limites não se conhece ou sobre organismos que não são territorialmente limitados?

Essa perda de limites territoriais, denominado de desterritorialização, é uma marca do mundo globalizado e conectado pela internet, elemento que acarretou o rompimento de limites temporais e espaciais (Latour, 1996, pp. 369-381), em especial, para os agentes econômicos, que se movimentam globalmente, apoiados por novas tecnologias, sem limitação de fronteiras físicas.

É possível distinguir três matrizes de desterritorialização: econômica, política e cultural. Em geral, a problemática é colocada em torno da mobilidade crescente do capital e das empresas, de modo que a desterritorialização seria um fenômeno, sobretudo, de natureza econômica; sob outra perspectiva, estaria relacionada à crescente permeabilidade das fronteiras nacionais, assim, seria um processo primordialmente de natureza política; e por fim, estaria ligada à disseminação de uma hibridização de culturas, dissolvendo os elos entre um determinado território e uma identidade cultural correspondente (Haesbaert e Ramos, 2004). Observamos, porém, que, independente da matriz adotada, é um processo vinculado ao fenômeno da globalização econômica.

Porém, reduzir a desterritorialização ao seu aspecto econômico, sob um discurso de flexibilização produtiva e de circulação internacional do capital, pode nos levar à conclusões

equivocadas de que a reprodução das empresas e de suas produções, pautadas na flexibilidade e fluidez, se dá da mesma maneira em qualquer parte do mundo, desconsiderando que os meios utilizados por essas empresas para torná-las "desterritorializadas" ou "desterritorializáveis" implica, na verdade, em "um (re)ordenamento do território, tanto daquele que elas estão deixando, quanto do que as acolhe, tratando-se, na verdade, de uma des-re-territorialização" (Haesbaert e Ramos, 2004, p.27).

Então, sendo a globalização utilizada quase como um sinônimo de desterritorialização econômica, e estamos concordando que existe um processo re-territorialização vinculado à desterritorialização, a globalização realmente é uma realidade? E se for, para quem ocorre essa desterritorialização?

Tratar da realidade de um mundo globalizado, em geral, suscita os questionamentos sobre se hoje há mais comércio exterior do que já havia. Se há maior circulação de pessoas do que já havia. Se as barreiras protecionistas se reduziram ou se ampliaram. Mas, independentemente, da demonstração destes fatores, quando tratamos de soberania porosa, estamos indo além da discussão sobre fronteiras físicas. O que ressaltamos é a globalização da informação (Noce, 2018), com a adoção, em escala global, da racionalidade neoliberal, que impõe um único padrão de vida boa e a financeirização do mercado.

Portanto, falar em globalização é tratar da forma através da qual as relações sociais e econômicas têm operado em contexto nacional ou global e, por conseguinte, enfraqueceu as noções tradicionais de soberania (Hardt e Negri, 2010), sobretudo, pautada do poder jurisdicional do estado, enquanto capacidade regulatória e decisória, seja pela diluição de fronteiras físicas, seja pela propagação da racionalidade neoliberal. Suscitamos, assim, que essa desterritorialização seja compreendida também sob uma perspectiva política e cultural e não se restringe ao econômica.

Isto, porque, os discursos da desterritorialização que se restringem à cumulação flexível, à fluidez do capital financeiro ou à "deslocalização" das grandes empresas, ocultam a desterritorialização, daqueles que, submetidos a essa "liberalização improdutiva" e à flexibilidade das relações de trabalho, acabam não tendo emprego ou sendo obrigados a subordinar-se a condições de trabalho cada vez mais precarizadas. Assim, faz parte da desterritorialização, do ponto de vista econômico, os processos de expropriação, precarização e/ou exclusão inseridos (Haesbaert e Ramos, 2004).

Nesse sentido, as condições de vida, de empreender, as assimetrias econômicas todas se mantêm consideravelmente distintas entre os países, mas a informação e os padrões de consumo

desejados são globalizados e, a partir das estruturas de comunicação, espalhas além mar uma estrutura de mercado e um receituário político-econômico a atender determinados interesses, especificados do capital, pois sob a racionalidade neoliberal, o mercado deixa de ser um dado natural, mas passa a ser o objetivo da sociedade e, portanto, como algo a ser garantido pela atuação estatal, o que implica na adequação da máquina do estado em prol do mercado global (Dardot e Laval, 2016).

Mas de qual mercado estamos tratando?

Certamente, não é do mercado concorrencial, discursivamente defendido, mas de um mercado oligopolizado e prioritariamente financeiro, pois em um contexto neoliberal, o “Estado concorrencial não é o Estado árbitro de interesses, mas o Estado parceiro dos interesses oligopolistas na guerra econômica mundial.” (Dardot e Laval, 2016, p. 283), de modo que as políticas econômicas são orientadas para promover a desregulamentação, a privatização e a liberalização, o que cria um ambiente propício para a formação de oligopólios, formados por Empresas gigantes, muitas vezes multinacionais, que dominam setores-chave da economia, controlando grande parte da produção e do mercado, resultando, assim, em uma redução da concorrência real, já que poucas empresas têm poder suficiente para influenciar os preços e as condições do mercado.

É, pois, por meio desta concentração do poder econômica, que o neoliberalismo promove a concentração de poder político nas mãos de poucos atores. E o fazem apropriando-se do discurso liberal pautado na noção de liberdade e autonomia dos indivíduos, de forma à transportá-la à liberdade de mercado, subordinando toda a atuação estatal em seu favor, ainda que para isso, sacrifique o princípio que supostamente lhe deu causa, que é o da liberdade individual, justamente, por isso, o neoliberalismo não é uma doutrina política, filosófica ou moral, mas, assim, uma receita de política econômica (abertura, estado mínimo, desregulamentação etc.) que vem sendo imposta aos países.

Assim, ainda que a globalização não tenha aproximado as condições de vida entre os países periféricos e centrais, de modo que as condições de empreender, o acesso à serviços públicos, dentre outras idiossincrasias locais permanecem sob uma distância abissal, as imposições de consumo e modelos de “vida boa” expostos pela atividade de comunicação são efetivamente globais e operam através das fronteiras (Noce, 2018).

Portanto, se para a noção tradicional de soberania, de expansão imperialista do capitalismo, dependia da existência de um lado de dentro e de um lado de fora do território estatal– e também de seus interesses econômicos em contraponto com interesses de outros

Estados (Hardt e Negri, 2010) – para a soberania do império é cada vez menor a noção de lado de dentro e lado de fora, estando todas as nações submetidas a uma mesma lógica de expansão dos mercados, em que os Estados Unidos assumem o lugar indiscutível de uma soberania política global, que torna todas as soberanias além de suas fronteiras “porosas” e expostas a um “estado de exceção” sui generis permanente, no qual é imposto um único modelo de “vida boa” que repercute, inclusive, no modo de organização dos Estados.

Diante desse quadro, a soberania, vista como poder decisório do Estado em se articular interna e externamente, resta reduzida a conformações locais da estrutura imperial, sobretudo, com a existência de órgãos internacionais, sejam humanitários, econômicos, ou mesmo empresariais, que afastam a preponderância impositiva do poder soberano estatal. Sendo assim, os eixos decisórios são alterados, com o conseqüente enfraquecimento das possibilidades estatais de decisão. O Estado, portanto, perde a sua força cogente, em especial, perante agentes econômicos e organismos transnacionais.

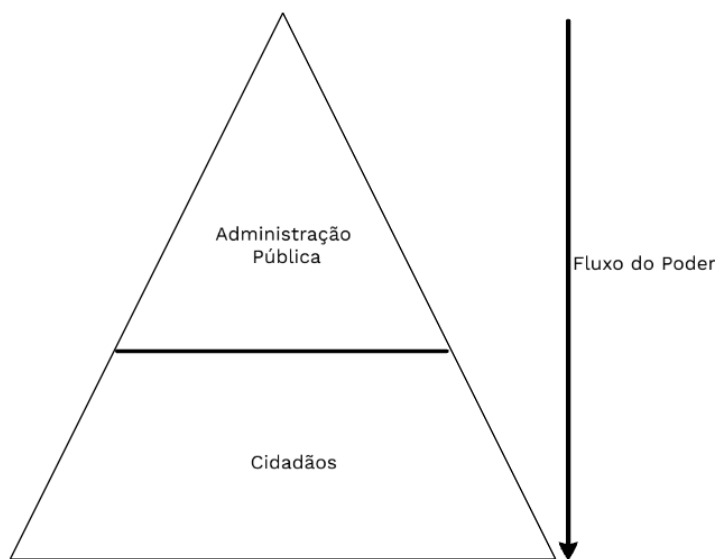
Nesta perspectiva é que afirmamos que a soberania do Estado-Nação, antes sólida, tem se mostrado porosa, permeável a centros de poder vinculados à racionalidade neoliberal (Sanín-Restrepo, 2018, p.199), especialmente formados por agentes econômicos transnacionais, que adentram as estruturas do Estado, subjugado qualquer manifestação de diferença e homogeneízam a ideia de povo, impondo uma única forma de vida, pautada em uma concepção de mundo individualista e baseada na proteção do mercado.

A perda, portanto, do poder decisório do Estado, de forma centralizada, decorre das constituições funcionarem como fórmulas para que instituições jurídicas substancialmente assimétricas, como a constituição dos Estados Unidos e dos países da América Latina, ou da Europa e da África, as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas e a As resoluções da sua Assembleia Geral, apresentem-se, no plano da legalidade dogmática como simétricas e, portanto, passíveis de reprodução de modelos jurídicos do norte para o sul global (Sanin-Restrepo e Méndez-Hincapíe, 2018). E, pautados nessa simetria legal, organismos internacionais, económicos e comerciais, tais como empresas transnacionais, impõe conteúdos e influenciam decisões sobre marcos jurídico-legais nos Estados, alterando, substancialmente, a forma como a administração pública se relaciona e cria conexões, conforme demonstraremos a seguir:

Soberania é poder. É dominação. Porém, esse poder pode ser entendido pela perspectiva hierárquica e linear. Ou pode ser entendido como algo fluido.

Tendo como referência a soberania sólida, o poder é concebido como uma dominação linear ou piramidal em um espaço delimitado. Assim, nesta perspectiva, a administração pública estaria no topo da pirâmide social, estabelecendo com a sociedade uma relação entre governantes e governados:

Desenho 1. Soberania sólida, administração pública e o fluxo do poder.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Entretanto, propomos que seja incorporado ao conceito de Administração Pública a perspectiva de um sistema dinâmico, capaz de interagir com o seu meio, pois em um mundo globalizado, conectado pela internet e outros meios tecnológicos de comunicação e interação, o poder não mais pode ser concebido algo que se detém ou cede, mas sim que circula, flui e opera em cadeia (Silva e Moraes, 2017). Portanto, o poder se constitui em práticas e relações, sendo todos alvos e protagonistas, ainda que não haja uma distribuição equilibrada entre os atores envolvidos.

Nesse sentido, quando afirmamos que a soberania do Estado atual é porosa, estamos chamando a atenção para o fato de que o Estado perdeu a centralidade do poder político²⁷ e está

²⁷ No Capítulo 3, especificamente à página 94, o avaliador professor Dr. José Ângelo questionou a afirmação de que o Estado teria perdido a centralidade na estruturação do poder político. Embora reconheça que a centralidade estatal tenha sido relativizada diante de novos atores e arranjos, ponderou que o Estado ainda desempenha papel decisivo na conformação das estruturas de poder, especialmente no que se refere às eleições, à constituição dos poderes Executivo e Legislativo, e à formulação de políticas públicas com impactos globais, como nas áreas de meio ambiente, segurança e relações internacionais. Assim, sugeriu que a afirmação seja matizada, considerando que a centralidade estatal está em constante reformulação histórica, sem que se possa afirmar uma ruptura absoluta com o passado. Com este questionamento, pude esclarecer melhor os marcos teóricos utilizados, a partir dos quais, a perda da centralidade do Estado como detentor exclusivo do poder político é sustentada por dois referenciais

em constante interação com outros atores que operam tanto poder quanto, em outras palavras, estamos afirmando que o Estado não detém o poder, que, ao contrário, flui entre o Estado e outros atores com os quais possui interação em rede.

Ao mesmo tempo, aquele que está sujeito às autoridades administrativas, o *administré*, tornou-se um cidadão, com plenos direitos perante o governo, tais como, o direito a ser informado e a fazer-se ouvir, de modo que os regulamentos não se constituem, simplesmente, em procedimentos administrativos, que distribuem o poder entre os órgãos governamentais, mas são cartas de direitos dos cidadãos perante as autoridades administrativas, que impõem, de igual modo, deveres das agências em benefício de particulares. Assim, a atuação administrativa não pressupõe um único interesse, mas está imersa em “arenas” nas quais interesses conflitantes se encontram, dialogam, se opõem e chegam a acordos, e nas quais as agências atuam como promotoras, árbitros e controladores.

Essa convergência de interesses diversos, se intensifica em um contexto de cooperação política entre organismos nacionais, instituições globais intergovernamentais, órgãos reguladores globais híbridos e órgãos privados transnacionais, de modo que a administração compartilhada e as redes administrativas fazem-se necessárias ante esse emaranhado de forças conflitantes, substituindo a tradicional responsabilidade vertical, pautada na sanção, por uma responsabilidade horizontal, pautada em especial, na colaboração.

Esses termos rede e ator que estão sendo utilizados para caracterizar, neste capítulo, a Administração Pública sob uma perspectiva multipolar, são empregados a partir da Teoria Ator-Rede (TAR) de Bruno Latour (1996), que nos permite compreender o poder por meio de alianças e não por meio da dominação. Quando entendido por meio da dominação, conforme o pensamento tradicional, a relação entre ator e rede, se dá a partir da concepção de um ator, que trata de um indivíduo humano, geralmente, do sexo masculino que deseja tomar o poder e,

teóricos principais: a Teoria da Encrptação do Poder, especialmente por meio do conceito de “soberania porosa”, e os estudos de Cassese (2015), que analisam a descentralização do poder político em âmbito global. A partir dessas abordagens, entende-se que a agenda estatal – no sentido da definição de prioridades e diretrizes de ação – é moldada não apenas por decisões internas, mas também por pressões e interesses externos, tanto de organismos internacionais (como a ONU e suas ODS) quanto de atores privados transnacionais. Esses interesses, embora muitas vezes não possuam força cogente formal, influenciam significativamente o discurso estatal e a formulação de políticas públicas. Nessa perspectiva, no contexto específico da consensualidade, argumenta-se que sua incorporação ao ordenamento jurídico e às práticas da Administração Pública brasileira está alinhada a uma agenda global de governança voltada à eficiência e à racionalização de conflitos, e não apenas a uma demanda interna do Estado brasileiro, assim, a consensualidade é também expressão dessa reconfiguração da soberania estatal, que se mostra permeável a diretrizes e discursos internacionais, públicos e privados, comprometendo sua centralidade originária.

assim, forma uma rede de aliados e amplia seu poder, fazendo alguma “rede” ou “ligação”, mas ao contrário, na TAR, poder é entendido como aliança, na medida em que a formação das redes não implica nenhuma motivação especial dos atores humanos individuais, nem dos humanos em geral, pois surge da constante interação entre os atores seja humanos ou não-humanos²⁸ (Latour, 1996).

Para o estudo atual da administração pública é importante partir desses conceitos de Ator e Rede, pois a TAR é uma teoria rompe com três limites analíticos, nos dando importantes contribuições para análise proposta no estudo da Administração Pública sob a perspectiva multipolar:

- a) Perto/Longe: Rompe com os limites imposto pela “tirania da distância” de perto/longe, assim, não impõe limites espaciais para a relação entre os atores sociais e nem concebe o espaço com sendo social ou real, pois há, simplesmente, associações.
- b) Pequena Escala/Grande escala: Rompe com a obrigatoriedade de se escolher entre pequena escala/grande escala para análise da relação entre os atores sociais, pois a noção de rede permite-nos dissolver a micro-macrodistinção, assim, é possível compreender, ao mesmo tempo, na mesma análise, a relação entre a Administração Pública e um indivíduo e entre a Administração Pública e um organismo Internacional, por exemplo.
- c) Dentro/Fora: Rompe com os limites impostos pela perspectiva de dentro/fora, pois, se uma superfície tem um interior e um exterior separados por um limite, na perspectiva das redes, não inexistem fronteiras com dentro e fora.

Em outras palavras, na TAR não há limitações impostas por escalas analíticas de próximo e distante, acima e abaixo, local e global, dentro e fora, pois, são substituídas por associações e ligações, que, inclusive, não precisam ser qualificadas como sendo sociais, naturais ou técnicas.

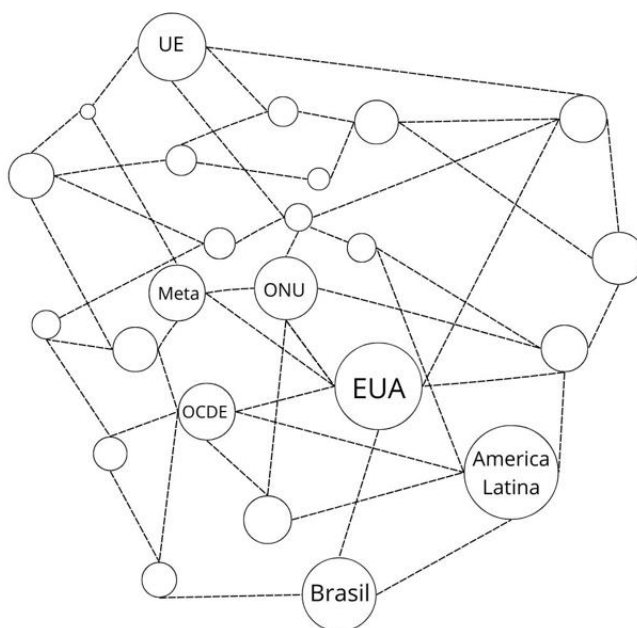
É nesta perspectiva que é, pois, possível compreendermos que a Administração Pública não atua de forma isolada e que existem recursos internos, que escapam ao controle do próprio Estado e, que, portanto, são regulamentados em nível global por meio de uma rede atores

²⁸ Para a TAR que rompe com a tradição anglo-saxônica, na qual ator é sempre um ator individual humano intencional, Ator são entidades humanas e não-humanas, individuais ou não-individuais, que, ao estabelecerem, entre si, relações a partir dos novos meios de sociabilidade que aparecem com a cultura digital, fazem surgir as Redes, que, para esta teoria, representa, portanto, as interligações de conexões – nós – onde os atores estão envolvidos (Latour, 1996).

públicos e privados que compartilham desses bens e funções, tornando, assim, a centralidade do Estado uma ilusão de ótica (Cassese, 2012a, p.670), pois ele se submete aos sistemas regulatórios globais que possuem função de coordenação, promoção da cooperação, harmonização e padronização de políticas públicas internas.

E esse sistema de governança global permeia as estruturas dos estados, impondo a racionalidade neoliberal pela lógica do império, como demonstramos no anteriormente, suspendendo, assim, a noção de fronteiras definidas (Hardt e Negri, 2010), em especial, para os agentes econômicos, os quais se posicionam como outros centros de poder que se relacionam com o Estado, não em uma lógica de hierarquia, estabelecendo uma relação bipolar (piramidal) de governantes x governados, mas em uma lógica de rizomas e, portanto, estabelecendo uma relação multipolar (em rede):

Desenho 2. Soberania porosa, administração pública e o fluxo do poder.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Assumir que a administração Pública está inserida em uma rede de atores, conforme a imagem acima, só é possível em um contexto de globalização e de emergência da internet, que corroem a soberania, tornando-a porosa e, assim, resultam em uma série de causas conflitantes que retiram o centro do direito administrativo: o Estado, e que podemos compilar, a partir dos estudos de Cassese (2012a), nas seguintes categorias:

A primeira é o crescimento de Poderes Ultracionais e Intranacionais, que altera a gênese do Direito Administrativo, que, apesar de se originar como produto do Estado, neste

mundo globalizado, passa a depender, não só deste Estado ao qual está vinculado, mas também de outros poderes de dimensão transnacional, global e local (Cassese, 2012b).

Assim, a análise da administração pública não deve se limitar à abordagem tradicional de nação (soberania sólida), pois se vincula à organismos privados ou híbridos, tão numerosos quanto organismos públicos, que extrapolam a dimensão territorial do Estado, mas que criam uma série de regulamentos e regras que, eventualmente, são incorporadas pelo Estado brasileiro.

Essas observações nos levam à segunda categoria da mudança de paradigma do Direito Administrativo, que é a diluição da divisão público/privado, que tem como resultado o fato de que assim como os órgãos públicos não estão necessariamente sujeitos ao direito administrativo, pois aplicam regras produzidas no âmbito privado, também os órgãos privados não estão necessariamente sujeitos ao direito privado, pois aplicam regras próprias de direito público (Cassese, 2012a).

Mas quais regras seriam essas?

Um exemplo é a própria Análise de Impacto Regulatório (AIR) que foi implementada pela Administração Pública Federal em 2021, mas já era obrigatória para as Agências Reguladoras e demais órgãos, por meio do Decreto nº10.411/2020, que regulamentou o artigo 5º da Lei de Liberdade Econômica, segundo a qual, todos os órgãos da administração direta, fundações e autarquias, incluindo agências reguladoras, terão que apresentar os efeitos econômicos, financeiros e sociais do normativo que estudam criar, alterar ou revogar.

A AIR, portanto, subsidia a tomada de decisão, pois examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas, para verificar a razoabilidade do ato regulatório. Mas de onde veio esta ideia?

É a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) que exerce um papel proeminente de difusão da AIR como ferramenta de melhoria da qualidade regulatória, pois é observado uma tendência clara de uso da AIR por países da OCDE. Em 1980 apenas três países a usavam; em 2000 cerca de 50% dos países membros adotavam; em 2008, todos os países membros já realizam de maneira rotineira alguma forma de AIR para a introdução de novas regulações antes de publicá-las, e, embora o Brasil não faça parte da OCDE, assinou um acordo marco de cooperação, por meio do decreto nº10.109/2009 e a partir de então participa de comitês e órgãos técnicos, passando a tornar obrigatória a observância da AIR em 2020 (Souza, 2012), seguindo, assim, a tendência dos países membros desta organização.

Trata-se, pois, de uma recomendação da OCDE, ao que Forrester (1997) questiona como a expansão de uma visão liberal de economia e de Estado, com a adoção de uma cartilha recomendada (imposta economicamente) a todos, sem possibilidade de questionamento, e sempre com vistas a garantir o lucro privado. É, pois, evidente a operacionalização do controle econômico sobre as formas jurídicas e seus significados, assim como a falta de capacidade do Estado de influenciar a sua própria ordem normativa, a partir de técnicas jurídicas que desmobilizam ou requalificam estes significados a partir da prevalência de outros (Sanín-Restrepo, 2017).

Diante deste cenário, faz sentido estudarmos as categorias jurídicas a partir da diferenciação entre público e privado?

Com a modernidade, surge o fenômeno de transformação do domínio personalizado em domínio impessoal, "império das leis", no qual se constrói a noção de Estado em nome de um espaço comum, e assim, é construída a noção de espaço público (interesse geral) formalmente separado do espaço privado (interesses particulares), ou seja, da sociedade civil na acepção hegel-marxiana do termo, com a conseqüente separação, portanto, de regimes jurídicos aplicáveis a cada um desses domínios.

Porém, em decorrência da globalização, espalhou-se além-mar técnicas jurídicas voltadas para o mercado, como a privatização e as novas técnicas de gestão pública, pautadas em empresas estatais, parcerias público-privadas, incentivos públicos a empresas privadas e regulamentação orientada para o mercado, houve a diluição dessa dicotomia cartesiana de público versus privado (Cassese, 2012a).

Trata-se, portanto, do fato de que todos os atores, por força da globalização, foram submetidos à uma mesma lógica: a da racionalidade neoliberal, a partir da qual “culturas e organizações sociais tradicionais são destruídas na marcha incansável do capital pelo mundo afora para criar as redes e os caminhos de um único sistema cultural e econômico de produção e circulação” (Hardt e Negri, 2010, p.348). Sob esta lógica, noção entre espaços públicos e privados perde força, acarretando, sobretudo, o déficit do lugar da política, e, assim, do que tradicionalmente, entendemos por espaço público na tradição política liberal.

Assim, observando este cenário de complexidade da relação entre estado e sociedade que Pietro Perlingieri (2002) esclarece que:

Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da

coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos. (Perlingieri, p.54, 2002).

Essa emergência de poderes ultranacionais e a dicotomia entre o público e o privado, nos leva a um terceiro fator de mudança de paradigma do Direito Administrativo, que é a alteração do paradigma tradicional de legitimidade, que tradicionalmente, repousa na ideia de povo.

Assim, o que alguns autores denominam de erosão constitucional ou crise da democracia representativa (Silva; Cruz; Nogueira, 2022), como se fosse uma distorção, é na verdade o resultado de um mundo que está sendo reconfigurado, em que o Estado não mais está no centro do poder político-jurídico, pois com a perda de controle sobre os limites do próprio território, tanto fisicamente, tanto em relação aos padrões de comunicações e de vida, a atividade jurisdicional também está mudando de mãos, convergindo cada vez mais as esferas do público e do privado e os lados de dentro e de fora do Estado.

Nesta perspectiva, a Teoria da Encristação do Poder nos mostra que o que esses autores chamam de crise de legitimidade não é uma disfunção do sistema, mas é a forma como o próprio sistema funciona. A verdade é que o sistema representativo é uma arquitetura jurídica que funciona como meio para que os anseios do “povo” excluído não sejam contemplados, mas ao mesmo tempo, para que esse povo excluído componha o todo soberano chamado povo, dando legitimidade aos anseios da parcela privilegiada cujos anseios são contemplados por meio da representação.

Falar, portanto, em soberania porosa (Sanin-Restrepo, 2018), é falar da permeabilidade do Estado por organismos externos a ele, privados, públicos, híbridos, internacionais ou nacionais, que exercem poder no próprio jogo político, a partir do sistema de representação das democracias liberais, em que os órgãos representativos agem em nome de um povo oculto, mas o neutralizando no texto legal em prol de interesses do mercado.

A TEP, portanto, denuncia o fato de a democracia representativa retirar a dimensão do político de sua arena, que é a dimensão do conflito e do antagonismo, gerando um ambiente que anseia o consenso e a manutenção de um pensamento hegemônico na órbita da necessidade e não da contingência (Mouffe, 2013). Esse sistema da forma como funciona, simulando a feição democrática, somado ao fato de que a soberania estatal é porosa, ou seja, está permeada, conforme demonstramos acima, por influências de poderes ultranacionais e intranacionais, gera

essa sensação de que falta legitimidade para a ação pública, mas essa é a forma como o sistema opera e não uma disfunção dele.

É nesse arranjo que nega o político, que observamos a mudança do poder para “tecnocratas-guardiões”, sob pretensão de estarem protegidos da influência política (Sanin-Restrepo, 2018), mas, conseqüentemente, cresce o anseio pela participação direta da população nos processos de tomada de decisão, assim, para permitir a participação, são necessários regulamentos processuais detalhados; de modo que a regulação administrativa consiste cada vez mais em regulação de procedimentos.

Chegamos, ao fim, à quarta causa dessa mudança de paradigma do Direito Administrativo, que é a fragmentação do executivo em uma pluralidade de órgãos públicos autônomos que abarcam uma série de interesses privados conflitantes, em especial, com a transferência da exploração de bens e serviços públicos para a iniciativa privada e a reserva da figura estatal como regulador dessa atividade exploratória.

O enfraquecimento da figura do Estado, pelas causas acima expostas, acarretou, conseqüentemente, a mudança na forma de gestão, coexistindo com uma administração burocrática, pautada em organização hierárquica, com diferentes níveis de autoridade e responsabilidade, uma a administração pública gerencial, pautada na maximização da eficiência pela adoção de princípios e práticas de gestão privada na administração pública. Portanto, assim como a gestão burocrática está para a administração pública bipolar em um Estado cuja soberania é sólida, a gestão gerencial está para a administração pública multipolar em um Estado cuja soberania é porosa.

Até o século XX, a administração de estilo weberiano, burocrática, adotava processos decisórios lineares e hierárquicos, atrelada a uma visão de ciência mecanicista, baseada em causa e consequência imediata. Atualmente, como demonstramos não há mais uma linha divisória clara entre administração e sociedade, a perspectiva é de uma ciência quântica, que considera múltiplas realidades, assim os processos de tomada de decisão considera a crescente complexidade das sociedades e as múltiplas realidades entre administração pública e mercado, e, administração pública e administrados (Cassese, 2012a).

Nesta perspectiva, como resultado dessa fragmentação do executivo, as Agências Reguladoras foram introduzidas como instrumentos a favor do liberalismo capitalista como um canal de colonialidade, ante o que Dardot e Laval (2016) chamam de racionalidade neoliberal e Unger (2008) denomina de ditadura da falta de alternativas pela ausência de imaginação institucional e social além dos modelos tradicionais do atlântico norte que se espalham pelos

países do sul, em especial por dependências teóricas e financeiras associadas à pressão exercida por organizações ultranacionais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que impõe essa lógica de gestão gerencial.

A matriz original que inspirou o desenho institucional do regime regulatório no Brasil foi o modelo americano, que teve como principal base teórica as ideias da Escola americana de Chicago, liderada por Milton Friedman, com a promessa de retorno ao “‘paraíso perdido’ do laissez faire de Adam Smith” (Clark, 2009, p.11), a partir da premissas de uma mínima ação do Estado na econômica, pois se baseavam na suposta eficiência da iniciativa privada no mercado e na pseudo incompetência gerencial do Estado social na econômico (Clark, 2009).

A década de 90 é, pois, marcada pela expansão no Brasil do modelo político-econômico do neoliberalismo que, em razão de possuir como principal ideologia a defesa de um Estado mínimo e de um livre mercado (Clark, 2009), obstou a emergência de um Estado Social, de modo que a mercantilização da saúde foi uma consequência inevitável dentro dessa nova configuração de sociedade de consumo, de modo que usuários dos serviços de saúde passam a ser vistos, juridicamente, como consumidores e não cidadãos.

O Estado e as pessoas ficam, então, reféns de um mercado financeiro e oligopolizado responsável pela prestação de serviços básicos, como transporte, saúde, telecomunicação, dentre outros, no qual os “agentes econômicos em um contexto de liberdade de mercado, mas que constituem um poder efetivo de determinação social e político” (Rodrigues, 2024, p.172).

Sob a perspectiva das soberanias porosas, fica fácil compreender que os Estados nacionais modernos, como reprodução do modelo constitucional norte americano, foram criados para possibilitar o desenvolvimento do mercado e o fortalecimento do capital (Aguillar, 2006), uma vez que a implantação do neoliberalismo de regulação pelo mundo contou com alterações dos textos constitucionais, como por exemplo a Emenda Constitucional 19, com privatizações e desestatizações das em presas estatais, redução de direitos sociais, facilitações para a movimentação de capitais estrangeiros, criação de agendas reguladora, reestruturação do comercio internacional (Clark, 2009), tudo por meio sob a égide da legalidade.

Então se as leis são legítimas pelo povo por meio da representação, seria essa alteração da estrutura do estado fruto do exercício da soberania popular? Então estaria o interesse público convergindo com os interesses do mercado?

Fica, pois, evidente que o direito privado invade, substancialmente, o espaço do direito público e corrói sua especificidade, na medida em que o foco da atividade pública, com a

descentralização e especialização do executivo, muda para medidas destinadas a financiar benefícios por meio do mercado, pois grande parte do bem-estar social, tornou-se uma atividade lucrativa, privatizada, comercial e com fins lucrativos. Conseqüentemente, dessa intensa interação entre as agências estatais e os agentes privados, o Estado passa a ser permeado por uma série interesses privados conflitantes, como indústria versus meio ambiente, bancos versus seguros, seguros versus assistência médica (Cassese, 2012a), tornando a atividade regulatória um emaranhado de regulamentos de uma realidade complexa compostas por interesse privados associados à direitos fundamentais.

Neste contexto de Soberanias Porosas e, portanto, de corrosão do Direito Público pelo Direito Privado, quais seriam as acepções de Interesse Público e de Legalidade, que são a *alma mater* do que chamamos tradicionalmente de Direito Público? É o que investigaremos em seguida.

3.2. Repensando (criticamente) as bases principiológicas do direito administrativo

Assumir que a soberania estatal é porosa, implica, portanto, em assumir que o Estado perdeu a centralidade do poder político e compartilha esse poder com outros organismos supranacionais, internacionais, transnacionais, públicos, privados ou híbridos, que possuem tanto poder político quanto, e, conseqüentemente, é nesse contexto que os órgãos estatais que formam a administração pública passam a se organizar em rede em uma relação multipolar com esses demais atores (Bitencourt Neto, 2017a).

Portanto, esse novo arranjo estatal enseja uma ressignificação do que tradicionalmente o direito administrativo entende por Legalidade e Interesse Público, pois esses conceitos nasceram no seio do Estado, mas na perspectiva deste no centro do poder político, posição que não mais ocupa, visto que na configuração do mundo globalizado, não existe um centro de poder estático, mas centros de poder que fluem, a partir de um epicentro de produção jurídico-normativa: Os Estado Unidos da América, enquanto propulsor de uma racionalidade neoliberal.

Assim, diante de uma administração pública que se organiza em rede e que compartilha poder em forma de rizomas com agentes públicos e privados, faz sentido tratar de um princípio que hierarquiza interesses, se o interesse público fosse superior aos interesses privados? Ou seja, faz sentido compartilhar poder e hierarquizar interesses renegando a um plano de menor importância os interesses daqueles com os quais se compartilha poder político?

Para investigarmos o sentido tradicional de interesse público para, assim, construirmos uma críticas, várias genealogias deste conceito é possível, mas optamos neste trabalho, até

mesmo considerando o marco teórico central, que é a TEP, explorar a relação entre interesse público e soberania, traçando, assim, um paralelo entre o conceito de interesse público sob a ótica da soberania sólida e o conceito de interesse público sob a ótica de soberania porosa, a partir do qual se desdobrará a relação da dicotomia público x privado e da legalidade para a construção da concepção de interesse público, seja sob a perspectiva tradicional, seja pela perspectiva crítica.

O princípio da legalidade, que tradicionalmente assegura que nenhuma ação estatal ou privada pode ser exercida sem previsão legal, enfrenta desafios e transformações em um mundo cada vez mais conectado em rede e globalizado. Em um cenário onde as fronteiras físicas são constantemente ultrapassadas por fluxos de informação, transações econômicas e interações sociais digitais, as leis nacionais muitas vezes se mostram insuficientes para regular as complexas relações que emergem. Plataformas digitais, redes de financeirização, moedas virtuais e a crescente dependência de tecnologias disruptivas demandam respostas jurídicas ágeis, mas a legalidade, com sua estrutura rigidamente vinculada à previsão legal, por vezes encontra dificuldades para acompanhar a velocidade dessas inovações.

A globalização também traz à tona questões de jurisdição e soberania: até que ponto o princípio da legalidade, atrelado a ordenamentos jurídicos específicos de cada país, pode ser eficaz em um ambiente onde as transações e interações acontecem além das fronteiras? A necessidade de harmonização de legislações internacionais e o surgimento de normas transnacionais ou soft law refletem essa tensão.

Portanto, uma reflexão sobre o princípio da legalidade no mundo globalizado deve considerar se e como as regras locais podem ser adaptadas para um contexto em que a interconectividade exige uma maior flexibilidade e coordenação entre os sistemas jurídicos. Isso levanta a pergunta: o princípio da legalidade, como concebido no direito tradicional consegue lidar com a fluidez e a velocidade das relações jurídicas globais, ou precisa ser repensado à luz de uma nova ordem legal transnacional e digital?

3.2.1. Por uma releitura ou superação do princípio da Legalidade?

O princípio da legalidade opera da mesma maneira no âmbito do direito privado e no âmbito do direito público? Sobre os negócios privados, a legalidade é um requisito meramente formal, enquanto na seara dos negócios públicos é substancial, pois preenchida pela finalidade pública que norteia toda a atividade estatal.

Isso significa que, no âmbito privado, as partes estão livres para contratar e realizar acordos, desde que não contrariem normas legais expressas, conferindo maior flexibilidade às partes para moldarem suas relações conforme seus interesses, respeitando apenas os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Já no âmbito dos negócios públicos, a legalidade tem um caráter substancial, pois está diretamente vinculada à finalidade pública que orienta toda a atuação estatal, neste caso, o princípio não apenas estabelece limites, mas também determina que toda ação estatal deve ser orientada pela busca do interesse público, de forma a garantir a legitimidade, transparência e eficiência no uso dos recursos e na realização das funções estatais.

A distinção entre a legalidade formal nos negócios privados e a legalidade substancial nos negócios públicos se torna especialmente relevante quando analisamos os atos consensuais da administração pública. Esses atos, que envolvem acordos entre o poder público e particulares, como contratos administrativos e concessões, devem seguir não apenas os preceitos legais, mas também garantir que o interesse público seja atendido em todas as suas etapas. Diferente das relações privadas, onde a autonomia das partes prevalece, nos atos consensuais administrativos a vontade estatal é limitada pela obrigação de assegurar que os resultados desses acordos estejam em consonância com a finalidade pública. Dessa forma, a legalidade nos atos consensuais vai além da simples conformidade com as normas, exigindo que os acordos sejam permeados por critérios de eficiência, moralidade e busca pelo bem comum.

