XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr

Luciani Coimbra de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-770-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

MAIS UMA VEZ O CONPEDI SE AFIRMA COMO UM CONCLAVE DESTACADO PELA PESQUISA DE PONTA DA SOCIEDADE CIENTÍFICA DO DIREITO.

O GRUPO DE TRABALHO INTITULADO DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA, COORDENADO PELOS PROFESSORES DOUTORES FERNANDO GUSTAVO KNOERR (UNICURITIBA) E LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO (UFMS) TROUXE A LUME OS MAIS RECENTES MEANDROS IMPRESSOS À DISCIPLINA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO, CENTRALIZANDO OS TEMAS DE MAIOR INDAGAÇÃO NA INFLUÊNCIA CRESCENTE DA CONSENSUALIDADE NA SOLUÇÃO DE LIDES ADMINISTRATIVAS, PRINCIPALMENTE NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, E TAMBÉM NA CONSEQUENCIALIDADE INSTIGADA PELAS REGRAS, AINDA EM AMADURECIMENTO, ACRESCENTADAS À LINDB.

“A (IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NOS INQUÉRITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DA RESOLUÇÃO Nº 179 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO”, TEMA DO ARTIGO ESCRITO POR ANA LUIZA BRANDÃO DE AGUIAR VILAÇA E RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO, VERTICALIZOU A ABORDAGEM CRÍTICA DA PROIBIÇÃO DO ACORDO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INCONGRUÊNCIA DESSA DISPOSIÇÃO COM A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO CONSENSUAL ATÉ MESMO EM AÇÕES PENAIS (TRANSAÇÃO PENAL), DESTACANDO A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO Nº. 179 DO CNMP QUE, EMBORA AINDA ENCONTRE OBSTÁCULOS EM SUA APLICABILIDADE – DADO O CARÁTER ABERTO DE SUAS DISPOSIÇÕES – REPRESENTA IMPORTANTE AVANÇO NA REGULAMENTAÇÃO DOS ACORDOS EM MATÉRIA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

O TRABALHO APRESENTADO SOBRE “A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E A LEI Nº 13.460/2017” POR LEANDRO SOUZA ROSA E FERNANDO GUSTAVO KNOERR, DEMONSTROU DE FORMA CONTUNDENTE A PLENA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, AFASTANDO O RISCO DE TRANSFORMAR USUÁRIO EM CLIENTE PARA COMPROVAR QUE O CARÁTER TUTELAR DESTE DIPLOMA LEGAL É INCLUSIVO, PROTEGENDO DE IGUAL FORMA TANTO OS USUÁRIOS QUE CUSTEIAM DIRETAMENTE O SERVIÇO MEDIANTE O PAGAMENTO DE TARIFAS E PREÇOS PÚBLICOS, QUANTO OS QUE, NÃO TENDO CONDIÇÕES DE FAZÊ-LO, TÊM DIREITO DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO PELA TITULARIDADE DA CONDIÇÃO DE CIDADÃOS.

"A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO" FOI TRATADA POR FERNANDO DE BRITO ALVES E POR LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIANCHIA, DEFENDENDO O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA, PERMITINDO DESTE MODO O CONTROLE JUDICIAL ANTECIPADO NA ESTRUTURAÇÃO DOS CANAIS DE ARRECADAÇÃO E DESPESAS DO ESTADO. COLOCOU NO CENTRO DE DISCUSSÃO O ESPAÇO DE DISCRICIONARIEDADE RESERVADO AO GESTOR PÚBLICO DIANTE DESSA EVENTUAL PRERROGATIVA JUDICIAL, ANALISANDO A ESCALA DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AO LONGO DOS MODELOES ESTATAIS PARA SEPARAR OS DIREITO DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES. CENTROU A ANÁLISE NOS DE SEGUNDA GERAÇÃO JUSTIFICANDO QUE, POR SEREM VOCACIONADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SÃO EXATAMENTE OS QUE CAUSAM MAIOR IMPACTO ORÇAMENTÁRIO, INVOCANDO O TEMPERO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COM A EFICIENTE GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS.

