

ano 25 – n. 99 | janeiro/março – 2025
Belo Horizonte | p. 1-322 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v25i99
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Jurua em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Érico Barboza

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Jurua Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Entre a exemplificatividade e a taxatividade do rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde: a participação popular como instrumento democratizante

Between the exemplificative and exhaustive nature of the list of procedures and health events of the Brazilian National Health Agency: popular participation as a democratizing instrument

Caroline Müller Bitencourt*

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)
carolinemb@unisc.br
<https://orcid.org/0000-0001-5911-8001>

Albano Busato Teixeira**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)
albanoteixeira85@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0855-2056>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: BITENCOURT, Caroline Müller; TEIXEIRA, Albano Busato. Entre a exemplificatividade e a taxatividade do rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde: a participação popular como instrumento democratizante. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 227-256, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1619.

* Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Estágio Pós-Doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas do PPGD-UNISC. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul.

** Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil). Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogado. Conselheiro Titular da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Passo Fundo/RS. Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil nas Faculdades João Paulo II.

Recebido/Received: 2.5.2023/May 2nd, 2023.**Aprovado/Approved:** 17.9.2024/September 17th, 2024.

Resumo: O presente artigo propõe demonstrar se houve evolução, no ponto de vista legal, para a participação social dentro da Agência Nacional de Saúde Suplementar após a inclusão do art. 10-D à Lei dos Planos de Saúde a fim de compreender a natureza taxativa do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Para tanto, foi analisado o contexto histórico do surgimento das agências reguladoras no Brasil, expondo os pontos fulcrais da reforma administrativa e as características jurídicas das agências reguladoras. Também foi exposta a importância da participação popular e como esta ocorre na Agência Nacional de Saúde Suplementar. Por fim, será verificado se a inclusão do art. 10-D na Lei dos Planos de Saúde pode vir a ser um marco importante para a resolução do impasse da taxatividade *versus* a exemplificatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde. O método utilizado é o hipotético-dedutivo e, no desenvolvimento, o procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: Reforma administrativa. Participação popular. Agências reguladoras. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Abstract: This article proposes to demonstrate whether there was an evolution, from a legal point of view, towards social participation, within the National Supplementary Health Agency, after the inclusion of art. 10-D to the Health Plans Law in order to understand the exhaustive nature of the List of Procedures and Events in Health edited by the National Supplementary Health Agency. In order to do so, the historical context of the emergence of Regulatory Agencies in Brazil was analyzed, exposing the key points of administrative reform and the legal characteristics of regulatory agencies. It was also exposed the importance of popular participation and how it occurs in the National Supplementary Health Agency. Finally, it will be verified whether the inclusion of art. 10-D in the Health Plans Law may prove to be an important milestone for resolving the impasse of taxation versus exemplification of the List of Procedures and Events in Health of the National Health Agency. The method used is the hypothetical-deductive and in the development the bibliographic procedure.

Keywords: Administrative reform. List of health procedures and events. Popular participation. Regulatory agencies. National Supplementary Health Agency.

Sumário: 1 Introdução – 2 A reforma gerencial e as agências reguladoras – 3 Democracia, consenso, participação e o controle – 4 O papel das agências reguladoras e a quebra da unicidade das decisões da administração pública – 5 A participação popular como meio de legitimar as decisões das agências reguladoras – 6 Entre a taxatividade e a exemplificatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS e a inclusão do artigo 10-D na Lei de Planos de Saúde – 7 Conclusão – Referências

1 Introdução

Entre o final da década de 1980 e início da década de 1990, após a transição do regime militar de 1964, o país foi induzido por uma onda neoliberal a realizar transformações políticas e administrativas após um longo período de um regime avesso às práticas democráticas. Nesse contexto, iniciou-se a discussão sobre a necessidade de uma reforma administrativa, sendo que, no ano de 1995, foi dado início à chamada reforma gerencial do Estado no Brasil. O movimento foi comandado por Luiz Carlos Bresser-Pereira, nomeado pelo então presidente da República,

Fernando Henrique Cardoso. A chamada reforma gerencial deu início a diversas modificações no direito administrativo brasileiro, especialmente no que diz respeito à execução dos serviços públicos.

Uma das grandes marcas da reforma gerencial foi a tentativa de desburocratizar a administração pública, dando-se início a privatizações de empresas estatais, bem como a concessões, autorizações e permissões de exploração de serviços públicos, além do repasse de atividades tipicamente estatais às entidades do terceiro setor.¹ Esse novo contexto trouxe a necessidade da criação de agências executivas e reguladoras, dotadas de autonomia, característica que visa superar os entraves burocráticos clássicos, bem como possibilitando o emprego de técnica decisória. Para tanto, as agências reguladoras foram concebidas, juridicamente, como autarquias especiais, tendo em vista que são possuidoras de características próprias, tais como independência e autonomia para com o chefe do Poder Executivo, pois não se situam na linha hierárquica direta, pelo fato de que, mesmo sendo seus gestores nomeados pelo presidente da República, estes não são passíveis de exoneração *ad nutum*.

Junto com essa mudança, vieram as críticas jurídicas, pois a autonomia e independência decisória, ao mesmo tempo em que garantem, em tese, maior técnica decisória e agilidade nas tomadas de decisão, causam rompimento com a ideia clássica de um poder administrativo unitário, dificultando a *accountability* (responsividade, controle e prestação de contas pelo chefe do Executivo devidamente eleito).²

Dentro desse contexto, insere-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar, responsável por regular as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, sendo uma de suas competências a elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui referência básica de coberturas contratuais para as operadoras de planos de saúde. A elaboração desse rol conta com a possibilidade de participação da Câmara de Saúde Suplementar, órgão consultivo que

¹ Dentre elas, as organizações sociais. No caso da saúde, ver: NERY, Ana Rita de Figueiredo. Organizações sociais de saúde e responsabilização direta do Estado: perspectivas de diálogo a partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Tema 777). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 91-112, abr./jun. 2023.

² Sobre a noção de *accountability*: PESSOA, Robertson Santos; OLIVEIRA, Antônio Fábio da Silva. Os tribunais de contas brasileiros como instâncias de promoção da *accountability* diagonal por meio do exercício de suas competências contramajoritárias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 94, p. 89-116, out./dez. 2023; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. A centralidade da noção de *accountability* como instrumento de concretização do modelo de Administração Pública sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 87-108, abr./jun. 2021.

possui assentos dedicados à participação da sociedade civil. Da mesma forma, normas reguladoras da ANS possibilitam a submissão desse tema para consulta pública e audiência pública, por deliberação da Diretoria Colegiada da ANS.

Por outro lado, mostra-se relevante demonstrar que, em que pese a existência da possibilidade de participação social na ANS, antes da Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019, prevista nos regulamentos da agência, tal participação não era prevista como procedimento obrigatório, o que somente ocorreu após a publicação da lei em comento. É inegável que houve avanço no ponto de vista legal com a publicação da Lei Federal nº 13.848/2019, que visou à existência de um procedimento dialético na participação popular, constituindo um processo regulador mais transparente e legítimo. Entretanto, mesmo após a incrementação da participação popular, por meio da Lei Federal nº 13.848/2019, não houve freio ou mitigação da judicialização no âmbito da saúde suplementar, em especial, no que tange à abrangência do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.

O presente artigo visa analisar a relevância da inclusão do art. 10-D, que prevê a participação popular na elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos Saúde da ANS, no que tange à judicialização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS.³

Para o estudo, será utilizado, em termos de metodologia, o método de abordagem hipotético-dedutivo e, no desenvolvimento, será utilizado o procedimento bibliográfico.