Sob essa ótica, a estrutura administrativa consensual seria uma consequência da constitucionalização do direito administrativo? Essa é a visão defendida por alguns autores, que acreditam que a constitucionalização do direito orienta as práticas de gestão administrativa, promovendo maior foco na participação, eficiência e legitimação. Assim, a adoção de instrumentos consensuais teria o potencial de melhor atender ao interesse público (Binenbojm, 2005; 2014), além de agregar legitimidade às decisões públicas, ao transferir o foco do conflito do judiciário para a administração, distribuindo a responsabilidade entre os envolvidos no conflito.

Sobre o assunto, os autores Luciano Ferraz (2019) e Eurico Bitencourt Neto (2017b), tratam da importância de entender o controle, no âmbito da administração, como meio de aferir melhor o desempenho e não apenas como sinônimo de simples responsabilização. Nesta perspectiva são autores que endossam o fato de o controle consensual se alinhar melhor à constitucionalização do direito administrativo, na medida em que o foco da ação controladora

seria a juridicidade e a gestão pública, em detrimento do foco na legalidade e no ato administrativo.

Assim, para esses autores, o controle que pressupõe exclusivamente a noção de controle sanção, se vincula a um direito administrativo que tem como essência o positivismo exegético, pautado na ideia de que:

a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais (Escola da Administração Científica), e o Direito restaria respeitado à medida que o administrador cumprisse à risca os artigos de lei — abstrata e genérica — predispostos pelo legislador (princípio da legalidade estrita) (Ferraz, 2019, p.166).

Já o controle impulso, pautado na consensualidade, se fundamenta para além do âmbito estrito da legalidade e dos procedimentos organizacionais rígidos, da legalidade formal, como forma de prestigiar perspectivas juridicamente relevantes traduzidas em princípios, como a boa fé e a segurança jurídica, voltados para o consenso e para a solução negociada dos conflitos em âmbito interno (Ferraz, 2019).

Nessa perspectiva, a legalidade estrita dá lugar, ao se decidirem os casos concretos, à constituição, a partir da ponderação de princípios, regras e interesses públicos envolvidos, sempre mirando na busca da melhor solução para coletividade (Binenbojm, 2005).

Esta é uma posição alinhada à preceitos pós-positivistas ou, no Brasil, neoconstitucionalistas, que apontam para uma crise da legalidade, provocada, dentre outros fatores, pela constitucionalização do direito administrativo (Ferraz, 2019), de modo que à administração não é mais reservado somente a atuação segundo o que manda a letra ou o texto da lei formal, independentemente da avaliação do seu conteúdo, mas a atuação condizente com aquilo que o sistema jurídico, aberto à realidade, lhe impõe, não somente as regras, mas todos os seus princípios, seja os implícitos ou explícitos.

O princípio da juridicidade destaca que a resolução de conflitos com a administração pública não pode se basear apenas na legalidade estrita, mas deve considerar a constitucionalização dos princípios gerais. Princípios como legalidade, moralidade, boa-fé, razoabilidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade têm preponderância sobre a aplicação da lei (Ferraz, 2019). Dessa forma, a administração pública deve atuar de maneira que não apenas siga a lei, mas também respeite e promova os valores constitucionais que garantem uma gestão mais justa e eficaz.

Porém, a abordagem pós-positivista não implica que a dimensão formal da norma ou do ato administrativo tenha perdido importância ou se tornado menos relevante; ao contrário, há

uma reformulação do conceito de legalidade, sem ruptura com sua estrutura, de forma que o aspecto formal permanece como a base do direito. Nesse sentido, não se trata de uma crise da legalidade, mas de uma ampliação de seu significado, que passa a abranger não apenas a Lei, mas também princípios e valores, ampliando, assim, o campo de atuação da discricionariedade administrativa.

Toda lei é texto e todo texto implica interpretação, assim, ainda que estejamos no campo da legalidade estrita ou da juridicidade, haverá espaço interpretativo e, portanto, de atuação discricionária, que tem potencial de encriptação de novos sentidos no processo interpretativo.

Sob a ótica da TEP, a legalidade é vista como a materialização da relação de poder exercida pela soberania, que substituiu o conflito pela força com o uso do direito como sustentáculo racional e burocrático, na medida em que uma vez estabelecido o Direito, o povo passa a ser reduzido a uma mera nomenclatura de possibilidades prescritas pelo próprio Direito, fazendo com que a Lei se torne o mecanismo através do qual o ser adquire existência (Sanín-Restrepo,2023).

Em outras palavras, uma vez que o Direito está estabelecido, ele molda e define as possibilidades de ação e existência do povo, reduzindo-o a uma série de categorias ou possibilidades prescritas pelas normas jurídicas (legalidade). O povo, portanto, passa a ser visto e compreendido através das lentes do Direito, pois, a Lei se torna o mecanismo que define o que as pessoas podem ser e fazer, ou seja, é através da Lei que a existência individual e coletiva ganha forma e significado dentro do sistema jurídico (Sanín-Restrepo,2023).

Porém esse processo de significação, permeado por jogos de poder, é resultado da interpretação legal que está adstrito a determinados grupos que imprimem os significados que lhes são convenientes de forma abstrata e alheios à realidade,

Na prática, observamos uma alteração da gênese do ato jurídico, que, por consequência, altera o que se entende por legalidade. Tradicionalmente, o ato jurídico nasce de uma vontade livre, expressa dentro dos limites da lei e a legalidade é entendida como a conformidade desse ato com normas previamente estabelecidas. No entanto, quando ocorre uma mudança na gênese do ato, ou seja, no modo como ele se origina e nos fatores que o impulsionam, o próprio conceito de legalidade pode ser transformado.

A influência de novas tecnologias e a globalização dos negócios alteram a gênese dos atos jurídicos, pois introduzem novos elementos, como normas transnacionais, autorregulação e contratos inteligentes (smart contracts), que desafiam a concepção tradicional de legalidade, que passa a depender não apenas da conformidade com as leis locais, mas também de novas

formas de normatividade que surgem a partir de códigos de conduta, padrões globais ou algoritmos automáticos.

Já, especificamente, no contexto do direito público, a crescente participação de mecanismos consensuais entre administração e particulares (como concessões, parcerias público-privadas, e contratos administrativos) muda a origem do ato de uma decisão puramente unilateral e autoritária do Estado para um acordo baseado no consenso. Nesse novo cenário, a legalidade não se limita à observância de regras rígidas e previamente estabelecidas, mas se expande para incluir a necessidade de garantir que o resultado do acordo cumpra com os objetivos de interesse público.

Assim, a alteração na gênese do ato jurídico redefine a legalidade, que precisa ser vista de forma mais flexível e adaptável às novas realidades sociais, tecnológicas e econômicas, não podendo mais ser interpretada exclusivamente como o cumprimento de normas preexistentes, mas deve englobar a capacidade de prever, regular e adaptar-se a novos contextos e necessidades.

No entanto, apesar da alteração da gênese dos atos administrativos e da ampliação do conceito de legalidade, não há uma ruptura com este princípio, pois a lei continua a ser o ponto de referência que legitima os atos jurídicos, mesmo que sua interpretação se torne mais complexa ou flexível.

Assim, "a lei gera uma aparência de controle" ao criar a ilusão de que o simples cumprimento dessas regras garante o controle efetivo das relações jurídicas e sociais, pois se a origem ou a gênese dos atos jurídicos se transforma, seja por mecanismos consensuais, novas tecnologias algorítmicas, ou dinâmicas globais, essa aparente segurança e controle proporcionada pela lei torna-se insuficiente para lidar com a complexidade e fluidez dessas novas realidades e o controle formal que a lei oferece pode não ser capaz de abarcar todas as nuances e contingências que surgem.

Nesta perspectiva, a alusão à legalidade mascara a real falta de controle, uma vez que novas formas de normatividade emergem, independentes ou paralelas às normas jurídicas tradicionais. Por exemplo, nos atos consensuais da administração pública, em especial com o TCAC, embora a aparência de legalidade seja mantida, o verdadeiro controle sobre a efetividade e o alcance das normas é diluído, de modo que a legalidade passa a não ser um sinônimo de controle absoluto, mas apenas de uma estrutura formal, que muitas vezes não acompanha a rapidez ou a complexidade das novas formas de interação jurídica.

Portanto, ao considerar a alteração na gênese dos atos jurídicos e a aparência de controle gerada pela lei, é necessário refletir sobre até que ponto o sistema jurídico tradicional, baseado na legalidade formal, ainda consegue exercer controle real sobre essas novas realidades. Isso nos leva a questionar se o conceito de legalidade precisa ser expandido, incluindo novos mecanismos de regulação e monitoramento, para que o direito não apenas forneça uma aparência de controle, mas um controle efetivo que responda às dinâmicas modernas.

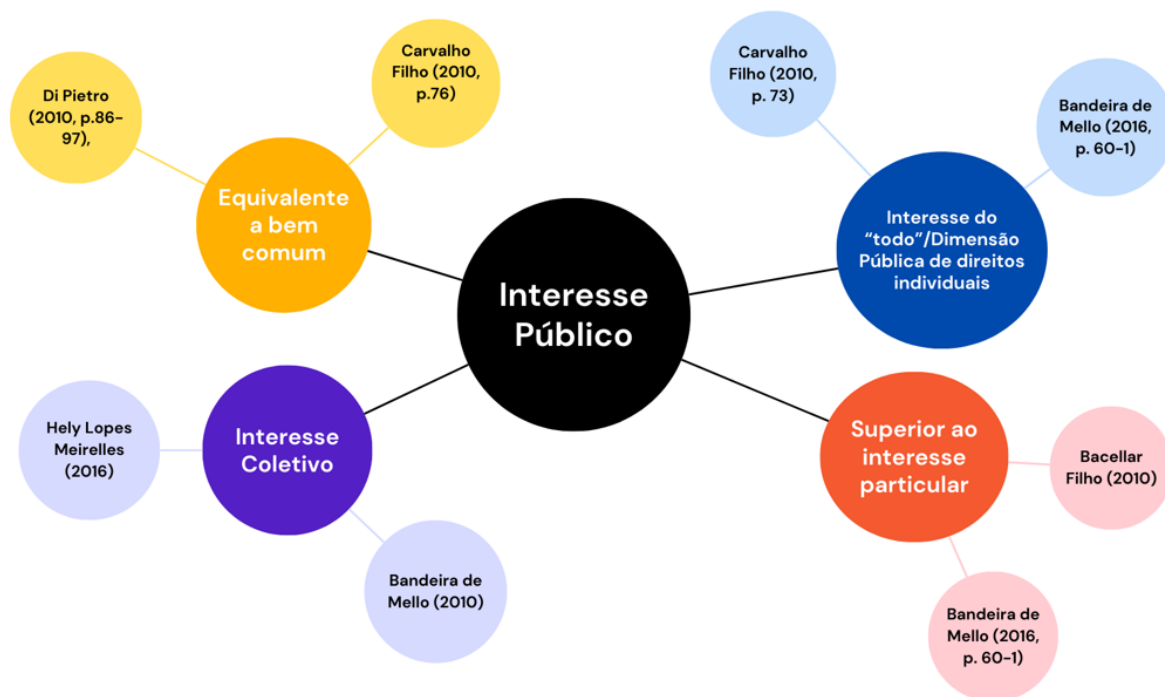
3.2.1 Existe Interesse Público em terra de sujeitos ocultos?

É necessário uma releitura ou a superação do princípio do interesse público?

A *Volonté Générale* de Rousseau (2023), que fundamenta a legitimidade do Estado no âmbito da teoria da Soberania Popular, é o axioma precursor do que entendemos por princípio do Interesse Público, que é, dentro da teoria da soberania popular, a condição para o exercício desta soberania, ao argumento de que quando se predomina o interesse público, prevalece a soberania popular, em contraste com a teoria soberana absolutista que revela uma concepção de interesse público que se confunde com o próprio interesse do soberano, ou, traduzindo, do Estado.

Assim, tal como uma bússola, o Interesse Público guia o sentido da atuação administrativa do Estado, pois, tradicionalmente, é tratado pela doutrina brasileira como um princípio inderrogável do Direito Administrativo, o qual fundamenta todas as prerrogativas conferidas à Administração Pública no trato com o indivíduo, exaltando, assim, uma supremacia do público, entendido como predomínio das aspirações coletivas, sobre o privado, entendido como as aspirações individuais, conforme delineamos no mapa mental

Mapa Mental 7. Narrativa do interesse público como interesse uno



Fonte: (NUJUP, 2024).

O Interesse Público, portanto, é, tradicionalmente, compreendido sob uma ótica monista, como se fosse um interesse uno, quer dizer, homogêneo e unificado. Essa visão ignora, porém, a complexidade e a pluralidade das demandas sociais, bem como a influência de interesses privados que frequentemente moldam a formulação de políticas públicas. Ao priorizar um suposto “interesse do todo” em detrimento dos interesses individuais ou de grupos específicos, essa abordagem corre o risco de decisões legítimas que não contemplam as diversas realidades da sociedade e acabam por favorecer setores dominantes sob a aparência de um consenso público.

Nesta perspectiva, importante a contribuição de Alves e Lima (2016), que, ao pesquisarem o sentido de interesse público²⁹ no âmbito da saúde suplementar concluíram que o interesse público, na prática, carrega sentidos mercadológicos desde a década de 1920, com a instituição das CAPS, intensificando-se no período da ditadura militar e chegando ao seu ápice com a regulação e a oficialização deste mercado nos governos neoliberais instituídos no País a partir dos anos 1990.

²⁹A pesquisa compreendeu o estudo qualitativo de documentos legais, infralegais e documentos marginais relacionados à origem e à oficialização do setor suplementar na saúde, representado pela ANS, em recorte histórico de 1985 a 2000 (Alves e Lima, 2016).

O sentido mercadológico da saúde persiste mesmo após o novo paradigma instituído pela Constituição da República, refletindo a falta de clareza sobre o verdadeiro papel da saúde suplementar no Brasil. Essa ambiguidade alimenta a confusão entre os conceitos de “complementar” e “suplementar”, que, conforme Werneck (2010, p. 8), são adjetivos antônimos: “complementar” alude àquilo que é necessário para preencher as lacunas de um todo, enquanto “suplementar” se refere ao que ultrapassa o todo. Essa distinção é crucial, pois revela como a saúde suplementar, em vez de integrar-se de maneira harmônica ao sistema público para cobrir deficiências, se posiciona como um serviço adicional que reforça a lógica mercadológica, atendendo apenas aqueles que têm capacidade financeira. Isso perpetua um modelo que favorece a desigualdade e subverte a promessa constitucional de saúde como um direito universal e acessível.

Embora a Lei 8.080 seja clara ao definir o papel “complementar” da iniciativa privada, restringindo sua atuação a situações de insuficiência do setor público, é inegável que a configuração atual do sistema de saúde brasileiro seja significativamente mais complexa. O Sistema Único de Saúde (SUS), reconhecido como um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo (Brasil, 2016), coexiste com um setor de saúde suplementar robusto, que transformou o Brasil em um dos principais mercados de planos e seguros de saúde privados do mundo (ANS, 2016). Essa coexistência cria um panorama híbrido em que as fronteiras entre o público e o privado se tornam nebulosas, muitas vezes deslocando o papel da saúde suplementar de um complemento necessário para um serviço que compete diretamente com o sistema público, refletindo na acentuação de desigualdade social.

Trata-se do fenômeno da apropriação privada do espaço público no sistema de saúde, que suscita questionamento relevante sobre o papel do Estado na definição de limites adequados para esse processo, envolvendo a proteção do interesse coletivo. Em 2010, observou-se que a expansão descontrolada desse mercado representava a principal falha de regulação, por ameaçar subverter o princípio da saúde como um direito de cidadania (Santos;Ugá;Porto, 2008). Regularmente, no sentido de garantir a efetividade do direito à saúde, implica estabelecer limites claros para a apropriação privada, de modo que a atuação empresarial se restrinja realmente aos aspectos suplementares de um sistema de saúde integral e eficaz. Essa regulação é essencial para garantir que a saúde complemente, e não substitua ou fragmente, o sistema público, mantendo o compromisso com a universalidade.

Essa apropriação de um interesse público pelo interesse privado, ainda se revela no fato de que, apesar de tratar-se de um sistema nacional de saúde, ele conta com um financiamento

que é minoritariamente (43,8%) público e uma prestação predominantemente privada, na qual 68% dos leitos e 92% dos prestadores de Serviço de Apoio Diagnóstico e Terapêutico (SADT) são privados. Trata-se de um sistema de saúde que, embora constitucionalmente definido como universal e integral, tem o setor privado prestador sustentado pela compra estatal de serviços e um segmento de seguradoras e operadoras de planos de saúde fortemente subsidiado pelo Estado, pelos distintos instrumentos de renúncia fiscal (Santos; Ugá; Porto, 2008).

Nesta perspectiva, evidencia-se como o “interesse público” na saúde, sobretudo na saúde suplementar, convergiu para um único sentido, o sentido atribuído pelo próprio capital, na representação de mercadoria, de modo que, mesmo com o direito à saúde conquistado na Constituição Cidadã, a liberdade de ação da iniciativa privada no setor e sua futura regulação, sob a justificativa da liberdade de escolha, aparentam ser o plano principal dos interesses privados garantidos mediante políticas de governo, e não a complementariedade constitucional ao Sistema Universal como política de Estado.

O desafio é, pois, compreender como se dá a construção de sentido do interesse público e como, sob um viés, crítico, é utilizado para encobrir interesses, meramente, particulares.

Observamos que o que sustenta as posições tradicionais de interesse público, são o conceito soberania, a partir da qual se constrói a noção de povo; a dicotomia entre público e privado, que decorre da concepção de uma soberania sólida e é o que sustenta uma supremacia de um interesse que seja público; e, por fim, a legalidade.

Decorre da concepção tradicional de soberania popular, a construção do conceito de povo, enquanto um conceito arbitrário construído dentro um Estado nacional, cuja finalidade dúplice é, por um lado, justificar o poder soberano e, por outro, estabelecer limites de atuação desse poder soberano, que se faz a partir da construção de um suposto interesse público que se funda nessa noção homogeneizada de povo para legitimar a atuação estatal.

Assim, fica evidente como a abstração de um conceito de povo é imprescindível para legitimar a estrutura soberana de poder, pois é essa abstração que fundamenta o interesse público, que, por sua vez, legitima o arcabouço jurídico que sustenta essa relação de força (Noce, 2018).

Nesta perspectiva, é preciso compreender como a soberania foi construída a partir de uma abstração legitimadora – o povo – que, nas teses contratualistas, é o substrato humano que atribui poder ao soberano e a partir do qual se estabelece o conceito de interesse público, igualmente construído de forma a legitimar a atuação do Estado, concedendo-lhe por outro lado,

o substrato jurídico para sua atuação, que se fundamenta no interesse coletivo, mas por meio uma visão unitária do interesse social na pessoa do Estado.

É por esta perspectiva que Floriano Azevedo Marques afirma que o conceito de interesse público funciona, “na prática do exercício do poder político e administrativo e na teoria do Direito Administrativo, como uma verdadeira chave de abóbada, capaz de preencher os vazios do sistema e dar justificativa racional ao Direito e conferir coesão teórica ao modelo jurídico” (Azevedo Marques, 2002, p.77). É, pois, um conceito semanticamente aberto que possibilita legitimar, nas mais diversas situações, a atuação do Estado em nome de uma soberania popular:

Como resultado prático, a adoção do critério da supremacia e indisponibilidade do interesse público resulta, no mundo real, na atribuição ao governante de uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais. Ou seja, o governante acaba por escolher a solução que bem lhe apraz, justificando-a por meio da expressão supremacia e indisponibilidade do interesse público. Esse modelo é incompatível com a Constituição, com a concepção do Estado Democrático de Direito e com a própria função reservada ao direito administrativo (Justen Filho, 2014, p. 160).

Para a doutrina clássica, portanto, fazer valer o interesse público significa priorizar a vontade do povo soberano. Mas, voltamos a questionar, quem é que compõe esse povo soberano? Quem é o povo, em nome do qual, se legitima a atuação estatal?

Segundo Sanín-Restrepo (2018), a feição democrática dos Estados de Direito modernos é simulada pela representação, de modo que tudo é feito em nome do povo, dentro dos quais há a parcela do povo oculto, os excluídos, que, ambigualmente, legitimam a atuação estatal que os invisibiliza. Assim, é a partir de sua teoria que afirmamos que o povo é uma construção arbitrária, que torna um universo plural de indivíduos em um todo universal, singular e unívoco, para legitimar, formalmente, por meio da legalidade e do interesse público, a ação estatal, ainda que seja para excluir a parcela do povo oculto (marginalizados).

O interesse público, portanto, é um conceito que já nasce deturpado, ancorado em uma falsa abstração de povo, e é empiricamente ainda mais desviado do interesse coletivo. A abstração de um povo é, como propõe Jessé Souza (2011), a construção de um mito nacional e, na atualidade, possui característica de mitologia moderna, construída através do imaginário popular decorrente do senso comum.

Importante, ainda, retomarmos às discussões anteriores sobre a concepção de soberania porosa, pois, em um contexto em que a soberania estatal não é mais estática e verticalizada, mas é permeável a outros poderes paralelos que impõe uma racionalidade neoliberal, a prevalência do poder econômico está, pois, ecriptado, por meio da linguagem e da comunicação, no sentido de interesse público.

Isto porque o neoliberalismo, como aprofundamos, anteriormente, utiliza-se da linguagem para moldar o sujeito e a atuação estatal em prol dos interesses do poder, sobretudo o econômico, e é nesse aspecto que o neoliberalismo se diferenciaria do liberalismo clássico, pois sob essa nova racionalidade, o estado atua para garantir os interesses dos agentes do mercado, mesmo que em detrimento do interesse social (Noce, 2018, p.101).

Assim, ainda que, formalmente, o discurso que norteia o interesse público seja o de um interesse coletivo e voltado para as questões sociais, em um mundo globalizado, em que a racionalidade neoliberal se espalha para além do atlântico norte, permeando as estruturas de linguagem e, assim, moldando a máquina administrativa do estado em prol dos interesses de mercado, temos que nos questionar se o interesse público, que direciona a atuação estatal é realmente, o que denominamos de interesse geral.

Tradicionalmente, as doutrinas jurídicas estão ancoradas na clássica divisão entre público e privado, que decorre, em grande medida, das teorias filosóficas liberais que estabelecem uma separação clara entre o reino privado – em que uma pluralidade de diferentes e irreconciliáveis visões abrangentes coexistem – e o reino público, em que um consenso sobreposto pode ser estabelecido sobre uma concepção compartilhada de justiça (Mouffe, 2005). Em geral, a perspectiva liberal visa tornar as instituições aceitáveis para pessoas de diferentes visões morais, filosóficas e religiosas, de modo a circunscrever um domínio que não seria sujeito ao pluralismo de valores, no qual o consenso poderia ser instaurado.

Portanto, enquanto no domínio do privado, a pluralidade pode aflorar no íntimo de cada indivíduo, no domínio do público deve prevalecer o consenso. Nessa perspectiva, que decorre o uso quase mítico do interesse público ou da ordem pública como se fosse fórmula acabada para a solução de conflitos (Pereira, 2015) que reflete o interesse comum de um povo homogeneizado.

Portanto, podemos concluir, até esse momento, que como no conceito de interesse público está embutido o conceito de povo, podemos afirmar, a partir da TEP, que o interesse público não atende aos interesses do chamado povo oculto, apesar de o utilizar como fonte de legitimação, assim como está sujeito à uma racionalidade neoliberal, a partir da qual o interesse público encripta interesses privados, pois, formalmente, está vinculado à ideia de interesses coletivos/sociais, mas, na prática, visa atender aos interesses do mercado.

Mas como esta encriptação de sentido opera?

Por meio da Legalidade.

É certo que tratar de “interesse público propriamente dito”, sem qualificá-lo, ou referindo que esse interesse não é uma soma de interesse particulares, e sim “o interesse do todo”, não resolve o problema da imprecisão terminológica, revelando-se uma verdadeira paráfrase da *Volonté Générale* de Rousseau (Giacomuzzi, 2017).

Diante desta imprecisão, verificamos, ao estudarmos a doutrina clássica acerca do princípio do interesse público, que os autores recorrem ao positivismo para atribuírem um conteúdo a este princípio, afirmando que é interesse público aquilo que a ordem jurídica qualifica como sendo (Sundfeld, 2000). Assim, implicitamente, esses autores estão fazendo alusão à máxima: Interesse Público é aquilo que a Lei diz que é Interesse Público.

Pontuamos aqui uma contradição.

A vontade geral, a partir da qual decorre o princípio de interesse público, tem como base a filosofia aristotélico-tomista e está vinculado à ideia de solidariedade social formadora da comunidade política (Di Pietro, 2023, p.86-97) e é um princípio que está intimamente relacionado ao valor de justiça, o que, segundo Giacomuzzi (2017), ao tratar de uma genealogia do interesse público, se observa nas obras de Rousseau que sugere, em inúmeros passagens, a interdependência entre a justiça e a vontade geral que explicam uma a outra (Giacomuzzi, 2017).

Porém, vincular o interesse público à legalidade é, ao contrário, adotar uma posição formalista, a partir da qual a vontade geral é formada por princípios formais independentes da noção de justiça (Giacomuzzi, 2017). Pois, o que o direito entrega? É a legalidade ou a justiça?

Em uma estrutura jurídica fundamentada nas teorias de Kant e Kelsen, o interesse público é definido pelo que a lei estabelece como tal e pelo que a autoridade competente determina como sendo de interesse público. Contudo, esta definição legal não surge de uma reflexão ampla e plural sobre as necessidades da sociedade, mas sim de um processo formal e impessoal, que é uma democracia representativa. Nesse modelo, as decisões legislativas e as normas jurídicas refletem, em grande parte, os interesses predominantes ou hegemônicos, ou seja, aqueles que gozam de maior poder e influência na sociedade. Assim, o que é considerado interesse público é, muitas vezes, moldado por forças políticas e econômicas dominantes, que, embora legitimadas pelo processo democrático, podem não representar a totalidade das necessidades e aspirações da população.

A própria vontade geral de Rousseau é carregada de valores substantivos: justiça, bondade e igualdade (Giacomuzzi, 2017), e, portanto, em uma estrutura de direito kantiana, esses valores estão apenas no plano do dever ser, ao separar substancialmente o direito da moral.

Diante destas reflexões, seria lógico assumirmos que abandonar o interesse público como fundamento do Direito administrativo seria render-se ao Mercado e ao Liberalismo e “fazer prevalecer o interesse econômico” onde dominaria o egoísmo (Di Pietro, 2023, p. 85)?

É preciso nos livrarmos das armadilhas do formalismo. Se de fato o interesse público se revelasse em um interesse coletivo, de cunho social, o raciocínio acima seria logicamente verdadeiro. Mas, diante da resignificação no conceito de soberania, a partir da ideia de soberania porosa, e conseqüente, diante da insuficiência da noção abstrata de povo, entendido homogeneamente, e da redução da dicotomia entre público e privado, é necessário resignificar o conceito tradicional interesse público.

No âmbito do NUJUP, ressaltamos a importante pesquisa realizada por Umberto Noce (2018), em sua dissertação de mestrado, na qual demonstrou que o princípio do Interesse Público revela-se como um simulacro, pois é utilizado pelo poder público para “convencer” que, sua intervenção na economia, visa o bem coletivo, mas, na prática, visa atender determinados interesses do mercado, sobretudo, oligopolizado e prioritariamente financeiro, e não da sociedade em geral, que se expressa em interesses sociais.

Nesta perspectiva, não é que o conceito de interesse público se encontra em crise, mas é que ele não reflete, intencionalmente, a realidade, pois a construção de seu sentido continua sendo pautada a partir de conceitos de soberania, povo e legalidade, que não condizem as tendências observadas por Azevedo Marques (2002): fim da dicotomia entre público e privado; emergência de fontes supranacionais; passagem de atividades públicas para iniciativa privada e inserção de princípios da iniciativa privada para atividades públicas; Impossibilidade de se vislumbrar um interesse geral de forma abstrata e unívoca; as quais revelam, conforme discorremos em tópicos anteriores a configuração atual de mundo pautado na globalização, a partir do qual os Estados passam a ser permeado pela racionalidade neoliberal e conectada em rede, ensejando, assim, uma necessária resignificação do que tradicionalmente entendemos por interesse público.

Pois ao contrário, não resignificar significa manter o simulacro: O discurso do interesse público como interesse social, mas que beneficia os agentes de mercado.

Em tentativa de resignificação do conceito, Azevedo Marques (2002), elabora nova conceituação de interesse público, dividindo-os em interesses especiais, que são aqueles evidenciados por atores sociais que estão bem organizados, representados por negócios, grupos de pressão ou pela burocracia estatal, e os interesses que seriam aqueles que tem o caráter de

um bem público e que, portanto, dizem respeito à qualidade de vida socialmente aferida. Explicando a distinção:

Estas duas ordens de interesse seriam tansidividuais. No entanto, os interesses especiais seriam, em regra, devidamente sustentados e aglutinados em sede de grupos de interesse. Já os interesses difusos, em que pese a muitas vezes serem encampados por movimentos sociais, podem apenas em alguma medida ser organizados em grupos de pressão (Azevedo Marques, 2002, p. 160).

Por esta perspectiva, entendemos que a ressignificação do interesse público é importante para desvinculá-lo da noção abstrata e homogênea de povo (que decorre de uma concepção sólida de soberania), que confere a esse princípio o conceito um tanto quanto abstrato, indeterminado e construído de forma imanente, para que possamos assumir que se trata de um conceito transcendente, imposto de cima para baixo e que visa à hierarquização da sociedade, para então, ressignificá-lo como um princípio de interesse social, a partir do qual seja possível, ponderar acerca da complexidade social e econômica, de modo que não seja fruto de um consenso sobre valores de justiça, mas que seja fruto da diferença imanente da sociedade, comportando, assim, em seu conceito, uma pluralidade de interesses.

E dentre essa pluralidade é, importante, pois considerar o papel da racionalidade liberal e sua penetração nas estruturas do estado, moldando a formação da vontade estatal a fim atender a determinados interesses, pelo que a concepção de um interesse público uno e abstrato é útil para a sua legitimação, como sendo em prol de um todo, no qual leia-se, o povo homogeneamente entendido.

3.3 Testando a Hipótese... Descriptando o controle consensual da ANS

As corporações não são meramente agentes econômicos, pois constituem um poder efetivo de determinação social e política, em outras palavras, isto significa dizer que o estado não age somente de acordo com a vontade coletiva, mas sim de acordo com interesses de corporações econômicas, sobretudo, em um contexto em que há um grande nível de controle privado sobre a coisa pública (Rodrigues, 2023). Nesse sentido, podemos afirmar que, em um Estado dominado por pouquíssimos atores individuais e privados, suas metas e estratégias respondem somente aos próprios interesses particulares? (Rodrigues, 2023).

Essa dominação do Estado e da coisa pública se dá, em especial, pela centralização do capital, que é um processo que envolve um conjunto de empresas, controladas por um número cada vez menor de proprietários.

Esse é um fenômeno que já vem ocorrendo há umas duas décadas no Brasil e, especificamente, no setor da saúde suplementar, é um fenômeno que se acelerou no período de 2009 a 2016 (Brito, 2023), e se manifesta pelos seguintes mecanismos: por concentração do setor, seja por empresas maiores adquirindo empresas menores, normalmente empresas que já atuam nos principais mercados de saúde privada no Brasil; por fusão de duas empresas que já atuam no setor, onde normalmente uma delas deixa de existir, ainda que continue usando a mesma marca; ou por verticalização do setor, quando uma empresa controla uma cadeia mais longa de atividades por meio de rede própria ambulatorial, hospital, diagnóstico, dentre outras, que servem ao objetivo final de controlar a assistência à saúde dos seus clientes.

Um exemplo ocorrido recentemente no mercado brasileiro foi a fusão de duas grandes empresas do mercado de saúde suplementar, a Hapvida e o Grupo Notre Dame Intermédica, que possuíam um modelo de negócio muito parecido e uma complementaridade do negócio, dado que, em algumas cidades, uma era pequena e a outra era maior. Outro exemplo, é o negócio entre a Rede D'or e a SulAmérica, cujo objetivo foi o de ofertar, aos clientes segurados pela SulAmérica, os serviços da Rede D'or, assim, uma empresa maior, no caso a Rede D'or, visa participar da atividade de planos e também ter o poder de barganha para a negociar com outras empresas de planos de saúde os preços dos seus serviços.

Mas isso não é uma novidade no capitalismo, como não é uma novidade no capitalismo brasileiro. É, pois, nesta perspectiva, que pretendemos testar a primeira premissa que compõe a hipótese de que, em razão da soberania porosa, o poder discricionário da ANS está sujeito aos interesses do mercado.

Para tanto, elaboramos o que denominamos de indicador de concentração do mercado³⁰, do qual faz parte o grau de saída ponderado para avaliação de holdings desenvolvido por Rodrigues (2023) e o número de beneficiários das Top-holdings, 0,6% das operadoras de planos de saúde no Brasil apuradas pelo NUJUP a partir dos dados disponibilizados pela ANS, por meio da plataforma intranet:

³⁰ O Indicador de Concentração de Mercado (ICM) foi calculado com base na participação percentual de mercado das principais operadoras de saúde suplementar, considerando o número total de beneficiários registrados pela ANS. A fórmula utilizada para cada operadora *i* foi:

$$ICM_i = \frac{\text{Número de beneficiários da operadora } i}{\text{Número total de beneficiários do setor}} \times 100$$

Tabela 2. Top-holders: Quantidade de holdings e empresas identificadas por ordem decrescente no setor de saúde.

Subsetor	Quantidade de empresas	Nome das Holdings
Saúde	5	Rede D'Or, Diagnósticos da América, Eurofarma, Notre Dame, Amil.

Fonte: Rodrigues (2023).

Tabela 3. Super top-holders: três principais setores da rede corporativa grau de saída ponderado.

Origem do capital				
Estrangeiro	Público	Privado	Total por setor	Setor
7	2	6	15	Energia elétrica
1	1	7	9	Finanças
1	-	4	5	Saúde
9	3	17	29	Total Geral

Fonte: Rodrigues (2023).

Os resultados das tabelas 2 e 3 derivam do estudo sobre “quem está no comando?”, no qual Rodrigues (2023) analisou os grupos econômicos que controlam os setores econômicos no Brasil, a partir da metodologia de Análise de Redes Sociais, e chegou ao seguinte resultado: 200 holdings (estrangeiras, nacionais privadas e estatais) que integram 6.235 unidades empresariais representam apenas 0,03% das empresas ativas, mas respondem por 63,5% do PIB brasileiro, quase 70% de toda a riqueza produzida no país (Rodrigues, 2023).

Estes resultados, por si, já apontam para uma enorme concentração, mas ao realizar uma análise relacional, o autor chegou ao seguinte resultado: Apenas 62 empresas (0,0004%) de um universo de 19,7 milhões de empresas concentram 25% da economia corporativa e dentre esse percentual, 29 holdings pertencem a somente três setores da economia (pela ordem de importância relacional, energia elétrica, finanças e saúde).

E dentre estes setores há o que nos interessa que é o setor de saúde, que segundo Rodrigues (2023) é controle por apenas 5 corporações, a saber: Rede D'Or, Diagnósticos da América, Eurofarma, Notre Dame, Amil, dentre as quais, 3 são do setor de saúde suplementar, nomeadamente, Rede D'Or, Notre Dame e Amil.

Ademais, dessas 29 unidades empresariais (0,5% do total da rede), podemos perceber, pelo na tabela 3, que apenas 3 são do setor público, estando em primeiro lugar as empresas privadas de capital nacional (17) seguidas pelas de origem estrangeira (9), o que demonstra que o setor público já perdeu o controle sobre a economia ou está próximo desse cenário tendo em vista que é minoria, ou sequer está presente no nível mais alto da esfera corporativa, como no setor de saúde.

Por meio deste estudo, Rodrigues (2023) verificou que o controle acionário, por meio de um diminuto grupo, se dá pelos processos de privatizações e aquisições acionárias estratégicas, demonstrando que o poder em uma rede que abrange os principais fatores econômicos de um país não é necessariamente exercido pelos que se destacam nesses critérios tradicionais como receita bruta, patrimônio líquido, lucro líquido e rentabilidade, conforme são comumente adotados.

No setor de saúde suplementar, em 1999, marco do início da regulação do setor, havia 1.380 operadoras de saúde médico-hospitalares com beneficiários no Brasil; em dezembro de 2009, esse número reduziu para 677 (ANS, 2023). E em 2024, segundo os dados divulgados pela ANS, o número de operadoras de saúde médico-hospitalares, com beneficiários, é de 878 operadoras, ao passo, que durante todo esse período, o número de usuários se elevou de 30,7 milhões para 51 milhões (ANS, 2023). Parece haver, portanto, uma tendência à concentração no mercado de saúde suplementar, que ocorreu, em sua grande maioria, por fusões e incorporações³¹.