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHINA, ABORDOU A "ILEGALIDADE DO CONTROLE DO TCU SOBRE DECISÕES DA ANS: O CASO DO REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE", DESTACANDO O RISCO DE INVASÃO DE COMPETÊNCIAS CONTROLADORAS NAS HIPÓTESES EM QUE DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SE SOBREPÕEM ÀS NORMAS EXPEDIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS, AFIRMANDO QUE HÁ DE FATO UM CONFLITO A SER RESOLVIDO PELA DEFINIÇÃO MAIS CLARA DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DE CADA ENTIDADE, PRINCIPALMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO CONTROLE FINALÍSTICO. DESTACOU QUE ESTE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS MUITAS VEZES PROTELA A EFICÁCIA DO CONTROLE EXERCIDO TANTO PELAS AGÊNCIAS QUANTO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, POIS A SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONDUZ À JUDICIALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

RENAN GOMES DE MESQUITA ABORDOU “A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ NAS LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATINENTES AOS PRECATÓRIOS DO FUNDEF PARA O FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO”. PARTINDO DE UM CASO PRÁTICO COLHIDO DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PARTICULARES POR MUNICÍPIOS – MUITAS VEZES POR CONTRATAÇÃO DIRETA – PARA A BUSCA DE VERBAS DO FUNDEF. AFIRMOU QUE A CONTRATAÇÃO DIRETA SERIA ILEGAL, POIS O TRABALHO DESENVOLVIDO NÃO SE REVESTE DE SINGULARIDADE A PONTO DE JUSTIFICAR A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, TRIBUTANDO A CONTRATAÇÃO À AUSÊNCIA, EM MUITOS MUNICÍPIOS, DE PROCURADORIA CONSTITUÍDA COM SERVIDORES, ORÇAMENTO E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA PARA DESENVOLVER ESTE TIPO DE FUNÇÃO, O QUE DISPENSARIA A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO PARTICULARES. DESTACOU, PORTANTO, QUE: 1) NÃO SE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; 2) A PROCURADORIA MUNICIPAL DEVE DESEMPENHAR ESTA FUNÇÃO; 3) OS VALORES DO FUNDEF ESTAVAM SENDO DESVIADOS PARA O CUSTEIO DE ADVOGADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COBRADOS EM PERCENTUAIS E; D) OS VALORES COBRADOS SERIAM ABSOLUTAMENTE ALEATÓRIOS.

O TEMA “A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: O DECRETO 9.507/2018 É CONSTITUCIONAL?” FOI PESQUISADO POR MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI E ISABELLA CALABRESE SIMÃO, DESTACANDO QUE O TRANSPLANTE DAS REGRAS DE TERCEIRIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APLICADA LÁ E AQUI DE FORMA IRRESTRITA, COMO CONSEQUÊNCIA DA RECENTE REFORMA TRABALHISTA, NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA ANCORAR-SE, QUANDO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NEM NO DECRETO-LEI 200/1967 – ATÉ PORQUE SE TRATA DE LEGISLAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL - NEM NA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). CONCLUI QUE O DECRETO Nº. 9.507 /2018, AO ADMITIR A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ASSUME FEIÇÃO INOVADORA DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE APENAS PODERIA SER RECONHECIDA À LEI, E POR ISSO APROXIMA-SE DA CONDIÇÃO DE UM DECRETO AUTÔNOMO, INCONSTITUCIONAL, FORMAL E MATERIALMENTE.

“A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO” FOI TRATADA POR JOSE DE OLIVEIRA JUNIOR E POR LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK, PONDO EM DESTAQUE O DIREITO FUNDAMENTAL A UM GOVERNO HONESTO, LIVRE DA VIOLAÇÃO MORAL SUPERIOR (CORRUPÇÃO), AMPARADO NA TRILOGIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA + PRINCÍPIO REPUBLICANO + CIDADANIA. O TRABALHO DEMONSTROU QUE A CORRUPÇÃO VIOLA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRODUZ EXCLUSÃO SOCIAL.