2 A reforma gerencial e as agências reguladoras

Em 1989, Fernando Collor de Mello foi o primeiro presidente eleito democraticamente pelo povo brasileiro após a ruptura do regime militar de 1964. Representando anseio por transformações políticas após um longo período do regime

³ Sobre o tema da judicialização da saúde, ver: SOARES, Guilherme; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no período pandêmico: medicamentos, tratamentos e lockdown. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 135-162, jan./mar. 2022; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Direito e a política nos julgamentos da Suprema Corte em direito à saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 75-112, jul./set. 2022; ARAÚJO FILHO, Cecílio de Souza; PEREIRA, Gilberto de Araújo. Governança pública e judicialização da saúde: o caso do município de Uberaba. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 175-201, jan./mar. 2023; RODRIGUES, Daniel dos Santos; LIMA, Jordão Horácio da Silva. Judicialização da saúde, acesso a medicamentos e diálogos institucionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 161-180, jan./mar. 2021; RANADE, Arati; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Implementation of the right to health in Brazil and India: a comparative study. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 27-46, jul./dic. 2021.

militar, a campanha de Fernando Collor de Mello foi baseada na crítica radical às estruturas do Estado. Buscando rumo a uma modernização liberal, autoritária, prevendo pacotes de ajustes, dando início a um processo de privatização das estatais, tais discursos tiveram continuidade no governo de Fernando Henrique Cardoso.⁴

Nos anos 1980 e 1990, o Estado sofreu uma crise, e novos papéis para o Estado e para a administração pública surgiram; assim, houve a ideia de limitação das funções do Estado para gestão e regulamentação. Mesmo que se mantivesse inalterada a clássica tripartição da administração pública, entre fomento, política e serviço público, o balanço e o equilíbrio entre eles levariam à necessidade de reaver o papel do direito administrativo.⁵

É importante ressaltar que muitas das ideias da Constituição de 1988 entraram em choque com o modelo gerencial que se tentava implementar, isso porque a Constituição de 1988 foi elaborada com ideias baseadas no sistema romano-germânico e em teorias advindas das decisões jurisprudenciais do contencioso administrativo; por outro lado, o sistema gerencial tinha como base experiências vislumbradas em países do *common law*.⁶

Ademais, a redefinição do papel do Estado proposta pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado não se mostra legítima por meio de uma simples reforma, devendo, para tanto, ocorrer um novo pacto constituinte, pois os papéis do Estado já se encontravam expressos na Constituição Federal.⁷

A crítica é extremamente pertinente, pois a Constituição Federal de 1988 previu um Estado social e provedor de direitos e serviços sociais. Ao mudar esse ideal, visando a um Estado meramente regulador e fiscalizador, por meio de uma simples reforma, deve ser compreendida uma deturpação da intenção do constituinte.

É inegável que a reforma implementada teve grande influência do contexto em que o mundo ocidental vivia como um todo. A ideia da ineficiência do *welfarismo* foi bombardeada por críticas neoliberais, acusando-o de ser muito caro, ineficiente, bem como responsável pelo aumento da corrupção.

⁴ ROSA, Ádima Domingues da. *Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2008, p. 77.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2-3.

⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocrática: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127.

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocrática: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122.

Os principais focos da reforma foram inspirados no Consenso de Washington, sendo que a abertura do mercado nacional propiciou uma exposição da indústria brasileira ao processo de competição internacional, compondo novos preceitos políticos e uma nova visão administrativa e economicista comum em políticas neoliberais, facilitando o fluxo de capital financeiro. Tal política é conhecida por se opor e recusar o Estado como promotor de serviços e por intervir no mercado por meio de empresas públicas, sendo que qualquer falha nos serviços estatais serve como argumento para acusar o aparelho estatal de ineficiente, a ponto de torná-lo o grande vilão dos problemas políticos e sociais, gerando-se, assim, uma falsa ideia de que a privatização de tais serviços o tornaria mais eficiente, ocorrendo quase uma naturalização da eficiência do mercado.⁸

As ideias de uma reforma, no Brasil, tiveram o seu desenvolvimento efetivo logo após o convite que Luiz Carlos Bresser-Pereira recebeu do então presidente da República do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, para que assumisse o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Como resultado, foram elaborados, ainda no primeiro semestre de 1995, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e a Emenda Constitucional nº 19, responsável pela reforma administrativa.⁹

A Emenda Constitucional nº 19, na sua exposição de motivos, trouxe cinco resultados que se esperavam com a sua promulgação: a) incorporação da dimensão da eficiência na administração pública; b) contribuição para o equilíbrio das contas públicas; c) viabilização do federalismo administrativo; d) rompimento com formatos jurídicos institucionais rígidos e uniformizadores; e e) ênfase da qualidade e do desempenho nos serviços públicos.¹⁰

É importante ressaltar que a reforma gerencial não se deu apenas em nível constitucional, sendo necessária a preparação do terreno jurídico, também com legislações infraconstitucionais aptas a propiciar uma nova forma de regulação estatal. Tais alterações legislativas podem ser resumidas em três pontos: a) abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988; b) atenuação de monopólios estatais; e c) Programa Nacional de Desestatização.¹¹ Muito embora o gerencialismo tenha

⁸ ROSA, Ádima Domingues da. *Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2008, p. 83.

⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma Gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, v. 34, n. 4, 2000, p. 7-26, p. 11.

¹⁰ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 19*. 1998. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>.

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 83-84.

sido responsável por trazer muitas fórmulas, inclusive aplicadas em empresas, há problemas específicos que o modelo não conseguiu solucionar por inteiro.¹²

A reforma gerencial de 1995 foi dotada de uma dimensão institucional, outra cultural e uma terceira de gestão, sendo frequentemente alvo da oposição, levando a ser confundida, na opinião de Luiz Carlos Bresser-Pereira, como uma visão neoconservadora.¹³

Na visão de Bresser-Pereira, a pecha de neoliberal não pode ser imputada para a reforma proposta, uma vez que: a) não se limita a propor a redução do aparelho do Estado; b) a reforma gerencial reconhece a especificidade da administração pública, não pretendendo reduzi-la a uma visão de administração de empresa privada; c) dá papel decisivo ao controle social dos serviços públicos; e d) acentua a possibilidade de cooperação. Dessa forma, a reforma gerencial delega autoridade aos administradores públicos e, por outro lado, mantém o controle mediante auditorias posteriores, cobrança de resultados e, ainda, possibilita amplo controle social.¹⁴

Bucci declara que o que se esperava para um momento de transição não era uma reforma apenas de cunho técnico, mas uma reforma mais profunda, inclusive com alteração do modelo jurídico-institucional da administração pública brasileira. Uma das grandes críticas da reforma é que ela teria ocorrido “de fora para dentro”, ou seja, obedecendo uma posição subalterna do Brasil no meio de um conjunto de nações, vindo-se obrigado a seguir diretrizes e métodos dos organismos financeiros internacionais.¹⁵

Dentro desse contexto, nasceram as agências reguladoras independentes, dentre elas a Agência Nacional de Saúde Suplementar, que será objeto de estudo no presente trabalho.

3 Democracia, consenso, participação e o controle

Tratar da possibilidade do controle social e administrativo das políticas públicas é um ponto essencial para o objetivo deste artigo, pois, adiante, buscará demonstrar como as agências reguladoras podem exercer a função de controle administrativo combinado com o controle social do bem público.

¹² BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p. 33.

¹³ PEREIRA. *Revista de Administração*, cit., p. 14.