Nesse sentido, para tentar compreender esse processo de concentração, Scheffer e Souza (2022) estudaram os atos de concentração, fusão e aquisição analisados pelo Cade de 2005 a 2019 e chegaram no seguinte resultado: De 2005 a 2019, o CADE julgou 181 atos de

³¹ O professor Dr. José Ângelo destacou como virtude do trabalho a articulação precoce entre construção teórica e mobilização de dados empíricos, já perceptível a partir da página 120 do Capítulo 3. Nesse contexto, chamou atenção para a discussão sobre a concentração do capital no setor de saúde suplementar, ponderando que a evolução do número de operadoras entre 1999 (1.380), 2009 (677) e 2024 (878) pode não refletir uma tendência linear de concentração. Questionou, nesse sentido, se não haveria flutuações ou ciclos no mercado, com momentos de maior ou menor concentração, abertura para novos entrantes e posterior retração. Sugeriu, portanto, que seria pertinente relativizar a conclusão quanto à concentração de mercado, explicitando a possibilidade de variações cíclicas e reconhecendo que a análise baseada em apenas dois pontos temporais poderiam ser insuficientes para afirmar uma tendência contínua. Esclareci que a análise da concentração parte de uma sistematização dos dados desde 1999 – período anterior à utilização dos TCAC pela ANS – com o intuito de observar a evolução do setor no longo prazo. Foi construída uma planilha única com todos os TCAC firmados entre 2003 e 2025, relacionando as operadoras envolvidas e identificando sua situação atual (ativas ou inativas). Verificou-se que muitas operadoras não estão mais ativas, seja por falência, seja por fusão ou incorporação por grupos maiores. Esse movimento denota que operadoras de menor porte enfrentam dificuldades de competitividade, o que contribui para um processo de concentração. Além disso, parte do crescimento pontual do número de operadoras também está associado à pulverização de cooperativas Unimed, que possuem CNPJ distintos por região, embora integrem uma mesma estrutura federativa. Esse fenômeno pode gerar uma impressão de aumento numérico, mas não reflete a concentração efetiva do mercado. Para contornar esse desafio metodológico, recorri ao estudo do professor Dr. Eduardo Rodrigues (2023), que identificou a existência de holdings que controlam diversas operadoras formalmente autônomas, mas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Assim, muitas operadoras com CNPJ distintos fazem parte de um mesmo conglomerado empresarial, o que confirma a concentração sob uma lógica de rearranjo societário. Pontuei que esse estudo de Rodrigues foi especialmente útil para reforçar a análise, ao evidenciar, por exemplo, que o Bradesco é uma holding que atua simultaneamente nos setores financeiro e de saúde suplementar, com participação expressiva por meio da Bradesco Saúde. Portanto, mesmo diante de flutuações no número total de operadoras, os dados demonstram que a maior parte dos beneficiários está concentrada em poucas empresas – um dado que reforça a crítica à assimetria negocial nos acordos firmados com a ANS e fundamenta a análise sobre a fragilidade dos mecanismos consensuais diante da racionalidade econômica dominante no setor.

concentração entre empresas de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica, envolvendo capital nacional e estrangeiro, que ocorreram dentro de um dos três segmentos, mas também de forma “cruzada” entre eles, o que, neste caso, evidencia um processo de verticalização do setor de saúde; De 2005 a 2009, foram registradas 32 fusões; De 2010 a 2014, foram 84 operações; E, por fim, de 2015 a 2019, foram 65 atos de concentração.

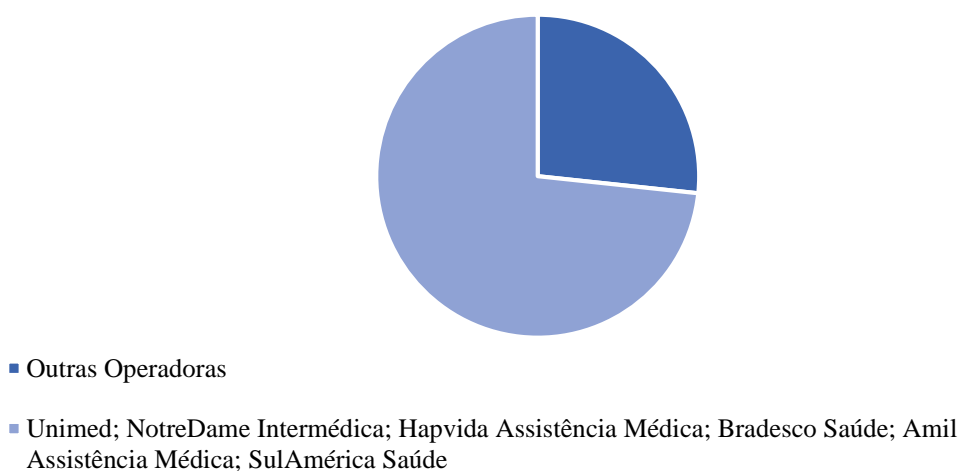
Importante a observações dos autores de que, no último período analisado, de 2015 a 2019, apesar do menor número de atos de fusões e aquisições, se comparado ao quinquênio anterior, foram mais volumosos em termos de recursos e fatia de mercado envolvidos, além da maior participação de capital estrangeiro, em função Lei no 13.097/2015, o que acarretou uma expansão de conglomerados econômicos da saúde (Scheffer e Souza, 2022).

Outra perspectiva de análise da concentração do setor de saúde suplementar é a análise do número de beneficiários de cada grupo empresarial. Verificamos que apenas 06 operadoras de planos de saúde, considerando todo o grupo econômico, concentram números de beneficiários na ordem dos milhões, destoando das demais operadoras, cujos beneficiários foram contabilizados na ordem dos milhares.

No gráfico 16³² é possível visualizar que essas 06 operadoras correspondem a apenas 0,6% das operadoras médico-hospitalares, que detém mais de 73% dos beneficiários do setor de saúde suplementar:

³² O professor Dr. José Ângelo sugeriu, como aperfeiçoamento metodológico, a inclusão de um apêndice contendo a formalização dos índices mobilizados no trabalho, com a definição das variáveis envolvidas e suas respectivas fórmulas. Destacou que tal medida, embora não impacte sua avaliação, agregaria valor à pesquisa ao reforçar sua transparência metodológica e replicabilidade, mas ressaltou ainda que a construção de ferramentas analíticas, como índices e indicadores, constitui uma das principais contribuições do trabalho à comunidade científica, e sua explicitação formal representaria um bônus relevante para futuros pesquisadores. Na oportunidade, agradeço a valiosa observação, especialmente por se tratar de um olhar externo ao processo de construção da pesquisa, ressaltando que houve um esforço ao longo do texto para apresentar, antes de cada gráfico, a descrição detalhada das variáveis utilizadas e a metodologia de cálculo para que o leitor não precise retomar as páginas anteriores para compreender plenamente a análise. Assim, acolhi integralmente a sugestão de tornar essa explicação mais acessível e sistematizada, sobretudo, para contribuir para a eventual replicação ou uso complementar dos dados em outros estudos semelhantes, como os que já foram realizados em pesquisas correlatas.

Gráfico 16. 0,6% das operadoras de plano de saúde médico-hospitalares, no Brasil, concentram 73% dos beneficiários.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Não coincidentemente, essas mesmas operadoras são as empresas indicadas no estudo de Rodrigues (2023) como as top-holdings do setor de saúde, por isso, apropriamos do termo utilizado por ele. Segundo os estudos de Rodrigues (2023), a Rede D'Or, Notre Dame e a Amil são as três holdings, dentre as 5, que controlam o setor de saúde. Em nosso estudo, chegamos ao mesmo resultado considerando a concentração do número de beneficiários, pois:

- a) A SulAmerica faz parte da Rede D'Or;
- b) A Notre Dame e a Hapvida passaram por um processo de fusão;
- c) A Amil é a mesma empresa em ambos os estudos;
- d) A Bradesco Saúde faz parte do Bradesco, uma top holding do setor de finanças apurado por Rodrigues (2023).

Já o grupo econômico da Unimed controla 98% do setor na modalidade cooperativa, na medida em que as cooperativas médico-hospitalares possuem 18.855.101 de beneficiários e somente o grupo econômico da Unimed possui 18.623.533 de beneficiários.

Apesar de a concentração no setor de saúde suplementar não ser apontada necessariamente como negativa, é necessário analisar os efeitos da concentração e indicar se isso provocou, ou não, melhoria de bem-estar aos consumidores é outra questão pertinente no contexto de regulação. Adré Medici sustenta que “em um mercado onde os custos associados a um paciente podem ser muito elevados, o tamanho da operadora é um dos principais fatores para diluir ou reduzir o risco de quebra e garantir a proteção de seus segurados” (Medici, 2022, p.2). Mas, certamente, o tamanho da operadora e uma estrutura acionária capilarizada torna essas empresas importantes atores no jogo político.

É certo que, embora a concentração de poder econômico não leve necessariamente ao controle político, no setor da saúde, esse poder político emerge da natureza da saúde suplementar, que faz parte da infraestrutura de serviços essenciais e envolve a gestão de tecnologias vitais, de modo que o controle deste setor por um pequeno grupo, exercendo influência sobre o país, conseqüentemente, limita de forma significativa a execução de políticas públicas na área econômica (Rodrigues, 2023).

Uma das conseqüência é o fortalecimento do lobby das empresas de plano de saúde, sobretudo por meio do financiamento de campanhas eleitorais, como concluíram Shchefer e Bahia (2011) ³³, ainda, segundo os quais, esse lobby não só exclui os interesses sociais e coletivos de saúde da população como também cria dificuldades às tentativas de transformação do sistema de saúde brasileiro com vistas à correção de iniquidades e a concentração deste setor em poucos atores eleva, portanto, o poder de barganha política, comprometendo o sentido de interesse público.

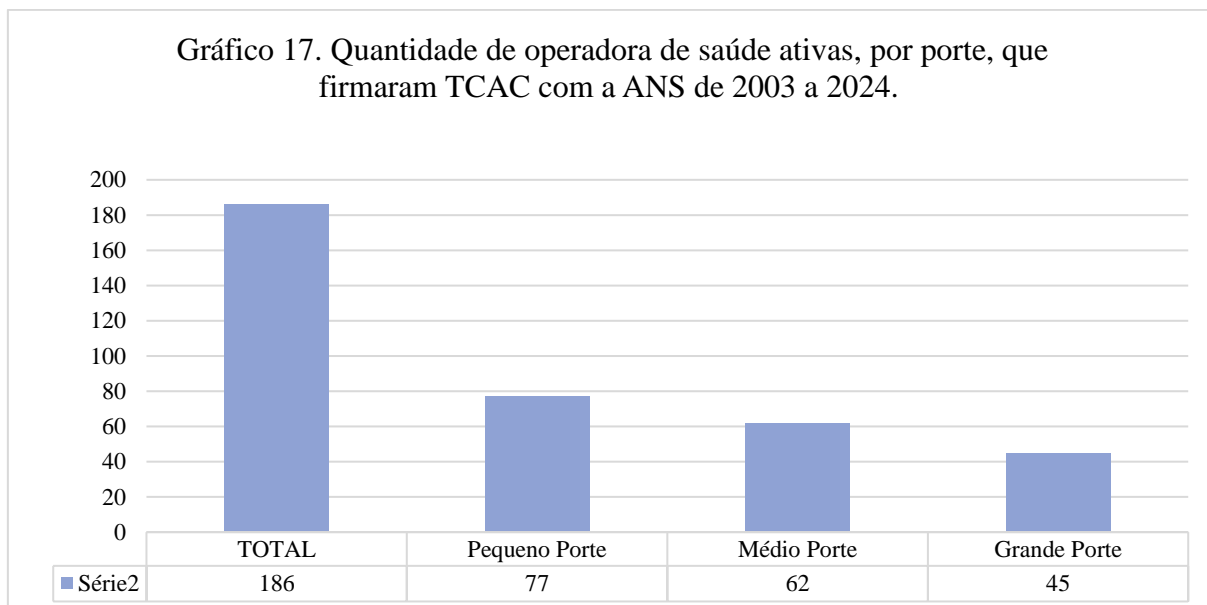
É, pois, nesta perspectiva, que esses indicadores do nível de controle privado (operadoras de saúde) sobre a coisa pública (saúde pública/políticas de saúde), demonstram uma dificuldade, sobremaneira, na condução da sociedade pelo Estado, cujas metas e estratégias, por óbvio, passam a responder somente aos próprios interesses privados, dado o controle político de pouquíssimos atores individuais que não se comprometem com o interesse público.

A segunda premissa da hipótese é que a regulação consensual não produz um resultado favorável que esteja aberto a todos, ocultando sujeitos. Para tanto, formulamos dois indicadores que denominamos de Indicadores de Ocultação de Sujeitos.

O primeiro compreende o número de operadoras ativas, por porte, que firmaram TCAC em comparação com o número de PAS objeto de TCAC por porte de operadoras e o gráfico 17, demonstra que há mais empresas de pequeno e médio porte e, dentre estas, as de pequeno porte que firmaram mais número de TCAC que empresas de grande porte:

³³ Nestes estudos os autores obtiveram como resultado que nas eleições de 2010, as empresas de planos de saúde destinaram R\$ 11,8 milhões em doações oficiais para as campanhas de 153 candidatos a cargos eletivos, o que contribuiu para a eleição de 38 deputados federais, 26 deputados estaduais, 5 senadores, além de 5 governadores e da presidente da República, e os outros 82 candidatos receberam apoio, mas não foram eleitos (Scheffer e Bahia, 2011).

Gráfico 17. Quantidade de operadora de saúde ativas, por porte, que firmaram TCAC com a ANS de 2003 a 2024.

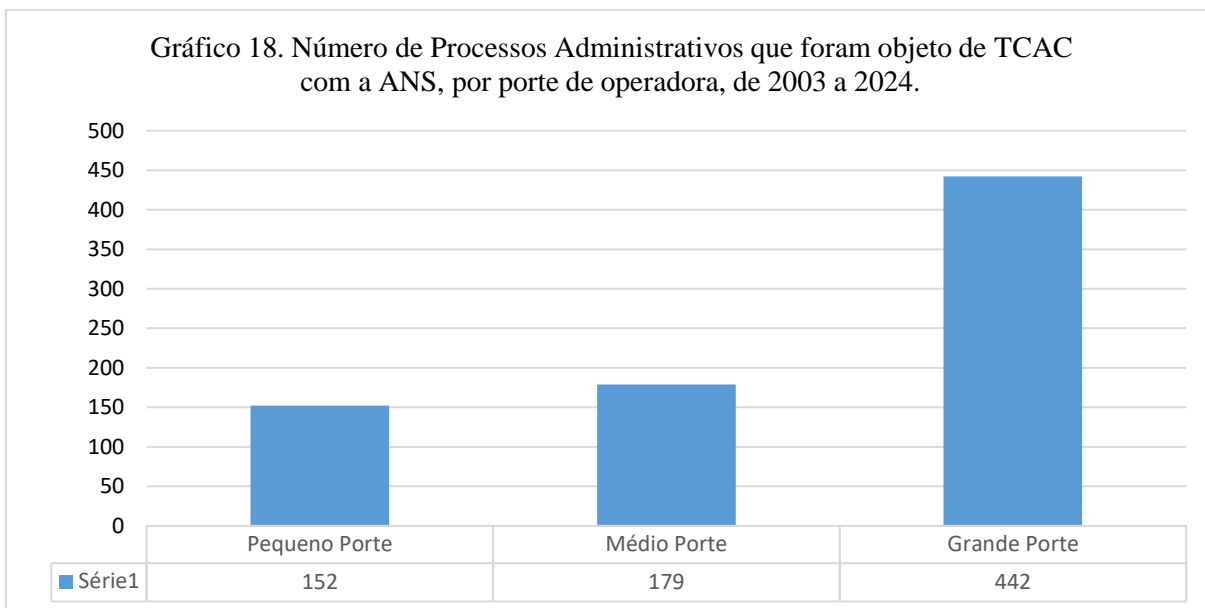


Fonte: (NUJUP, 2024).

Em um primeiro momento, acreditamos ter refutado a hipótese, pois, sendo a participação de empresas de pequeno porte maior do que as de grande porte, aquelas não são sujeitos ocultos, de modo que a regulação consensual estaria aberta a todos, desde as grandes corporações que operam planos de saúde, até empreendimentos menores.

Entretanto, pensamos em medir a quantidade de PAS que é objeto de cada TCAC de cada modalidade de operadora, pois uma empresa poderia ter mais de um processo administrativo sancionador suspenso em um único TCAC. Nesta perspectiva, obtemos um outro resultado: As empresas de grande porte tiveram um número muito superior de PAS suspensos do que as empresas de médio e pequeno porte juntas.

Embora as empresas de grande porte sejam a minoria, dentre aquelas que firmaram TCAC, o gráfico 18 demonstra que a quantidade de PAS que são objeto de TCAC dessas empresas é superior à quantidade de PAS das empresas de pequeno porte somados aos das empresas de médio porte:



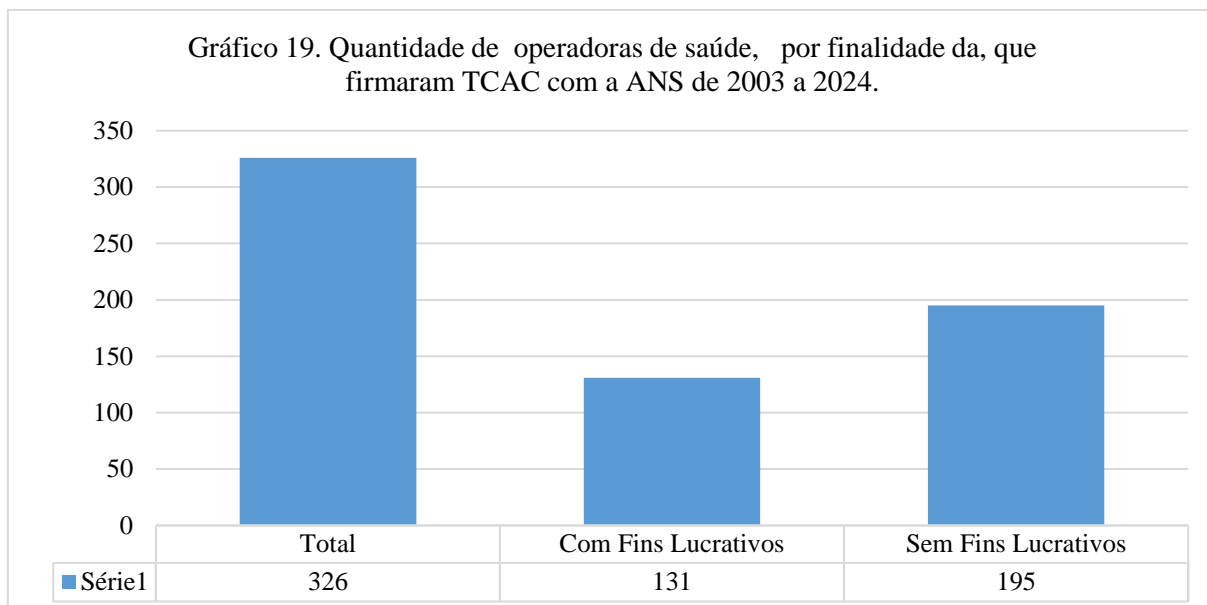
Fonte: (NUJUP, 2024).

Portanto, ainda que a regulação consensual esteja aberta a todos, na medida em que há mais empresas de pequeno e grande porte firmando TCAC do que empresas de médio porte, os benefícios com esse instrumento são maiores para as empresas de grande porte.

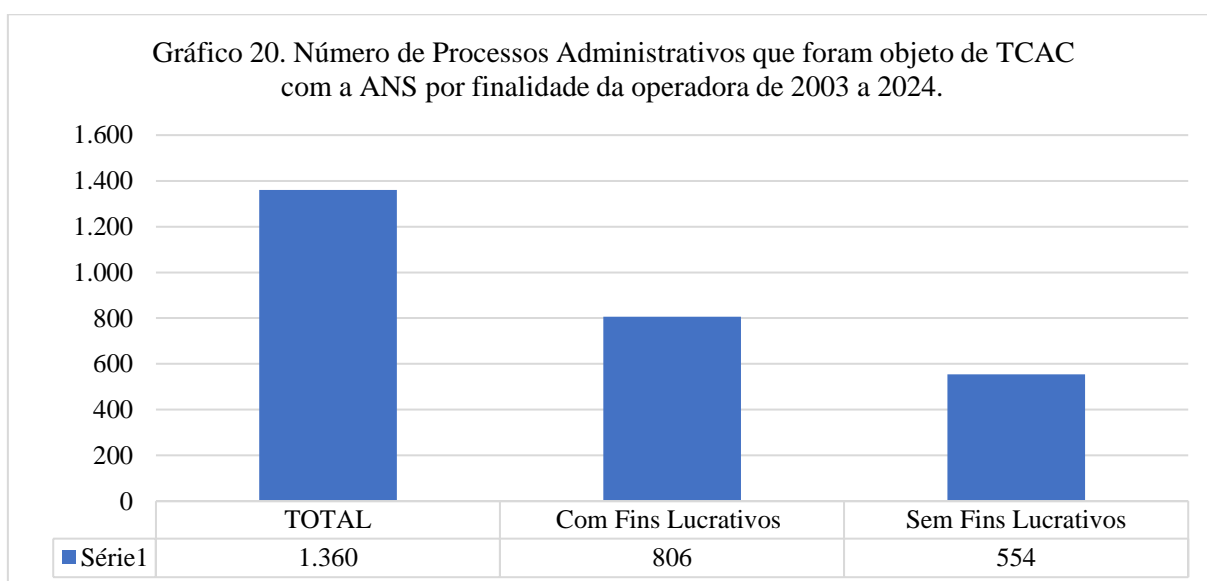
O segundo indicador de ocultação de sujeitos é composto pelo número de operadoras por finalidade (modalidades com ou sem fins lucrativos) que firmaram TCAC em comparação com Número de PAS objeto de TCAC por finalidade (modalidades com ou sem fins lucrativos) das operadoras de 2003 a 2024.

Ressaltamos que para fins desta análise, as empresas sem fins lucrativos são as da modalidade Cooperativa, Cooperativa Odontológica, Autogestão, Filantropia, e as empresas com fins lucrativos são as da modalidade Medicina de Grupo, Seguradora Especializada em Saúde, Administradora de Benefícios e Odontologia de Grupo.

Os gráficos 19 e 20 demonstram que o resultado seguiu a mesma tendência do indicador anterior, pois, ainda que haja mais empresas cuja modalidade é sem fins lucrativos firmando TCAC do que empresa cuja modalidade é com fins lucrativos, estas tiveram mais PAS suspensos com os TCAC do que aquelas:



Fonte: NUJUP (2024).



Fonte: (NUJUP, 2024).

Diante destes dados, elaboramos um indicador que denominamos de Indicador de Sujeição ao Poder Econômico³⁴, a partir do qual analisamos a proporção do passivo de multa em relação ao ganho líquido acumulado das operadoras reincidentes no ranking dos 10 maiores IGR de 2020 a 2024.

³⁴ O Indicador de Sujeição ao Poder Econômico (ISPE) foi desenvolvido para avaliar a influência econômica das operadoras reincidentes nos processos regulatórios da ANS, relacionando o passivo total de multas aplicadas à operadora com o seu lucro líquido acumulado no período avaliado. A fórmula empregada foi:

$$ISPE_i = \frac{\text{Passivo total de multas da operadora } i}{\text{Lucro líquido acumulado da operadora } i}$$

O IGR é o Índice Geral de Reclamações³⁵ que também é calculado por operadora de saúde pela ANS, de modo que quanto maior o índice, mais próximo de 100, maior é a quantidade de reclamação contra determinada empresa. Nesse sentido, a ANS elabora, ano a ano, o Ranking de IGR, classificando as empresas do maior índice ao menor, assim, selecionamos, neste Ranking, os 10 maiores IGR de 2020 a 2024.

Nesse período de 05 anos, percebemos que há empresas reincidentes, que aparecem dentre os maiores IGR em todos os anos de 2020 a 2024. E essas mesmas empresas são, também, as que mais receberam penalidade em PAS no mesmo período, porém, em nenhum ano, de 2020 a 2024, nenhuma dessas empresas firmaram TCAC apesar do alto índice de reclamações.

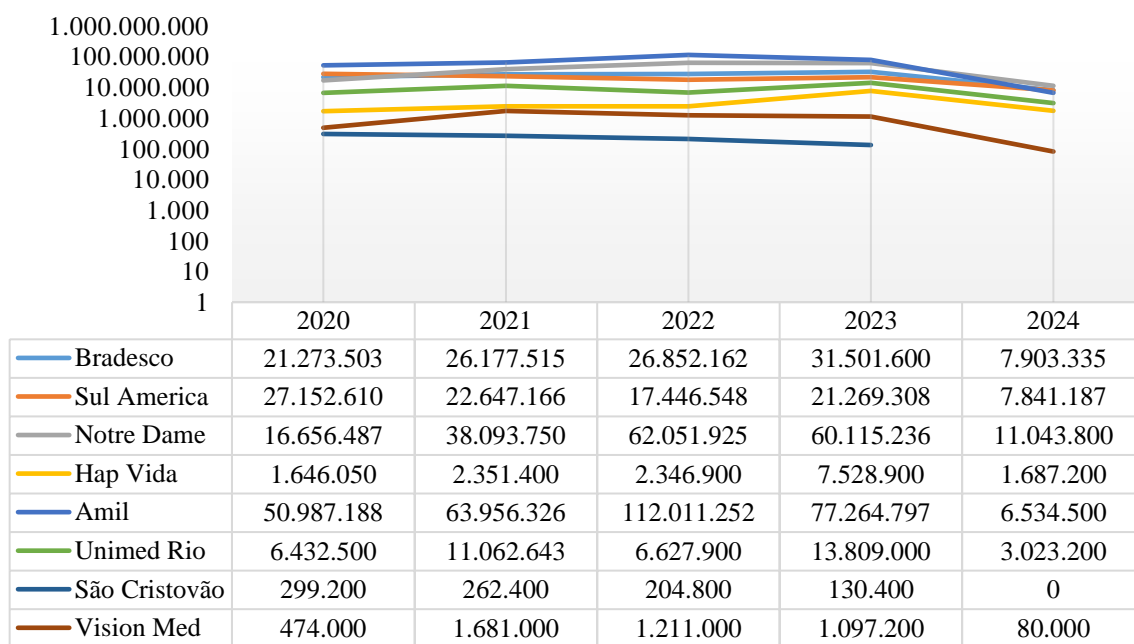
E essas empresas, reincidentes em reclamações, são as empresas que compõem o grupo daquelas que controlam o setor de saúde, conforme apuramos ao analisar o número de beneficiários por empresa e conforme apurou Rodrigues (2023) ao analisar o controle acionário das *holdings*.

Nesse contexto de estudo, o gráfico 21 demonstra a quantidade de multas aplicadas pela ANS a essas empresas nos anos de 2020 a 2024:

³⁵ Por fim, o Índice Geral de Reclamações (IGR) foi calculado para comparar a frequência relativa de reclamações contra cada operadora, ponderando o número absoluto de reclamações pelo total de beneficiários da empresa:

$$IGR_i = \frac{\text{Número de reclamações contra a operadora } i}{\text{Número de beneficiários da operadora } i} \times 1000$$

Gráfico 21. Passivo de multa das operadoras reincidentes no IGR de 2020 a 2024.



Fonte: (NUJUP, 2024).

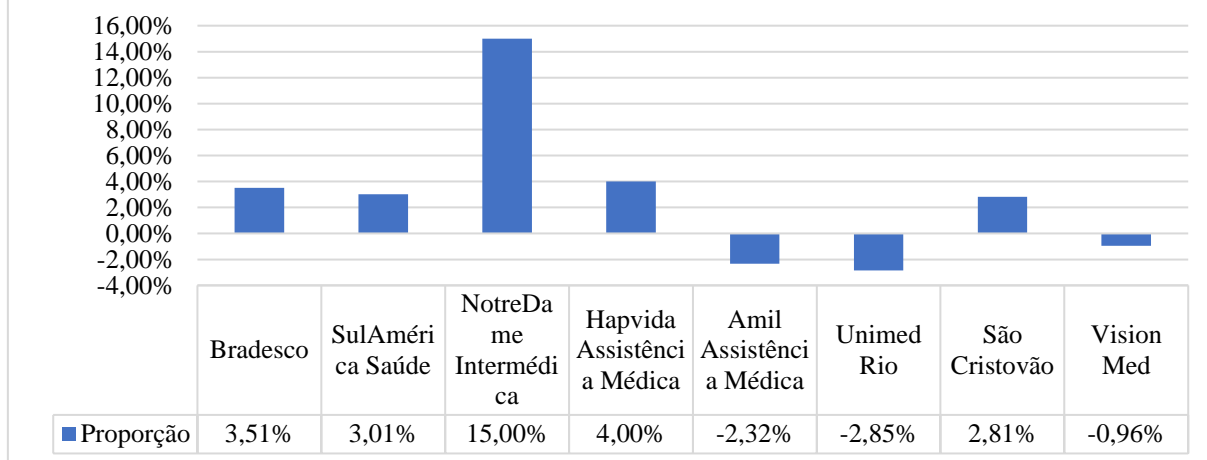
O gráfico evidencia que a soma anual das multas aplicadas gira em torno dos milhões de reais. Porém, nesse mesmo período de 2020 a 2024, somente a empresa Hap Vida (01) e a Vision Med (02) firmaram TCAC, respectivamente, 01 e 02 termos.

Diante desses dados, questionamos, portanto, se o TCAC é considerado um meio efetivo para a solução de demandas dos consumidores, de modo que aprimorar a prestação dos serviços de saúde, bem como é considerado efetivo na redução das multas aplicadas, porque essas empresas, que são reincidentes em alto índice de reclamação, bem como em PAS que resultam em multas, não aderem ao instrumento regulatório consensual?

3.3.1. A multa compensa?

O gráfico 22 nos mostra que a aplicação de multas pela ANS, representou, no máximo, em 2023, 15% dos rendimentos líquidos para uma operadora de saúde, a saber: Notre Dame Intermedica. Em relação às demais operadoras de saúde, para aquelas que tiveram o resultado positivo, o percentual de multas representa em torno de 3% de seus rendimentos líquidos e para aquelas que tiveram resultado negativo, o montante de multa representou em torno de 1% dos seus rendimentos, não sendo, pois, o fator responsável pelo saldo negativo:

Gráfico 22. Proporção do passivo de multa em PAS, em 2023, das operadoras de plano de saúde com maiores IGR de 2020 a 2024, em relação ao resultado líquido acumulado por elas no ano de 2023.



Fonte: (NUJUP, 2024).

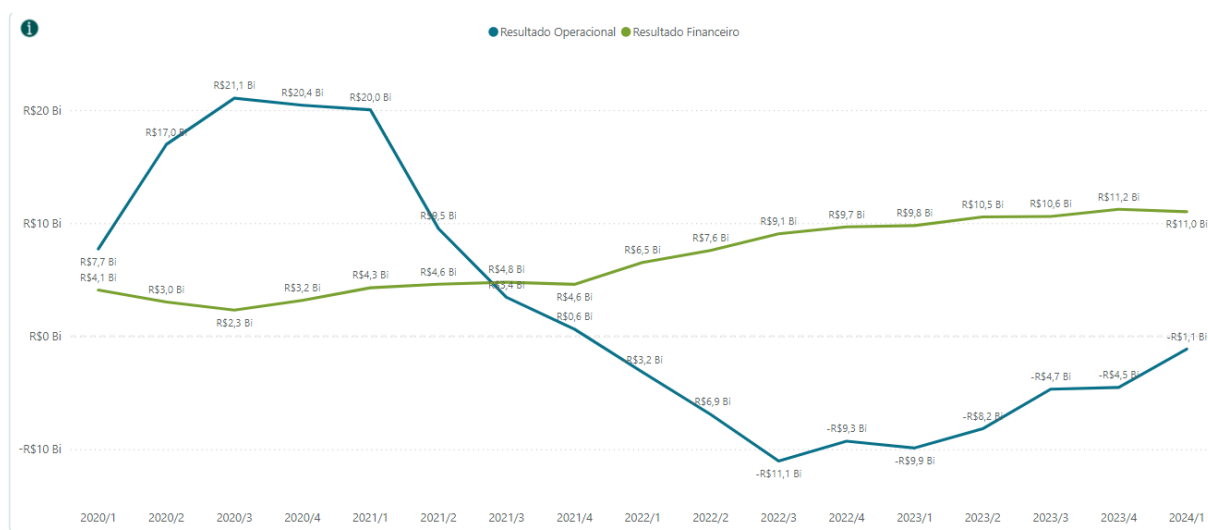
E em relação à NotreDane Intermédica, considerando o processo de fusão com a Hapvida, a proporção da multa em relação ao seu ganho líquido diminuiria, passando a representar 11% dos rendimentos, demonstrando, assim, como os arranjos societários, diluem o passivo de multa.

Nesse sentido, a aplicação de multa vem se revelando ineficaz como mecanismo de controle e incentivo ao cumprimento de normas, pois, quando a sanção corresponde a uma parcela tão baixa dos ganhos da empresa, seu financeiro é insuficiente para estimular mudanças significativas de comportamento ou práticas que colocarão os beneficiários em primeiro lugar.

Em vez de representar uma dissuasão, a multa torna-se um custo operacional facilmente absorvível, o que pode encorajar práticas negligentes ou abusivas, considerando que a operadora pode avaliar o valor da multa como inferior aos benefícios obtidos ao descumprir normas regulatórias. Assim, para que a sanção seja realmente eficaz, sua proporção em relação aos rendimentos líquidos deve ser suficientemente expressiva para afetar a estratégia financeira da operadora e reforçar a importância do cumprimento integral da operadora.

Essa situação fica evidente ao compararmos o resultado operacional e o resultado financeiro dessas operadoras de 2020 a 2024. No gráfico 22, observamos que, desde 2020, houve uma queda considerável do resultado operacional dessa empresa, que é resultado obtido pela prestação de serviços de saúde, acompanhado por aumento significativo, inversamente proporcional, do resultado financeiro, que é obtido a partir de investimentos estranhos à atividade fim dessas empresas:

Gráfico 23. Resultados operacional e financeiro das operadoras de planos de saúde, no Brasil, de 2020 a 2024



Fonte: (ANS, 2024)

O gráfico 22 ainda nos revela que o resultado operacional do setor desde o fim da pandemia do COVID 19 vem apresentando resultados negativos, caracterizando uma crise do setor de saúde suplementar, ao passo que o resultado financeiro vem apresentando resultados positivos muitos superiores aos ganhos operacionais.

Sobre a crise financeira do setor, importante identificar que são uma grande teia, conectada com setores financeiros, não são mais grupos estanques, pois existe uma forte conexão acionária com grupos que operam outros setores da economia, em especial o financeiro (Rodrigues, 2023). Por exemplo, o Bradesco que tem uma forte conexão com a saúde e com o mercado financeiro e um lado acaba compensando o outro.

Trata-se de um clube, as operadoras de saúde são compostas por várias empresas que fazem parte de uma mesma holding com capital de origem estrangeira, que fazem ajustes societários a depender do contexto, de modo que “ninguém sai perdendo e ano a ano aumentam seu poder econômico” (Rodrigues, 2023, 175).

Assim, as empresas do setor de saúde se tornaram grandes capitais no capitalismo brasileiro, espelhando o que acontece por exemplo nos Estados Unidos e esse amadurecimento faz com que ideias sobre regulação do setor privado, antes muito mais difundidas, passem a entrar em conflito com a realidade, de modo que é muito mais difícil o poder público ter mecanismos de regulação de atividades privadas do que antes (Scheffer e Souza, 2022).

No período estudado, foram identificadas 13 companhias ou fundos de investimento remetentes de capital estrangeiros para o setor saúde no Brasil, sendo a maioria (8) originária

dos Estados Unidos, duas da Suíça, uma com sede na Argentina e duas brasileiras, mas que fazem gestão de ativos globais. Dessas empresas e fundos, 10 deles atuam predominantemente no mercado financeiro e apenas três (UnitedHealth Group, Bain Capital e Massachusetts Mutual) têm a saúde como ramo de investimento. Os segmentos destinatários do capital estrangeiro são principalmente planos de saúde e redes de hospitais, clínicas e medicina diagnóstica (Scheffer e Souza, 2022).

Nesse sistema, as grandes corporações dominam a divisão internacional do trabalho, configurando-se como multinacionais, multissetoriais e multifuncionais. Em outras palavras, elas expandem suas atividades por diferentes países, abrangem variados setores econômicos e atuam em múltiplas esferas de geração de riqueza. Esse modelo de capitalismo financeirizado promove uma concentração crescente de capital e intensifica a centralização, ao mesmo tempo em que exacerba a competição entre as corporações na chamada mesoestrutura, entendida como o espaço intermediário onde empresas com capital concentrado e aquelas operando como capital geral disputam espaço nas diversas esferas de valorização econômica. (Braga e Oliveira, 2022).

Nesta perspectiva, organismos internacionais como o Banco Mundial, inserem o capital estrangeiro no conjunto de estratégias visando a cobertura universal de saúde para países de baixa e média renda, que consistiria no incentivo ao financiamento privado e aos gastos diretos, em suporte à demanda. O capital estrangeiro que ingressou no Brasil até agora, salvo exceções, é predominantemente oriundo de fundos que não atuam na área da saúde. São investimentos geralmente de curto prazo, de caráter menos empreendedor e mais rentista.

Nesse contexto, as empresas do setor de saúde estão frequentemente conectadas ao sistema financeiro, com capital aberto e significativa participação de fundos de investimento, bancos, fundos de previdência, fundos de pensão, seguradoras e outras entidades financeiras, de modo que os planos e seguros de saúde privados contam com a atuação direta das seguradoras, instituições que fazem parte do sistema financeiro e que, em muitos casos, estão integradas a conglomerados econômicos controlados por grandes bancos (Braga e Oliveira, 2022).