O TRABALHO SOBRE “AS ALTERAÇÕES NA LINDB E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” FOI APRESENTADO POR MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO, TRATANDO DAS CRÍTICAS QUE AS NORMAS SOBRE A DISCIPLINA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ACRESCENTADAS À LINDB SOFRERAM, REPELINDO-AS MEDIANTE A DEMONSTRAÇÃO DE QUE TÊM UTILIDADE ESSENCIAL QUE VAI MUITO ALÉM DE UMA MERA LISTA DE OBVIEDADES, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE SE CONSTITUA EM LEI AUTÔNOMA. A LINDB, ASSIM COMO AS LEIS EM GERAL, DEVEM SER CONSIDERADAS FERRAMENTAS QUE POTENCIALIZAM, A AÇÃO HUMANA.

“CONTROLE INTERNO DAS PESSOAS JURÍDICAS: DO OMBUDSMAN AO SISTEMA DE COMPLIANCE” FOI O TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR GISLENI VALEZI RAYMUNDO, AFIRMANDO QUE O SISTEMA BRASILEIRO ADMITE FORMAS DE CONTROLES DA ATUAÇÃO ESTATAL QUE NÃO SE LIMITAM AOS MÉTODOS TRADICIONAIS, SENDO CERTO QUE A PRÓPRIA POPULAÇÃO PODE TAMBÉM EXERCÊ-LOS POR MEIO DOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA DIRETA PREVISTOS PELA CONSTITUIÇÃO. DESTACA A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE TAMBÉM NA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES PRIVADAS COMO RELEVANTE INSTRUMENTO DE FOMENTO À CULTURA DA PROBIDADE.

ERIC JOSE MIGANI E ROBERTA MARTINS SOARES MACIEL ISMAEL APRESENTARAM O RESULTADO DE PESQUISA DIRECIONADA À ANÁLISE DO “DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATOS APROVADOS EM CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSOS PÚBLICOS”. INICIANDO POR UM PERCURSO HISTÓRICO DA LINHA DECISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PASSANDO PELA ADEQUADA DEFINIÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PARA APORTAR NOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. A CONFLUÊNCIA DESTES TEMAS ENVEREDOU PARA O DESTAQUE DO TEMA 784/STF, CONCLUINDO QUE

HÁ DIREITO À NOMEAÇÃO QUANDO A) O CANDIDATO FOI APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL; B) HOUVE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO E; C) FOI REALIZADO UM NOVO CONCURSO QUANDO AINDA VIGENTE O ANTERIOR.

PARA TRATAR DA “LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL”, MARIANA MARA MOREIRA E SILVA REALIZOU UMA PROFUNDA PESQUISA DE CAMPO, CONSULTANDO 27 TRIBUNAIS. RECEBEU RESPOSTA DE 17 E, PORTANTO, CENTROU SUA ANÁLISE EM 62,96% DOS TRIBUNAIS CONSULTADOS, CONCLUINDO PELA FALTA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.

“O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS”, TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA, PROPÕE COM MUITA ACUIDADE A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA, MUITAS VEZES MANIQUÍSTA, ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE, INSTITUINDO GRAUS DE VINCULAÇÃO PARA DESTACAR QUE NUM GRAU INTERMEDIÁRIO DE VINCULAÇÃO ESTÃO OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E, DESSE MODO, QUANTO MAIOR A VINCULAÇÃO, MAIOR A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL.

O TRABALHO SOBRE OS “REFLEXOS DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR” FOI ESCRITO POR LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR E POR AMANDA GUIMARÃES DA CUNHA, A PARTIR DE UMA PESQUISA COMPARATIVA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, PARA CONCLUIR PELA AUSÊNCIA DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO SUBSTANCIAL, RESSALTANDO A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE FECHADA E, NESSA LINHA, A ABERTURA DE ESPAÇO PARA A ARBITRARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES.

GIL CÉSAR COSTA DE PAULA PESQUISOU “SOBRE A ORIGEM DO ESTADO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, RESULTANDO UM TRABALHO DE ABORDAGEM FORTEMENTE TEÓRICA, COM NÍTIDO APORTE SOCIOLÓGICO, PERCORRENDO FAORO, WEBER E OUTROS DESTACADOS SOCIÓLOGOS EM BUSCA DO CONCEITO DE ESTADO PATRIMONIALISTA PARA APROFUNDAR A ANÁLISE CRÍTICA DOS CONCEITOS DE NAÇÃO E NACIONALISMO.