¹⁴ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 14-15.

¹⁵ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p. 29-30.

O controle das ações estatais somente é possível em Estados Democráticos de Direito,¹⁶ como a Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê no art. 1º.¹⁷

Na primeira metade do século V a.C., houve uma mudança nas ideias de gestão das instituições políticas, que antes eram governadas por governantes não democráticos, ocorrendo a transformação em sistemas nos quais homens livres e adultos poderiam participar do governo.¹⁸ Os gregos chamaram tal forma de governo de democracia, que possui poucas semelhanças com o regime democrático que conhecemos atualmente, pois, para os gregos da antiguidade, o cidadão deveria ser pessoa íntegra, e a atividade política era algo normal, natural para o cidadão. Para a antiga democracia grega, uma ordem democrática deveria seguir seis condições: 1) haver harmonia entre os interesses dos cidadãos; 2) haver homogeneidade de característica dos cidadãos; 3) o corpo de cidadãos ser pequeno: a) para auxiliar a homogeneidade; b) para que os cidadãos conheçam a sua cidade e seus cidadãos; e c) para que os cidadãos possam se reunir na assembleias; 4) o governo ser participativo, incluindo todos os cidadãos; 5) a participação não ser limitada à Assembleia para que, assim, o cidadão participe da administração; 6) a cidade ser autônoma, firmando alianças somente em períodos de guerra.¹⁹

Tal concepção de homogeneidade e participação direta do cidadão na política apenas sofreu mudança na antiga Roma, onde a tradição republicana restava na assertiva que a melhor república é onde os cidadãos são iguais perante a lei e não há escravidão/dependência entre um e outro cidadão. Diferentemente da Grécia, a república começa a aceitar que o povo não é totalmente homogêneo, sendo tarefa republicana a criação de uma constituição que reflita e equilibre os diversos interesses.²⁰

¹⁶ LÓPEZ-JIMÉNEZ, Lina María. El diseño institucional como medio para concretar el principio democrático de la participación ciudadana. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, vol. 10, n. 2, e253, maio/ago. 2023.

¹⁷ Art.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).

¹⁸ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 17.

¹⁹ DAHL. *A democracia*, cit., p. 26-27.

²⁰ DAHL. *A democracia*, cit., p. 36-37.

Cohen destaca que a ideia fundamental da legitimidade democrática é de que o poder estatal deve surgir de decisões dos membros da sociedade, ou seja, a legitimidade surge das discussões e decisões dos membros da sociedade. O problema de consenso ocorre quando não existe moral ou religião compartilhada por uma sociedade. A solução proposta por Cohen é compreendermos que os membros de uma sociedade democrática devem ser compreendidos como livres e iguais – trata-se do pluralismo razoável, que se entende como o fato de que existem concepções de valor distintas e incompatíveis, cada uma razoável. O pluralismo razoável entende-se como uma divergência persistente dos valores da escolha e autodeterminação sobre diversos assuntos. É esse fato que entende os cidadãos como pessoas livres, reconhecidas como possuidoras de capacidades de participar da discussão em torno da autorização do exercício do poder.²¹

Ainda sobre o problema do consenso, Souza Neto faz uma análise do debate sobre democracia deliberativa baseado nas obras de Rawls (modelo substancialista) e Habermas (modelo procedimental). Rawls usa do contratualismo como discurso de justificação válido para determinar uma “posição original”, ou seja, a “posição original” tem o objetivo de simular um ambiente ideal de deliberação que possa permitir a justificação de princípios que todos tenham boas razões para apoiar. Na posição original, as “partes” se submetem ao “véu da ignorância”, responsável por impedir que os interesses particulares interfiram na integridade do procedimento deliberativo; nesse contexto, as partes tomariam a decisão *maximin*. Após submeterem-se ao procedimento da “posição original”, as partes devem se submeter ao procedimento denominado de “equilíbrio reflexivo”, sendo que, nesse caso, deve-se verificar o ponto de vista dos observadores externos a ela. Sua principal função é solucionar eventual colisão entre princípios.²² O objetivo da teoria de Rawls é de compreender como é possível existir uma sociedade que seja estável ao longo do tempo e, concomitantemente, justa, de cidadãos livres e iguais, que possuam profundas divisões por doutrinas razoáveis, mas incompatíveis. A solução está nos princípios de justiça, pois tais princípios podem atribuir um fundamento razoável para cooperação entre as doutrinas divergentes, pois se situam em posição de imparcialidade.²³

²¹ COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rubio Soares. *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 99-101.

²³ SOUZA NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p. 109-110.

Por outro lado, Souza Neto explana que Habermas enfatiza que o modelo de democracia deliberativa deve conciliar a soberania popular e o Estado de Direito, pois a democracia deliberativa depende da liberdade e da igualdade institucionalizada pelo Estado de Direito. Para o autor, não há possibilidade de se ter uma formação livre da opinião e da vontade sem os direitos fundamentais (se há censura, a crítica fica limitada). Trata-se de uma condição necessária e garantia de sua integridade, sendo o embate de argumentos e contra-argumentos que racionaliza o processo decisório democrático. Ainda, não pode haver um grande desequilíbrio entre os participantes do debate público, pois, assim, há a manipulação da opinião pública pelas minorias privilegiadas.²⁴ Para tanto, Habermas entende que deve haver uma concepção procedimental de legitimidade da democracia, especialmente pelo fato de as sociedades modernas serem plurais, o que torna inviável justificar a criação de normas jurídicas e decisões estatais com base em uma ética globalmente compartilhada. O contexto de complexidade e pluralismo faz com que toda a fonte de legitimidade repouse no processo democrático legislativo, o qual garante condições equânimes de inclusão na deliberação pública; assim, o Estado do Direito deve ser abrangido pelo consenso procedimental.²⁵ No modelo procedimental de Habermas, é fundamental que os cidadãos, ao participarem do processo deliberativo democrático, possam fazê-lo em condições de liberdade e igualdade; para tanto, os cidadãos devem se predispor a aceitar as restrições à ação da justificação pública. O modelo pressupõe cidadãos capazes de agir de forma estratégica e comunicativa.²⁶

Após o modelo antigo de democracia, proposto na Grécia antiga, que pressupõe cidadãos homogêneos, o grande debate no que tange à democracia trata sobre a complexidade em se chegar a um consenso entre os cidadãos de determinado povo, a ponto de proporcionar legitimidade às decisões tomadas pelos seus representantes, especialmente em sociedades plurais como a brasileira. Conforme visto, há diversas teorias sobre como vencer o problema que trata da legitimidade e da aceitação da população das decisões tomadas pelos seus representantes;²⁷ contudo, pode-se afirmar que há quase um consenso de que a solução é sempre por meio de deliberação ampla e qualificada dos cidadãos.

²⁴ SOUZA NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p. 128-129.

²⁵ SOUZA NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p. 130.

²⁶ SOUZA NETO. *Teoria Constitucional*, cit., p. 134-135.

²⁷ ENCARNACIÓN ORDOÑEZ, Sandra Jacqueline; DÍAZ TOLEDO, Darío Alcides; ARMIJOS CAMPOVERDE, Marianela Isabel. Reflexiones sobre gobierno electrónico y participación ciudadana en Ecuador. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 77-98, ene./jun. 2021.

Ainda sobre a democracia, é imperioso, para o presente trabalho, adentrar no tema do controle administrativo e do controle social da administração pública. Para tanto, veremos duas principais formas de analisá-lo.