O fato de o ganho operacional das operadoras de saúde ser inferior ao ganho financeiro revela uma estratégia de priorização dos rendimentos financeiros sobre a eficiência dos serviços de saúde propriamente ditos. Quando a receita financeira supera a obtida pela operação, é um indicativo de que essas empresas destinam recursos significativos para aplicações financeiras e constituem provisões para lidar com eventuais penalidades regulatórias. Em outras palavras, o

lucro proveniente de investimentos financeiros permite que as operadoras criem reservas para contingenciar multas e outras sanções, ao invés de investir na melhoria da prestação de serviços.

Esse cenário evidencia um desvio de foco: em vez de priorizarem a qualidade do atendimento e a expansão de cobertura, as operadoras utilizam os lucros financeiros para gerenciar riscos jurídicos e evitar impactos significativos em seus resultados financeiros, preservando o lucro ao custo de comprometer o serviço oferecido aos consumidores.

Além do cenário de financeirização, a baixa capacidade institucional da ANS de cobrar as multas também é um fator que enfraquece o poder sancionador da agência e foi identificado pelo TCU, em 2010, por meio de auditoria, analisou a arrecadação das multas aplicadas por órgãos e entidades federais, detectando baixos percentuais de cobrança administrativa, de inscrição de inadimplentes no CADIN e de ajuizamento de execução judicial, bem como risco de prescrição dos créditos (Godinho, 2021).

Nesse sentido, em Acórdão nº 1.817/2010-Plenário, o TCU recomendou e determinou ações para aprimorar o recebimento de créditos, incluindo a revisão de mecanismos de cobrança administrativa para melhorar a eficácia e desempenho na arrecadação. Em monitoramentos posteriores, o tribunal revisitou o tema em 2012 (Acórdão nº 482/2012 - Plenário), 2014 (Acórdão nº 1.665/2014 - Plenário) e 2015 (Acórdão nº 1.215/2015 – Plenário), identificando os mesmos problemas e reiterando recomendações de aperfeiçoamento, além de incluir o acompanhamento contínuo nos relatórios anuais de gestão. E no último monitoramento feito, por meio do Acórdão nº 1970/2017 – Plenário, o TCU observou tanto falhas persistentes quanto avanços decorrentes do monitoramento.

Tendo em vista que a questão da cobrança de multas pelas agências reguladoras se posiciona em uma zona de intersecção entre atividades de gestão (relacionadas à obtenção de recursos) e a função regulatória (exercício do poder sancionador), o controle exercido pelo TCU buscou suprir as lacunas identificadas, envolvendo-se mais intensamente na atividade regulatória, embora, tenha acarretado críticas severas quanto ao que foi considerado um excesso de fiscalização (Godinho, 2021).

Mas a atuação do TCU se justifica, na medida em que o poder sancionador é um requisito de eficácia e um mecanismo da atividade regulatória, pois ratifica as competências do órgão regulador junto ao mercado regulado e aos consumidores; desestimula a ocorrência de infrações; responsabiliza e pune aqueles que cometeram infrações (Godinho 2021), de modo que se ausente a capacidade coercitiva do regulador (ameaça potencial e a aplicação de

sanções), a autoridade regulatória resta fragilizada e o usuário desamparado (Marques Neto, 2000).

Especificamente quanto à ANS, o TCU apurou que até 2010 uma atuação regulatória fragilizada em relação à aplicação de multa, conforme os dados que podem ser visualizados no Mapa Mental 8:

Mapa Mental 8. Cenário da cobrança de multas pela ANS até 2010.



Fonte: (NUJUP, 2024).

O TCU apurou, portanto, que 98,9% das multas aplicadas não são arrecadas e deste montante, um percentual reduzido menos de 2% vem sendo cobrado, seja por meio de execução extrajudicial, seja por inscrição do débito no CADIN, o que gerou o receio de prescrição dos créditos oriundos das multas não cobradas ou que não foram objeto de inscrição em dívida ativa ou no CADIN.

Nesse mesmo período, até 2010, período em que mais houve TCAC, verifica-se ainda um baixo índice de cumprimento, pois, de 1.127 termos, somente 220 foram cumpridos, cerca de 19%.

Um estudo conduzido por Ragazzo, França e Vianna (2017) investigou a regulação consensual por meio dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TCAC) no âmbito das agências reguladoras de infraestrutura. Os autores constataram que, embora parecesse razoável estimular a celebração de TCAC, os dados empíricos demonstram o contrário, o TCAC não tem protagonismo em um contexto em que a aplicação de multas não tem alcançado os efeitos esperados, na medida em que: i) por um lado, as sanções não têm cumprido seu papel dissuasório, já que os infratores muitas vezes conseguem evitar seu pagamento, especialmente por meio da judicialização, onde encontram inúmeras possibilidades de protelar o pagamento das recompensas, especialmente aquelas com maior porte e maior capacidade financeira, ii) por outro lado, as multas também não geraram receitas graves que poderiam ser revertidas em investimentos pelas agências reguladoras.

No caso do setor de saúde suplementar, restou evidente que o valor reduzido das multas impostas às operadoras, aliado ao processo de financeirização dessas empresas e à limitada

capacidade de cobrança dessas sanções, cria um ambiente propício ao chamado "dano eficiente", que se configura pelo sopesamento que seu causador deve fazer entre o custo indenizatório e o corretivo da imperfeição que ocasionou a conduta lesiva (Fiuza, 2013).

Nesse contexto, as operadoras podem considerar economicamente vantajoso não cumprir certas obrigações regulatórias, pois os custos das multas são baixos e sua cobrança é lenta e ineficaz. Isso reduz o efeito dissuasivo das sanções, permitindo que as empresas priorizem ganhos financeiros sobre o cumprimento de normas, o que resulta em um ciclo de penalidades ineficazes e incentiva o comportamento de risco em prejuízo dos consumidores e da coletividade. Assim, na prática, esse contingenciamento das multas implica em consequências perversas para o consumidor direto destas operadoras, para a população brasileira e para toda a infraestrutura de saúde no país.

Sobre essa temática, nos foi questionado pela professora Vanessa de Fátima Terrade³⁶ se não seria o caso de aplicar a teoria da captura, segundo a qual é um conceito de economia e das ciências políticas que descreve como as agências reguladoras, criadas para proteger o interesse público e atividades econômicas regulares, podem ser manipuladas por grupos ou interesses privados que deveriam ser supervisionados. Essencialmente, a teoria sugere que, ao invés de regular de maneira imparcial, essas agências acabam por atuar em benefícios de setores específicos da economia, que possuem mais poder, recursos ou informações para influenciar suas decisões, de modo que a captura ocorre em três dimensões: Econômica, Política e Judicial (Oliveira,2018).

A captura econômica refere-se ao fenômeno em que a regulamentação de um setor é influenciada ou dominada pelos interesses do próprio mercado regulado, em vez de servir ao interesse público. Segundo Melo (2010), esse processo ocorre em ambientes onde há falhas de mercado, como monopólio natural e informação assimétrica. Nessas condições, o regulador precisa conhecer detalhadamente as atividades econômicas e tecnológicas do regulado para minimizar essas falhas e alcançar a eficiência regulatória (o "first best").

Contudo, devido à assimetria de informações e ao conhecimento superior do mercado, o regulador frequentemente só consegue atingir um nível subótimo de regulação (o "second best") e isso acontece porque o regulador depende das informações fornecidas pelo mercado,

³⁶ A professora Dra. Vanessa de Fátima Terrade foi da banca de avaliação do comunicado intitulado "A tendência do controle consensual e o TCAC da ANS em tempos de financeirização da saúde", que é fruto de resultados parciais desta dissertação, o qual foi apresentado no 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Os demais membros da banca foram professor Dr. Janriê Rodrigues Reck (Presidente), professor Dr. Harley Carvalho, professor Dra. Vanessa de Fátima Terrade, professor Dra. Ana Margareth Mendes Coenza e professora Dra. Thereza Nóbrega.

que podem ser incompletas e enviesadas, favorecendo os interesses privados do regulado (Oliveira, 2018).

Além disso, a "porta giratória", como mencionada por Melo (2010), contribui para a captura econômica. Esse fenômeno ocorre quando profissionais alternam suas posições entre o mercado regulado e as agências reguladoras, trazendo o risco de que suas conexões pessoais adquiridas no setor privado sejam utilizadas para influenciar as decisões regulatórias. Para mitigar esse risco, aplica-se a regra da quarentena, que impõe um período de espera antes que ex-reguladores possam atuar em empresas do setor que regulavam. Essa regra visa evitar conflitos de interesse e garantir que as decisões regulatórias permaneçam imparciais e focadas no interesse público, reduzindo a possibilidade de captura econômica por meio de influências indevidas.

Por fim, a corrupção é uma forma explícita de captura econômica, descrita por Gruber (2009) como uma falha de governo em que funcionários abusam de seu poder para maximizar a riqueza pessoal ou beneficiar amigos. Isso enfraquece a regulação e faz com que o poder regulatório seja direcionado para atender a interesses particulares em vez de maximizar o bem-estar social.

A captura política de um órgão regulador acontece quando ele é influenciado por interesses externos, desviando-o de sua função pública e pode ocorrer por grupos de interesse que usam lobby ou corrupção para influenciar decisões regulatórias em favor de interesses políticos ou econômicos. Nesse sentido, a captura pode ser *ex ante*, quando se influencia o legislador antes da criação das normas, ou *ex post*, ao tentar capturar o regulador após a implementação das regras. Ambas as formas comprometem a autonomia do órgão regulador (Oliveira, 2018).

A captura judicial ocorre quando o Poder Judiciário interfere intensamente nas decisões técnicas e administrativas dos órgãos reguladores, substituindo sua função regulatória. Tradicionalmente, a revisão judicial limitava-se à legalidade formal dos atos, sem avaliar a conveniência e oportunidade, que eram de competência do regulador. No entanto, com a ampliação para o princípio da juridicidade, os juízes passaram a considerar princípios como moralidade e proporcionalidade, permitindo maior intervenção (Melo, 2010). Essa interferência excessiva leva à substituição da autoridade do regulador pela vontade judicial, comprometendo a autonomia regulatória.

Entretanto, essa teoria da captura não é o suficiente para explicar a dinâmica do contingenciamento dos instrumentos regulatórios pelas operadoras de saúde, devendo, assim,

ser interpretação à luz da TEP, especificamente, da categoria teoria da Soberania Porosa. Captura é a flexão do verbo Capturar, que significa “prender algo ou alguém; deter, aprisionar; apreender: capturar” (Capturar, 2024), ou seja, extrai-se no conceito a ideia de tomar algo a força, que advém da relação bipolar entre bem e mal. Ocorre que a ANS, enquanto faceta do Estado não pode ser como uma vítima da ação de uma ação externa, a captura, pois esta não uma disfunção do sistema, mas é o reflexo da forma com que o mundo está configurado, em rede.

Explicamos... A teoria da soberania porosa sugere que o poder do Estado e das autoridades reguladoras é fragmentado e permeável a influências externas, como o lobby das empresas. No entanto, essa influência não ocorre necessariamente por meio de ações ilegais ou externas ao Estado, mas sim através de mecanismos legais legítimos, do qual o Estado faz parte, revelando não a sua captura, mas a sua fragilidade para controlar um mercado financeirizado, que dentro do espectro da legalidade tem abertura para tomar decisões diferentes que, em última instância, favorecem seus lucros em detrimento de uma regulação mais eficaz.

3.3.2. Somos consumidores emancipados?

No Dia Mundial da População, em 11 de julho de 2024, a Divisão de População da ONU revelou dados que ecoam como um alerta sobre o futuro demográfico do planeta, pois, as novas informações revelam uma tendência marcante: a proporção de idosos na população total está projetada para crescer significativamente, sinalizando um profundo processo de envelhecimento global já aparente. Especificamente quanto à população brasileira, as projeções da Divisão de População da ONU mostram que a população já vem passando pelo processo de envelhecimento³⁷ e deve crescer 3,2 vezes entre 1950 e 2100, porém, o grupo etário de 0-14 anos deve diminuir em cerca de 10% nos 150 anos em questão, a população de 15 a 59 anos deve crescer 2,8 vezes e a população de idosos de 60 anos e mais de idade deve dar um salto significativo de 31,2 vezes no período.

Isto quer dizer que a proporção de idosos na população total do Brasil vai aumentar exponencialmente, caracterizando um profundo e rápido processo de envelhecimento populacional. Diante deste cenário somos convidados a refletir sobre os impactos dessa transformação nas políticas sociais e, principalmente, nos sistemas de saúde.

³⁷ O último Censo realizado no Brasil, o de 2022, também concluiu pelo envelhecimento populacional, a partir do índice de envelhecimento, que é calculado pela razão entre o grupo de pessoas de 65 anos ou mais de idade em relação à população de 0 a 14 anos, o qual aumentou de 30,7, em 2010, para 55,2, em 2022, significando, assim, que passados 12 anos, há 55,2 pessoas com 65 anos ou mais de idade para cada 100 crianças de 0 a 14 anos.

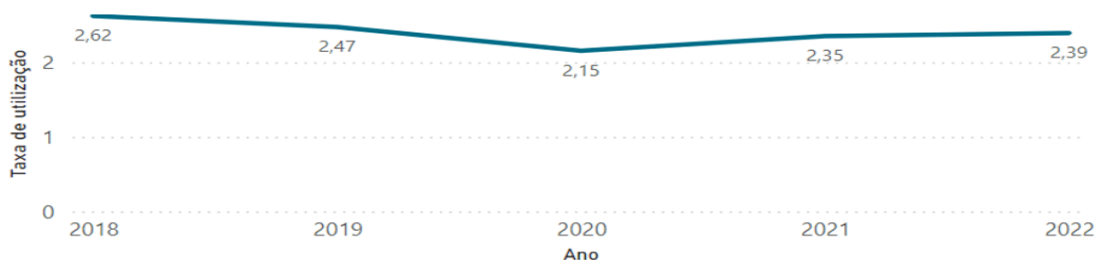
Estes dados são, pois, fundamentais para o planejamento das políticas públicas, para a atuação da sociedade civil e para as decisões de investimentos da iniciativa privada, cuja atenção deve se voltar, especialmente, para a saúde, que é, segundo o Relatório de progresso sobre a Década do Envelhecimento Saudável das Nações Unidas de 2021-2023 fundamental para a experiência na velhice e para as oportunidades que o envelhecimento traz, sendo, pois o pilar de sustentação da vida e, sobretudo, de uma vida digna.

É, pois, nesse sentido de uma política pública de saúde de cuidado universal e comprometida com a integralidade da atenção à saúde, que o Sistema Único de Saúde se localiza como a principal política de inclusão social e, sobretudo, para a melhoria de indicadores de qualidade de vida e expectativa de vida. Porém, subsiste a crença de que o setor privado presta serviço com mais qualidade que o público, assim, surge a seguinte questão: seriam os serviços de saúde suplementares superiores aos oferecidos pelo SUS?

Dada a universalidade do SUS, o setor de saúde suplementar não substitui ou complementa o Sistema Único, e as operadoras, por vezes, não entregam o serviço que se propõem a oferecer, o que leva muitos beneficiários de planos de saúde a recorrer ao sistema público de saúde. Diante disso, embora a ANS esteja na esfera do Ministério da Saúde, a sua atuação guarda com o SUS uma interlocução precária, que se refere, principalmente, ao ressarcimento de despesas geradas por clientes de planos e seguros de saúde em hospitais da rede pública, cujo fundamento é o artigo 32 da Lei 9.656/98.

Analisamos, portanto, a taxa ponderada de utilização do SUS, que é o indicador que mede a quantidade de atendimentos ressarcíveis ocorridos em determinado período para cada 1000 beneficiários que a operadora ou grupo de operadoras naquele período, conforme nos mostra o gráfico 23:

Gráfico 23. Taxa média de utilização do SUS por beneficiários da saúde suplementar por período.

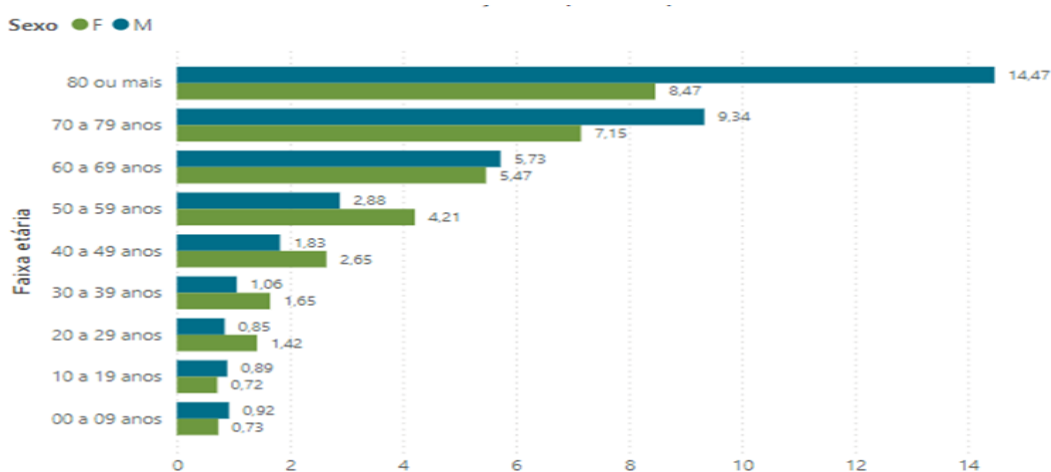


Fonte: (ANS, 2024).

Os dados revelam que a taxa média de utilização do SUS para atendimentos ocorridos entre 2018 e 2022 é de 2,40, se mantendo, relativamente, estável ao longo dos anos. Mas, observando a evolução anual, é possível observar a leve redução do uso do SUS por beneficiários de planos de saúde no período pandêmico: em 2020, foram registrados 2,15 atendimentos ressarcíveis para cada 1000 beneficiários, de modo que, com a retomada de atendimentos eletivos a taxa voltou a patamar semelhante ao anterior, chegando a 2,36 em 2021 e 2,4 em 2022.

Ao analisarmos o recorte por idade, observamos um aumento da demanda pelo uso do SUS por beneficiários de planos de saúde à medida que a população envelhece, conforme nos mostra o gráfico 24:

Gráfico 24. Taxa média de utilização do SUS por beneficiários da saúde suplementar por faixa etária e sexo.



Fonte: (ANS, 2024).

O impacto do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) no financiamento da saúde pública tornou-se cada vez mais significativo, especialmente após a Emenda Constitucional 95/2016, que limitou os investimentos em áreas essenciais, como a saúde, por meio do congelamento do teto de gastos. No total, em 2023, 9,7 bilhões de reais é o valor que deveria ter retornado ao SUS através do ressarcimento, porém apenas 49% desse valor foi pago de fato. O montante somado das 10 operadoras com maiores débitos equivale a aproximadamente 2% do orçamento fixado do Ministério da Saúde de quase 150 bilhões de reais, totalizando R\$2,4 bilhões (Souza e Carnut, 2023).

Nesse cenário, o ressarcimento por parte de planos de saúde e outras fontes tem sido uma alternativa para amenizar o subfinanciamento crônico que o SUS enfrenta, dado que os recursos públicos permanecem restritos e insuficientes para atender à crescente demanda populacional. Com a introdução desse novo arcabouço fiscal, o qual pretende flexibilizar as

diretrizes de austeridade, persiste a urgência de fontes adicionais de receita, como o ressarcimento, para cobrir lacunas e manter a capacidade de resposta do sistema público de saúde

Esse mecanismo evidencia, de forma clara, a análise de Santos, Ugá e Porto (2008), que, ao utilizar o conceito de mescla público/privada, caracteriza o sistema de serviços de saúde do Brasil como uma estrutura que oferece uma cobertura “duplicada” apenas para a parcela da população que adquire planos de saúde. Essa dinâmica ocorre sem uma regulação pública eficaz que combata ou limita essa desigualdade, perpetuando, assim, um modelo de cidadania regulada (Santos, 1979), pois, conforme demonstrado, a maior parte dos planos de saúde é direcionada aos trabalhadores formais.

Caracteriza-se, assim, uma relação de complementaridade invertida, na qual o sistema público assume o papel de suporte, funcionando como uma espécie de seguro para as lacunas deixadas pela assistência prestada pelos planos de saúde. Essa configuração subverte o sentido original do termo “complementar” definido pelo texto constitucional, transformando-o em uma dependência do sistema privado sobre o público. Duas características ilustram de forma mais contundente essa realidade: a existência de dupla porta de entrada em hospitais financiados com recursos públicos, que resulta em uma segregação de pacientes sem planos de saúde, e o ressarcimento das despesas feitas por clientes de planos em hospitais públicos (Sestelo; Souza; Bahia, 2013).

A ênfase no ressarcimento expõe, portanto, as deficiências na regulação da prestação de serviços de saúde, tanto ao falhar em oferecer compensações financeiras efetivas, tanto ao falhar em oferecer serviços adequados de saúde, especialmente, à população idosa, pois, teoricamente, se a regulação e o controle dos prestadores de serviços fossem eficientes, não haveria razão para o surgimento do fato gerador do ressarcimento (Menicucci, 2003) e como os dados demonstram, a taxa média de utilização do SUS por beneficiários da saúde suplementar é maior entre os idosos, e, portanto, é o público que mais tem sofrido com a falha na prestação.

A ausência de uma regulação efetiva das operadoras de planos de saúde não apenas prejudica os beneficiários diretos desses serviços, mas também gera um impacto significativo sobre a infraestrutura do sistema de saúde, enfraquecendo a equidade no acesso aos serviços e ampliando as desigualdades, o que compromete a eficácia do SUS. Embora o mecanismo de ressarcimento possa ser visto como uma solução pontual, ele não resolve as falhas estruturais que afetam o sistema de saúde como um todo.

Sob essa ótica, questiona-se se estamos, de fato, diante de consumidores emancipados, que compreendem que a má prestação de um serviço saúde privado não é problema meramente de consumo, pois reforça as disparidades entre aqueles que têm acesso a serviços privados de saúde e os que dependem exclusivamente do SUS, ampliando as vulnerabilidades sistêmicas e prejudicando a efetividade do modelo de saúde pública.

4. O LEVIATÃ NAVEGANDO NA ONDA DA CONSENSUALIDADE

Recapitulando...A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) desempenha um papel crucial na regulação do setor de saúde suplementar no Brasil, ao garantir que as normas sejam seguidas tanto internamente quanto nas interações com as operadoras de planos de saúde, auxiliando a agência na manutenção da qualidade e a transparência de sua atuação, além de promover a confiança no setor regulado e proteger os direitos dos consumidores de planos de saúde.

Esse modelo de regulação, que em um sistema burocrático de administração pública é pautado pela legalidade e pela coercibilidade, traduzindo-se em um controle de conformidade, no contexto de uma administração gerencial, conforme introduzido pela EC 19/98, passa a ser orientado pela eficiência. Assim, o controle deixa de se limitar à mera observância de normas e passa a priorizar os resultados, sendo fundamentado em mecanismos participativos que emergem de uma matriz consensual.

Ocorre que a regulação é essencialmente um mecanismo de responsabilização ao verificar a conformidade de algo a partir de um parâmetro específico, de modo que o discurso em prol dos métodos consensuais visa a uma flexibilização da responsabilização, sobretudo com o protagonismo do poder judiciário que por vezes assume o papel de regulador (Sundfeld, 2014).

Nesta perspectiva, observamos que o discurso da consensualidade, inclusive no âmbito administrativo, repousa no discurso da judicialização como uma suposta disfunção do sistema, que faz com que o judiciário avoque para si a responsabilidade de efetivar direitos fundamentais. Essa dinâmica traz à tona uma discussão mais ampla sobre a função e a capacidade do Judiciário em tempos de crescente adoção de mecanismos autocompositivos e a busca por alternativas que desafoguem os tribunais. Mas em que medida, do ponto de vista formal, o centro gravitacional da solução de conflitos migra da função judicante do Estado para a consensualidade?

Tradicionalmente, o Judiciário, como uma das manifestações do Estado soberano, desempenhou um papel central na resolução de conflitos, tanto no âmbito público quanto privado. Contudo, em tempos de soberania porosa, a única alternativa viável é compartilhar poder (Castells, 2001), pois, em um mundo interconectado em redes e marcado pelo fenômeno da globalização, que impulsiona o surgimento de organismos nacionais e supranacionais – sejam privados, híbridos ou públicos – dotados de poder político e econômico, o poder deixou de ser algo estático e passa a fluir entre os diferentes atores sociais, sendo o Estado apenas um dentre eles.

Neste contexto, verificamos que nos últimos 50 anos, mais especificamente a partir da década de 70, surgiram os movimentos, que mais tarde, na década de 90 chegaram no Brasil, da justiça multiportas, propagado por Frank Sander (Johson, 2012), e das ondas renovatórias da justiça, idealizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998), que estabeleceram, desde então, uma oposição ao paradigma da atividade jurisdicional estatal como a única capaz de resolver conflitos sociais, promovendo os métodos autocompositivos como instrumentos mais eficientes para a solução de conflitos.

Assim, inicialmente, surgem as formas alternativas de solução de conflitos, pois, alternativas em relação à atividade jurisdicional do Estado, a saber: a negociação, a conciliação e a mediação, como métodos autocompositivos, ante o envolvimento direto e ativo das partes em conflito na busca de uma solução e a arbitragem, como método heterocompositivo, por envolver um terceiro imparcial que possui autoridade para impor uma decisão ou solução às partes envolvidas no conflito, mas de cunho consensual (Vasconcelos, 2012).

Os métodos autocompositivos, negociação, mediação e conciliação, são diferenciados a partir das condições apresentadas pelo caso concreto, pois se distinguem a partir da relação existente entre as partes, pela forma de intervenção do terceiro e pelo tipo de conflito envolvido, mas o fundamento entre eles é o mesmo: a autonomia para dialogar e chegar a um consenso quanto à solução do conflito.

E são métodos porque são um conjunto organizado e sistemático de procedimentos utilizados para alcançar um objetivo. Assim, em contextos de resolução de conflitos, um método implica um processo deliberado e estruturado que orienta as partes em disputa a encontrar uma solução, a partir de etapas definidas e técnicas específicas que guiam as partes envolvidas em direção a uma resolução.

A negociação³⁸ consiste no mecanismo autocompositivo de solução de conflitos marcado pelas tratativas diretas entre os envolvidos, sem a participação de um terceiro facilitador. Já a conciliação é o mecanismo não adversarial mais indicado para os casos em que as partes não possuem relação continuada, sendo um procedimento célere e, normalmente, usado para solucionar litígios que envolvem questões puramente econômicas e materiais. Por fim, a mediação consiste em um mecanismo autocompositivo adequado para lidar com conflitos onde preponderam os aspectos subjetivos, em relações conflituosas derivadas de laços sociais duradouros (Vasconcelos, 2012).

A arbitragem é um método de solução de conflitos “mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio” (Didier Junior, 2017, p. 192), por isso denominada de jurisdição privada, em que a consensualidade está presente na escolha do árbitro, na definição do procedimento e no compromisso pela arbitragem, de modo que a solução do conflito é dada pelo terceiro, tal como na jurisdição estatal.

Mas apesar das diferenças, sobretudo, em relação a existência e a forma de atuação do terceiro, todos esses métodos consensuais, seja os autocompositivos, seja o heterocompositivo, compartilham dos princípios da celeridade, da preservação das relações e da flexibilidade e propõem estabelecer, a partir da autonomia das partes envolvidas, um ambiente de negociação e diálogo, que não só resolve o conflito atual, mas também pode contribuir para a prevenção desses conflitos (Bahia, Nunes; Pedron, 2020).

E para alcançar a finalidade desses métodos autocompositivos, que é o acordo de vontade, são empregadas técnicas, pois representam a habilidade ou o modo detalhado de execução de uma atividade, baseada em conhecimento prático e teórico, que visa melhorar a eficiência e a qualidade dos resultados, nomeadamente: comunicação não violenta, escuta ativa, o *brainstorming*, caucus, espelhamento, parafraseamento, afago, silêncio, normalização, organização de questões e interesses, enfoque prospectivo, teste de realidade e validação de sentimento (CNJ, 2016), que se baseiam em uma abordagem neurolinguística, sendo, portanto, multidisciplinares ao apresentarem um conteúdo que vai além do campo do direito.

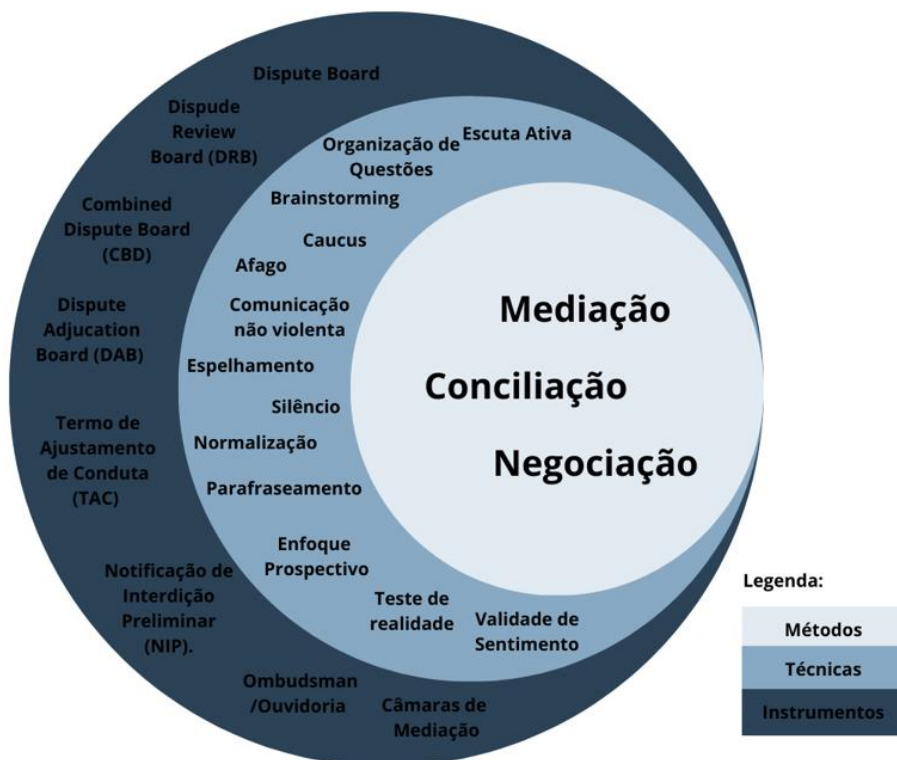
³⁸ Durante a defesa da dissertação a professora Dra. Alexandra Clara Ferreira Faria destacou que seria interessante aprofundar no conceito de negociação como método autocompositivo e não só na conciliação. Em resposta, destaquei que foram incluídas distinções conceituais, a partir desta página 141, entre os métodos autocompositivos (mediação, conciliação e negociação), as técnicas aplicadas e os instrumentos por meio dos quais esses métodos se materializam, situando o TCAC como instrumento de negociação direta e a NIP como instrumento de mediação, com a ANS atuando como mediadora. Assim, a negociação, como método, foi abordada mais explicitamente na página 141, com referência à sua conceitualização legal, conforme a Lei nº 13.140/2015. Pontuei, ainda, que a inclusão destas perspectivas teóricas e conceituais se deu a partir da sugestão colaborativa da professora Dra. Anne Shirley que é a coorientadora deste trabalho.

Porém, independente da técnica, para o direito, esses métodos se traduzem em atos que se materializam em resultados que se pretendem eficientes, e esses atos são produzidos a partir de instrumento implementados por órgãos de gestão que, ao aplicar esses métodos consensuais por meio de técnicas, produzem um ato jurídico de solução de determinado conflito.

Assim, a fim de aplicar os métodos consensuais da negociação, conciliação, mediação e arbitragem, são implementados uma série de instrumentos de solução de litígios extrajudiciais, que combinam as características de um e de outro. E, no âmbito da administração pública os que aparecem com mais recorrência são o *Dispute Board*, que se desdobra em *Dispute Review Board (DRB)*, *Dispute Adjudication Board (DAB)* e *Combined Dispute Board (CBD)*; o *Ombudsman/Ouvidoria*; o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) do qual se desdobra o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) e a Notificação de Interdição Preliminar (NIP).

São instrumentos porque funcionam como meios formais e estruturados que viabilizam a aplicação de métodos de resolução de conflitos, operacionalizando a implementação de procedimentos de forma prática e eficaz, permitindo que as partes envolvidas alcancem soluções de conflitos. Assim, o método é “o que fazer”, a técnica é o “como fazer” e o instrumento é o meio para implementar o método e as técnicas.

Mapa Mental 9. Métodos, técnicas e instrumento autocompositivos.



Fonte: (NUJUP, 2024).

O *Ombudsman* ou Ouvidoria, por exemplo, é um profissional ou órgão independente, geralmente designado por uma organização ou governo, responsável por investigar e mediar queixas ou reclamações apresentadas por indivíduos contra instituições, empresas ou órgãos públicos. Seu papel é atuar como um mediador imparcial, buscando solucionar problemas de forma justa, identificar falhas nos serviços prestados e recomendar melhorias, a fim de garantir a transparência e a responsabilidade das instituições perante os cidadãos (Cristóvam;Pereira; Sousa, 2022).

Já o TAC é um método extrajudicial de solução de conflitos decorrente de direitos transindividuais, em que uma pessoa física ou jurídica firma um acordo com um órgão público, em geral com o Ministério Público com o objetivo de corrigir irregularidades ou práticas ilegais. O TCAC, por sua vez, como um desdobramento do TAC, também é um acordo firmado com entes públicos em sua atividade de controle interno e ambos são métodos autocompositivos e, portanto, não adversariais, que se pautam em perdas recíprocas, na medida em que, sem a presença de um terceiro, as próprias partes envolvidas constroem um acordo que substitui uma possível aplicação de penalidade em Processos Administrativos Sancionatórios (Saddy e Greco, 2015).

Por fim, a Notificação de Interdição Preliminar (NIP) da ANS é uma ferramenta consensual, implementada em 2015, com características de *ombudsman*, que combina elementos da mediação e negociação, em que a ANS figura como mediadora dos conflitos entre os consumidores e operadoras de saúde, por meio de um canal institucional de recebimento de reclamações desses consumidores.

As ferramentas consensuais são inúmeras e combinam técnicas de mediação, conciliação, negociação e arbitragem, de modo que ferramentas consensuais são criadas para atender determinadas demandas, inclusive no âmbito da administração pública.

Dada essa profusão de instrumentos de aplicabilidade de métodos consensuais de solução de conflitos, no âmbito da administração pública, pode-se dizer que a consensualidade é uma tendência? E sendo uma tendência, especificamente quanto ao TCAC da ANS, trata-se, de fato, de uma orientação formal e material de comportamentos/processos em prol da consensualidade?

O TCAC da ANS, por meio RN nº 372/2015 propõe um processo, que se pretende, formalmente e materialmente negocial e colaborativo, conformar a conduta das operadoras de saúde aos parâmetros legais com a expectativa de melhorar a qualidade da prestação de serviço,

de modo a solucionar de forma eficiente e prevenir os conflitos envolvendo a saúde suplementar, assim, é um método que substitui a função judicante da administração em prol de um desempenho mais eficiente na atividade administrativa (Ferraz, 2019).

Portanto, a consensualidade, sobretudo no âmbito da administração pública, propõe, sob o aspecto material e formal, a corrosão das especificidade de um Estado sancionador, pois, em um contexto de “compartilhamento de autoridade” (Castells, 2001, pp. 406-407) e de “soberanias porosas” (Sanín-Restrepo, 2016, p.199), em que as relações são multipolares, a dicotomia governantes versus governados é superada, a negociação corre lado a lado com comando e controle e os processos de tomada de decisão são substituídos ou acompanhados por procedimentos que buscam a horizontalização, transferindo o poder de resolver conflitos do Estado para os próprios envolvidos nesse conflito, seja entre particulares ou entre administração pública e administrados, como resposta à crescente complexidade dessas relações (Cassese, 2012a).

Porém, como demonstramos, se, por um lado, a autocomposição corrói as especificidades de um Estado, tradicionalmente, sancionador, por outro, não é garantia de eficiência, ante a ausência de autonomia da ANS, sob uma perspectiva material, que implica em uma gestão de conflitos ineficientes por meio do TCAC para aprimorar o setor de saúde suplementar e como consequência reduzir a judicialização desse setor. Mas essa ausência de autonomia também se dá sob uma perspectiva formal? É esse o aspecto que será investigado ao longo deste capítulo.

Assim, busca-se refletir, sob uma perspectiva formal, se o TCAC da ANS se apresenta, de fato, como um método autocompositivo? Em outras palavras, em que medida a tendência da autocomposição transformou a estrutura administrativa judicante da ANS em uma estrutura puramente consensual?

4.1 A consensualidade como elemento da racionalidade neoliberal

Como a consensualidade passou a ser uma nova tendência na gestão de conflitos? Tendência, segundo o *Cambridge Dictionary* (Tendência, 2024) significa uma inclinação, uma direção de algo em determinada época. Nesta perspectiva, identifica-se, no Brasil, desde a década de 90, que há uma inclinação normativa que aponta, preferencialmente, para o uso de métodos autocompositivos em relação à tutela jurisdicional, como parte de uma política de tratamento de conflitos que visa a eficiência, que se intensifica a partir de 2010.

Nesta perspectiva, celeridade, eficiência, efetividade, tecnicidade, passam a ser os pilares da gestão de conflitos no Brasil, ao mesmo tempo em que esses são os compromissos das formas denominadas autocompositivas, as quais, portanto, se alinham aos anseios de um mundo dominado pelo mercado, que repudia a burocracia estatal, acusada de lenta, ineficiente e inefetiva.