A “TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA: ENFRENTANDO O ARGUMENTO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” FOI OBJETO DO ESTUDO DESENVOLVIDO POR JOÃO LUCAS ARCANJO CARNEIRO E RAFAEL DA NÓBREGA ALVES PRAXEDES, PONDO EM LINHA DE ANÁLISE PARA SUPERAR A APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA. DEMONSTROU QUE A CONSENSUALIDADE NAS LIDES QUE ENVOLVEM O INTERESSE PÚBLICO COM ELE SE HARMONIZA NA MEDIDA EM QUE EVITA O ABARROTAMENTO DA ESTRUTURA JUDICIAL, CONDUZINDO A UMA SOLUÇÃO DE CONFLITOS MAIS RÁPIDA E EFICAZ.

PROFESSOR DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR

PROFESSOR DO PPGD DO UNICURITIBA

PÓS-DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELO IUS GENTIUM CONIMBRIGAE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PROFESSORA DRA. LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

PROFESSORA DO PPGD DA UFMS

DOUTORA EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ILEGALIDADE DO CONTROLE DO TCU SOBRE DECISÕES DA ANS: O CASO DO REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE.

THE ILLEGALITY OF TCU CONTROL ON ANS DECISIONS: THE CASE OF HEALTH PLANS RESTATEMENT.

Leonardo Vieira Arruda Achtschin [1]

Resumo

Decisões recentes do Tribunal de Contas da União (TCU) têm interferido em uma das principais características das agências reguladoras e que é a pedra angular de sua atuação como entidade técnica: a sua autonomia. O caso da decisão do TCU determinando à ANS para que procedesse à revisão de metodologia de cálculo para fins de reajuste dos planos de saúde individuais é bem paradigmático desse estado da arte. Ao assim atuar, o TCU tem funcionado como verdadeiro gestor público, algumas vezes pareando-se com o administrador público na tomada de decisões, numa espécie de co-gestão, outras vezes substituindo-o por completo.

Palavras-chave: Agências reguladoras, Autonomia decisória, Tribunal de contas da união

Abstract/Resumen/Résumé

Recent decisions of the Union Court of Audit (UCA) have interfered in one of the main characteristics of regulatory agencies and that is the cornerstone of its operation as a technical entity: its autonomy. The case of the decision of the UCA ordering ANS to proceed with the revision of calculation methodology for the purpose of restatement of individual health plans is very paradigmatic of this. In doing so, UCA has functioned as a true public manager, sometimes acting as a public manager in decision-making, in a kind of co-management, sometimes replacing it completely.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory agencies, Decision autonomy, Union court of audit

[1] Bacharel em Relações Internacionais e Direito. Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Analista de Comércio Exterior do Ministério da Economia, cedido ao CADE. As opiniões são de ordem pessoal do autor.

1. Introdução

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem como função típica, com previsão em nível constitucional[1], a atividade de controle externo, por meio da qual lhe são atribuídas atividades de grande relevo no que tange à verificação da legalidade[2], legitimidade[3] e economicidade[4] dos gastos públicos.

Embora o TCU tenha sempre desempenhado com percuciência tal mister, tem-se verificado, ao longo dos últimos anos, a expansão do controle realizado pela corte de contas federal para além daquilo que lhe foi acometido pelo legislador constituinte. Já seria demasiadamente estranho à sua função típica um expansionismo exacerbado no âmbito do controle externo, no sentido da adoção de verificações que extrapolassem a lei; o que tem ocorrido, de fato, pode ser tido como uma atuação deveras ilegal, caracterizando verdadeiro desvio de finalidade, qual seja, a invasão da corte de contas sobre o conteúdo dos atos administrativos (mérito administrativo) emanados das agências reguladoras, o que fere a autonomia concedida por lei a estes entes.

As agências reguladoras, na acepção que a conhecemos atualmente, tiveram origem no ordenamento jurídico brasileiro principalmente após o chamado Plano Nacional de Desestatização, programa estabelecido pelo governo federal para, por meio de privatizações, reduzir o déficit público e promover o desejoso equilíbrio das contas públicas (CARVALHO FILHO, 2013, p. 490).