Como já afirmado, o Estado de Direito foi o que materializou a concepção de controle como artefato de limitação, pois é responsável por ancorar a primeira justificativa de capacidade de conter a manipulação da esfera política por meio de normas jurídicas.²⁸

Contudo, é importante ressaltar que “uma legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa não é garantia de lisura ou proteção aos cidadãos”;²⁹ ao contrário, uma clareza tão grande, se exposta ao conhecimento e deliberação da população, pode funcionar como constrangimento ao abuso do aparelho administrativo para fins de interesses muito duvidosos para a coletividade.³⁰

Para Rodolfo Viana Pereira, o controle pode ser visto como elemento-fundante da Constituição, ou ainda, como elemento-garantia da Constituição, ou seja, o primeiro é entendido como a razão de ser da constitucionalidade, e o segundo, como uma categoria dogmática.³¹

Quando a democracia serve ao propósito legitimador, pode-se perceber de forma indireta a sua função controladora. O processo eleitoral pode ser visto como um dos exemplos mais claros. Indiretamente, a eleição serve como um mecanismo no qual a população julga os acertos e erros de quem exerceu o mandato; assim, caso o representante tenha usado de forma inadequada o poder, o próprio povo, que é o detentor do poder, poderá manifestar o seu poder de controle nas urnas, rechaçando eventual pretensão de reeleição do representante.³²

A constituição deve ser vista como “a guardiã de um estado ideal de liberdade e autonomia em face de uma lógica política instável e ameaçadora”,³³ sendo que “a associação necessária entre os termos *controle* e *constituição* decorre da essencialidade do primeiro como mecanismo de garantia de viabilidade do segundo”.³⁴

Visando ao controle da administração pública, o direito administrativo clássico criou diversos instrumentos para a contenção do poder, especialmente a

²⁸ PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Direito Constitucional democrático: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 42.

²⁹ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p. 15.

³⁰ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p. 16.

³¹ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit.

³² PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 34.

³³ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 40.

³⁴ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 201.

normatização excessiva; contudo, tal enrijecimento pode ser entendido como uma das principais causas da fuga de um regime administrativo para o direito privado.³⁵

Para que as decisões tomadas em sede de controle sejam legitimadas, elas devem seguir a forma institucionalizada.³⁶

Os controles sociais de tipo não institucionalizados servem não só ao propósito de agregar transparência e responsabilidade às condutas estatais e privadas que, de um modo ou de outro, interferem em assuntos de interesse público, como também contribuem ao próprio direcionamento da agenda política. Ainda que os processos através dos quais eles se desenvolvem não resultem em decisões vinculantes, a consequência de suas ações e táticas pode também se beneficiar de altos níveis de eficiência, desde que consigam conquistar visibilidade e convencer a opinião pública e/ou as instâncias decisórias.³⁷

Pereira explana que os controles podem ser prévios, concomitantes ou posteriores. Os controles prévios ocorrem em estágios preparatórios e possibilitam a oportunidade de influência em que a decisão ainda não ocorreu. Os controles concomitantes ocorrem em tempo real, em conjunto com a atividade controlada. Por fim, o controle posterior se dá apenas com a constatação de irregularidade de um comportamento comissivo ou omissivo e, usualmente, ocorre pela via judicial. Ainda, os controles podem ser constritivos e promotores: os constritivos visam limitar, paralisar as atividades controladas, buscando normalizar a normalidade da atividade atacada; os promotores visam corrigir casos de negligência, portanto, agem sob omissões.³⁸

É importante ressaltar que o primeiro caso pode ser comumente confundido com participação social, que se trata de conceito diverso de controle.

Com o surgimento das agências reguladoras independentes, muitas decisões fogem do Poder Legislativo e passam a ser tomadas na esfera do Poder Executivo (onde se encontram as agências reguladoras), o que pode causar um déficit democrático e uma dificuldade na aceitação das decisões pela população.

³⁵ BUCCI. *Direito Administrativo*, cit., p. 25.

³⁶ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 237.

³⁷ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 238.

³⁸ PEREIRA. *Direito Constitucional*, cit., p. 242.

4 O papel das agências reguladoras e a quebra da unicidade das decisões da administração pública

Diante do cenário que foi exposto, as agências reguladoras surgem como forma de tentar controlar e fiscalizar os serviços públicos. Passa-se a trabalhar com o surgimento dessas instituições no Brasil, a sua forma de atividade e como podem atuar para a melhor aplicação das políticas públicas.

Acelerado o processo de concessão e permissão para o exercício de serviços públicos por particulares, assim como o aumento das possibilidades de privatizações nos anos 1990, viu-se necessária a introdução no nosso sistema jurídico de algum órgão regulador para verificação de possíveis falhas,³⁹ evitando que o interesse coletivo, base do regime público, fosse substituído por uma visão de lucro da iniciativa privada, que passava a ter uma maior participação na execução das atividades relacionadas ao Estado.⁴⁰

Existem três espécies de regulação dos serviços públicos: a) regulação de proteção da concorrência; b) regulação para garantir o funcionamento dos serviços públicos; e c) regulação de conteúdo social. A primeira, para assegurar o acesso à infraestrutura e à rede aos delegatários por valores razoáveis; a segunda, para proporcionar a mais ampla concorrência possível; e a terceira, para garantir os princípios da universalidade, continuidade e adequação da prestação dos serviços aos usuários.⁴¹

As agências reguladoras podem ser divididas entre agências que regulam os serviços públicos concedidos (ex.: Agência Nacional de Telecomunicações) e agências que regulam as atividades econômicas em sentido estrito (ex.: Agência Nacional do Petróleo).⁴²

O Brasil teve inspiração no sistema norte-americano para a criação das agências reguladoras. Nos Estados Unidos, essas instituições aparecem já em 1929 e se apresentavam como independentes do Poder Legislativo, podendo legislar para controlar as atividades de delegatários e os usuários de serviços executados por aqueles.⁴³

³⁹ Sobre a ideia de um Estado regulador: SUMAR ALBUJAR, Oscar Augusto; ORELLANA PRESENTACIÓN, Julio César; HAWKINGS ESTRADA, Rodrigo. Escaping the “Regulatory State”: The Case of the Peruvian Tertiary Education Regulations. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 10, n. 1, e237, ene./jun. 2023.

⁴⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 604-609.

⁴¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 28.

⁴² OLIVEIRA. *Administração pública*, cit., p. 88-89.

⁴³ NOHARA. *Direito*, cit., p. 605.

Mendes explana que a história das agências reguladoras passou por quatro fases principais, sendo que a primeira trata do surgimento do modelo de regulação em 1887, quando se verificou a necessidade de conferir uma resposta reguladora às disputas travadas entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais. A segunda fase ocorreu entre os anos 1930 e 1945, momento em que a economia norte-americana se viu abalada por uma forte crise e socorreu-se de inúmeras agências administrativas que intervieram fortemente na economia. A terceira fase, entre 1945 e 1965, foi marcada pela elaboração de uma lei geral responsável pela uniformização do processo de tomada de decisão pelas agências. A quarta e última fase iniciou-se em 1985, quando o modelo começou a ser redefinido, consolidando as agências e constituindo controles externos adequados que garantiam a sua independência.⁴⁴

Existem quatro formas de regulação da economia: a) regulação estatal; b) regulação pública não estatal; c) autorregulação; e d) desregulação.⁴⁵ O Brasil, por meio das agências reguladoras, reafirma a ideia de uma regulação estatal.