Esta inclinação aos métodos consensuais está ancorada em um movimento global em prol da consensualidade, de modo que os tratados e convenções desempenharam um papel decisivo na promoção da consensualidade ao redor do mundo, influenciando tanto a legislação quanto às práticas de resolução de conflitos, a exemplo da Convenção de Nova Iorque (1958), promulgada por meio do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (Convenção ICSID, 1965), a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975), promulgada por meio do Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996, e a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985, revisada em 2006).

Diante do protagonismo da arbitragem no plano internacional como solução alternativa à jurisdição estatal, surgiram algumas construções teóricas acerca dos métodos autocompositivos no âmbito da atividade jurisdicional enquanto técnicas no plano interno do Estados. Assim, a sua introdução no sistema jurídico, em específico no sistema processual, se deu nos Estados Unidos, a partir dos estudos de Frank Sander, em 1970, que cunhou o termo "Justiça Multiportas" (Johson, 2012) recorrendo a uma metáfora para se opor ao sistema clássico de justiça, que antevê a atividade jurisdicional estatal como a única capaz de solver conflitos, e introduz um sistema de Justiça Multiportas cuja estrutura conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos, sendo cada método adequado para determinado tipo de disputa, dentre eles a jurisdição.

Ainda na década de 70, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988) divulgaram um trabalho amplamente estudado denominado as três ondas renovatórias de acesso à Justiça, no qual, os autores analisaram os obstáculos que dificultam ou obstam o efetivo acesso à Justiça. Dentre as ondas renovatórias, destaca-se a terceira onda que propõe um novo paradigma ao acesso à justiça: técnicas processuais efetivas e meios alternativos de solução de conflitos, nos quais se enquadram a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem e os demais métodos consensuais e extrajudiciais que delas derivam.

E o que mais marcou a década de 70? Não coincidentemente, a ascensão do pensamento neoliberal.

O neoliberalismo se difunde como uma racionalidade e isso significa que a sobreposição do mercado se dá em relação à esfera pública estatal, mas também no âmbito da família, do trabalho, da ciência e do Direito, diluindo a dicotomia público e privado, de modo que o indivíduo e o Estado se veem submersos à lógica da eficiência, entendida como a melhor alocação de recursos disponíveis a partir do binômio custo/benefício (Pinheiro, 2021). Nesta perspectiva, o judiciário se reestrutura para que as decisões judiciais produzam resultados maximizados.

Nesta perspectiva, a adoção do movimento *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, no exterior, ou *MARC (Métodos Adequados de Resolução de Controvérsias)*, no Brasil, se deu sob o argumento de expansão do Acesso à Justiça e como resposta a uma crise do judiciário, que, em grande medida, é caracterizada pela morosidade, sendo este o argumento base da modificação dos sistemas legais de tratamento de conflito ao redor do mundo, com o objetivo de desafogar o judiciário com um sistema multiportas e de promover uma “cultura da paz” (Nader, 1993).

Porém, em um mundo globalizado, essa estruturação Estatal pautada em boa governança com práticas consensuais, regulatórias e gerenciais, passa a ser um canal de colonialidade (Dardot e Laval, 2016) dos modelos tradicionais do atlântico norte, que se espalham pelos países do sul, em especial por dependências teóricas e financeiras, associadas à pressão exercida por organizações como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

No Brasil, as políticas gerenciais de cunho neoliberal foram difundidas com a reforma do Estado da década de 90 encabeçada por Bresser-Pereira. Portanto, o movimento de incentivo às soluções consensuais de conflitos jurídicos em substituição às decisões adjudicadas vivenciado no Brasil desde os anos de 1990 não é aleatório e despropositado. Assim, desde esta década, no Brasil, as ciências jurídicas vêm edificando a ideia de crise do Judiciário, sendo este tido como ineficiente, monetariamente custoso, moroso e, por vezes, autoritário (Pinheiro, 2021). Paralelamente, são apresentados como substitutos perfeitos, adequados e legítimos os métodos de soluções consensuais de conflitos, *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, que chegam junto com as políticas neoliberais.

Nesse contexto, ainda na década de 90, sobressai a publicação da nota técnica nº. 319, emitido pelo Banco Mundial, que possui feição neoliberal, ao visar, sobremaneira, a alta

produtividade da função jurisdicional, notadamente pela circunstância de trazer recomendações relativas ao estímulo à solução consensual dos litígios, seja judicial ou extrajudicialmente, à simplificação dos procedimentos judiciais, principalmente em relação à diminuição do lapso temporal para o deslinde final do processo, orientando esses ajustes estruturais na América Latina e no Caribe.

E como o Direito funciona como canal de colonialidade (Sanín-Restrepo, 2016), as perspectivas neoliberais passaram a ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a alteração do texto constitucional, por meio das Emendas Constitucionais 19 e 45, resultando nas recepções normativas dos princípios da eficiência administrativa, no artigo 37; da razoável duração do processo, no artigo 5º, inciso LVIII; da condição de promoção de magistrados ao cumprimento de metas quantitativas, no artigo 93, inciso II, alínea “c”.

Essas alterações evidenciam a expansão de uma lógica mercadológica no seio estatal, em que a eficiência econômica/quantitativa passa a ser o principal critério aferidor da qualidade do serviço público prestado pela função jurisdicional (Pinheiro, 2021), de modo que as práticas processuais e decisórias “começam a delinear-se como serviços prestados ao consumidor-jurisdicionalizado, considerado como um cliente que deve ter a sua disposição uma prestação rápida e com baixo custo econômico” (Moura; Morais, 2017, p.193).

Sobre essas políticas, necessário resgatar os estudos de Laura Nader (1994) sobre a harmonia coerciva, segundo a qual, as ADRs se constituem num movimento contrário às históricas conquistas de reconhecimento de direitos humanos, direitos ambientais, direitos das mulheres e direitos dos consumidores, pois, a partir dos anos 60 nos Estados Unidos, período em que referidos direitos começaram a ser jurídico e judicialmente reconhecidos, percebeu-se intensa preocupação e estímulos às soluções consensuais (mediação e arbitragem), como se fossem a substituição perfeita, adequada e harmoniosa às decisões judicadas, de modo que o país passou de uma preocupação com a justiça para uma preocupação com a harmonia e a eficiência, de uma preocupação com a ética do certo e do errado para uma ética do tratamento (Nader, 1993).

No Brasil esse movimento ficou evidente a partir da década de 90, marcando, ambigualmente, um período de reconhecimento de um rol extenso de direitos sociais e fundamentais, mas também de privatização de serviços e bens públicos e de estímulo às soluções consensuais, sobretudo no trato dos conflitos no âmbito de serviços privatizados, fazendo propagandear os meios consensuais como naturalmente bons e isso em detrimento dos meios jurídicos-judiciários de tratamento de conflitos (Nader, 1994).

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e da Fazenda Pública implementados, respectivamente, em 1995 e 2009 no Brasil, exemplificam essa transição ao priorizarem a consensualidade no tratamento de conflito por meio de conciliação e mediação. Essas instituições, reconhecidas pela simplicidade e celeridade de seus procedimentos reforçam a ideia de que a solução de conflitos pode ser alcançada de maneira cooperativa, promovendo o diálogo e a harmonia nas relações sociais, em um contexto que, embora reconheça a importância dos direitos, também valoriza a necessidade de solução.

Esta mudança de perspectiva, portanto, tem como origem as construções teóricas da década de 70, que resgatam métodos pré-jurisdicionais, mas adicionam uma novidade: “repugnância pelos processos antagônicos confrontantes; pelos tribunais como forma de lidar com os problemas da massa e pela justiça feita através de quaisquer métodos de vencer ou perder” (Nader, 1994, p.20). Nasce, assim, uma tendência que nega o conflito, difundida pelo neoliberalismo, política que avançou no direito processual nos últimos 30 anos, refletindo nas leis processuais e na política de gestão de conflitos (Pinheiro, 2021).

Corroborando com esta tendência, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) consolidou a “política nacional de tratamento adequado de solução de conflitos” (CNJ, 2010), justificando-a pela promoção da “pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses” (CNJ, 2010). Portanto, o discurso da eficiência e dos métodos consensuais como aliados para a prevenção de litígios e redução das demandas judiciais, passou a fazer parte da cultura institucional do Estado, em sua faceta jurisdicional.

Logo a consensualidade adquiriu um papel central na gestão de conflitos no Brasil, pelo menos a nível normativo, sobretudo, nos anos seguintes à Resolução nº 125/2010 do CNJ, com a reforma do Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Mediação e Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 que alterou a Lei de Arbitragem, as quais promoveram a instrumentalização e a flexibilização dos procedimentos, destacando a importância dos negócios jurídicos processuais e do consenso, inclusive no âmbito da administração pública, ressaltando como, em resposta à crescente complexidade das relações, os processos de tomada de decisão são substituídos ou acompanhados por procedimentos que buscam a horizontalização (Cassese, 2012a).

Nesse contexto, a adoção de soluções consensuais de conflitos vinculada à prevenção de litígios é, atualmente, uma das metas que compõem a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, instituída pela resolução CNJ nº325/2020, que alinha a consensualidade aos valores de eficiência, sustentabilidade, transparência, ética, acessibilidade, integridade e inovação, com

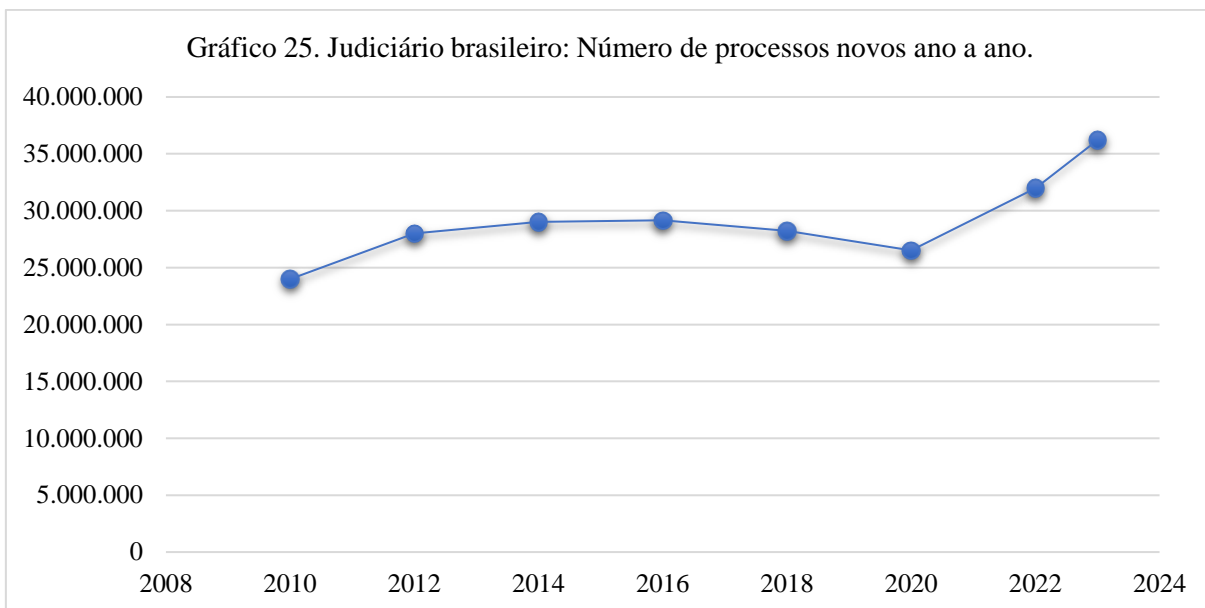
os quais o poder Judiciário se compromete neste documento. Assim, fica evidente que há uma aposta nos métodos consensuais como instrumentos de aperfeiçoamento do Judiciário.

No plano internacional uma série de documentos acerca da consensualidade foram adotados, os quais ampliam o foco do consensualismo da arbitragem para outras técnicas. Dentre esses documentos, destacamos os Princípios de Mediação da ONU, adotados em 2012, as Diretrizes da ONU sobre Justiça Restaurativa, publicadas em 2016, e a Convenção das Nações Unidas sobre o Uso da Mediação, celebrada em 2019, as quais convergem para fortalecer a prática da consensualidade, criando mecanismos que incentivam a colaboração e o entendimento mútuo na resolução de disputas e diretrizes para aperfeiçoamento dos métodos consensuais na políticas de tratamento de conflitos de cada país.

Porém, a ideia central de uma justiça multiportas, tal como proposta por Frank Sander, se alinha à construção de um centro de justiça global, que forneceria acesso a uma variedade de instalações de MARC (mediação, arbitragem, *ombudsman*, *fact finding*, *small claims*, etc) com a finalidade de buscar a opção técnica mais adequada e, que poderia reduzir a quantidade de demandas. Entretanto, o estado jurisdição absorveu esses métodos “alternativos”, assim, traz ferramentas plúrimas ao jurisdicionado, mas não atinge a celeridade ou a diminuição de custos Nunes, Bahia e Pedron (2021). Nesse sentido, em que medida essa crise existe ou existiu?

O “mito” de que a opção pelas ADRs aliviaria o sistema jurisdicional, foi apontado por Nunes, Bahia e Pedron (2021), ao resgatarem o estudo de Chase (2014), realizado nos Estados Unidos, no qual o autor concluiu, a partir de dados empíricos, que a nova estrutura dos tribunais baseadas na consensualidade não produz resultados eficientes para o Estado Jurisdicional.

Diante dessas críticas à atividade jurisdicional, para avaliar está “crise” do judiciário diante do “mito” apontado, coletamos dados do relatório Justiça em Número do CNJ para os seguintes indicadores: i. número de processos novos ano a ano; ii. média de tempo de tramitação dos processos em primeiro grau da justiça comum e em primeiro grau no âmbito dos juizados especiais; iii. despesas no âmbito do judiciário ao longo dos anos; e iv. taxa de congestionamento processual. E para todos os indicadores a coleta dos dados teve como recorte temporal o período anterior e posterior a 2015, ano de institucionalização dos métodos consensuais no Brasil.



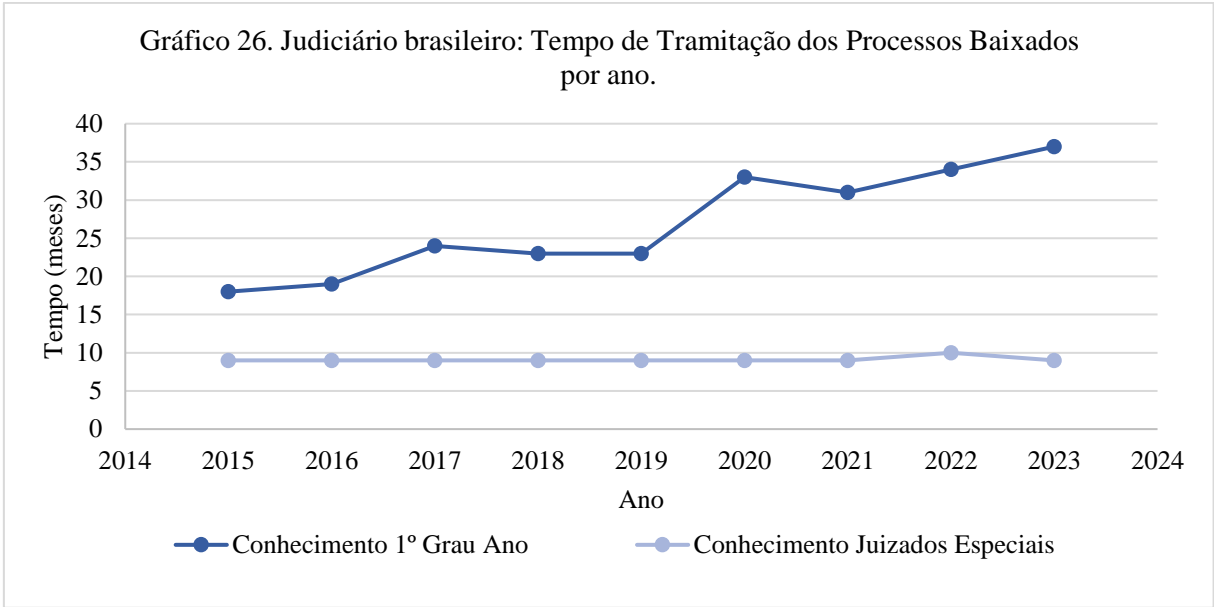
Fonte: (NUJUP, 2024).

No gráfico 25, verificamos que não houve uma redução significativa de processos judiciais novos ano a ano, os quais, a partir de 2010, só tiveram a menor redução em 2020, ano da pandemia do COVID-19, mas logo voltou a aumentar significativamente. Em geral, o número de processos novos a cada ano é relativamente estável, não apresentando grandes variações entre os períodos, não sendo, pois, possível identificar uma explosão de litígios que permite concluir que se trata de uma população litigante.

Ademais, observa-se que o ano de 2010 foi o ano de menor número de processos novos, e após a implementação da política, verificamos, na prática, um movimento contrário à proposta de redução da judicialização, representado pelo aumento do número de processos judiciais em cada ano subsequente.

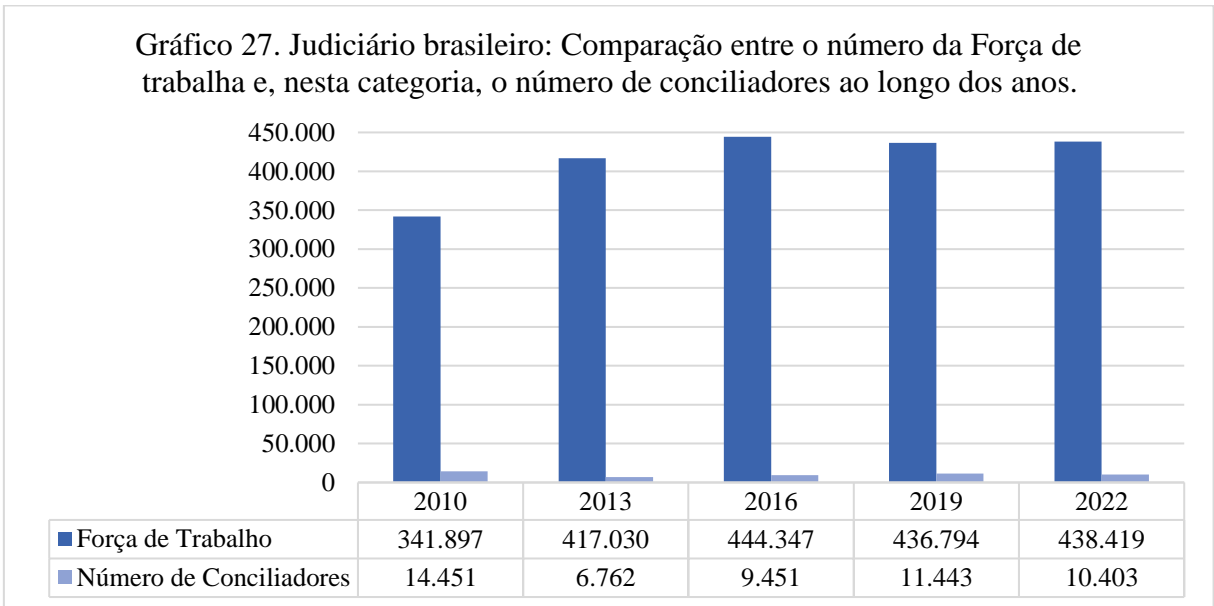
Diante destes dados, é possível afirmar que a promoção de métodos autocompositivos reduz a judicialização?

Já quanto ao tempo de tramitação por ramo da justiça, no relatório emitido pelo CNJ, só foram contabilizados a partir de 2015. Assim, no gráfico 26 verificamos que o tempo de tramitação dos processos se manteve estável, inclusive aumentando ao longo dos anos. Assim, mesmo com a institucionalização dos métodos autocompositivos em 2015, não houve redução significativa no tempo de tramitação dos processos judiciais. Ademais, observa-se que nos Juizados Especiais, que são a expressão da política de implementação de métodos consensuais e de flexibilização procedimental, o tempo de tramitação dos processos, da sua distribuição à sua primeira baixa, é significativamente superior ao da Justiça comum.

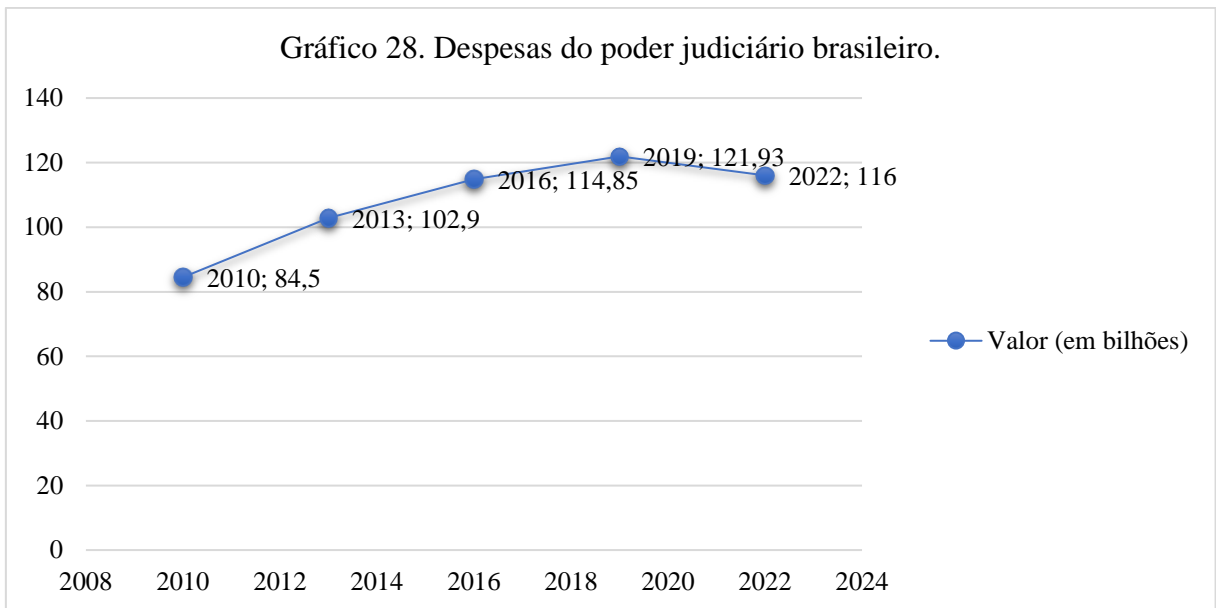


Fonte: (NUJUP, 2024).

Portanto, será que de fato existe uma crise de morosidade ante a estabilidade ao longo dos anos do tempo de tramitação dos processos?



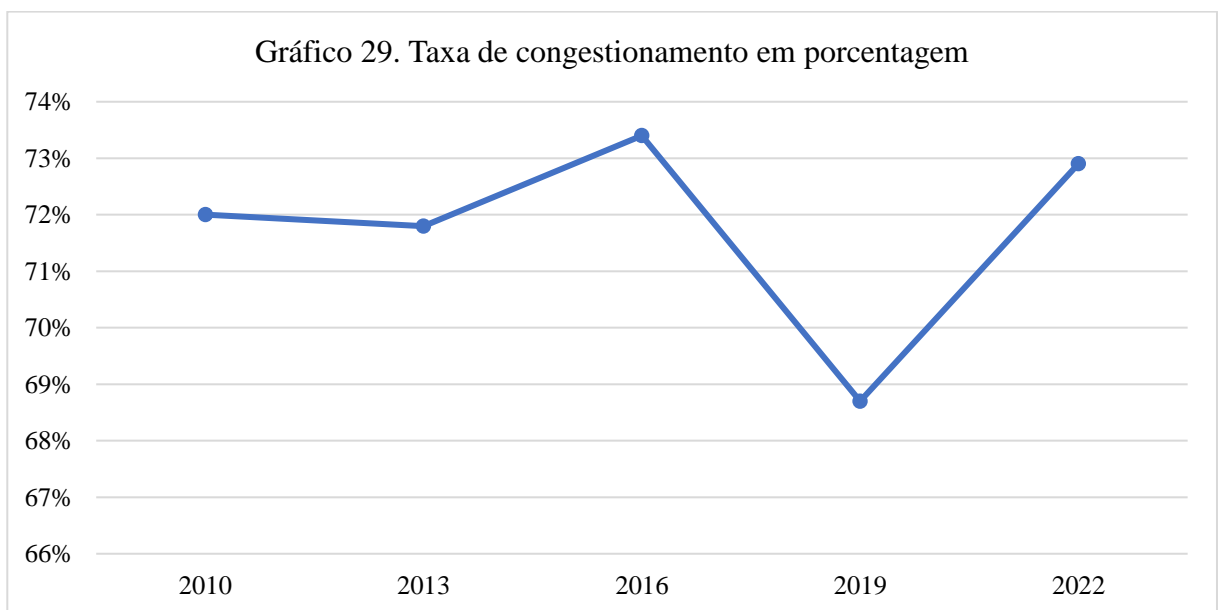
Fonte: (NUJUP, 2024).



Fonte: (NUJUP, 2024).

Já no gráfico 28, verificamos que as despesas com o judiciário aumentaram significativamente ano a ano e, dessas despesas, 90% são com pessoal, de modo que no período de 2010 a 2022, houve um aumento na força de trabalho, nestas incluídos servidores, estagiários, magistrados, conciliadores, juízes leigos, voluntários e terceirizados. Porém, apesar do aumento nos índices de despesas e de força de trabalho, verificamos que, dentre a força de trabalho, o número de conciliadores reduziu significativamente de 2010 a 2022, passando de 14.451 conciliadores para 10.403.

Diante desses dados, será que de fato há um compromisso com os métodos autocompositivos para além do discurso?



Fonte: (NUJUP, 2024).

Por fim, o gráfico 29 nos indica a taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano, assim, quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal. Verificamos que de 2010 a 2022, houve um aumento desta taxa e, ao longo do período, uma pequena margem de oscilação. Assim, será que, conforme a justificativa apresentada, a implementação de uma política de tratamento adequado de conflitos em 2010, institucionalizada em 2015, logrou êxito em melhorar os índices de eficiência do judiciário?

Não se pretende com este trabalho negar a necessidade de implementação de instrumentos de gestão no âmbito do judiciário para a melhora de seus indicadores de eficiência, pois, o que se pretende é iniciar uma reflexão crítica sobre as motivações, que repousam no discurso de crise de eficiência do judiciário, para promover, como um contraponto, os métodos consensuais. Portanto, também não se pretende avaliar a eficácia/ineficácia dos métodos autocompositivos, mas, tão somente, descriptar o discurso que os promove, revelando verdadeiro sentido por trás de uma política voltada à pacificação social.

Há 32 anos, desde a década de 90, o discurso da crise do judiciário sobre a morosidade e os custos permeiam o judiciário. Mas 32 anos depois, mesmo com a institucionalização e normatização dos métodos que seriam mais adequados e promoveriam o desafogo do judiciário com a implementação de uma cultura da paz, o discurso se mantém. Será então que a “crise” do judiciário é, realmente, de ineficiência?

A promoção dos métodos consensuais não nasce de uma constatação real de crise do judiciário, mas no fato de o Estado ter perdido a sua força cogente, na medida em que a Estrutura Kelseniana de Direito, em que o descumprimento da Lei, gera, automaticamente, uma punição, só funciona adequadamente enquanto a soberania é sólida. Mas, com ascensão de órgãos nacionais e transnacionais (privados, públicos ou híbridos), que são tão poderosos política ou economicamente com o Estado, a negociação não é mais uma opção, pois os métodos do mercado passam a permear as estruturas estatais.

Nesse sentido, a institucionalização de métodos consensuais é resultado de um mundo que está sendo reconfigurado, em que o Estado não mais está no centro do poder político-jurídico, pois com a perda de controle sobre os limites do próprio território, tanto fisicamente, tanto em relação aos padrões de comunicações e de vida, a atividade jurisdicional também está mudando de mãos convergindo as esferas do público e do privado. Nesta perspectiva, a

emergência de métodos consensuais, não se dá para resolver um problema do Estado, mas sim para alinhar o Estado aos anseios do mercado.

O grande desafio, portanto, não é resolver uma crise de eficiência do judiciário, uma vez que os indicadores estão estáveis ao longo, mas de promover métodos consensuais, materialmente, eficientes, de modo a garantir um acesso à justiça qualitativo, que não se limita apenas à rapidez na resolução de litígios, mas para a construção de soluções que impacte positivamente as políticas públicas.

4.2. É tendência! Por uma administração pública consensual

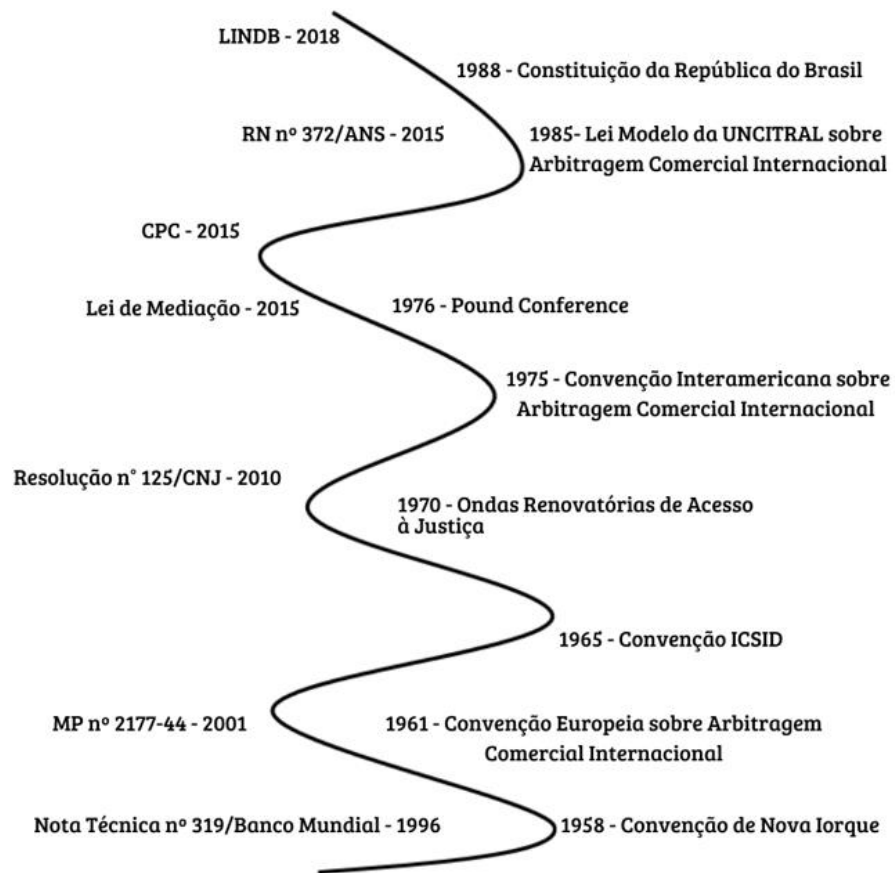
Estamos diante de um novo direito administrativo? Um direito administrativo mais aberto do que o antigo? Mais focado em “dirigir” ao invés de ordenar? Em um contexto de compartilhamento de autoridade e de soberanias porosas, vivenciamos a falência do sistema de coerção como condição para se atingir o resultado desejado, pois este sistema só logra êxito se o estado estiver na centralidade do poder político.

E essa perda de poder político e coercitivo do Estado está relacionado, também, à emergência de políticas neoliberais que, segundo Ugo Mattei e Laura Nader (1993), se consubstancia no conjunto de práticas sociais, econômicas, políticas e jurídicas, orientadas pela lógica do mercado livre e tendentes à redução da esfera pública intervencionista e ao consequente agigantamento do setor privado, enfatizados pela necessidade de boa governança, fato que acaba por privilegiar os agentes empresariais mais fortes que acabam compartilhando poder político com o Estado.

É, pois, neste contexto, que reclama formas menos rígidas de atuação, como forma de alcançar, num contexto de soberania porosa, a colaboração entre Estado, sociedade e indivíduos. Porém, se, materialmente, no âmbito da ANS, demonstramos que a imperatividade da administração pública não cede espaço à consensualidade, porque então, falamos em uma “era da consensualidade” (Ferraz, 2019)? Em outras palavras, em que medida a consensualidade passou a ser uma nova tendência na gestão de conflitos do interesse público?

Embora tratada como uma novidade, a consensualidade já se faz presente em convenções internacionais há aproximadamente 66 anos e vem sendo incorporada de forma contínua na legislação brasileira, conforme sintetizado na seguinte linha do tempo:

Linha do Tempo 2. Os principais marcos legais da consensualidade.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Mas porque só a partir de 2015 a consensualidade passa a moldar uma nova narrativa de gestão do interesse público? O que mudou? Qual o contexto desta mudança de narrativa?

Observamos a partir da palestra do Ministro Anastasia³⁹ como o controle externo, exercido pelo Judiciário e pelo Tribunal de Contas, tornaram a atividade de gestão de altíssimo risco, em que os gestores se veem reféns de um sistema que delimita a discricionariedade a partir de um controle de legalidade estrita e rígido, pautada na sanção (A REFORMA..., 2024).

Esse fenômeno é denominado de “apagão das canetas”, termo popularizado pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal (STF), ao se referir à situação em que

³⁹ Aula Inaugural ministrada para o curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no dia 10/09/2024 intitulada *A reforma tributária no Brasil*:



gestores públicos, com medo de ações de controle ou de responsabilização, evitavam tomar decisões e assinar documentos, que resultava em uma paralisia administrativa diante do medo de punições por parte de tribunais de contas e órgãos de fiscalização, o que, conseqüentemente, dificultava a execução de políticas públicas e ocasiona a ineficiência da atividade administrativa (Santos, 2023).

Nesse contexto é que surge o movimento, no plano normativo, da administração pública em direção à formas consensuais de resolução de conflitos que se refletem em reformas legislativas e normativas que visam promover uma administração mais eficiente, democrática e transparente, que se traduz na incorporação de instrumentos como acordos administrativos, mediação e termos de ajustamento de conduta, que buscam evitar litígios e soluções impositivas, privilegiando a cooperação e o diálogo, mas em consonância com os princípios da legalidade, eficiência e razoabilidade.

Em conformidade com essa perspectiva, a intensificação da interação entre o Estado e os particulares gerou a necessidade de desenvolver instrumentos jurídicos alternativos que pudessem regular e equilibrar seus interesses, muitas vezes divergentes, além de proporcionar a resolução extrajudicial de conflitos decorrentes dessas relações jurídicas. No que se refere à regulação do equilíbrio de interesses, destacam-se os acordos administrativos (como acordos de programas, consórcios e convênios), parcerias, pactos, transações, consultas e audiências públicas, além de compromissos de cessação e ajustamento de conduta. Por outro lado, para a solução pacífica de controvérsias, são utilizados mecanismos alternativos como a negociação, conciliação, mediação e arbitragem. (Borges, 2007).

No entanto, a crescente tendência à consensualidade no direito administrativo traz um desafio: como compatibilizar a defesa do interesse público com a flexibilidade necessária para adotar soluções negociadas?

Nesta perspectiva, os princípios da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público foram ganhando novos contornos, perdendo a essência de princípios absolutos do Direito Administrativo, ganhando, assim, novas interpretações que sugerem uma aplicação ponderada desses princípios, que privilegia o caso concreto e que se embasa nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Binenbojm, 2014).

O princípio da indisponibilidade do interesse público estabelece que os bens, direitos e interesses que pertencem à coletividade não podem ser livremente negociados ou renunciados pela administração pública, pois pertencem ao povo e são geridos em nome dele. Esse princípio

é uma das bases da atuação administrativa, impondo limites à ação dos agentes públicos, que devem zelar pela proteção e promoção do interesse público de maneira intransigente (Moretti, 2012).

E esse princípio, conforme expõe Natalia Pasquini Moretti (2012, p. 460), é tratada a partir de, pelo menos, quatro facetas pela doutrina nacional: (i) indisponibilidade da finalidade legal; (ii) indisponibilidade do dever de agir; (iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos; (iv) indisponibilidade das competências administrativas.

A indisponibilidade da finalidade legal refere-se ao fato de que os atos da administração pública devem estar sempre vinculados à finalidade estabelecida em lei, ou seja, o administrador público não pode desviar-se dos objetivos legais, devendo agir sempre com vistas ao interesse público; A indisponibilidade do dever de agir se aplica à obrigação do administrador de atuar, de modo que ele não pode se omitir diante de situações que exigem ação, pois o dever de agir é essencial para garantir a proteção dos direitos coletivos e individuais sob sua responsabilidade; A Indisponibilidade de bens e serviços públicos estabelece que os bens e serviços públicos são destinados ao uso coletivo, e o administrador não pode aliená-los, transferi-los ou utilizá-los de maneira livre, de modo que a administração deve garantir que esses bens e serviços estejam sempre disponíveis para atender às necessidades da população; A indisponibilidade das competências administrativas refere-se à ideia de que as competências conferidas ao administrador são intransferíveis e inalienáveis, assim, as atribuições conferidas por lei ao gestor público não podem ser delegadas a outras pessoas ou instituições sem previsão legal expressa.

Essas quatro facetas asseguram que a administração pública atue de forma restrita ao interesse público, sem margem para decisões discricionárias que possam comprometer os direitos da coletividade. Porém, a consensualidade, que aumenta o espectro de discricionariedade, não significa que o Estado possa dispor do interesse público, mas sim que, em determinadas situações, é possível alcançar soluções mais eficientes e menos litigiosas por meio do diálogo e da cooperação, sem comprometer a proteção do bem coletivo.