Diante desse quadro legal, o governo brasileiro passou a criar, mediante lei, novas pessoas jurídicas, no âmbito da Administração Pública Federal Indireta, capazes de fiscalizar e regular os setores submetidos a concessões, permissões e autorizações, outorgando a essas entidades certo grau de autonomia para que pudessem concretizar os fins para os quais foram criadas. Essa autonomia significa dotá-las de independência em relação ao órgão ao qual se encontram vinculadas, não estando seus atos sujeitos a revisão ou alteração pelo Poder Executivo (DI PIETRO, 2006, p. 461).

Embora a legislação nacional tenha conferido autonomia às agências reguladoras, diversos exemplos de incursões ilegais do TCU sobre a esfera de

[1] Artigo 70 e seguintes da Constituição brasileira.
[2] A legalidade quer dizer com a adequação do ato administrativo à lei, ou seja, sua vinculação ao ordenamento jurídico positivo.
[3] A legitimidade significa a vinculação do ato aos interesses fundamentais da sociedade.
[4] A economicidade diz com a obtenção de um resultado adequado, razoável não necessariamente ao menor custo possível.

autonomia dessas agências têm sido verificadas nos últimos anos, variando desde a exigência de redefinição de metodologias de cálculo para reajuste de planos de saúde até casos outros tais como a suspensão de atos administrativos emanados do poder normativo que a legislação brasileira licitamente outorga a essas entidades, situações que ilustram a dimensão de tal agigantamento do papel da corte de contas federal.

Visando elucidar e ilustrar a atual disseminação do estado dessa ilegalidade perpetrada pelo TCU, não é demais ressaltar, no tocante à regulação setorial de transportes aquaviários, que o TCU suspendeu os efeitos da Resolução Normativa ANTAQ nº 1/2015[5], que regulamentava o aluguel de embarcações internacionais para cabotagem no Brasil. A principal alegação do tribunal dizia respeito à criação, pela agência reguladora, de uma restrição à contratação de embarcações estrangeiras não prevista[6] na lei que rege a referida agência reguladora, que é a Lei nº 9.432/97. Dessa forma, alegou que a ANTAQ teria agido como verdadeiro legislador, criando restrição à atividade privada onde a lei não a amparava para tanto, impondo-se à agência, como consequência dessa suposta atuação ilegal, a suspensão do referido ato normativo.

Para além da ilegalidade da invasão do mérito administrativo da agência de transportes aquaviários, a decisão teve ainda um caráter mais agressivo à autonomia da ANTAQ em função de ter, por meio de processo de tomada de contas, e em sede de cautelar, afastado a aplicação de ato normativo daquela agência, agindo o tribunal como verdadeiro órgão censor da atribuição normativa acometida às agências reguladoras[7].

Outro exemplo decisão do Tribunal de Contas da União que interferiu em regulação setorial, novamente envolvendo a ANTAQ, refere-se à deliberação da corte de contas quanto a uma alegada omissão da diretoria daquela agência reguladora ao não regular de maneira adequada determinada tarifa cobrada por terminais portuários,

---

[5] AGÊNCIA Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Resolução Normativa ANTAQ Nº 1/2015. Disponível em: https://antaq.wordpress.com/tag/resolucao-normativa-no-01-antaq/. Acesso em: 19 fev. 2019.

[6] A Lei nº 9.432/97 apresenta, em seu artigo 9º, rol de requisitos a serem cumpridos para fins de afretamento de embarcações estrangeiras para navegação de percurso nacional. Por outro lado, o artigo 10 da mesma lei dispensa de autorização algumas embarcações.

[7] A Tomada de Contas determinou, em seus itens 34 e 35, a extirpação do ato normativo editado pela agência reguladora. Assim dispôs: 34. [...]. **A constituição foi taxativa ao determinar que apenas lei formal poderia dispor sobre essa matéria.** 35. Nesse contexto, **entendo que não poderia a Antaq, por meio de resolução, ter criado novas condições para o afretamento de embarcações estrangeiras além daquelas já previstas pelo legislador ordinário na Lei 9.432/1997.** Vale dizer, por mais alargado que seja o poder normativo das agências reguladoras, é evidente que ele não alcança conteúdos reservados à regulamentação exclusiva de lei formal. **(grifos nossos)**

determinando à agência que elaborasse um plano de alteração da regulamentação do setor.[8]

A intervenção regulatória do TCU se pode observar ainda no processo de concessão de aeroportos brasileiros, podendo-se para tanto citar decisão no Acórdão TCU nº 2466/2013[9], no qual se exigiu a inclusão nos processos de concessão de cláusula prevendo a exigência de experiência em processamento de passageiros e restrição à participação no leilão de pessoas que fossem acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária.