As agências reguladoras possuem independência tanto do Poder Legislativo como dos outros poderes (Executivo e Judiciário), mas, depois de um tempo, passou-se a ser questionada a sua real efetividade. Os usuários de serviço começam a querer que seja demonstrada a relação custo-benefício das medidas regulatórias expedidas por elas, demonstrando a sua real necessidade.⁴⁶

Tais questionamentos ocorrem pelo fato de que a importação de inovações institucionais não trouxe o contexto cultural e jurídico originário consigo, tornando impositivas adaptações, especialmente no que toca aos princípios da legalidade e da unicidade da jurisdição, que trazem discussões sobre os limites das competências normativas e sancionatórias das agências.⁴⁷

Frequentemente, as normas regulamentares expedidas pelas agências reguladoras são revisadas e declaradas ilegais pelo Poder Judiciário, em clara desarmonia entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário (conforme será exposto no próximo item), o que levanta a discussão da efetividade da tecnicidade de tais autarquias.

⁴⁴ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 33.

⁴⁶ NOHARA. *Direito*, cit., p. 617-618.

⁴⁷ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 39.

Verifica-se, portanto, que, embora haja certa autonomia das agências reguladoras, seus atos estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, tendo em vista que a Constituição Federal garante que ameaças aos direitos podem ser submetidas a ele, como consta do art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ainda, cabe ressaltar que, nos Estados Unidos, a regulação das agências surgiu como um rompimento do modelo de Estado mínimo, e não com um Estado do Bem-Estar Social, como no Brasil. Aqui, a regulação nasceu para substituir o Estado clientelista, que sempre foi ativo na economia para servir aos interesses dos diversos estamentos superiores.⁴⁸

[...] embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criticadas para garantir a preservação do *status quo*: enquanto lá buscavam elas a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurar-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.⁴⁹

As agências reguladoras, no Brasil, são enquadradas atualmente como autarquias em regime especial, ou seja, possuem uma maior autonomia, definindo suas próprias regras instituidoras, tais como dirigentes nomeados para mandatos fixos, sem influência política na sua saída do cargo, e período de quarentena após a saída desses cargos para que os entes regulados não os contratem por certo período após o afastamento para não terem informações privilegiadas.⁵⁰

Gustavo Binjenbojm explana que a independência assume quatro aspectos diversos: a) independência política dos dirigentes; b) independência técnica decisória; c) independência normativa; e d) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada.⁵¹

É também característica a limitação à interposição de recurso hierárquico próprio ao ministério que supervisiona as atividades da agência reguladora quando

⁴⁸ ZYMLER; ALMEIDA. *O controle externo*, cit., p. 40-41.

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 240, abr./jun. 2005, p. 147-165. p. 153.

⁵⁰ NOHARA. *Direito*, cit., p. 596.

⁵¹ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 153-154.

houver violação de políticas públicas estabelecidas pelo Executivo ou, até mesmo, se extrapolarem suas próprias competências. O colegiado das agências reguladoras é um instrumento importante para conferir uma maior garantia de que as decisões não serão tomadas com base em interesses particulares, mantendo-se, assim, a tecnocracia.⁵²

Quando da criação da agência reguladora, haverá uma lei específica para sua instituição.⁵³ Cada uma das agências fica responsável por regular algum setor específico do setor econômico, ficando não subordinada hierarquicamente, mas apenas submetida ao controle por meio de supervisão de algum ministério que seja da sua área de atuação. As ações desenvolvidas pelas agências reguladoras vêm do poder de polícia, limitando administrativamente as atividades que não observam o “bem-estar geral”, bem como ações voltadas para controle, fiscalização e fomento e, principalmente, atividades que são executadas por meio de permissões e concessões de serviços públicos.⁵⁴

Os principais focos de tensão causados pelas agências reguladoras no Brasil são três: a) a tensão com o princípio da legalidade; b) a tensão com o sistema de separação de poderes; e c) a tensão com o regime democrático.⁵⁵

O presente artigo propõe um aprimoramento do arranjo institucional das agências reguladoras no Brasil, focando-se no terceiro item exposto no parágrafo acima, que é causado especialmente pela não sujeição dos administradores das agências reguladoras aos procedimentos de *accountability* eleitoral.

5 A participação popular como meio de legitimar as decisões das agências reguladoras

A participação popular nos Estados Unidos da América é tratada com grande importância pelo direito norte-americano, pois os tribunais exigem que as agências analisem todas as questões levantadas pelos cidadãos em audiências populares. Há um procedimento de análise e resposta dos argumentos apresentados. Esse entendimento obriga as agências a assegurarem a efetividade de participação dos cidadãos nas agências e é conhecido como *hard-look review*.⁵⁶

⁵² NOHARA. *Direito*, cit., p. 560.

⁵³ Sobre a Lei das Agências Reguladoras, ver: COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros; BAPTISTA, Izabella Barbarini; TARELHO, Thais Araujo Rato; BERMANN, Célio. Análise da nova lei das Agências Reguladoras no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 185-216, jul./set. 2021.

⁵⁴ NOHARA. *Direito*, cit., p. 612.

⁵⁵ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 154.

⁵⁶ OLIVEIRA. *Administração pública*, cit., p. 80.

Ainda que de forma embrionária, há previsão legal de participação popular nas atividades das agências reguladoras. Os mecanismos de participação e controle social sobre a atividade das agências reguladoras são conhecidos como: a) audiências públicas; b) consultas públicas; e c) conselhos consultivos. Os primeiros consistem em sessões abertas que são realizadas para cidadãos, associações e demais interessados; contudo, é importante frisar que o resultado das deliberações não possui caráter vinculante para a agência; os segundos consistem no questionamento para a opinião pública sobre assuntos de interesse coletivo, antes da elaboração de alguma norma reguladora; por fim, os terceiros são órgãos de participação social de forma institucionalizada com caráter consultivo e fiscalizador.⁵⁷

O presente estudo focar-se-á na terceira hipótese de participação popular, buscando responder se o modelo implementado no Brasil é efetivo, bem como especulando soluções. A promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 possibilitou a redemocratização do processo decisório e a busca pela eficiência da máquina pública por meio da participação da sociedade civil em conselhos de políticas públicas: “Distintos arranjos de participação foram instituídos nas diversas áreas das políticas sociais, inserindo, no interior do Executivo, novos espaços institucionais que contam com a presença do governo e da sociedade civil”.⁵⁸

Convém lembrar que “a ideia de conselhos permitindo a participação social na gestão pública municipal é anterior à Constituição de 1988”.⁵⁹ A participação da sociedade civil em processos deliberativos de políticas sociais vem em constante evolução. Entre as décadas de 1930 e 1960, os conselhos possuíam caráter apenas consultivo e tinham como objetivos principais a escuta de especialistas internos e a inclusão de trabalhadores e empregadores em certos campos sociais, como a política da previdência social. Somente a partir dos anos 1990 ampliou-se a defesa da participação social na execução e no controle das políticas públicas.⁶⁰

A participação social mostrou ser extremamente positiva, sendo que os municípios mais participativos são considerados mais organizados e prósperos.

⁵⁷ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 160-163.

⁵⁸ SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil: Participação Social, Conselhos e Parcerias. In: JACCOUD, Luciana (org.). Brasília: IPEA, 2005. p. 379.

⁵⁹ ALMEIDA, Ana Paula de. *O policiamento comunitário como política inovadora de segurança pública: uma análise a partir do programa nacional de segurança pública com cidadania, sob a perspectiva local de enfrentamento ao crime e à violência*. 2012. 121 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2012, p. 68.

⁶⁰ SILVA; JACCOUD; BEGHIN. *Políticas sociais*, cit., p. 381.