Especificamente no contexto do TCAC da ANS, a expectativa é de que haja uma harmonização de interesses, na qual o interesse público seja alcançado de forma mais eficiente e efetiva, substituindo a incerteza da aplicação de multas pela certeza da obrigação de fazer, não fazer ou de dar, promovendo, assim, uma prestação adequada dos serviços de saúde (Saddy e Greco, 2015). Nesse sentido, embora o TAC envolva negociação e ajuste de conduta, a Lei

de Mediação, em seu artigo 38, deixa claro que qualquer acordo firmado pela administração pública deve ser compatível com o interesse público.

Assim, o TCAC garante que o objetivo de regularizar a conduta de um particular ou empresa seja alcançado sem comprometer interesse público, pois prioriza soluções consensuais que assegurem a eficiência e a efetividade na prestação de serviços essenciais, como o da saúde.

A possibilidade de a administração pública realizar acordos repousa, portanto, na compreensão de que “o interesse público se realiza plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional” (Medauar, 2020, p. 129). A chave, portanto, está em garantir que qualquer acordo ou ajuste preserva o núcleo essencial do interesse público, sem abrir mão de sua proteção.

Essa perspectiva tem como plano de fundo o fundamento constitucional da consensualidade que se encontra no preâmbulo da Constituição, segundo o qual o Estado Brasileiro está comprometido na ordem interna e internacional com a solução pacífica da controvérsia, também, o artigo 4º, VII, da Constituição que impõe ao Estado Brasileiro, nas relações internacionais, como princípio, a solução pacífica dos conflitos e o artigo 71, inciso IX todos da Constituição da República de 1988. E é, pois, a partir desses fundamentos, que o professor Luciano Ferraz propõe a existência de um verdadeiro princípio da consensualidade, que impõe, inclusive, à administração o dever de, sempre que possível, buscar a solução para as questões jurídicas e conflitos que vivencia pela via do consenso (Ferraz, 2019).

Os fundamentos legais da consensualidade no âmbito da Administração Pública, embora dispersos, oferecem importantes diretrizes para o exercício de um controle mais dialógico e preventivo. Eles estão presentes em dispositivos como o artigo 59, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que prevê ajustes pactuados nas metas fiscais; no artigo 7º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública, que admite a celebração de acordos; e nos artigos 174 e 175 do Código de Processo Civil incluídos pela reforma processual de 2015, que reforçam a busca por soluções consensuais de conflitos. Além disso, os artigos 35 e seguintes da Lei de Mediação elevam os meios consensuais a um dos pilares da nova ordem processual brasileira.

Outro marco legal importante foi a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em especial com o acréscimo do artigo 26, que trouxe uma nova perspectiva à atuação da administração pública, reforçando a necessidade de que suas decisões considerem as consequências práticas de suas ações. Nesta perspectiva, este artigo permite que a administração pública adote termos de compromisso, formalizando acordos com os

administrados para garantir a adequação de condutas e a observância de princípios legais e administrativos.

A introdução deste artigo, juntamente, com o artigo 20, marcam a incorporação do consequencialismo jurídico, uma corrente que reforça a necessidade de que os agentes públicos considerem os impactos e efeitos reais de suas decisões, tanto no presente quanto no futuro, valorando as consequências associadas à mesma e às suas alternativas, a fim de evitar decisões que, embora formalmente corretas, possam causar danos desproporcionais ou indesejados (Schuartz, 2008).

Assim, o consequencialismo jurídico sustenta que o direito não pode se limitar à aplicação rígida de normas abstratas, mas deve ser sensível aos contextos e aos efeitos que suas decisões produzirão na sociedade. Nesse sentido, a consensualidade é uma ferramenta que permite maior flexibilidade na administração pública, incentivando a resolução de conflitos por meio de diálogo, pactos e acordos que respeitem o interesse público e os impactos concretos das decisões.

Os termos de compromisso, portanto, passam a ser admitidos no âmbito da administração pública como mecanismos que equilibram o cumprimento do interesse público e a flexibilização das decisões administrativas, sempre com base em uma análise prudente dos efeitos concretos que decorrem dessas decisões, atendendo tanto aos ditames da consensualidade quanto à necessidade de eficiência administrativa.

Esses dispositivos refletem a transição mencionada por Luciano Ferraz (2019), onde a Administração Pública não deve mais se limitar a um controle meramente repressivo ou impositivo, mas deve adotar uma postura de aproximação entre os fatos reais e as normas jurídicas, incentivando o diálogo e a busca por soluções consensuais. Essa evolução fortalece a conexão entre os procedimentos administrativos e as demandas sociais, promovendo um ambiente mais colaborativo e eficiente, no qual os interesses públicos e privados possam ser harmonizados por meio de acordos e consensos, sem que se dependa exclusivamente de decisões judiciais ou sanções.

Esse fenômeno reflete a ampliação dos instrumentos de administração consensual, que abrangem diversos aspectos da prestação de serviços públicos. Ferramentas como audiências públicas, transações, mediação, arbitragem, parcerias público-privadas e consórcios públicos são exemplos de como o contrato, tradicionalmente considerado um instrumento da atividade-meio, passa a ser utilizado para a realização da atividade-fim da administração pública.

E esse movimento é visível até mesmo em áreas onde o exercício da autoridade é mais central, como no caso da negociação regulatória no poder de polícia (Marques Neto, 2009). Um exemplo claro são os Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, como o previsto na Lei de Ação Civil Pública - 7.347/85 - que foi estendido às ações de improbidade administrativa e os utilizados pelas Agências Reguladoras, como pela ANS, enquanto instrumentos alternativos à aplicação de penalidades no exercício do poder de polícia.

Nesse contexto, a Lei de Mediação reforça a importância de mecanismos consensuais, como o TAC e sua evolução para o TCAC, consolidando-os, assim, como um ato administrativo negocial⁴⁰, constitutivo e, portanto, emanado com discricionariedade (Saddy e Greco, 183), ainda quando proposto no exercício do poder de polícia da administração.

Nesse sentido, a administração firma-se como composição de interesses, gerando reflexos, nos instrumentos ou formas de controle da Administração, cuja tendência é a busca por uma solução consensual de conflitos, ao revés do controle meramente repressivo ou impositivo, pois, esta lógica do controle-sanção não atende de forma eficiente a sociedade, na medida em que não nos dá um meio termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é, e neste último caso, a consequência é a penalidade, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, que pode ser, inclusive, negativa para o próprio funcionamento da máquina administrativa ou não irá, sequer, contribuir para o bom funcionamento.

É, pois, a partir desta constatação e assumindo que a consensualidade seria mais adequada para a busca de resultados, que, no direito administrativo, passou a ser tendência falar

⁴⁰ Durante a arguição, o Professor Dr. Leonardo Poli destacou a importância de uma delimitação teórica precisa dos conceitos de autonomia e consensualidade, sugerindo que o trabalho estabeleça, logo de início, a perspectiva adotada sobre esses termos, especialmente diante da multiplicidade de sentidos atribuídos a "autonomia" no direito brasileiro. Assim, apontou que não há uma autonomia única, mas diferentes formas de autonomies condicionadas a contextos específicos – como a do consumidor, a contratual ou a do gestor público – e chamou atenção para os limites da consensualidade diante da assimetria estrutural existente entre indivíduos e a administração pública. A crítica também se estendeu ao uso do termo "autonomia negocial", que, segundo o professor, tem origem em uma concepção liberal de liberdade e de negócio jurídico, inadequada para descrever a posição da parte privada frente à administração, sobretudo em instrumentos como o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TCAC), mas situando o indivíduo em posição inferior. Além disso, sugeriu que o trabalho, ao discutir a consensualidade, leve em conta o impacto da inteligência artificial na atuação administrativa e judicial, destacando que sua adoção tende a reforçar práticas formais em detrimento de um contraditório substancial. Em resposta, esclareci que, no capítulo 2.3, o trabalho propõe uma diferenciação entre a autonomia privada e o conceito de "autonomia funcional" no âmbito da administração pública, com base em autores como Guerra e Benacchio (2012) e Luciano Ferraz (2019). Ressaltei que a autonomia pública, neste contexto, é compreendida como a capacidade de atuação do gestor dentro dos limites impostos pela legalidade e pelo interesse público, e não como expressão de uma vontade individual e, ainda, destaquei que a análise se concentra no uso da consensualidade pela ANS em negociações com operadoras de planos de saúde, e não com indivíduos, o que desloca a discussão sobre assimetria, reforçando que o Estado já não mais centra o poder político. Por fim, concordei que a discussão sobre inteligência artificial merece aprofundamento em pesquisas futuras.

em substituição, pelo menos, parcialmente, do controle-sanção pelo controle-consenso ou, respectivamente, do controle-repressão pelo controle-impulso (Ferraz, 2019).

E essa posição se dá a partir da constatação de fatores que associam a consensualidade aos objetivos de uma administração pública de resultados. Segundo Odete Medauar (2017, p. 352) as vantagens da consensualidade no âmbito da administração pública são:

A negociação de consenso entre o Poder Público e particulares permite uma melhor identificação dos interesses tutelados pela administração, na medida o interesse público não é definido exclusivamente pela administração, o que implica que a discricionariedade se reduz, atenuando, assim, a prática de imposição unilateral e autoritária das decisões. Nesse contexto, a administração passa a se voltar para a coletividade, conhecendo melhor os problemas e aspirações da sociedade. Além disso, ela assume a função de mediação, buscando dirimir e compor os conflitos de interesses entre as várias partes ou entre estas e a própria administração, tornando, assim, a atividade administrativa mais aberta à colaboração dos indivíduos, favorecendo a participação (Medauar, 2017).

E é, justamente, na busca por estes resultados que o modelo burocrático ortodoxo não mais se mostra eficiente para atendimento das demandas de uma sociedade plural, na medida em que, neste modelo, impera o estrito legalismo, em que a atuação do agente público se pauta pelo rigoroso cumprimento das normas, o que, muitas vezes, acarreta uma atuação contrária ao interesse público, dada o distanciamento entre as normas e o fato.

Nesta perspectiva, a consensualidade permeia tanto a formação da vontade administrativa, entendida como o processo de definição de decisões e diretrizes, quanto sua execução, entendido como o processo de implementação e realização dessas decisões, marcando uma mudança de paradigma do Estado impositivo para o Estado dialógico.

Pois nesse novo modelo, ainda que a Administração Pública utilize atos unilaterais, o consenso é buscado através de procedimentos administrativos que conduzem à decisão final. Essa abordagem contrasta com a chamada administração pública monológica, que, por sua natureza, evita ou limita processos comunicacionais com a sociedade. A administração dialógica, por outro lado, promove a participação social e o diálogo, demonstrando um maior comprometimento com a transparência e a cooperação no processo decisório (Oliveira e Schwanka, 2008).

Portanto, a procedimentalidade baseada na processualização, surge ante a necessidade de diálogo entre o setor público e privado (Cassese, 2012a), e tem sido considerada essencial para uma atuação administrativa eficiente, organizada e flexível (Sundfeld, 2017).

Nesse sentido, a participação dos administrados nos procedimentos administrativos passa a ser vistos por sua função legitimadora, na medida em que o administrado deixa de ser mero objeto para ser sujeito da decisão, assim, o procedimento deixa de ser concebido apenas como meio de imposição de um ato administrativo, mas passa a ser visto por suas funções de informação, participação e solução de conflitos de forma a impactar positivamente as políticas públicas (Oliveira, 2016).

Importante pontuar que o processo administrativo não é um instrumento exclusivo da jurisdição, mas também uma ferramenta da administração pública, que além de sua função executiva tradicional, também é dotada da função judicante, especialmente, com a pulverização de diversos entes públicos que detém, como as agências reguladoras, função normativa, executiva e sancionatória, que contribuíram para a expansão das funções da administração pública em melhor cumprimento de sua função típica (Borges, 2007).

Mas a tomada de decisão administrativa ocorre tanto em sua função típica, executiva, quanto em sua função judicante, e em ambas há o movimento de processualização do direito administrativo, como forma de tornar os processos de tomada de decisão mais participativos e legítimos.

E não se confundem com procedimento, pois procedimento é uma sucessão encadeada de atos, já o processo é um procedimento em contraditório, ou seja, é a atuação dos sujeitos sob o prisma do contraditório (Oliveira, 2016). Assim, o processo administrativo seria uma sucessão encadeada de atos, juridicamente ordenados, realizados em contrário, destinados à obtenção de um resultado final que consubstancia uma determinada decisão administrativa, servindo como instrumento de exercício de poder, de controle e de proteção dos direitos e garantias dos administrados (Oliveira, 2016).

Nesse sentido, Netto (2009) entende que o procedimento é um elemento constitutivo da racionalidade e técnica da Administração Pública, “sendo método para a formação de uma decisão administrativa através de uma sequência de atos teleologicamente” (Netto, 2009, p. 53) orientados por três aspectos, (a) uma concepção formal, (b) modo de exercício da autoridade da Administração, e (c) a imparcialidade-objetividade, pela abertura da participação e colaboração dos interessados nos atos da Administração. Assim, no mesmo sentido, ao garantir uma abertura para a negociação (no sentido de consensualidade) entre os interessados, atos administrativos criados a partir do processo seriam legitimados pelo caráter técnico e objetivo e pelo envolvimento das partes (Cassese, 2012a), como resultado de um sistema democrático de participação do povo nos processos decisórios do Estado.

Pode-se dizer que a processualização deve ser encarada como um requisito prévio à prática de atos administrativos nas seguintes situações: o ato administrativo a ser produzido se reveste de caráter de interesse geral ou relevante (Artigo 37, § 3º da CF); o ato administrativo final busca pôr termo a uma lide (Artigo 5º, LV da CF) ; a prática do ato puder afetar direitos de particulares (Artigo 5º, XXXIV); a Administração Pública for instada a se manifestar em função do exercício direito de petição (Artigo 5º, XXXIV), nas quais a ”função consenso personifica um estilo administrativo cooperativo que baseia a descoberta da decisão numa relação duradoura entre a administração e os interessados procedimentais” (Duarte, 1996, p.90).

Nesta perspectiva, a consensualidade na administração importa a criação de mecanismos jurídicos que garantam a participação do cidadão nas decisões políticas e de gestão, proporcionando uma harmonia entre a Administração Pública e seus parceiros privados e que ensejem maior eficiência nas soluções de conflitos, tal como preceitua Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] como conseqüência da participação, a consensualidade aparece hoje tanto como uma técnica de coordenação de interesse e de ações como uma nova forma de valorização do indivíduo, prestigiando, simultaneamente, a autonomia da vontade, Pormotor da sociedade civil e do progresso, e a parceria entre esses dois principais atores: a sociedade e o Estado (Moreira Neto, 2007, p. 25).

Entretanto, esse princípio da consensualidade não garante maior eficiência em um Estado fraco, em que a administração pública não tem autonomia, gerando, conseqüentemente, condições propícias para o dano eficiente, entendido como a situação em que compensa mais para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir ou corrigir o dano por meio de um consenso. E esse Estado “fraco” é o que não tem autonomia, seja sob uma perspectiva material, conforme demonstramos, seja sob uma perspectiva formal, como se demonstrará.

4.3 TCAC: modelo transcendente de autocomposição

A Emenda Constitucional 19/98, ao introduzir o princípio da eficiência no direito administrativo, reforça a necessidade de uma administração pública mais ágil e eficaz, sem abrir mão dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse contexto, a consensualidade na administração pública se reflete na garantia da ampla defesa e do contraditório, ou seja, na procedimentalização do direito administrativo. Cabe, porém, observar a Teoria da Encrptação do Poder (TEP), segundo a qual, o Estado Democrático de Direito, apoiado em fundamentos neoliberais, frequentemente, simula seu caráter democrático em diversos níveis (Sanín-

Restrepo, 2018). E na política de tratamento de conflitos baseada na autocomposição talvez não seja diferente.

Diante disso, questionamos se o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não teria somente uma aparência de consensualidade dentro de uma estrutura tradicionalmente judicante, em outras palavras, cabe nos questionar a autonomia formal da ANS no desenho procedimental do TCAC como elemento suficiente para implementar de fato o princípio da consensualidade em suas práticas.

Isto porque, em uma organização que historicamente adota uma postura predominantemente regulatória e punitiva, é pertinente questionar se há espaço real para uma abordagem mais dialógica e negociada, ou se essa mudança esbarra nos limites estruturais do procedimento do TCAC.

A partir da Teoria da Encriptação do Poder (TEP), podemos refletir sobre até que ponto a normatização da autocomposição representa uma tentativa do Direito de neutralizar o antagonismo inerente aos conflitos, pois, a racionalização do diálogo, por meio de modelos transcendentais de autocomposição, se configura como um instrumento jurídico a serviço do mercado, na medida em que, ao regulamentar esses mecanismos, o conflito é despolitizado e codificado, promovendo consensos em nome da eficiência quantitativa e reforçando uma lógica de gestão que prioriza a funcionalidade econômica, colocando o foco na produtividade em detrimento da dimensão política do conflito.

Assim, a autocomposição, enquanto necessidade, compõe, pois, o discurso jurídico e, portanto, se submete a certas coerções, tais como o registro formal, o tom solene, dentre outras, a partir das quais o Direito, como prática social, desenvolve uma linguagem específica, que por ser codificada tem potencial de exclusão e de encriptação de sentidos formados por jogos de poder (Sanín-Restrepo, 2023).

Nessa perspectiva que entendemos que há um simulacro de autonomia da ANS, também, a nível formal, na medida em que a estrutura legal de fiscalização da ANS e a forma como se concebeu o procedimento do TCAC, transformaram a ANS em órgão de controle dotado de um poder calcado em modelos judicantes, que não tem, em seu desenho procedimental, real autonomia para promover um controle consensual efetivo.

Nesse sentido, os instrumentos autocompositivos são incorporados pela Agência Reguladora, como modelos transcendentais, que eliminam o conflito em nome da legalidade e da economia, moldados a partir de um procedimento legal que se compromete com a própria forma de operacionalização do consenso e não com o resultado.

E o que constituem modelos transcendentos? Qual a função de um modelo transcendente?

Um "modelo transcendente" pode ser entendido como uma construção abstrata e universal que dita regras ou condições sobre a existência e o comportamento, sem estar diretamente conectado à realidade concreta dos indivíduos ou dos contextos específicos. Esses modelos são fundamentados em ideias intangíveis e místicas como "pátria", "nação" ou "direitos", que, embora aparentam ter autoridade total, não se originam de uma linguagem ou de uma experiência concreta (Sanín-Restrepo e Araújo, 2020).

Esses modelos funcionam como diretrizes invisíveis que impõem normas a todas as formas de existência, estabelecendo como o ser (seja ele mulher, cidadão, trabalhador, etc.) deve se conformar a esses padrões preestabelecidos para que sua existência seja legitimada ou reconhecida (Sanín-Restrepo e Araújo, 2020). Portanto, a função deles é exercer uma espécie de poder coercitivo, impondo uma ordem que transcende o concreto, codificando e padronizando a realidade em nome de princípios abstratos e muitas vezes inquestionáveis:

O ser (todos os seres, ser mulher, eleitor, manifestante, amante, ser virtuoso ou imundo), para ser, deve ser idêntico ao que o modelo transcendente (a bíblia, a lei, o espetáculo) lhe dita. Para que a diferença seja reconhecida como diferença, ela deve ser exercida sob as restrições precisas do modelo (Sanín-Restrepo e Araújo, 2020, p.5).

Isso revela uma lógica de controle, em que a vida e os conflitos são despolitizados e absorvidos por normas que visam a eficiência e a funcionalidade, ao invés de reconhecerem a complexidade e diversidade da experiência humana.

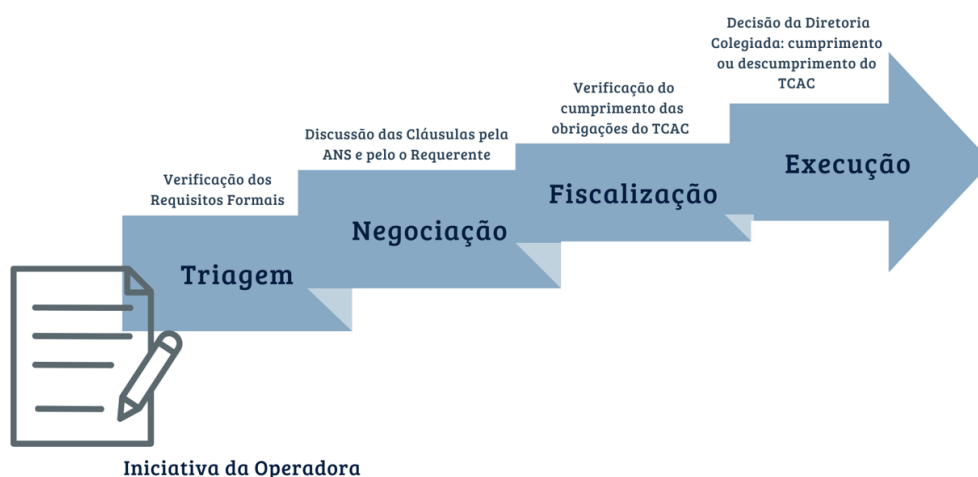
E é por meio da encriptação que se limita ou bloqueia a capacidade de se comunicar e expressar significados fora dos parâmetros impostos por um "modelo transcendente". Nesse contexto, a encriptação atua como uma barreira que restringe o uso e a interpretação de um léxico político, onde as palavras e conceitos já vêm previamente definidos e hierarquizados por esses modelos abstratos e autoritários.

A referência ao "modelo transcendente" implica que os significados políticos, sociais ou culturais são controlados por uma elite ou grupo restrito que detém os "códigos de linguagem". Esses poucos detentores do código decidem quais significados são válidos e aceitáveis, o que inibe a possibilidade de se introduzir novas interpretações ou formas de expressão que não se conformem a esse padrão pré-estabelecido. Em outras palavras, a encriptação suprime a diversidade de significados e a liberdade de uso da linguagem política ao restringi-la a fórmulas pré-determinadas, de modo que apenas aqueles que compreendem os códigos podem participar efetivamente do discurso ou influenciar suas direções.

Esse processo de encriptação despolitiza os conflitos e mantém a ordem de acordo com os interesses que esses modelos favorecem, promovendo uma forma de gestão que elimina o espaço para a pluralidade de interpretações e experiências. É nesta perspectiva que propomos compreender se, no procedimento do TCAC, há real comprometimento com o diálogo, ou apenas com a própria forma de operacionalização do consenso para alcançar resultados meramente eficientes, a partir dos quais não se almeja reconhecer direitos, nem efetivar os já reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

O fluxograma do procedimento do TCAC evidencia que a fase de diálogo (negociação) só ocorre após a verificação de requisitos formais:

Fluxograma 1. Processo de formalização e execução do TCAC.



Fonte: (NUJUP, 2024).

Este desenho procedimental, por si só, aponta para um comprometimento com a forma, e não necessariamente com a essência de um processo dialógico. Assim, há uma dissociação entre a intenção declarada de promover a consensualidade e a prática efetiva, de modo que a formalização excessiva e a codificação dos passos para a viabilização do TCAC reforçam a análise de que a ANS opera sob um paradigma regulatório que não abdica de seu caráter controlador e judicante.

Essa lógica formalista está ancorada nos artigos 5º e 7º da RN 372/2015, que detalham os requisitos para a manutenção do TCAC e reforçam a centralidade de um controle prévio rigoroso antes de qualquer diálogo significativo. Tal abordagem enfatiza a tensão entre o discurso da consensualidade e a prática predominantemente regulatória da ANS, configurando um cenário em que a negociação é tratada mais como um passo obrigatório do que como um espaço efetivo para a construção.

Assim, mesmo com a previsão de um momento de negociação, a sua colocação em um estágio pós-verificação limita a interação real e impede que a pluralidade de perspectivas seja valorizada desde o início. Por outro lado, se a negociação fosse introduzida em uma etapa inicial, antes da verificação formal, haveria uma oportunidade para que diferentes partes influenciassem o processo de maneira mais significativa. Isso poderia resultar em soluções mais criativas e adaptadas às particularidades de cada caso, promovendo uma abordagem mais inclusiva e efetivamente consensual desde o início. Dessa forma, o processo é guiado não pela construção coletiva e colaborativa de soluções, mas sim por um itinerário previamente traçado, que valoriza a funcionalidade em detrimento da autocomposição genuína.

Sob a lente da Teoria da Encratação do Poder (TEP), o próprio conceito de diálogo em ambientes regulados é submetido às coerções de um sistema que prioriza a codificação e o controle dos significados, impedindo que verdadeiras negociações⁴¹ se desenvolvam de maneira plena, especialmente porque as normas e regulamentos ditam as condições e os limites de interação, restringindo as possibilidades de negociação a meros cumprimentos protocolares, em vez de promover um espaço onde diferentes interesses possam ser efetivamente conciliados.

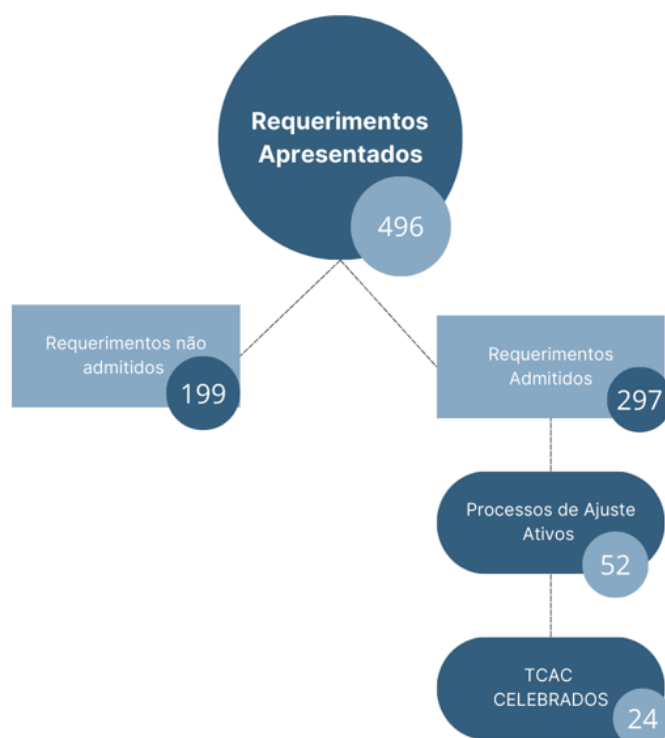
Essa dinâmica, de certa forma, despolitiza o processo ao promover a gestão dos conflitos dentro de parâmetros que favorecem a previsibilidade e a legalidade, mas não necessariamente a justiça e a efetiva participação dos envolvidos.

Portanto, é relevante questionar se a estrutura do TCAC, tal como adotada pela ANS, possibilita uma verdadeira expressão de consensualidade ou se esta não passa de uma representatividade superficial inserida em um modelo transcendente que codifica a própria natureza do diálogo.

No fluxograma 2, fica evidente como, de 2015 a 2018, 40% dos requerimentos apresentados são inadmitidos, ou seja, não chegaram à fase do diálogo por ausência de requisito formal:

⁴¹ O professor Dr. José Ângelo elogiou a articulação entre consensualidade e racionalidade neoliberal, destacando a relevância da associação feita com o pensamento de Ronald Coase e sua defesa de soluções consensuais antiestatistas. A partir disso, comentou a tese central do trabalho sobre a “autonomia simulada” da ANS e a ineficácia do TCAC na promoção da consensualidade, conforme demonstrado na página 169. Sugeriu aprofundar a reflexão normativa sobre o que seria uma “verdadeira negociação” com atores econômicos que atuam em um mercado concentrado e financeirizado, que possuem pouco incentivo a consensos reais. Questionou, por fim, se a reforma do TCAC seria suficiente sem mudanças estruturais nos mecanismos de sanção, dada a baixa efetividade das punições atualmente vigentes.

Fluxograma 2. TCAC ANS após resolução 372/15 até 2018.



Fonte: (Braz, 2018).

A inadmissibilidade sugere rejeição por ausência de requisitos formais. Assim, o elevado índice de inadmissibilidade no procedimento do TCAC, com 40% dos requerimentos excluídos por ausência de requisitos formais, evidencia que a barreira de entrada não é o mérito dos conflitos, mas na estrita observância de critérios técnicos, priorizando o controle e a previsibilidade em detrimento da resolução dialógica e inclusiva. Sob a ótica da Teoria da Encrptação do Poder (TEP), essa dinâmica não é casual, mas parte de um sistema que codifica os significados do diálogo e do consenso, subordinando-os a parâmetros que garantem previsibilidade e controle.

Nesse processo, a possibilidade de uma autocomposição verdadeiramente dialógica é restrita, uma vez que o sistema impõe limites estritos sobre o que pode ser negociado, como pode ser negociado e dentro de quais condições. Isso resulta em uma prática que privilegia a forma e a eficiência operacional, despolitizando o conflito e negando a pluralidade de experiência

Nessa estrutura regulatória, portanto, pouco interessa se as formas jurídicas procedimentais consideram a participação, se estas forem condicionadas, exclusivamente, pelos significados consentidos ou disponíveis pela ordem jurídica e a tecnicidade do direito (Netto,

2009). Nesse sentido, paradoxalmente, esses métodos da forma como são regulamentados, resgatam mais uma concepção de administração pública verticalizada, formalista e sancionatória, do que uma administração que se pretende horizontalizada, flexível e consensual, na qual se privilegia o diálogo.

A RN 372/2015 reflete essa dinâmica ao reforçar que as operadoras de planos de saúde não possuem direito subjetivo à celebração do TCAC, por se tratarem de um ato discricionário da Administração Pública. Contudo, a processualização dessa discricionariedade cria um sistema em que a formalização excessiva dos atos administrativos e o rigor técnico na admissibilidade restringem as possibilidades de negociação e consenso. Essa lógica transfere, portanto, o foco dos méritos e da construção dialógica para a conformidade com requisitos formais, contribuindo para a judicialização dos atos administrativos.

Isto porque, ao impor critérios rígidos e formais como pré-condição para a celebração do TCAC, a processualização converte o ato administrativo em objeto frequente de contestação judicial, na medida em que operadoras de planos de saúde, diante da inadmissibilidade de seus requisitos ou da negativa da administração em celebrar o acordo, recorrem ao Judiciário para questionar a discricionariedade administrativa.

O REsp 1.862.518/PR ilustra como a processualização do direito administrativo tem ampliado a atuação do Judiciário sobre o mérito administrativo. Embora a RN 372/2015 estabeleça que a celebração do TCAC seja um ato discricionário e que não é um direito subjetivo da operadora, o judiciário entendeu que embora não se possa exigir da ANS a celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC), uma vez oferecida a possibilidade e estando a operadora interessada e adequada a celebrar o termo, não pode haver rompimento abrupto das tratativas e aplicação de penalidade, sob pena de violar os princípios da vedação de conduta contraditória (*venire contra factum proprium*) e da boa-fé.

Fato é que a formalização excessiva e o rigor técnico exigidos nesse processo têm deslocado o foco da análise para o cumprimento de requisitos procedimentais, muitas vezes em detrimento da análise substancial e dialógica, acarretando, conseqüentemente, a ampliação do controle judicial sobre o conteúdo de atos administrativos, transformando o Judiciário em instância revisora de escolhas discricionárias e mantendo o centro gravitacional da solução do conflito no judiciário.

Nesta perspectiva, entende-se que o TCAC é resultado da capacidade do direito de nomear e ressignificar signos (Sanín-restrepo, 2023), criando institutos *sui generis*, que são algo e não são ao mesmo tempo, assim, o TCAC se apresenta, ora como instrumento adjudicatório,

que expressa uma força sancionatória do Estado, ora como instrumento consensual previsto pela Lei de Mediação, mas que pressupõe uma noção de legalidade que tolhe qualquer margem negocial calcada no diálogo, nos interesses, na autonomia da vontade e na isonomia das partes.

Assim, embora a autocomposição, em teoria, surja como um meio de diálogo e negociação entre as partes, buscando soluções colaborativas para conflitos que envolvem interesses públicos e privados. No entanto, quando regida por um "modelo transcendente", a autocomposição pode se tornar um instrumento moldado por padrões abstratos e pré-determinados, que ditam como esses processos devem ocorrer, restringindo a verdadeira flexibilidade e autonomia das partes envolvidas.

A análise deste contexto leva à reflexão sobre a necessidade de repensar as bases estruturais que sustentam a consensualidade na administração pública, não apenas como um mecanismo formal de cumprimento de obrigações, mas como uma prática autêntica de gestão de conflitos que reconheça e valorize a pluralidade de interesses e perspectivas.

5. CONCLUSÃO

A complexidade do tema é desafiadora⁴². Mas é necessária, pois identificar modelos transcendentais exige um olhar clínico da realidade. Exige compreender a regulação consensual para além do discurso e da mera interpretação normativa, pois requer uma análise profunda das dinâmicas de poder e das motivações subjacentes que influenciam a atividade administrativa e moldam o sentido de interesse público e de legalidade.

Somente com essa visão ampliada é possível propor soluções que sejam efetivas e, para tanto, a Teoria da Encrptação do Poder (TEP) nos deu o caminho metodológico para identificar essas dinâmicas de poder, desvendando as camadas invisíveis da governança, a partir dos conceitos de soberania porosa, que reflete a capacidade do Estado de negociar sua autoridade

⁴² Na conclusão do Capítulo 5, o avaliador professor Dr. José Ângelo, elogiou a clareza e a organização do fechamento do trabalho, destacando a retomada dos principais argumentos e a apresentação de propostas concretas. Como ponderação adicional, questionou se houve, na pesquisa bibliográfica, identificação de experiências internacionais bem-sucedidas em que agências reguladoras conseguiram lidar com mercados altamente concentrados, inclusive com uso eficaz de medidas preventivas. Citou, como contraponto, casos europeus — em especial o setor de saneamento na França, em que o modelo regulatório foi abandonado após privatizações, devido à piora na qualidade dos serviços e ao aumento de preços. Destacou a reestatização como resposta nesses contextos e sugeriu que, mesmo não sendo objeto central do trabalho, uma eventual referência comparativa poderia enriquecer o debate. Respondi que a pesquisa não abarcou modelos internacionais de regulação consensual devido à limitação de escopo e tempo, mas esse é um eixo promissor para desdobramentos futuros. Contudo, pontuei, ainda, que eventuais referências comparadas devem considerar as particularidades do contexto brasileiro, especialmente a existência de um sistema público universal (SUS) que, na prática, absorve a deficiência da saúde suplementar. Esse desenho gera um desalinhamento de incentivos, pois as operadoras podem se eximir da prestação efetiva de serviços, transferindo a demanda ao SUS sem que os mecanismos de ressarcimento sejam plenamente eficazes, tratando-se, portanto, de uma realidade regulatória peculiar, que desafia a simples importação de modelos externos, embora a análise comparativa possa oferecer subsídios valiosos para aprimoramentos.

em um cenário globalizado, e de sujeitos ocultos que representam aqueles que são parte da abstração do povo enquanto fundamento de legitimidade da decisão pública, mas dela são excluídos. Esse mapeamento é essencial para compreender como o poder é redistribuído e exercido, permitindo a formulação de estratégias mais transparentes e justas que levem em conta todas as forças em jogo.

Nesta perspectiva, ao assumirmos que a soberania do Estado é porosa e que, conseqüentemente, a administração pública atua em rede, significa compreender a capacidade dos Estados de ceder parte de sua autoridade a redes de governança e cooperação diversas, internacional, nacional, pública, privada ou híbridas, evidenciando que a administração pública depende da colaboração entre diferentes atores, que possuem tanto poder político quanto o Estado para a realização de políticas públicas.

É, pois, neste contexto que a reforma administrativa, enquanto parte de um projeto internacional, é implementada no Brasil por meio da EC 19/90, norteando a atuação administrativa pelo princípio da eficiência, que exige um modelo de governança mais flexível e dinâmico, o que justificou a criação das Agências Reguladoras como ANS e a implementação, no âmbito delas, de uma regulação consensual, sobretudo, por meio do TCAC.

Mas, considerando esse contexto de permeabilidade da soberania estatal por outros organismos, qual a autonomia da ANS? Nesse contexto, a atividade regulatória, de fato, vem atendendo ao interesse público?

Os dados demonstram que *i.* o TCAC, enquanto método consensual de conflitos não reduz reincidência e não impacta material e positivamente na qualidade do serviço de saúde suplementar, pois não é capaz de prevenir ou resolver, satisfatoriamente, as queixas dos consumidores; *ii.* apesar da aposta na consensualidade, a multa ainda é a forma recorrente com que o poder de polícia administrativa da ANS se manifesta; *iii.* a tendência à consensualidade não impacta positivamente na redução da judicialização da saúde suplementar; *iv.* O centro gravitacional de solução de conflitos não se deslocou do judiciário.

Os dados retratam, portanto, a dissonância entre o discurso de promoção do TCAC enquanto método consensual e os resultados práticos, que indicam que a regulação consensual não efetiva para aprimorar a prestação de serviços e, assim, reduzir as queixas dos consumidores, seja diante da ANS ou do judiciário.

E como a ausência de autonomia da ANS explica este cenário?

Os indicadores mostraram que 0,6% das operadoras de saúde médico-hospitalares controlam mais de 70% do setor de saúde suplementar e são essas mesmas empresas que detém

poder em uma rede sobre os mais relevantes atores econômicos do Brasil, cujo capital é totalmente privado e tem participação expressiva de capital estrangeiro, dificultando a atividade de regulação Estatal, de modo que, sob a ótica das soberanias porosas, essas corporações não atuam, meramente, como agentes econômicos, mas como agentes políticos, que detém tanto poder quanto o Estado.

Essas mesmas empresas vêm apresentando, em geral, prejuízos operacionais, com ganhos financeiros muito superiores ao ganho operacional, o que significa que estão dependentes de receitas não relacionadas diretamente à sua atividade principal (prestação de saúde), mas com investimentos financeiros ou ganhos com a variação de câmbio, que nem sempre estão relacionados ao setor de saúde.

Esse cenário pode indicar uma gestão financeira focada em resultados imediatos, em detrimento do fortalecimento das operações centrais e da oferta de serviços de saúde de qualidade, de modo que essa dependência de ganhos financeiros externos pode comprometer o comprometimento das empresas com a melhoria contínua da qualidade dos serviços prestados aos beneficiários. Com os recursos financeiros sendo direcionados para atividades fora do escopo da assistência à saúde, as empresas podem investir menos em inovação, melhorias operacionais e na implementação de práticas que favoreçam a eficiência e a satisfação do usuário, resultando em uma percepção negativa sobre o setor, prejudicando tanto a confiança dos beneficiários quanto a sustentabilidade de longo prazo do sistema de saúde suplementar.

Esse cenário representa um desafio regulatório, sobretudo, quando o foco da gestão das operadoras se desloca para a rentabilidade financeira de curto prazo, em detrimento do atendimento, o que enseja a discussão sobre o potencial de constrangimento das multas sobre a atuação dessas empresas.

Os dados revelaram que além de a multa ser o modelo regulatório predominante, o valor aplicado representa uma porcentagem muito pequena em relação ao lucro líquido dessas empresas ao longo de um ano e, a partir dos relatórios de fiscalização do TCU, a ANS não consegue, de fato, executar de forma efetiva as multas aplicadas.

Portanto, a multa compensa! Isto porque, enquanto o TCAC exige uma mudança de comportamento que implica em investimento operacional para aprimorar o serviço prestados, a multa não exige a conformação da conduta das operadoras que dominam o mercado de saúde suplementar aos parâmetros legais e o seu valor é, facilmente, diluídos nos ganhos financeiros e não impacta expressivamente a receita líquida dessas empresas.

O dano eficiente se comporta como um custo operacional que, embora desconfortável, não impacta ganhando sua rentabilidade, pois, não são altas o suficiente para desestimular comportamentos abusivos ou para forçar as empresas a modificar suas práticas de gestão, que priorizam a maximização do lucro em detrimento da qualidade do atendimento aos beneficiários, o resultado é que, no contexto de um mercado financeirizado, a lucratividade da empresa não mantém correlação direta com a qualidade da prestação do serviço de saúde.

Diante desses resultados, conclui-se que as operadoras de saúde não estão comprometidas com o próprio serviço ofertado, configurando um simulacro de autonomia ao não sustentar um controle consensual para aprimorar um mercado com o qual não há comprometimento das próprias prestadoras. Mas qual a relação com a autonomia da ANS?

A autonomia para impor consequências está diretamente ligada à capacidade de uma entidade reguladora de exercer seu papel fiscalizador e disciplinar de forma efetiva e, no caso da ANS, a ausência de autonomia nos TCAC limita sua atuação para garantir que os termos acordados sejam cumpridos eficazmente, enfraquecendo, assim, a capacidade da agência de proteção do interesse público.

Desse modo, a regulação consensual, por meio do TCAC, não tem um impacto neutralizador da conduta ilegal que implique em uma mudança na cultura institucional dessas operadoras de saúde, que são reincidentes na violação aos direitos dos consumidores, e, por outro lado, a regulação sancionatória, por meio da aplicação de multa, é contingenciada por essas empresas, gerando um dano eficiente, de modo que a violação aos direitos dos consumidores, não sendo resolvida extrajudicialmente, demanda a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, restou evidente a construção de um discurso de validação, pois não há umnexo de causalidade entre o uso de métodos autocompositivos, especificamente o TCAC, e o desafogamento do Judiciário, especificamente de demandas do setor de saúde suplementar, pois, aliás, sequer moveu o centro gravitacional da solução de conflitos do judiciário que vem, inclusive, ampliando o espectro do seu controle sobre a decisão pública. Assim, essa relação de causa e efeito é parte de um *marketing* de promoção desta tendência, que se expressa à nível, meramente, formal, por meio de normas, mas que não se compromete com a eficácia material⁴³ destes métodos, que implique na mudança de comportamentos e processos na realidade.

⁴³ Durante a arguição realizada pela Professora Dra. Alexandra Clara Ferreira Faria, foram feitas observações centrais relacionadas à construção crítica do trabalho e à forma como os instrumentos consensuais foram apresentados. A professora destacou, inicialmente, que o trabalho demonstra solidez teórica e boa delimitação temática, especialmente no que se refere ao debate sobre a judicialização da saúde suplementar. No entanto, ponderou que seria importante aprofundar a discussão sobre o uso estratégico da consensualidade pela administração pública e pelos tribunais, refletindo se esse uso se traduz, de fato, em resultados concretos — ou se estaria ancorado em uma lógica performativa e discursiva que não se realiza na prática. A professora também

A partir desse estudo, a inefetividade do controle consensual da ANS pelo Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) pode ser comparada ao chamado "Sistema de Ferro Velho", no qual a lógica do desmanche prevalece: o objetivo principal é não restaurar o carro para colocá-lo em circulação, mas sim desmontá-lo e vender suas peças individualmente. Da mesma forma, o modelo de controle adotado pela ANS através do TCAC demonstra ser inadequado à realidade atual, pois prioriza ajustes pontuais e fragmentados em vez de buscar uma solução sistêmica e eficiente para problemas estruturais do setor de saúde suplementar. Esse modelo, portanto, falha em enfrentar as complexidades do mercado, limitando-se a ações que parecem mais externas a preservar partes do sistema do que a reconstituí-lo

Nesta perspectiva, a ausência de autonomia da ANS, que acarreta na falta de efetividade na regulação da ANS, apresenta-se como um problema crônico que tem impactos diretos no Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente no que tange ao ressarcimento de custos pela assistência a usuários de planos de saúde que acabam recorrendo ao SUS, que, conforme evidenciou os gráficos 23 e 24, que se veem obrigados a buscar atendimento no SUS devido à negativa de cobertura ou à qualidade prejudicada dos serviços prestados pelas operadoras.

O ressarcimento das operadoras ao SUS, embora seja uma obrigação legal, nem sempre é suficiente para cobrir os custos do atendimento realizado, o que sobrecarrega o sistema público de saúde, comprometendo a sua sustentabilidade. Além disso, a dependência do SUS por parte de usuários de planos privados, em especial idosos, evidencia a falência de um modelo de saúde suplementar que não fortalece o sistema de saúde centrado no SUS, mas que, na

questionou se a pesquisa não poderia avançar na análise do que chamou de “simulacro de consensualidade”, sobretudo nos casos em que instrumentos como o TCAC são utilizados como uma resposta formal à judicialização, mas sem enfrentamento substantivo das causas estruturais do problema, trazendo, ainda, uma reflexão sobre o papel dos *leading cases* e de recursos repetitivos que exigem do consumidor antes de ajuizar uma ação comprovar que se valeu de métodos consensuais de resolução daquele conflito. Em resposta às observações, foi esclarecido que o trabalho busca exatamente demonstrar que a consensualidade, tal como implementada no setor da saúde suplementar, não possui uma relação de causa e efeito comprovada com a redução da judicialização, sendo muitas vezes utilizada como recurso retórico ou de "marketing institucional" por parte da administração pública e dos tribunais. Ressaltei, ainda que, embora a consensualidade tenha potencial como via alternativa de resolução de conflitos, seu uso descolado da efetiva autonomia das partes e da transformação prática dos conflitos pode mascarar — e não resolver — os problemas estruturais existentes. Assim, o TCAC foi analisado criticamente como instrumento que, embora formalize a negociação entre ANS e operadoras, ainda se mostra insuficiente para conter práticas recorrentes de desrespeito aos direitos dos consumidores. A respeito dos *leading cases*, foi reconhecido que, quando aplicados sem considerar as especificidades fáticas dos casos individuais, podem sim configurar uma forma de simulacro decisório, reiterando padrões descontextualizados e inefetivos. No entanto, foi destacada a possibilidade de seu uso integrado à regulação como ferramenta preventiva e de contingenciamento de riscos, porém, neste cenário, a exigência de tentativa de solução consensual prévia só revela mais um mecanismo de simulacro.

prática, contribui para uma fragmentação do sistema de saúde e contribui como fator de agravamento das desigualdades sociais.

Em síntese, a confirmação da hipótese demonstra que o controle consensual é um modelo transcendente, pois se apresenta como uma operação estática fundamentada em conceitos pré-definidos de autonomia, soberania, interesse público e legalidade, desconectados da forma como se apresentam na realidade. Assim, esse modelo apenas roteiriza um tipo de controle que, no fim, não entrega os resultados esperados, como o aprimoramento do setor de saúde, devido à fragilidade do controle consensual diante de um mercado de saúde financeirizado que impõe limites à autonomia da ANS, uma vez que a agência não consegue impor consequências alinhadas ao interesse público por meio da consensualidade, e o poder judiciário ainda se apresenta como o principal ator na solução desses conflitos, assumindo um verdadeiro papel regulatório.

Esse quadro revela a necessidade urgente de uma regulação alinhada ao contexto da financeirização da saúde e que assuma que a violação dos direitos dos consumidores não é, meramente, fruto de ações ilegais ou externas ao Estado, mas condutas validadas e suportadas por mecanismos legais legítimos, do qual o Estado faz parte, revelando não, isoladamente, o domínio do poder econômico, mas a fragilidade da capacidade regulatória do Estado, diante de um mercado financeirizado, que dentro do espectro da legalidade tem abertura para tomar decisões diferentes que, em última instância, favorecem seus lucros em detrimento de uma regulação mais eficaz.

Nesta perspectiva, propomos três possíveis soluções;

A primeira proposta visa centrar o processo em uma abordagem mais resolutiva e menos judicante, assim, a proposta é que haja uma reestruturação do procedimento administrativo para incluir, desde o início, elementos de negociação e diálogo antes da verificação, permitindo uma interação mais genuína desde o início.

A segunda proposta parte da compreensão de que o direito administrativo precisa aprender a atuar a função regulatória, também, a partir do contingenciamento de riscos, pois no formato atual, tanto a regulação sancionatória, quando a regulação consensual pressupõe danos efetivamente causados aos consumidores, assim, a atividade regulatória atua quando as operadoras já contingenciaram os danos causados e, portanto, a resposta regulatória, neutralizando, assim, a autonomia da ANS.

Assim, é necessária uma abordagem proativa e estratégica que não se limite apenas à aplicação de normas, mas que também antecipe e minimize potenciais danos ou falhas no setor

regulado. O contingenciamento de riscos envolve a identificação de áreas vulneráveis nos serviços ou mercados e a criação de mecanismos que possibilitem uma resposta rápida e eficaz a esses riscos, antes que se tornem problemas de maior escala. Esse modelo requer não apenas uma regulação mais ágil e dinâmica, mas também a capacitação das agências reguladoras para implementar medidas preventivas, como auditorias contínuas, monitoramento de práticas de mercado, compreensão do modelo de negócio financeirizado, contribuindo, assim, para a construção de um ambiente mais seguro e eficiente, reduzindo a exposição a crises e melhorando a qualidade do serviço de saúde.

A terceira proposta está relacionada a uma reestruturação macro da política de saúde, pois, embora o princípio que orienta a implementação de instrumentos consensuais na atividade regulatória da ANS, seja o princípio da eficiência, como forma assegurar a qualidade do serviço de saúde, na prática, atores privados que exploram a saúde não vinculam a eficiência, necessariamente, ao interesse público, mas priorizam uma eficiência qualitativa vinculada à otimização do lucro. Porém, é necessário estruturar uma política pública de saúde em torno de uma concepção de eficiência qualitativa, que busque bem-estar social e isso implica a necessidade de fortalecer o Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como princípio norteador o atendimento equitativo e integral da população e, portanto, tem o foco na promoção da saúde coletiva.

Desta forma, em um cenário em que a regulação consensual não promove alterações estruturais no mercado de saúde suplementar, que é cada vez mais financiado e orientado pelo lucro, em detrimento do atendimento e da qualidade dos serviços prestados aos beneficiários, é fundamental fortalecer o SUS, a fim de garantir sua centralidade na política de saúde e a implementação de mecanismos que impeçam a fragmentação do sistema. Assim, a saúde suplementar deve cumprir verdadeiramente seu papel de complementar o SUS, garantindo que o sistema público permaneça como eixo principal na promoção de um atendimento equitativo e universal.

Para complementar este trabalho, sugerimos uma análise mais aprofundada sobre os motivos que levaram à rejeição dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Essa avaliação pode trazer insights relevantes sobre os critérios adotados para a aceitação ou recusa dos acordos, permitindo uma maior transparência e eficiência nos processos regulatórios. Além disso, seria importante incluir informações detalhadas sobre a iniciativa dos Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC), indicando quantos foram propostos pelas operadoras de planos de saúde e quantos

partiram diretamente da ANS. Esse levantamento⁴⁴ contribuiria para entender melhor o protagonismo de cada parte envolvida e, portanto, contribuiria para complementar a análise acerca da autonomia da agência.

Por fim, destacamos a dificuldade na análise e no cruzamento de dados devido à falta de padronização nos bancos de dados disponibilizados pela ANS e nos dados abertos do governo Federal. Por exemplo, a variação na grafia dos nomes das operadoras dificultou significativamente o uso de ferramentas como o Excel para o tratamento das informações. Essa ausência de uniformidade nos dados compromete a confiabilidade das análises e evidencia a necessidade de uma política mais robusta de governança de dados por parte da ANS. Recomendamos, portanto, a adoção de práticas que assegurem maior consistência e padronização nos registros, como a criação de um identificador único para cada operadora, o que facilitaria tanto a pesquisa quanto o monitoramento das atividades do setor.

Essas sugestões, se implementadas, podem contribuir para a melhoria da regulação, da fiscalização e análise dos indicadores no âmbito da saúde suplementar, promovendo maior eficiência e transparência.

REFERÊNCIAS

ABC DO SUS – Episódio 3. Ministério da Saúde (MS). Brasília: MS, 28 de dez. de 2022, Vídeo (01:00) Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=aqIih0zyPRM> > Acesso em 03 de mai. de 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Agenda Regulatória 2023-2025**. Brasília, DF: 2024. Atualizada em outubro 2024 Disponível em: < https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/agenda-regulatoria/Minuta_da_Agenda_Regulatria_atualizada_112024_r03.pdf > Acesso em 4 de outubro de 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Caderno_2023**. Brasília, DF: 2023. Atualizado até dezembro de 2023, 35 planilhas. Disponível em: < <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor> > acesso em: 22 de nov. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Instrução Normativa nº 226 de 05 de agosto de 2010**. Institui o procedimento de Notificação de Investigação Preliminar - NIP. Brasília, DF: 2010. Disponível em: < https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2010/res0226_05_08_2010.html > Acesso em: 10 de jul. 2023.

⁴⁴ Esses dados foram solicitados à ANS por meio do e-mail: fiscalizacao.tcac@ans.gov.br, mas sequer foi respondido. Assim, dada a extensão do trabalho e o curto tempo para finalizá-lo, prosseguimos sem tais informações, mas que serão consideradas em trabalho futuro, pois, certamente, complementar a análise.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Instrução Normativa nº 372 de 30 de março de 2015**. Dispõe sobre a celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC previsto no artigo 29 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Brasília, DF: 2015. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjk00Q>> Acesso em: 10 de jul. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Penalidades aplicadas a operadoras (version 1)**. DF: Brasília, excel., atualizado em 26 de abr. 2024, 01 planilha. Disponível em: < <https://dados.gov.br/dados/conjuntos-dados/penalidades-aplicadas-a-operadoras> > Acesso em 27 de abr. 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Portaria DIFIS nº 01 de 11 de janeiro de 2013**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: https://bvs.saude.gov.br/bvs/saudelegis/difis/2013/prt0001_11_01_2013. Acesso em: 5 de abr. 2024.

AGU EXPLICA – CICLOS DO PODER DE POLÍCIA. Advocacia Geral da União (AGU). Brasília: AGU, 26 de mai. de 2018, Vídeo (2:24) Disponível em: < <https://br.video.search.yahoo.com/search/video?fr=mcafee&p=agu+explica+ciclo+de+policia&type=E210BR714G0#id=1&vid=b53ba9aafa40b4fbe97e89b9a71392c6&action=click> > Acesso em 03 de mai. de 2024.

ALVES, Thaís Fávero; LIMA, Rita de Cássia Gabrielle Souza. Interesse público na saúde: saúde suplementar e hegemonia mercantilista. **Revista Brasileira de Tecnologias Sociais**, Vale do Itajaí, v. 3 n. 2, 2016, pp. 39-55.

ALVIM, Thereza; CUNHA, Ígor Martins. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 379-404, jun. 2020. Disponível em: < <https://bd.tjdft.jus.br/items/8f560e82-a876-4940-83d6-a72041d86d65>> acesso em 02 de jun. 2024.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 8.ed, Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2014. pp. 461-529.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Ed, 2013, pp. 21-40.

ARATO, Andrew e COHEN, Jean. Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt. **Constellations**, v. 16, n. 2009, p.307-330. Disponível em: https://www.academia.edu/110931201/Banishing_the_Sovereign_Internal_and_External_Sovereignty_in_Arendt Acesso em: 10 de nov. 2023.

A REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DO CONTROLE EXTERNO. Palestrante: Antonio Augusto Junho Anastasia. Belo Horizonte: PUC Minas Aula Inaugural FMD, 2024. 1 vídeo (1:31:05). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NMJfIYcsjuQ&t=31s> > Acesso em 20 de set. 2024.

AZEVEDO MARQUES, Floriano. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, 237p.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223-252.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 27-74.

BERNARDES, Flávia Couto; MATTEDI, Milton Carlos Rocha. Soberania de quem? O papel do povo nas democracias contemporâneas. OñatI: **Conpedi Law Review**, v. 2, n. 3, p. 475-491, jan/jun. 2016. Disponível em: <
https://www.researchgate.net/publication/354024780_Soberania_de_Quem_O_Papel_do_Povo_nas_Democracias_Contemporaneas/link/611fba19169a1a01031631e4/download?tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19> Acesso em: 20 de out. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. Cabe ao Estado Controlar o setor privado? *In*: Sundfeld, Calos Ari *et al.* **Curso de Direito Administrativo em Ação – Casos e Leituras para Debates**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, pp. 349-375.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, Jan./Mar. 2005. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>> Acesso em: 18 de out. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207–225, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773>. Acesso em: 21 jul. 2024.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República: Livro Primeiro**. Tradução, introdução e notas: José Carlos Orsi Morel. 1.ed. São Paulo: Ícone, 2011.

BORGES, Adelma Cavalcante Ferreira. **Função extrajudicante e a administração pública**. Dissertação (Mestrado), UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES, Rio de Janeiro, 2007, 186p. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037582.pdf> > Acesso em: 12 de nov. 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível

em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm > acesso em: 15 de set. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm > acesso em: 15 de set. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.** Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm > acesso em: 15 de set. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm> acesso em: 15 de set. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm > acesso em: 15 de set. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm > acesso em: 15 de set. 2024.

BRASIL, **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional, DF: 1966. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm > Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL, **Lei nº 8.080, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: 1998. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm > Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL, **Lei nº 8.142, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: 1998. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm > Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL, **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: 1996. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm > Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL, **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: 1998. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm > Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL, **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: 2000. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm> Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: 2002. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm> Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113097.htm> Acesso em: 01 de jun. de 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 01 de jun. de 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.html> Acesso em: 21 de set. 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras Brasília, DF: 2019. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm> Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Decisão monocrática no REsp nº 1.522.520**. Ministro Gurgel de Faria [Relator], publicada em 01 de fev. 2018. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=DTXT&livre=\(RESP+e+1522520\).nome](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=DTXT&livre=(RESP+e+1522520).nome). > Acesso em 10 de jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Decisão monocrática no REsp nº 1.862.518**. Ministro Francisco Falcão [Relator], publicada em 19 de abr. 2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RESP+N+1.862.518&b=DTXT&p=true&p=T>> Acesso em 10 de jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 482/2012** – Plenário. Relatório de monitoramento. Arrecadação de multas administrativas aplicadas por órgãos e entidades federais. Baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. Risco de prescrição dos créditos. Redução da eficácia da ação de controle a cargo das entidades e órgãos analisados. Necessidade de novas fiscalizações deste tribunal na área em destaque. Determinações. Oitiva de parte das entidades. Adoção de medidas de aperfeiçoamento da arrecadação de multas. Novas determinações às entidades fiscalizadas. Acompanhamento da matéria nos próximos 5 exercícios, mediante os respectivos relatórios anuais de gestão. Aprimoramentos no cadin. Proposta de alteração da dn-tcu 45/2002, para que a inscrição no cadin dos inadimplentes por multas aplicadas pelo TCU passe a ser realizada pela advocacia-geral da união-agu. Envio de cópias. Relator: Raimundo Carreiro, 07 de mar. 2012, Brasília: TCU, 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 1.665/2014** – Plenário. Monitoramento. Arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Identificação de oportunidades de melhoria e deficiências de procedimentos (baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. Risco de prescrição dos créditos). Determinações e recomendações expedidas no acórdão 482/2012-plenário atendidas ou em fase de implantação. Inviabilidade da recomendação para integração do cadin ao siafi. Aperfeiçoamentos verificados no monitoramento: apresentação à casa civil da presidência da república de projeto de lei para aprimoramento do cadin; publicação da dn-tcu 126/2013, disciplinando os procedimentos para inscrição no cadin de responsáveis por multas aplicadas pelo tcu e não quitadas, e atribuindo à agu a competência para a efetivação desses registros no cadin. Inclusão de informações sobre arrecadação de multas nos relatórios anuais de gestão das unidades jurisdicionadas responsáveis. Continuidade do monitoramento. Determinações adicionais. Ciência aos interessados. Relator: Raimundo Carreiro, 25 de jun. 2014, Brasília: TCU, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 1.215/2015** – Plenário. Monitoramento. Arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Oportunidades de melhoria e deficiências de procedimentos (baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. Risco de prescrição dos créditos). Monitoramento de determinações e recomendações expedidas em acórdãos anteriores. Considerações sobre os progressos advindos da presente ação continuada de controle. Novas determinações. Ciência. Relator: Raimundo Carreiro, 20 de mai. 2015, Brasília: TCU, 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 1.970/2017** – monitoramento. Acórdão 1.665/2014-tcu-plenário arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Oportunidades de melhoria e deficiências de procedimentos (baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. Risco de prescrição dos créditos). Monitoramento de determinações e recomendações expedidas em acórdãos anteriores. Considerações sobre os progressos advindos da presente ação continuada de controle. Novas determinações. Ciência. Relator: Aroldo Cedraz, 06 de set. 2017, Brasília: TCU, 2017.

BRAZ, Marcus. **Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta –TCAC**. Brasília: Agência Nacional de Saúde (ANS), 05 de dez. 2018, 15 slides. Disponível em: < <https://www.gov.br/ans/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentao-tcac-pdf> > Acesso em 3 de abr. 2023.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro 34(4):7-26, Jul./Ago. 2000. Disponível em: < https://bresserpereira.org.br/papers/2000/608-RefGerencial_1995-RAP.pdf > Acesso em 20 de nov. 2023.

BRITO, Gabriel. **Concentração de capital e os limites da saúde privada**. OutraSaúde. 06 de junho de 2023. [online]. Disponível em: < <https://outraspalavras.net/outrasaude/concentracao-de-capital-e-os-limites-da-saude-privada/> > acesso em 22 de nov. 2023.

BROWN, Wendy. 2010. **Walled States, Waning Sovereignty**. New York: Zone Books, 2010, pp. 210.

CARVALHO, Eurípedes Balsanufu e CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. **Cadernos de Saúde Pública**, v.23, n9 2007, 11p. Disponível em: < <https://cadernos.ensp.fiocruz.br/ojs/index.php/csp/article/view/3065> > Acesso em 22 de nov. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67-84.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPTURAR. *In*: Dicionário Online de Português. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/capturar/> > Acesso em: 24 de nov. 2023.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 10, 2012a, p. 603–613. Disponível em: < <https://doi.org/10.1093/icon/mos038> > Acesso em: 20 de nov. 2023.

CASSESE, Sabino. The global polity: global dimensions of democracy and the rule of law. Sevilla: Editorial Derecho Global, Global Law Press, 2012b.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: a sociedade em rede**. 5. ed. 2001. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. 1, p. 406-407.

CASTRO, Daniela Artico de. O uso do TAC para resolver conflitos com a ANS. **Conjur**, publicado em 20 de out. de 2017. [online] Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/daniela-artico-uso-tac-resolver-conflitos-ans/?print=1> > Acesso em 12 de setembro de 2024.

CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-npm**. Texto para discussão nº 2319. Rio de Janeiro: Ipea, 2017. Disponível em: < https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8027/1/td_2319.pdf > Acesso em: 20 de nov. 2023.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985 com as alterações adotadas em 2006**. Vienna: UNCITRAL, 2006. Disponível em: < https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf > Acesso em 20 de nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição, Brasília, DF: CNJ, 2016, 392p. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> > Acesso em 05 de out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Justiça em Números de 2024**. Brasília, 2024. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> > acesso em 12 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: 2010. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf > Acesso em: 10 de jul.2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. DF: 2010. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf> > Acesso em: 10 de jul.2023.

CHRISTINO, Raquel Rosan. Piaget e Kant: Uma Comparação Do Conceito De Autonomia. **Nuances: Estudos sobre Educação**, Presidente Prudente, v. 3, n. 3, 2009. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/Nuances/article/view/60>. Acesso em: 23 nov. 2023.

CLARK, Giovanni. **A regulação e a Constituição brasileira de 1988**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, abr. 2009.

CLARK, Giovanni; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 301-324, jul./dez. 2018. Disponível em: < <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1950> > Acesso em: 02 de jun de 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PEREIRA, Paulo Ricardo Maroso e SOUSA, Thanderson Pereira de. Entre ombudsman e a Ouvidoria-Geral da União a partir da Lei nº 13.460/2017: considerações para o fortalecimento das ouvidorias no Brasil. **Revista brasileira de direito**, Passo Fundo, vol. 18, n. 2, e4774, maio-agosto, 2022. Disponível em: < <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4774/3114> > Acesso em: 27 de nov. 2023.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 33-34.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 192.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020. pp. 200-314.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentalização: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.** Coimbra: Almedina, 1996. p. 90.

ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE OF THE UNITED NATIONS. **European Convention on International Commercial Arbitration.** Geneva, 21 April 1961. Disponível em: < <https://cbar.org.br/site/european-convention-on-international-commercial-arbitration/> > Acesso em: 20 de nov. 2023.

FARIA, Alexandra Clara Ferreira; REIS, Maria Theresa Duarte. Doação neutra: reflexões sob a perspectiva da política pública de saúde. *In:* Maria de Fátima Freire de Sá, Ana Thereza Meirelles Araújo, Iara Antunes de Souza [orgs.]. **Anais do Congresso Internacional de bioética e biodireito; Faculdade Mineira de Direito Graduação e pós-graduação: Estudos em Homenagem ao Professor Carlos María Romeo Casabona.** Belo Horizonte, D'Plácido, 2024, pp. 185-187.

FARIA, Alexandra Clara Ferreira; REIS, Maria Theresa Duarte. O Leviatã navegando nas ondas da consensualidade. Belo Horizonte: **Virtuajus**, v. 9, n. 16, p. 182-195, 12 jun. 2024. Disponível em: < <https://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/33372> > Acesso em 24 de nov. de 2024.

FERRAZ, Luciano **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins).** Belo Horizonte: Fórum, 2019. 191 p.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo.** 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. pp. 257-268.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico.** Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, 154p.

FREIRE, Simone Sanches; TOSTES, Eduardo Chow de Matino. A NIP da ANS e a eficiência administrativa na resolução de litígios da saúde suplementar. Rio de Janeiro: **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 1, p. 54-72, jan./abr 2021. Disponível em: < https://www.academia.edu/58628873/A_NIP_DA_ANS_E_A_EFICIENCIA_ADMINISTRATIVA_NA_RESOLUCAO_DE_LITIGIOS > Acesso em: 20 de nov. 2023.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. *In:* **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles.** Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (organizadores). São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 635-665. Disponível em: , https://www.academia.edu/41939416/Uma_genealogia_do_interesse_p%C3%BAblico> Acesso em: 20 de out. 2023.

GODINHO, Heloísa Helena Antonacio M. O controle externo das agências reguladoras: breves comentários aos artigos 14 e 16 da Lei nº13.848/2019. *In:* Adriana da Costa Ricardo Schier et al (coord.). **Marco Legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/202.** Belo Horizonte: Fórum, 2021, 225p.

GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo. Teoria geral dos contratos aplicada aos contratos administrativos. *In:* MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (org.). **Leituras complementares de Direito Administrativo.** Salvador: Juspodivm, 2012, p. 17-44.

Disponível em: <

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii.3.%20teoria%20geral%20do%20contrato.pdf?d=638234828538578471> > Acesso em: 20 de mar. 2023.

GRUBER, Jonathan. **Finanças públicas e políticas públicas**. 2º ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009. pp. 115-273.

HAESBAE, Rogério e RAMOS, Tatiana Tramontani. O mito da desterritorialização econômica. **GEographia**, v. 6, n. 12, 10 dez. 2009. Disponível em: <
<https://periodicos.uff.br/geographia/article/view/13478> > Acesso em: 26 de nov. 2023.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Império. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HOBBS, Thomas. cap. XVII. In: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.104-106. [1651].

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states**. Washington: ICSID, 1965. Disponível em: <
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf > Acesso em: 20 de nov. 2023.

JOHNSON, Earl. The Pound Conference Remembered. **Dispute Resolution magazine magazine: appreciating frank sander**. v. 19, nº. 1, 2012, p.6-8. Disponível em: <
http://franksander.com/wp-content/uploads/2018/10/DRM_Fall12_Sander_Final.pdf> Acesso em: 10 de set. 2024.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 1º Edição Bilingue. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Da Propriedade**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p.97-113/139-156/156-160. Disponível em: <
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7680437/mod_resource/content/1/locke-john-segundo-tratado-sobre-o-gov-civil.pdf > Acesso em: 03 de jun. de 2023. [1690]

LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. **Elementos fundamentais para uma teoria própria dos contratos de consumo**. Tese (doutorado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós Graduação em Direito, 2016, 188p.

LOWI, Theodor. “Four Systems of Policy, Politics, and Choice”. **Public Administration Review**, 32, LOWI, Theodor. “Four Systems of Policy, Politics, and Choice”. **Public Administration Review**, 32, 1972, pp. 298-310. Disponível em
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4440249/mod_resource/content/1/lowi-four-systems-of-policy%201972.pdf. Acesso em: 14 de jun. 2023.

MACIEL, Gisélia da Nóbrega. **A contribuição eficaz dos instrumentos adotados para a gestão de conflitos pela ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar brasileira: um olhar sobre a unimed de Araraquara-SP**. Dissertação de Mestrado. Programa de pós-graduação em direito e gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara, 2021, pp. 109.

Disponível em: < <https://m.uniara.com.br/arquivos/file/ppg/direito/producao-intelectual/dissertacoes/2021/giselia-nobrega-maciel.pdf>> Acesso em 12 set. 2024.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de praticano ajustamento de condutas dos regulados. **Revista digital de direito administrativo**, vol. 4, n. 1, p. 274-293, 2017. Disponível em: < https://www.academia.edu/31112062/Regula%C3%A7%C3%A3o_consensual_o_papel_dos_compromissos_de_cessa%C3%A7%C3%A3o_de_pr%C3%A1tica_no_ajustamento_de_condutas_dos_regulados > Acesso em: 12 de jul. 2023.

MARX, César Augusto. A nova governança pública e os princípios ESG. Controle Externo: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás**. Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 115-125, jul./dez. 2021. Acesso em: < <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/140> > Disponível: 12 de jul. 2023.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 543-585.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, pp. 369-383.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22.ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Editora Forum, 2020, p. 123-143.

MEDICI, André. “É preciso atenção às formas nocivas de concentração na saúde suplementar”. [Entrevista cedida a Solange Monteiro. **Conjuntura Econômica**. 07 de mar. 2022. Disponível em: < <https://ibre.fgv.br/blog-da-conjuntura-economica/artigos/e-preciso-atencao-formas-nocivas-de-concentracao-na-saude> > Acesso em 10 de jul. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. São Paulo: 392 Malheiros Editores, 2020, pp.135-145.

MELO, Ana Paula Andrade de; MENEGUIN, Fernando. **Soft regulation: formas de intervenção estatal para além da regulação tradicional**. Texto para discussão nº 307. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/SENADO, fev. 2022. < https://www.researchgate.net/publication/360110412_SOFT_REGULATION_FORMAS_DE_INTERVENCAO_ESTATAL_PARA_ALEM_DA_REGULACAO_TRADICIONAL > Acesso em 19 de jul. 2023.

MELO, Thiago Dellazari. **A captura das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do estado regulador**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, 127p. Disponível em: < <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3967> > Acesso em: 20 de jul. 2023.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Tese (Doutorado), Universidade Federal de Minas Gerais, 2003, 402p. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/VCSA-7NGKNX/1/tese_completa.pdf > Acesso em 10 de nov. 2023.

MOUFFE, Chantal. **Agonistics: Thinking the world Politically**. London: Verso, 2013, pp. 18-37.

MOURA, Marcelo Oliveira de; MORAIS, José Luis Bolzan de. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. **Revista brasileira de direito**, Passo Fundo, v. 13, n1, 2017, p.195. Disponível em: <<https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1565/1117> > Acesso em: 10 de nov. 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16ª ed. Ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp17-22.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2007, pp. 7-37.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, Jan/mar 2003, p. 129-156.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 452-467.

MOVIMENTO ODS. **Os 5’Ps da sustentabilidade. Imagem**. Disponível em: <<https://sc.movimentoods.org.br/os-5ps-da-sustentabilidade/> > Acesso em 04 de abr. 2024.

NADER, Laura. Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 29, ano 9, 1994, p. 18-29. Disponível em:<<https://acervo.racismoambiental.net.br/2011/05/09/harmonia-coercitiva-a-economia-politicados-modelos-juridicos/> > Acesso em: 02 de maio de 2024.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta: Teoria e análise de casos práticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação Administrativa Procedimental**. Belo Horizonte: Fórum. 2009, 195p.

NOCE, Umberto Abreu. **O simulacro do interesse público na regulação estatal da economia: por uma Condução Democrática da Ordem Econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p.130. 2018. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NoceUA_1.pdf> Acesso em 5 de mai. 2023.

NUNES DA COSTA, Marta. “Direito, Soberania e Estado: Bodin e Althusius em perspectiva”, *Intelligere*, **Revista de História Intelectual**, São Paulo, nº8, pp. 20-39. 2019. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/revistaintelligere/article/view/166743> > Acesso em 13 de nov. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 104, p. 303–322, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 21 nov. 2023.

OLIVEIRA, Rejane Silva de. **A necessidade de procedimentalização da atuação da Administração Pública**. Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação lato sensu em Direito Administrativo, 2016, pp.23. Disponível em: < https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/revistas/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/RejaneSilvadeOliveira.pdf > Acesso em: 21 de nov. 2024.

OLIVEIRA, Thertison Teixeira de. **A análise de impacto regulatório como instrumento mitigador do risco de captura no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da América Latina Logística Malha Paulista: uma análise sob a ótica da teoria política positiva da regulação**. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília: IPEA, 2018. Disponível em: < https://www.ipea.gov.br/sites/images/mestrado/turma2/thertison_teixeira_de_oliveira.pdf > Acesso em: 10 de out. 2023.

OSBORNE, Stephen P. **The New Public Governance? Emerging perspectives on the Theory and Practice of Public Governance**. London and New York. UK: Routledge/Taylor and Francis, 2010, pp. 17-105. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3343001/mod_resource/content/0/Anexo%20sem%20t%C3%ADtulo%20000582.pdf > acesso em 10 de set. 2023.

PARADOXO. *In: Cambridge Dictionary*, Dicionário Online. Reino Unido, 2024. Disponível em: < <https://dictionary.cambridge.org/spellcheck/english/?q=paradoxo> > Acesso em: 10 set. 2024.

PEDRON, Flavio Quinoud; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. **Teoria Geral do Processo: com comentários a virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodium, 2020, pp. 800.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Soberania Interna e a Integração no Cone Sul: aspectos do processo de integração econômica regional que revelam redução do conceito do nacionalismo com a integridade da soberania**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, 128p.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. *In: Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da cidade do Rio de Janeiro*. Gustavo Tepedino (org.). Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros (tradutores). São Paulo: Atlas, 2008, pp. 1-12.

PINHEIRO, Guilherme César. As Soluções Autocompositivas de Litígios Coletivos: Análise Crítica dos Projetos de Lei Nº 4.441/2020 e Nº 4.778/2020. **Revista ANNEP de Direito Processual**, Salvador, Vol 2, No. 1, Art 57, 2021. Disponível em: < <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/57> > Acesso em: 10 de nov. 2023.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral: parte geral**. Belo Horizonte. Del Rey, 2008, pp. 144-145.

POMPEU, Renata Guimarães. **O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da cidadania: por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual.** Tese (Doutorado) -Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2012, 139p. Disponível em: < https://bib.pucminas.br/teses/Direito_PompeuRG_1.pdf > Acesso em: 20 de jul. 2024.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Maria Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 89–122, 2017. Disponível em: < <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/153> >. Acesso em: 23 nov. 2023.