Foi possível apontar, através de dados gerados sobre as políticas sociais nessas cidades, que instituições participativas de alta intensidade têm um efeito positivo sobre as políticas sociais, em especial nas áreas da saúde e da educação. Diferenciamos positivamente as cidades com alta intensidade participativa das cidades com baixa intensidade, no que diz respeito ao acesso à educação e à saúde, e mostramos que esta correlação se estende para a gestão dessas áreas de políticas sociais. Observamos também que uma maior intensidade da participação está associada a uma melhor organização do governo. Assim, é possível concluir, de forma mais incisiva sobre a relação entre participação e distribuição nas cidades participativas, ainda que não seja possível apontar que em todas as cidades nas quais há participação esses resultados estejam presentes.⁶¹

As decisões tomadas nas mais diversas áreas sociais devem ser fortemente influenciadas pela participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, as quais podem ser traduzidas em conselhos de políticas públicas, conforme determinação do Estatuto da Cidade.⁶² Para que os conselhos sejam efetivamente potencializados, há que necessariamente existir um efetivo comprometimento da sociedade com esses canais participativos. Nestes termos, destaca Hermany que:

Inúmeras vezes tais espaços de participação são revestidos tão-somente de um caráter formal, para viabilizar o repasse de verbas de outras esferas da Federação, especialmente da União Federal para os Municípios. Em vista disso, esses conselhos passam a ser instituídos muito mais por previsão legislativa federal do que por uma modificação estrutural nas relações entre Poder Público e sociedade.⁶³

Os conselhos de políticas sociais podem ser caracterizados quanto à composição, representação e natureza. No que se refere à composição, existem duas características: a) se possui representação paritária entre os representantes do governo e da sociedade civil; e b) se o conselho possui uma divisão bipartite,

⁶¹ AVRITZER, Leonardo. Introdução. In: *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 101.

⁶² Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania (BRASIL, 2001).

⁶³ HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC; IPR, 2007. p. 31.

tripartite ou quadripartite, mesmo que não paritária entre os segmentos representados. No que se refere à representação, avalia-se se o conselho detém ou não um padrão vinculado para a nomeação de conselheiros não governamentais e, em caso positivo, se é indicado pela entidade ou por meio de eleição. Por fim, no que tange à natureza, os conselhos podem ser classificados como consultivos ou deliberativos.⁶⁴

Além dessa forma, os conselhos podem ser classificados em três grandes categorias: conselhos gestores amplos, conselhos consultivos e conselhos gestores tripartites. Nos conselhos gestores amplos, há partilha da gestão entre o Estado e a sociedade civil para a organização e funcionamento de todos os recursos envolvidos na implementação da política pública. Por outro lado, os conselhos consultivos detêm função propositiva e de assessoramento, ou seja, não possuem atribuições mandatórias. Por fim, os conselhos gestores tripartites possuem como característica central a mobilização de recursos patrimoniais, sendo que a sua gestão é exercida entre o governo, trabalhadores e empregadores.⁶⁵

Em qualquer tipo de conselho, mostra-se fundamental a capacitação dos conselheiros, pois os conselheiros possuem posição de grande importância relativamente à deliberação de políticas sociais. Portanto, a indicação dos conselheiros governamentais deve observar a sua qualificação, bem como o seu desenvolvimento de atividades condizentes com o conselho. Relativamente aos conselheiros da sociedade civil, entende-se necessário que a sua escolha seja pautada pelo grau de atuação na área objeto de deliberação.⁶⁶

Em que pese a necessidade de capacitação dos conselheiros, constata-se que a sua formação técnica está muito aquém do necessário para participar.⁶⁷ Dessa forma, para que a participação social possua qualidade e adquira respeitabilidade, a administração pública deve favorecer, no que estiver ao seu alcance, a qualificação dos conselheiros, viabilizando a efetivação do controle social nas políticas públicas. Rosângela Paz demonstra a sua preocupação no que tange à formação dos conselheiros e seu despreparo e entende que a solução não se encontra no conselho, e sim nas organizações e movimentos sociais, que, no entendimento da autora, têm

⁶⁴ SILVA; JACAUD; BEGHNIN. *Políticas sociais, cit.*, p. 381-382.

⁶⁵ SILVA; JACAUD; BEGHNIN. *Políticas sociais, cit.*, p. 384.

⁶⁶ ALMEIDA. *O policiamento comunitário, cit.*, p. 71.

⁶⁷ BARBOSA, Ana Maria Lima. Os portadores de deficiência no Conselho de Saúde. In: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2000. p. 51.

a tarefa de construir canais de participação popular e devem ter a iniciativa de criar um processo de formação dos conselheiros que auxilie na sua atuação.⁶⁸

Vê-se, claramente, que, seja qual for o formato de conselho, a sua característica é favorecer a articulação de interesses e dar maior transparência às ações do Executivo. Contudo, é necessário lembrar as fragilidades que os três principais tipos de conselho possuem. Relativamente aos conselhos gestores amplos, “há que se registrar que os órgãos participativos estão abertos à expressão e defesa de interesses particulares ou corporativos, o que transforma esses espaços em complexas arenas de negociação e conflito”.⁶⁹

Os conselhos não devem ser compreendidos como um espaço de luta dos movimentos, de mobilização, mas devem ser concebidos como um espaço de apresentação de projetos, de negociação e interlocução com outros setores da sociedade civil com o governo. O que Rosangela Paz comenta sobre os Conselhos de Assistência Social vale, em grande medida, para outros conselhos:

O que está em jogo neste caso é o caráter deliberativo dos conselhos. O que interessa para a política neoliberal é a política focalista e administrar os recursos existentes de forma a não comprometer os compromissos assumidos pelo governo federal.

O caráter deliberativo do Conselho conflita com o ponto de vista do Executivo, que faz constantes pedidos de suspensão ou adiamento da Conferência Nacional.

A representação da sociedade civil no CNAS é bastante heterogênea e diversificada. Além da representação por três segmentos – entidades de assistência social, representação de usuários e representação de trabalhadores, é possível identificar perfis diferenciados entre as organizações que configuram campos de atuação com projetos e interesses próprios.⁷⁰

No que toca aos conselhos consultivos, não há garantia de que a administração pública respeite a posição dos representantes, que implemente as proposições deliberadas; ou seja, os conselhos consultivos dependem muito da vontade do administrador público, pois não possuem em suas atribuições força coercitiva

⁶⁸ PAZ, Rosangela. A representação da sociedade civil nos Conselhos de Assistência Social. In: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2000. p. 62.

⁶⁹ SILVA; JACOD; BEGHININ. *Políticas sociais*, cit., p. 386.

⁷⁰ PAZ. *Conselhos Gestores*, cit., p. 60-61.

nem mesmo normativa.⁷¹ Portanto, para que os conselhos consultivos cumpram efetivamente o seu propósito, o governo deve levar a sério as orientações deliberadas e estar comprometido em atender os anseios da população.

Por fim, relativamente aos conselhos tripartites, há de se ressaltar que “seu funcionamento está ancorado nos limites da sua composição ou representação, e no fato de ser gestor de fundo patrimonial de entidades de trabalhadores, empresários e do próprio governo”.⁷²

Em que pesem todos os tipos de conselho encontrarem limitações e dificuldades, inúmeras pesquisas vêm mostrando a contribuição que esses mecanismos representam para a efetivação da cidadania no Brasil.

A transparência da atividade regulatória deve ser pautada pela transparência, uma vez que, se há necessidade de abertura para interesses diversos e constante diálogo entre eles, é evidente que isso deve ocorrer de forma clara, explícita e transparente, especialmente para se evitar a conversão em meras composições de interesses. A participação universal deve ser compreendida como mecanismo de grande importância para alcançar essa transparência, agregada de publicidade, não apenas pela imprensa oficial, mas também pela internet e meios inovadores.⁷³

Nos Estados Unidos da América, quando se trata de participação popular nas agências reguladoras, verifica-se que a ausência de manifestação por parte da agência reguladora a exposições feitas em caráter de participação social pode causar a invalidação das decisões por parte do Judiciário. Tal fenômeno jurídico é chamado de *hard-look doctrine*, que visa garantir fidelidade do processo regulatório e invalidar eventuais decisões arbitrárias. A referida doutrina tem tido papel fundamental para exigir das agências reguladoras a demonstração, de forma clara, de que as vantagens da regulação proposta são maiores que suas desvantagens, algumas vezes para o fim de invalidar medidas regulatórias que são contrárias à lei, outras vezes para exigir melhores explicações da agência reguladora referentes a críticas feitas pela sociedade civil participativa. Dessa forma, o Judiciário estadunidense tem tido papel de extrema relevância para garantir a racionalidade nos processos regulatórios.⁷⁴

⁷¹ SILVA; JACOD; BEGHNIN. *Políticas sociais, cit.*, p. 389.

⁷² SILVA; JACOD; BEGHNIN. *Políticas sociais, cit.*, p. 389.

⁷³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96.

⁷⁴ BINENBOJM. *Agências Reguladoras, cit.*, p. 151.

Já no Brasil, os conselhos têm a possibilidade de “se manifestar durante o processo de elaboração das normas, ainda que na maioria dos casos não tenham efetivamente o poder normativo, que fica a cargo da direção da agência”.⁷⁵

A desnecessidade de observância ou de réplica às considerações feitas pela participação popular no Brasil, bem como a ínfima presença de órgãos governamentais, partidos políticos e entidades de defesa do consumidor que representem interesses da sociedade civil, é o principal motivo de severas críticas.⁷⁶ Entretanto, a participação popular, mesmo que ínfima, mostra-se como o principal instrumento para enfrentar o argumento do déficit democrático, responsável pela quebra da unidade administrativa.

6 Entre a taxatividade e a exemplificatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS e a inclusão do artigo 10-D na Lei de Planos de Saúde

Foi travada uma batalha nos tribunais brasileiros no que tange à exemplificatividade *versus* taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Havia uma clara divergência entre a Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça com relação à aplicabilidade do referido rol de cobertura elaborado pela ANS.

É importante esclarecer que a Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e trouxe entre diversas competências à regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde; para tanto, atribuiu competência à Agência para elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui referência básica para as operadoras de plano de saúde,⁷⁷ conforme se faz da leitura do artigo 1º, §4º, III e XXXVII.⁷⁸

Da mesma forma, a leitura do artigo 10º, §4º,⁷⁹ da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, esclarece ainda mais que a competência para estabelecer a amplitude

⁷⁵ FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação Social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 596.

⁷⁶ BINENBOJM. *Agências Reguladoras*, cit., p. 164.

⁷⁷ CORREIO, Felipe Dutra Asensi; PINHEIRO, Italo Jorge Bezzerá; MONNERAT, Diego Machado. Regulação em saúde: análise do impacto da atuação da ANS nas operadoras de planos de saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 139-160, jul./set. 2021.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

⁷⁹ Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde,

das coberturas no âmbito da saúde suplementar será estabelecida em norma editada pela ANS. A lei também traz a previsão, no art. 8º, VI, da necessidade de as operadoras de planos privados de assistência à saúde demonstrarem a viabilidade econômico-financeira para que obtenham autorização de funcionamento.⁸⁰

A Lei nº 14.307, de 3 de março de 2022, além de outras medidas, encurtou o prazo de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que era de dois anos, para o prazo de 180 dias, prorrogável por 90 dias, sendo que, finalizado esse prazo, será realizada a inclusão automática do medicamento, do produto de interesse para a saúde ou do procedimento no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde suplementar até que haja decisão da ANS garantindo a continuidade da assistência iniciada mesmo se a decisão for desfavorável à inclusão. A lei incluiu o artigo 10-D na Lei dos Planos de Saúde, prevendo a necessidade de participação popular nas atualizações do RPES.⁸¹

É claro que, para que seja possível a manutenção do equilíbrio atuarial do contrato, é necessário que não se amplie o risco de maneira desproporcional aos prêmios cobrados, sob pena de que a sustentabilidade contratual seja inviabilizada.⁸²

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde está em consonância com os objetivos da ANS, que visam garantir o acesso à saúde suplementar aos consumidores por meio de decisões de cunho técnico e que também levem em consideração o equilíbrio do mercado de saúde suplementar; assim, garante-se segurança jurídica e mitigam-se assimetrias de informação de forma racional. A interpretação pela exemplificatividade de Rol de Procedimento e Eventos em Saúde, em uma suposta defesa ao consumidor, conduz a um desencontro atual de extrema gravidade, pois é o próprio contrato de seguro, mediante pagamento de mensalidades, que corresponde à proteção contra um risco predeterminado que permite o ajuste atuarial. A quebra do equilíbrio atuarial afeta não só o contrato individualmente considerado, mas também causa consequências sociais graves, como a própria sustentabilidade do mercado de saúde suplementar.⁸³

da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

[...]

§4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS.

⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.*

⁸¹ BRASIL. *Lei nº 13.307, de 3 de março de 2022.*

⁸² LAZZARETTI, Lucas Funghetto. O setor de saúde suplementar e o rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça. In: *Estudos de casos em direito médico e da saúde: doutrina, jurisprudência e estratégias*. Salvador: Editora Paginae, 2021. p. 141.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *Saúde Suplementar: 20 anos de transformações e desafios em um setor de evolução contínua*. São Paulo: Letra Certa Inteligência em Comunicação, 2020. p. 73-77.

Houve diversas modificações no atinente à atualização do RPES, inclusive diminuindo a sua periodicidade de dois anos para seis meses, visando à ampliação de coberturas de procedimentos que possuam base científica com maior frequência.

É com base nesses parâmetros que as operadoras de planos de saúde mensuram o risco e calculam o preço que será repassado aos consumidores. Entretanto, a vinculação e limitação das coberturas dos planos de saúde vinham sendo ampliadas pelos tribunais de justiça de todo o território brasileiro sem qualquer balizador.

No Superior Tribunal de Justiça, a competência para analisar tal matéria é dividida entre a Terceira e a Quarta Turma, que apenas uniformizaram o entendimento após julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929 e 1.889.704, que entenderam que o rol de coberturas publicado pela ANS possui natureza em regra taxativa, podendo as operadoras de saúde ter o dever de custear tratamentos extraordinários, não previstos no referido rol, nas seguintes hipóteses:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

[...]

11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante

do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

(EResp n. 1.886.929/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022.)⁸⁴

O Superior Tribunal de Justiça unificou o seu entendimento acerca da exemplificatividade *versus* taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, fixando a tese de que o referido rol deve ser tratado como taxativo, em regra.

A referida decisão causou grande comoção e, pouco mais de um mês de sua publicação no Diário da Justiça Eletrônico, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, que modificou a Lei de Planos de Saúde, acrescentando os §§12 e 13 ao art. 10 da Lei de Planos de Saúde, esclarecendo que o rol em questão tratava-se apenas de referência básica e que, para a concessão de tratamentos ou procedimentos ali não previstos, haja cobertura autorizada desde que se tenha comprovação da eficácia, à luz da ciência da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico, ou existam recomendações pelo Conitec, ou exista recomendação de, no mínimo, um órgão de avaliação de tecnologia em saúde que possua renome internacional, desde que haja aprovação também para seus nacionais (BRASIL, 2022).