RECHEL, Boika; BLACKBURN, Clare M.; SPENCER, Nick J. Regulatory barriers to equity in a health system in transition: a qualitative study in Bulgaria. **Biomedical Central Health Service Research**, London, v.11, n. 219, p. 1-10, 2011. Disponível em: < <https://bmchealthservres.biomedcentral.com/articles/10.1186/1472-6963-11-219> > Acesso em: 04 de abr. 2023.

REIS, Maria Theresa Duarte; ARAÚJO, Marinella Machado. Qual a autonomia dos povos indígenas na era do neoliberalismo global? Desencrptando a política brasileira de demarcação de terras indígenas. Ciudad de Córdoba: **Administración Pública Y Sociedad (APyS)**, n° 17, 2024, 35-59. Disponível em: < <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/APyS/article/view/44546> > Acesso em: 24 de nov. 2024.

REIS, Maria Theresa Duarte; CASTRO, Yuran Quintão. Extinção de conselhos de políticas públicas: da democracia participativa ao neofascismo?. *In*: Raffaele De Giorgi; Lucas de Alvarenga Gontijo; Teodoro Adriano Costa Zanardi; Bruna Maria Felix de Carvalho e Souza; Marina Garcia Valadares; Hugo Paiva Barbosa. (Org.). **Republicanism Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais: Atas do IV Congresso Internacional Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade.** São Paulo: Dialética, 1ª ed, v.1, 2024, p. 627-647.

REIS, Maria Theresa Duarte; ZICA, Mariana. O termo de ajustamento de conduta como instrumento de uma administração pública negocial: desencrptando o princípio do interesse público. *In*: Dalton Tria Cusciano; Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann. (Org.). **Direito Administrativo, Políticas Públicas e Regulação.** Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, 1ªed, v. 1, 2024, p. 86-93.

RODRIGUES, Eduardo Magalhães. Quem está no comando? Poder entre grupos econômicos hegemônicos no Brasil. **Revista Pesquisa e Debate.** v. 35, n. 1(63), 2023, pp. 171-192. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/374821542_Quem_esta_no_comando_Poder_entre_grupos_economicos_hegemonicos_no_Brasil > Acesso em: 04 de fev. 2024.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática.** 3 ed, Rio de Janeiro. Forense. 2011, pp. 188-214/221-281.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Ed.

Ridendo Castigat Mores, Tradução: Maria Lacerda de Moura, E-book, 2023. [1754]

Disponível em: < <https://www.ebooksbrasil.org/eLibris/desigualdade.html> > Acesso em 02 de jul. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Ed.

Ridendo Castigat Mores, Tradução: Maria Lacerda de Moura, E-book, 2023. [1754]

Disponível em: <

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7606994/mod_resource/content/1/Rousseau.pdf>

Acesso em 02 de jul. 2023.

SADDY, André e GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n° 206 abril/junho – 2015, pp.165-203. Disponível em: <

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/172611/termo_ajustamento_conduta_saddy.pdf>

Acesso em: 12 set. 2023.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Nozola; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. A assistência privada à saúde: regulamentação, posição IDEC e reflexos no sistema público. *In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde (BR), v.1, 2003, p. 333-62.

SAMPAIO, Theo Rodrigues da Rocha. **A implementação do comitê de prevenção e resolução de disputas (dispute board) nos contratos de concessão de infraestrutura terrestre no âmbito da agência nacional de transportes terrestres – ANTT**, 2024, 87p.

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2024. Disponível em: < <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/5113> > Acesso em: 15 de out. 2024.

SANIN-RESTREPO, Ricardo. Aclaraciones fundamentales sobre la encriptación del poder y el pueblo oculto como categorías fundamentales de una nueva democracia. *In: CERVANTES, Aleida Hernández; MATAMORAS, Mylai Burgos (coordenadores). La disputa por el derecho : la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*. Bonilla Artigas Editores. 2018. p. 151-174 .

SANIN-RESTREPO, Ricardo; ARAUJO, Marinella Machado. **A Teoria da Encriptação do Poder: Itinerário de uma ideia (Editorial)**. *Revista Da Faculdade Mineira De Direito*, V. 23, pp. 1-17, 2020.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo; MÉNDEZ-HINCAPIÉ, Gabriel. The encrypted constitution: new ways of emancipation from global power. *In: SANÍN-RESTREPO, Ricardo. Decrypting power*. Londres/Nova Iorque: Rowman & Littlefield International, 2018.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. **Ser e Contingência: Descriptografando o estar nas mãos de Heidegger**. Tirant lo Blanch, 2023.

SANTIAGO, Marcus Firmino *et al.* **Crítica à Teoria do Estado: o conceito tradicional de soberania**. Brasília: IDP, 2014, pp. 75. Disponível em:

<https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1533/1/Cr%C3%ADtica%20%C3%A0%2>

[0Teoria%20do%20Estado%20O%20conceito%20tradicional%20de%20soberania.pdf](#) > Acesso em 20 de out. 2023.

SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silva Marta. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciência saúde coletiva**.v. 13, nº 5, 2008, pp. 1431–40. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/csc/a/SVQWPvGk8rRDCyRKGsH99vF/#ModalHowcite> > Acesso em: 11 de jul. 2024.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979, 144p.

SESTELO, José Antonio de Freitas; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de; e BAHIA, Ligia. Saúde suplementar no Brasil: abordagens sobre a articulação público/privada na assistência à saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, nº 5, pp. 851-866, mai, 2013. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3022070/mod_folder/content/0/Sestelo%20Souza%20e%20Bahia%20-%20sa%C3%BAde%20suplementar%20no%20Brasil.pdf > Disponível em: 09 de jul. 2024.

SCHILLING, Claunara; REIS, Afonso Teixeira dos; MORAES, José Carlos de. **A política regulação do Brasil**. Brasília: OPAS, 2006. 116 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006, pp1-47. Disponível em < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4182322/mod_resource/content/1/BUCCI_Maria_Paula_Dallari_O_conceito_de_politica_publica_em_direito.pdf > Acesso em 10 jul. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 3ª ed. rev. e atua, São Paulo : Thomson Reuters Brasil , 2023, pp. 351-400.

SCHEFFER, Mário; SOUZA, Paulo Marcos Senra. A entrada do capital estrangeiro no sistema de saúde no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 38, 2022, 15p. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/csp/a/mzhD5mWdTzvQYt7dFRcZF5B/#ModalTutors>> Acesso em 10 set. 2024.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 465-643.

SILVA, Adriana Campos; MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. As teorias da soberania: Uma análise a partir de Foucault. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.12, n.1, 2017, pp. 272-292. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/39693/2/As%20teorias%20da%20soberania%20....pdf>. Acesso em 15 de jul. 2023.

SILVA, Diogo Bacha; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. A erosão constitucional na Constituição de 1988: o Supremo Tribunal Federal, os ventos autoritários e a jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, nº 1, abr 2022, pp. 32-65. Disponível em:

<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/100513/1/Constitutional-erosion-in-the-1988-Constitution-the-Federal-Supreme-Court-authoritarian-winds-and-judicial-reviewRevista-Brasileira-de-Politiclas-Publicas.pdf> . Acesso em 15 jul. 2023.

SOUZA, Renan Martins de. A análise de impacto regulatório (AIR) e o papel do tribunal de contas da união na avaliação da regulação setorial. *Revista do TCU*, nº 123, jan/abr 2012, pp. 103-113. Disponível em: <

<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/151/148> > Acesso em 15 de nov. 2023.

SOUZA, Livia; CARNUT, Leonardo. O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de saúde no Brasil: uma revisão sistemática integrativa – resultados preliminares. *J Manag Prim Health Care* [Internet], v. 15, ed33, 2023. Disponível em:

<https://jmphc.emnuvens.com.br/jmphc/article/view/1347> > Acesso em 20 de jul. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed, 2014, pp. 60-84.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp.89-101.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000. p. 17-38.

TENDÊNCIA. In: **Cambridge Dictionary**, Dicionário Online. Reino Unido, 2024.

Disponível em: < <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/portuguese-english/tendencia?q=tend%C3%Aancia> >. Acesso em: 10 set. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 16.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VILARINS, Geisa Cristna Modesto; SHIMIZU, Helena Eri; GUTIERREZ, Maria Margarita Urdaneta. A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais. *Saúde em debate*, Rio de Janeiro, i. 36, n. 95, p. 640-647, dez. 2012. Disponível em: <

<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/9s37MpDfXmBTY5bXx3XXxPh/> > Acesso em: 15 jun. 2023.

WERNECK, Heitor Franco. **Os seguros privados de saúde no Brasil: uma análise taxonômica a partir da OCDE**. Textos para discussão nº 02, Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde (ANS), 2010. Disponível em: <

https://www.researchgate.net/publication/283545371_Os_Seguros_Privados_de_Saude_no_Brasil_uma_analise_taxonomica_a_partir_da_OCDE > Acesso em: 23 de nov. 2023.

APÊNDICE A - Indicadores utilizados na análise da atividade fiscalizatória da ANS

Este apêndice tem como objetivo explicitar os indicadores e cálculos utilizados na análise da atividade fiscalizatória e sancionatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), conforme evidenciado nos Gráficos 2 e 3.

O primeiro indicador refere-se à quantidade anual de Processos Administrativos Sancionatórios (PAS) instaurados pela ANS. Este número reflete a intensidade da atuação fiscalizatória da agência em determinado período. A fonte dos dados são os Relatórios de gestão da ANS e o levantamento interno do NUJUP (2024).

O segundo indicador considera o valor total, em reais, das multas aplicadas pela ANS no âmbito dos PAS em cada exercício anual. Este indicador revela o grau de severidade das sanções econômicas aplicadas pela agência. A fonte dos dados são o sistema de Informações de Fiscalização da ANS e o banco de dados do NUJUP (2024).

A análise conjunta dos dois indicadores permite identificar não apenas o volume de processos sancionadores, mas também a sua eficácia dissuasória e o perfil da regulação adotada pela ANS. A partir de 2014, verifica-se um aumento expressivo no número de PAS e no montante de multas, indicando uma intensificação da regulação coercitiva.

Observa-se ainda que, mesmo em anos com menor número de processos, o valor total das multas manteve-se elevado, o que evidencia a centralidade da sanção pecuniária na estratégia regulatória da ANS.

APÊNDICE B- Indicadores da regulação consensual na ANS

Este apêndice apresenta os indicadores e cálculos utilizados na análise da regulação consensual no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), especialmente no que diz respeito à utilização do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) como instrumento de solução de conflitos. A análise visa verificar se, de fato, a ANS tem priorizado uma regulação consensual em detrimento da regulação sancionatória, conforme previsto em suas Agendas Regulatórias.

Os dados foram organizados conforme três períodos definidos a partir da evolução normativa brasileira sobre métodos consensuais de resolução de conflitos:

- Até 2010 – Período anterior à Política Nacional de tratamento adequado de conflitos do CNJ e à regulamentação do TCAC pela ANS.

- De 2011 a 2015 – Período de consolidação da política do CNJ e promulgação de normas como a RN nº 372/2015.
- De 2016 a 2024 – Período de vigência das principais normas favoráveis aos métodos consensuais, incluindo a Lei de Mediação e o novo CPC.

Este indicador mede o total de TCAC firmados com a ANS anualmente e por período. Os dados foram extraídos do site oficial da ANS, que lista os acordos firmados com operadoras desde 2003. A fonte dos dados é a planilha disponibilizada pela ANS no portal de dados abertos do governo.

A análise demonstrou que o número de TCAC firmados foi significativamente maior até 2010 (1.127) do que nos períodos seguintes (19 de 2011 a 2015 e 51 de 2016 a 2024), apesar do avanço normativo em favor da consensualidade.

Este indicador compara o número de Processos Administrativos Sancionadores (PAS) solucionados por TCAC com o número total de PAS por ano e por período, refletindo a efetiva aplicação da consensualidade. A fonte é a planilha disponibilizada pela ANS no portal de dados abertos do governo.

Em 2004, por exemplo, mais de 50% dos PAS foram objeto de TCAC. No entanto, nos anos posteriores, essa proporção caiu para menos de 1% em grande parte dos casos. Sobre esses levantamentos, estas são as observações relevantes:

- Cada TCAC pode abranger múltiplos PAS, o que relativiza a comparação baseada apenas no número de acordos.
- Por exemplo, em 2021, a Qualicorp firmou apenas um TCAC que envolvia 169 PAS.
- Isso demonstra que, mesmo com poucos TCAC, é possível extinguir grande quantidade de sanções.
- Ainda assim, a prática regulatória da ANS revela preferência pela via sancionatória, contrariando o avanço normativo.

A análise dos indicadores confirma que, apesar do avanço normativo em direção à consensualidade, especialmente após 2011, a ANS mantém, na prática, uma postura centrada na aplicação de sanções por meio de PAS. A regulação consensual, simbolizada pelo TCAC, segue sendo pouco utilizada, o que reforça o papel secundário dos métodos autocompositivos no contexto regulatório da saúde suplementar.

APÊNDICE C – Indicadores utilizados na avaliação da efetividade dos TCAC para a solução e prevenção de queixas dos consumidores

Para responder à pergunta “os consumidores terão o objeto de sua queixa solucionado e

outros casos futuros serão evitados? ”, esta pesquisa partiu da premissa de que, caso o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) firmado no âmbito da ANS obrigue a operadora a cessar uma conduta ilícita, ele poderia representar um instrumento mais eficaz tanto para a solução imediata de queixas, quanto para a prevenção de novas ocorrências similares.

Nesse sentido, os seguintes indicadores foram definidos para avaliar os aspectos de resolutividade e prevenção:

- a) Indicadores de Queixa: Índice Geral de Reclamação (IGR) - Número absoluto de reclamações por ano;
- b) Indicadores de Resolutividade: Taxa de Resolutividade (TR) - Número de TCAC/Consumidor efetivamente cumpridos;
- c) Indicadores de Prevenção: Relação entre IGR e TR - Proporção entre o número de PAS/Consumidor objeto de TCAC e o total de reclamações de consumidores.

O IGR representa a média de reclamações por 100 mil beneficiários e serve como termômetro da insatisfação dos consumidores. Quanto maior o IGR, maior a insatisfação. Já a TR reflete a efetividade da mediação promovida pela ANS no âmbito da Notificação de Intermediação Preliminar (NIP), medindo o percentual de reclamações solucionadas sem abertura de PAS. Ambas as métricas são produzidas pela ANS: há dados do IGR de 2019 a 2024, e da TR de 2019 a 2022 (TR foi descontinuado após esse período).

A coleta do número total de reclamações anuais foi feita de duas formas:

- De 2010 a 2023, com base nos dados consolidados publicados no Caderno da Saúde Suplementar de setembro/2023, os quais se referem ao primeiro semestre de cada ano;
- Para o segundo semestre de 2023, os dados foram coletados manualmente via Tabet da ANS, mês a mês, de julho a dezembro.

No tocante à atuação sancionatória e consensual da ANS:

- Os PAS/Consumidor dizem respeito a processos administrativos sancionadores com objeto de interesse direto dos consumidores.
- Os TCAC/Consumidor referem-se a acordos que tratam de matérias com impacto direto no beneficiário.
- Os “Outros” são aqueles cujo objeto, embora de interesse público, não afeta diretamente o consumidor.

A classificação entre "Consumidor" e "Outros" foi realizada a partir da descrição dos objetos constantes na planilha da ANS para os PAS, e nos próprios termos dos TCAC. A separação entre temas com impacto direto ou indireto nos consumidores foi feita com base em análise de conteúdo pelo grupo de pesquisa.

Observa-se que mesmo com uma TR elevada, em torno de 91%, o IGR não diminui, mas aumenta progressivamente de 2019 a 2024, indicando que a solução pontual promovida pela mediação da ANS não se traduz em redução estrutural das queixas.

Portanto, sugerimos que a TR e o IGR devem ser analisados conjuntamente, por serem indicadores antagônicos: idealmente, quanto maior a TR, menor o IGR. A estabilidade da TR, combinada com o crescimento do IGR, demonstra que a solução extrajudicial não tem modificado o comportamento das operadoras de forma a prevenir novas reclamações.

Ademais, embora os TCAC sejam concebidos para promover ajustes de conduta por parte das operadoras, os dados demonstram que:

- Nem todos os TCAC tratam de temas diretamente relacionados aos consumidores;
- Dentre os que tratam, nem todos são efetivamente cumpridos;
- A maioria dos TCAC firmados entre 2016 e 2024 versam sobre temas “Outros”, que não beneficiam diretamente os consumidores.

A Tabela 1 ilustra que, ao contrário dos PAS que resultam em penalidade — nos quais as queixas do consumidor são predominantes (em torno de 90%) —, nos PAS objeto de TCAC essa proporção se inverte, e os temas “Outros” ganham destaque. No período de 2016 a 2024, 52% dos PAS objeto de TCAC não se referem a consumidores, sendo essa a pior proporção entre os períodos analisados.

Por fim, o Gráfico 10 revela que o número de PAS/Consumidor objeto de TCAC é sempre inferior ao número de PAS/Consumidor com penalidade, enquanto o número de reclamações permanece elevado ano após ano. Isso demonstra que, na prática, nem a regulação sancionadora nem a consensual têm se mostrado eficazes para reduzir as queixas dos consumidores.

A análise dos indicadores permite concluir que, embora o TCAC tenha potencial teórico de promover a solução e a prevenção de queixas dos consumidores, sua aplicação prática não tem sido suficiente para esse fim. Os dados apontam para uma baixa efetividade dos TCAC firmados com base em interesses diretos do consumidor e, mesmo entre estes, a taxa de cumprimento não é plena. Além disso, a persistência de altos índices de reclamação indica que não há mudança estrutural de comportamento das operadoras, frustrando o objetivo de prevenção. Portanto, os consumidores nem sempre têm sua queixa solucionada, e tampouco há indícios robustos de que novos casos serão evitados por meio da regulação consensual tal como implementada.

APÊNDICE D – Metodologia de análise da redução do passivo de multa pelas operadoras de planos de saúde

Este apêndice apresenta a metodologia utilizada para verificar se a celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) promove a redução do passivo de multa das operadoras de planos de saúde, conforme analisado na Seção 2.2.3 do trabalho.

Objetivos da análise:

- Verificar se houve redução do passivo de multa das operadoras após a assinatura do TCAC;
- Avaliar a representatividade do passivo de multa das operadoras com mais penalidades em relação ao total de multas aplicadas anualmente.

Indicadores utilizados:

- Indicador 1 – Redução do passivo de multa: comparação entre o valor total das multas originalmente previstas e os valores efetivamente pagos pelas operadoras após a celebração do TCAC.
- Indicador 2 – Adesão ao TCAC: proporção entre o passivo de multa decorrente de processos administrativos sancionadores (PAS) das operadoras com maior número de penalidades e o total de multas aplicadas no ano.

Procedimentos metodológicos:

- Identificação das operadoras analisadas: foram selecionadas as operadoras com maior número de PAS objeto de TCAC no período de 2015 a 2024;
- Coleta dos dados sobre multas: os valores foram obtidos por meio da análise manual dos próprios termos de compromisso (TCAC), especialmente das cláusulas relativas à aplicação das multas. Nelas consta o valor efetivamente recolhido e o percentual correspondente ao valor que seria aplicado no âmbito do PAS;
- Base de dados oficial: foi utilizada a planilha Excel disponibilizada nos Dados Abertos do Governo Federal, contendo as multas aplicadas às operadoras. Nela, foram extraídas exclusivamente as multas classificadas como “pagas” e “parceladas” para cada ano;
- Cálculo do passivo de multa das operadoras com maior incidência de penalidades: para cada ano, somaram-se os valores das multas “pagas” e “parceladas” por essas operadoras, comparando-se com o total de multas do mesmo período.

Considerações sobre a análise:

- Duas operadoras (Fundação Remil e a Caixa de Assistência aos Membros da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro) não apresentaram qualquer recolhimento de multa nos termos do TCAC. Como os valores hipotéticos de multa em caso de PAS não estão disponíveis, não foi possível estimar a redução percentual, mas constata-se a ausência de passivo de multa para essas entidades;
- As demais operadoras analisadas tiveram redução média de até 90% no valor da multa originalmente devida;
- A Amil Assistência Médica Internacional S.A. e a Notre Dame Intermédica Saúde S.A., embora tenham liderado o passivo de multas no período, não celebraram TCAC entre 2015 e 2024.

APÊNDICE E – Metodologia de análise dos impactos do TCAC na judicialização da saúde suplementar

Este apêndice apresenta a metodologia utilizada para verificar se o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC), enquanto instrumento de regulação consensual adotado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tem potencial para impactar positivamente o Poder Judiciário, reduzindo o volume de judicialização na área da saúde suplementar.

Objetivo da análise:

- Investigar se o uso de métodos consensuais pela ANS, com destaque para o TCAC, tem refletido em uma redução no número de demandas judiciais na saúde suplementar e na melhora dos indicadores de eficiência do Poder Judiciário.

Indicadores utilizados:

- Indicadores de Prevenção:
 - *Processos novos por ano*: número total de ações ajuizadas por ano envolvendo saúde suplementar.
- Indicadores de Eficiência:
 - *Índice de atendimento à demanda*: avalia se o tribunal conseguiu dar baixa a um número de processos igual ou superior ao número de novos processos no ano. Idealmente, deve ser superior a 100%.
 - *Taxa de congestionamento líquido*: percentual de processos que permaneceram pendentes até o final do ano em relação ao total tramitado (excluindo processos suspensos, sobrestados ou arquivados provisoriamente).
 - *Tempo médio de tramitação*: considera o tempo decorrido (em dias) entre a distribuição e a sentença nas ações de primeiro grau.

Fonte de dados:

- Todos os dados utilizados foram extraídos do Painel da Judicialização da Saúde do *Relatório Justiça em Números*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponível a partir do ano de 2020.
- O painel foi lançado em 2020, motivo pelo qual os dados analisados iniciam-se nesse ano.
- Os dados de 2024 referem-se apenas ao período de janeiro a maio, por se tratar de ano ainda em curso no momento da coleta.

Recorte e critérios:

- Os dados referem-se exclusivamente aos juízos de primeiro grau, com foco em ações relativas à saúde suplementar.

- Foram analisados os valores brutos apresentados no painel CNJ para cada indicador em cada ano do período de 2020 a 2024.
- As análises dos gráficos 13 a 15 derivam diretamente dos dados organizados pelo NUJUP (2024), conforme tabulação e visualização realizadas para este trabalho.

Considerações sobre os resultados:

- O gráfico 13 demonstra um aumento gradual do tempo de tramitação das ações, evidenciando que a aposta em métodos consensuais não impactou positivamente a duração dos processos judiciais.
- O gráfico 14 mostra crescimento contínuo na distribuição de novas ações relacionadas à saúde suplementar entre 2020 e 2024, sinalizando que a judicialização do setor segue em expansão.
- O gráfico 15 evidencia uma correlação entre a queda no índice de atendimento à demanda e o aumento da taxa de congestionamento, confirmando o agravamento do acúmulo processual ao longo dos anos.
- Esses dados estão alinhados com estudos do CNJ e de outras instituições, como o Instituto Insper, que apontam para o aumento expressivo da judicialização da saúde no Brasil.

APÊNDICE F – Aspectos metodológicos da análise quantitativa dos indicadores do judiciário

A presente análise empírica foi conduzida com o intuito de investigar, com base em dados oficiais, os efeitos concretos da institucionalização dos métodos autocompositivos no sistema de justiça brasileiro. Para tanto, foram utilizados dados extraídos do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com organização e sistematização realizadas pelo Núcleo de Pesquisa Jurídica Aplicada – NUJUP (2024). Os indicadores selecionados permitem avaliar a performance e a estrutura do Judiciário à luz do discurso da crise e da promessa de “desjudicialização” por meio da consensualidade.

O recorte temporal compreendeu os anos de 2010 a 2022, com foco na comparação entre: o período pré-institucionalização dos métodos consensuais (2010–2014); e o período pós-institucionalização, iniciado em 2015 com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. A escolha de 2015 como marco temporal se justifica pela formalização e difusão das práticas autocompositivas como política pública judicial, a partir do art. 3º, §2º do CPC/2015, bem como pela consolidação da Resolução CNJ nº 125/2010.

Todos os dados foram extraídos das séries históricas disponíveis nas edições do Justiça em Números (CNJ), as quais consolidam informações prestadas pelos tribunais estaduais, federais e superiores. Os dados foram tratados e organizados graficamente pelo NUJUP, resultando nos gráficos 25 a 29 da presente pesquisa.

Indicadores Analisados e Fórmulas Utilizadas:

- a) Número de Processos Novos por Ano: este indicador representa o volume bruto de ações judiciais ingressadas em determinado exercício, em todas as esferas da justiça (comum, federal, trabalhista, etc.).
Variável considerada: Total de processos novos (1º grau) por ano.
Finalidade: Avaliar se houve redução do número de litígios após a institucionalização dos métodos consensuais.
Unidade de medida: Número absoluto (quantitativo).
- b) Tempo Médio de Tramitação (1º grau na Justiça Comum e nos Juizados Especiais): Este indicador mede a duração média de um processo desde sua distribuição até a baixa definitiva (sentença com trânsito em julgado ou arquivamento final).
Fórmula adotada pelo CNJ:
Tempo Médio de Tramitação (dias) = Soma dos dias de tramitação de todos os processos baixados no ano / Número total de processos baixados no ano.
Finalidade: Verificar se os métodos consensuais reduziram o tempo médio de resolução dos litígios.
Unidade de medida: Dias.
- c) Despesas Totais do Judiciário e Gastos com Pessoal: Este indicador corresponde ao total de recursos públicos despendidos pelo Poder Judiciário em cada exercício, com destaque para a parcela correspondente à folha de pagamento.
Fórmula adotada pelo CNJ:
Despesa Total = Despesa com Pessoal + Demais Despesas
% Gasto com Pessoal = (Despesa com Pessoal / Despesa Total) × 100.
Finalidade: Avaliar o comprometimento orçamentário e a priorização dos recursos, especialmente em relação à força de trabalho ligada aos métodos consensuais (conciliadores, juízes leigos etc.).
- d) Taxa de Congestionamento Processual: A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que permanecem pendentes ao final do ano em relação ao total de processos que tramitaram (pendentes + baixados). Indica a capacidade de resolução do Judiciário.
Fórmulas:
Taxa de Congestionamento (%) = (Processos Pendentes no Final do Ano / (Processos Pendentes no Início do Ano + Processos Novos) × 100
Taxa de Congestionamento (%) = (Processos Pendentes / Processos que Tramitaram) × 100
Finalidade: Medir a eficiência resolutiva do Judiciário.
Unidade de medida: Percentual (%).

Esta sistematização metodológica não tem por finalidade avaliar a eficácia dos métodos autocompositivos, mas subsidiar uma leitura crítica dos dados que estruturam o discurso da crise de eficiência do Judiciário. A análise permite questionar se tal discurso se sustenta empiricamente, e se a promoção de meios consensuais é, de fato, uma resposta técnica a essa crise, ou uma reconfiguração institucional orientada por lógicas de mercado e de gestão privatizante do conflito.

APÊNDICE G – Notas sobre os dados utilizados no capítulo 3.3

Este apêndice apresenta breves explicações sobre os dados empíricos que embasaram as análises desenvolvidas ao longo do capítulo, com remissão às respectivas tabelas e gráficos incluídos no corpo do texto.

A análise sobre a concentração econômica no setor de saúde suplementar no Brasil foi fundamentada em dados secundários provenientes de fontes públicas e institucionais, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e estudos realizados por núcleos de pesquisa, como o NUJUP. Além disso, foram mobilizados dados organizados por pesquisadores que analisam a rede corporativa brasileira e os processos de financeirização e concentração do capital no setor de saúde, especialmente Rodrigues (2023), Scheffer e Souza (2022) e Medici (2022).

Inicialmente, os Gráficos 1 e 2 (referentes aos estudos de Rodrigues) apresentam a estrutura das holdings atuantes no setor de saúde e sua interrelação com os setores de energia e finanças, revelando a centralidade econômica de um número restrito de grandes grupos. A presença de capital estrangeiro, estatal e privado também é analisada.

Na sequência, os dados oficiais da ANS demonstram a evolução do número de operadoras médico-hospitalares com beneficiários desde 1999, evidenciando a tendência de redução da quantidade de empresas ativas, ao mesmo tempo em que há crescimento no número de beneficiários (Tabela 1). Essa dinâmica aponta para um processo de consolidação do mercado.

Os dados do CADE, sistematizados por Scheffer e Souza (2022), quantificam os atos de concentração (fusões e aquisições) analisados no setor de saúde suplementar entre 2005 e 2019, com destaque para o crescimento expressivo entre 2010 e 2014 (Tabela 2). Essa trajetória corrobora o diagnóstico de concentração progressiva do setor.

Complementarmente, os Gráficos 3 e 4, com base em levantamento realizado pelo NUJUP, demonstram o grau de concentração de beneficiários nas seis maiores operadoras do país, que representam menos de 1% do total de empresas, mas detêm mais de 70% dos beneficiários. Esse dado reforça o caráter oligopolizado da saúde suplementar no Brasil.

Além disso, com base em levantamento inédito elaborado a partir dos dados públicos dos Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) firmados com a ANS, foram construídos os Gráficos 5 a 8, que revelam padrões relevantes quanto ao perfil das operadoras signatárias. A contagem dos TCAC e dos Processos Administrativos Sancionadores (PAS) foi realizada contabilizando-se cada acordo ou processo individualmente, independentemente do

número de infrações ou penalidades associadas a cada documento. Identificou-se, por exemplo, que operadoras de pequeno porte e entidades sem fins lucrativos firmam mais TCAC, enquanto operadoras de grande porte concentram a maior parte dos PAS suspensos.

Por fim, propôs-se um Indicador de Sujeição ao Poder Econômico (ISPE), com base na razão entre o passivo de multa das operadoras e o lucro líquido acumulado daquelas reincidentes no ranking dos dez maiores Índices Gerais de Reclamação (IGR) da ANS, no período de 2020 a 2024. Esse indicador busca refletir a (in)efetividade econômica da regulação sancionadora em relação aos grandes grupos econômicos.

Em síntese, os dados empíricos reunidos e interpretados no capítulo visam demonstrar como a concentração econômica no setor de saúde suplementar impacta a dinâmica regulatória e favorece estratégias de poder econômico que desafiam os mecanismos tradicionais de controle estatal.

Os gráficos apresentados no capítulo 3 foram elaborados a partir de indicadores específicos, desenvolvidos para analisar a concentração econômica e os padrões de regulação consensual no setor de saúde suplementar brasileiro, conforme os dados disponibilizados pela ANS e demais fontes regulatórias. A seguir, detalha-se a metodologia de cálculo dos principais indicadores utilizados, sem a apresentação direta das tabelas e gráficos, apenas com a referência aos seus resultados.

Este indicador evidencia o peso relativo das maiores empresas, permitindo mensurar o grau de concentração econômica no mercado.

Onde o passivo de multas representa o somatório das penalidades aplicadas e ainda não quitadas, e o lucro líquido acumulado corresponde aos resultados financeiros declarados pela operadora no mesmo intervalo temporal. Valores baixos do ISPE indicam que as multas têm baixo impacto econômico, enquanto valores elevados sugerem maior efetividade da sanção.

Este índice padronizado permite comparações equitativas entre operadoras de diferentes portes, destacando aquelas com maior volume relativo de reclamações no sistema da ANS.

A combinação desses indicadores quantitativos, somada à análise qualitativa dos Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) e Processos Administrativos Sancionadores (PAS), contribui para uma compreensão aprofundada do funcionamento do controle consensual da ANS e do impacto da concentração econômica no setor suplementar. Dessa forma, a análise permitiu “descriptar” as dinâmicas regulatórias, testando a hipótese de que o controle consensual atua como mecanismo efetivo na redução da judicialização e na regulação dos conflitos no setor.

APÊNDICE H – Notas sobre os dados utilizados no capítulo 3.3.1

Este apêndice apresenta os dados que embasam a análise sobre a baixa efetividade das sanções aplicadas pela ANS às operadoras de planos de saúde. O foco é demonstrar, de forma objetiva, que as multas não afetam de maneira significativa os resultados econômicos das empresas do setor, especialmente, diante da crescente financeirização.

Com base em dados do NUJUP (2024), o Gráfico 22 compara o valor das multas aplicadas pela ANS com o resultado líquido anual das principais operadoras.

- Para a NotreDame Intermédica, em 2023, as multas representaram cerca de 15% do lucro líquido.
- Para outras operadoras com lucro positivo, essa proporção foi de aproximadamente 3%.
- Para operadoras com resultado negativo, o impacto das multas foi de apenas 1%.

Após a fusão entre NotreDame Intermédica e Hapvida, esse percentual caiu para 11% em relação ao lucro conjunto. Isso indica que reestruturações societárias diluem o impacto financeiro das sanções, evidenciado pela queda do resultado operacional e aumento do resultado financeiro (Gráfico 23):

- O Gráfico 23, elaborado com base em dados da ANS (2020–2024), mostra que:
- O resultado operacional (proveniente da atividade-fim) vem diminuindo.
- O resultado financeiro (proveniente de aplicações e investimentos) cresce de forma contínua.

Essa tendência reforça a ideia de que as operadoras têm se organizado segundo uma lógica financeirizada, na qual o lucro não depende da prestação eficiente de serviços, mas da gestão de ativos financeiros.

Efetividade da cobrança de multas (Mapa Mental 8) - Dados de auditoria do TCU (2010) revelam que apenas 1,1% das multas aplicadas pela ANS foram efetivamente arrecadadas. Isso evidencia uma falha estrutural na cobrança e enfraquece o poder dissuasório das penalidades.

A análise quantitativa evidencia que as multas:

- Têm impacto financeiro baixo diante do lucro das operadoras;
- Podem ser neutralizadas por fusões e reorganizações;
- São previsíveis e contabilizadas como provisões de passivos;
- Não são efetivamente cobradas em grande parte dos casos.

Esses elementos indicam que as sanções regulatórias, tal como aplicadas, não alteram os incentivos econômicos das empresas e não garantem o cumprimento das normas do setor. A análise sugere que mecanismos tradicionais de punição são insuficientes diante do poder econômico e da complexidade financeira das operadoras.

APÊNDICE I – Notas sobre os dados utilizados no capítulo 3.3.2

Este apêndice sintetiza os dados utilizados para demonstrar como o envelhecimento populacional pressiona o sistema de saúde brasileiro e evidencia as fragilidades da regulação da saúde suplementar, especialmente quanto ao ressarcimento ao SUS.

Segundo projeções da Divisão de População da ONU:

- A população brasileira deve crescer 3,2 vezes entre 1950 e 2100;
- A faixa de 0 a 14 anos deve diminuir cerca de 10% no período;
- A população de 15 a 59 anos deve crescer 2,8 vezes;
- A população de 60 anos ou mais deve crescer 31,2 vezes.

Interpretação: Esse envelhecimento acelerado impõe novos desafios ao sistema de saúde, com maior prevalência de doenças crônicas e necessidade de cuidados contínuos. Isso torna o papel do SUS ainda mais central na garantia do direito à saúde, especialmente, diante da Taxa média de utilização por ano (Gráfico 23) e por faixa etária e sexo (Gráfico 24):

- A taxa média de atendimentos ressarcíveis por 1000 beneficiários entre 2018 e 2022 foi de 2,4.
- Em 2020, houve queda para 2,15 atendimentos/1000 (pandemia e suspensão de eletivos).
- Em 2021 e 2022, os números voltaram ao padrão pré-pandemia: 2,36 e 2,4, respectivamente.
- A taxa de utilização do SUS aumenta com a idade, sendo mais alta entre idosos, especialmente mulheres.

Interpretação: Mesmo com planos de saúde, os beneficiários — sobretudo os idosos — continuam usando o SUS. Isso evidencia falhas na cobertura efetiva oferecida pelas operadoras, que se expressa pelo ressarcimento ao SUS (Souza e Carnut, 2023):

- Em 2023, o valor devido ao SUS por atendimentos prestados a beneficiários de planos foi de R\$ 9,7 bilhões;
- Apenas 49% desse valor foi efetivamente pago;
- As 10 operadoras com maiores débitos somam R\$ 2,4 bilhões, o que representa cerca de 2% do orçamento do Ministério da Saúde (R\$ 150 bilhões).

Interpretação: O ressarcimento, apesar de previsto legalmente, não é cumprido de forma eficaz. O valor devido é expressivo frente ao orçamento público da saúde, mas o recolhimento é ineficaz. Isso reforça o argumento de que o setor suplementar impõe custos indiretos ao setor público.

Considerações metodológicas e analíticas

- Fontes: ONU (2024), ANS (2024), Souza e Carnut (2023), Menicucci (2003), Sestelo, Souza e Bahia (2013).
- Metodologia: análise descritiva de dados secundários (relatórios institucionais), com foco em proporções, tendências e comparações intertemporais.

- Indicadores-chave:
 - Projeções demográficas;
 - Taxas de utilização do SUS por beneficiários de planos;
 - Índices de ressarcimento (valores devidos vs. pagos);
 - Faixas etárias e impacto no uso dos serviços públicos.

A conclusão indica uma regulação insuficiente e cidadania regulada, pois os dados demonstram:

- Que os planos de saúde não são suficientes para garantir o acesso pleno e resolutivo à saúde, especialmente da população idosa;
- Que o SUS é utilizado como rede de apoio às falhas da saúde suplementar, revelando uma complementaridade invertida;
- Que o ressarcimento, embora previsto, não supre os prejuízos causados ao setor público;
- Que o modelo atual perpetua a cidadania regulada, onde apenas os trabalhadores formais têm acesso à cobertura “duplicada”.