A elaboração do RPES, apesar da sua tecnicidade, conta com instrumentos de participação popular que visam garantir a sua legitimidade diante de um

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EResp 1886929/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 08/06/2022, DJe 03/08/2022.

Estado Democrático de Direito; contudo, com as mudanças de entendimento, sua real eficácia e contribuição para o acesso à saúde pendem de avaliação de real pertinência, uma vez que o RPES passou a ser apenas uma referência básica de cobertura, possibilitando-se a exigência de coberturas extraordinárias sempre que comprovados os novos requisitos exigidos na legislação.

7 Conclusão

Dentro de suas limitações de espaço e objetivo, o presente ensaio preconiza a necessidade de compreender a natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Conforme visto no primeiro item deste artigo, verificou-se que, no início dos anos 1990, o Brasil foi movido por uma importante, mas não completa, mudança de forma da Administração Pública, passando de uma administração burocrática para uma administração chamada de gerencial. Tal mudança ocorreu diante de um cenário de exigência do mercado exterior.

No segundo item, ficou verificado que a mudança da forma de gerir a coisa pública no Brasil também importou em diversas alterações e inovações no que toca à forma de controle da execução de políticas públicas, ocorrendo terceirizações e implementações de agências reguladoras no direito administrativo nacional. O que se averiguou foi a necessidade de um amplo debate, com qualificada e forte participação popular, sempre que se tratar de assuntos públicos, sob pena de afronta ao princípio democrático do Estado brasileiro.

Em um terceiro momento, realizou-se uma análise sobre o papel das agências reguladoras e seu funcionamento, verificando-se a necessidade de aprimoramento do modelo implementado, especialmente no que tange ao controle social e à legitimização democrática, tendo em vista a impossibilidade de *accountability* pela quebra da unicidade das decisões administrativas.

No quarto item, fez-se uma necessária abordagem no que tange à participação popular como meio de legitimar as decisões regulatórias.

No quinto item, foi realizada uma análise sobre o atual cenário referente à judicialização da saúde suplementar e às mudanças na legislação da saúde suplementar que modificaram a natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Conclui-se, portanto, após uma análise não exaustiva dos itens acima expostos, que a participação popular deve ser compreendida como um importante instrumento para a legitimização das decisões tomadas pelas agências reguladoras, em

especial para o presente trabalho, na elaboração do RPES da ANS, muito embora tenha tido a sua natureza modificada recentemente. A Lei nº 14.307, de 2022, aprimorou a participação popular e reduziu o prazo para inclusão de novos eventos e procedimentos no referido rol, garantindo maior assistência e participação do consumidor.

É importante ressaltar que tal modelo, bem como suas adaptações e aprimoramentos, deve considerar a participação popular no Brasil, a qual se encontra em um estágio prematuro de desenvolvimento e somente prosperará com acesso à informação, com divulgação do papel institucional da população e com incentivos que devem ser oferecidos pela administração pública para que o cidadão tenha interesse em participar, de forma ativa, do controle social da administração pública.

Referências

ALMEIDA, Ana Paula de. *O policiamento comunitário como política inovadora de segurança pública: uma análise a partir do programa nacional de segurança pública com cidadania, sob a perspectiva local de enfrentamento ao crime e à violência*. 2012. 121 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO FILHO, Cecílio de Souza; PEREIRA, Gilberto de Araújo. Governança pública e judicialização da saúde: o caso do município de Uberaba. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 175-201, jan./mar. 2023.

AVRITZER, Leonardo. Introdução. In: *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.

BARBOSA, Ana Maria Lima. Os portadores de deficiência no Conselho de Saúde. In: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 240, abr./jun. 2005, p. 147-165.

BINENBOJM, Gustavo. *Saúde Suplementar: 20 anos de transformações e desafios em um setor de evolução contínua*. São Paulo: Letra Certa Inteligência em Comunicação, 2020.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. *Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019*. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 19*. 1998. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>.

BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. 1995.

BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

BRASIL. Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 1.886.929/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2022, DJe 03/08/2022.

BRASIL. Lei nº 13.307, de 3 de março de 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rubio Soares. *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

CORREIO, Felipe Dutra Asensi; PINHEIRO, Italo Jorge Bezzerá; MONNERAT, Diego Machado. Regulação em saúde: análise do impacto da atuação da ANS nas operadoras de planos de saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 139-160, jul./set. 2021.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros; BAPTISTA, Izabella Barbarini; TARELHO, Thais Araujo Rato; BERMANN, Célio. Análise da nova lei das Agências Reguladoras no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 185-216, jul./set. 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. A centralidade da noção de accountability como instrumento de concretização do modelo de Administração Pública sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 87-108, abr./jun. 2021.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ENCARNACIÓN ORDOÑEZ, Sandra Jacqueline; DÍAZ TOLEDO, Darío Alcides; ARMIJOS CAMPOVERDE, Marianela Isabel. Reflexiones sobre gobierno electrónico y participación ciudadana en Ecuador. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 77-98, ene./jun. 2021.

HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC; IPR, 2007.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Participação Social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

LAZZARETTI, Lucas Funghetto. O setor de saúde suplementar e o rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça. In: *Estudos de casos em direito médico e da saúde: doutrina, jurisprudência e estratégias*. Salvador: Editora Paginae, 2021.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Direito e a política nos julgamentos da Suprema Corte em direito à saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 75-112, jul./set. 2022.

LÓPEZ-JIMÉNEZ, Lina María. El diseño institucional como medio para concretar el principio democrático de la participación ciudadana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 10, n. 2, e253, maio/ago. 2023.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Organizações sociais de saúde e responsabilização direta do Estado: perspectivas de diálogo a partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Tema 777). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 91-112, abr./jun. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocrática: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAZ, Rosângela. A representação da sociedade civil nos Conselhos de Assistência Social. In: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2000.

PESSOA, Robertonio Santos; OLIVEIRA, Antônio Fábio da Silva. Os tribunais de contas brasileiros como instâncias de promoção da accountability diagonal por meio do exercício de suas competências contramajoritárias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 94, p. 89-116, out./dez. 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma Gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, v. 34, n. 4, 2000, p. 7-26.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Direito Constitucional democrático: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANADE, Arati; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Implementation of the right to health in Brazil and India: a comparative study. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 27-46, jul./dic. 2021.

RODRIGUES, Daniel dos Santos; LIMA, Jordão Horácio da Silva. Judicialização da saúde, acesso a medicamentos e diálogos institucionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 161-180, jan./mar. 2021.

ROSA, Âdima Domingues da. *Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2008.

SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. *Políticas sociais no Brasil: Participação Social, Conselhos e Parcerias*. In: JACCOUD, Luciana (org.). Brasília: IPEA, 2005. p. 373-407.

SOARES, Guilherme; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no período pandêmico: medicamentos, tratamentos e lockdown. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 135-162, jan./mar. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUMAR ALBUJAR, Oscar Augusto; ORELLANA PRESENTACIÓN, Julio César; HAWKINGS ESTRADA, Rodrigo. Escaping the “Regulatory State”: The Case of the Peruvian Tertiary Education Regulations. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 10, n. 1, e237, ene./jun. 2023.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BITENCOURT, Caroline Müller; TEIXEIRA, Albano Busato. Entre a exemplificatividade e a taxatividade do rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde: a participação popular como instrumento democratizante. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 227-256, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1619.