Os exemplos brevemente listados acima servem apenas como um introito da amplitude da intervenção da Corte de Contas sobre assuntos das agências reguladoras relacionados ao mérito de suas decisões.

A sanha controladora do TCU também atingiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), objeto de análise do presente artigo, em caso no qual o tribunal determinou à agência que ela ajustasse a metodologia de cálculo adotada para reajuste dos valores de planos de saúde individuais. Nesse caso específico, o tribunal, por meio do Acórdão TCU nº 679/2018[10], adentrou seara de atuação específica daquela agência reguladora, contestando a fórmula de reajuste aplicado aos referidos planos de saúde.

Diante desse cenário atual, no qual a Corte de Contas confunde o papel que lhe fora atribuído pelo legislador constituinte, o artigo busca analisar essa hipertrofia da entidade de controle externo federal, a qual tem revisado o mérito das decisões das agências reguladoras, fato este caracterizador de afronta à autonomia dessas entidades reguladoras, em patente contrariedade às leis de regência das agências.

---

[8] Conforme Acórdão TCU nº 1704/2018-Plenário: "É possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência, uma vez que é dever do Tribunal verificar se as agências estão a cumprir adequadamente seus objetivos institucionais, entre os quais o de fiscalizar e regular as atividades sob sua esfera de competência".

[9] O Acórdão TCU nº 2466/2013 dispôs que: "9.2.1. [...] da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, **de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes** ao objeto licitado". **(grifos nossos)**

[10] No Acórdão TCU nº 679/2018, o TCU assim determinou no item 9.1.2: 9.1.2. **reavalie** a **metodologia** atualmente utilizada para **definição do índice máximo de reajuste anual dos planos de saúde individuais/familiares**, de modo a prevenir, com segurança, os efeitos de possível cômputo em duplicidade da variação associada à atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde, haja vista tal variação, presumivelmente, já ser levada em conta pelas operadoras na definição dos reajustes dos planos coletivos". **(grifos nossos)**

Em verdade, o tribunal tem agido como verdadeiro gestor público, ao interferir no mérito das decisões das agências reguladoras. Para tanto, analisa-se o caso concreto da decisão do TCU que determinou à ANS que procedesse à revisão de sua metodologia de cálculo para aferimento do índice de reajuste anual a ser aplicado aos planos individuais.

O primeiro tópico conclui que tais decisões do TCU constituem afronta à autonomia conferida às agências reguladoras, e em particular à ANS por meio da Lei nº 9.961, de 2000 (lei que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar). Ato contínuo, o segundo ponto levanta o questionamento quanto a possível desestruturação do setor regulado e, ainda mais grave, eventuais danos aos administrados provenientes de sua atuação ilegal sobre o mérito administrativo das decisões das agências reguladoras.

Nesse sentido, o artigo analisa as consequências adversas do expansionismo da atuação controladora do TCU sobre atribuições técnicas da ANS, reconhecendo-se que a determinação de revisão da metodologia de cálculo do reajuste de planos de saúde individuais constituiria violação à autonomia técnica da agência reguladora de planos de saúde (2), intervenção esta que constituiria controle finalístico indireto do mérito do ato administrativo emanado da ANS (3).

2. A revisão da metodologia de cálculo do reajuste de planos de saúde individuais como violação à autonomia técnica da ANS

Diante da autonomia conferida às agências reguladoras, e em particular à ANS para bem desempenhar seu papel de regulação do setor de saúde brasileiro, percebe-se que a decisão tomada pelo TCU no Acórdão TCU nº 679/2018 configura indevida invasão sobre a esfera de atribuição daquela agência.

No que concerne particularmente à regulação do setor de saúde brasileiro, o legislador pátrio aprovou a Lei nº 9.961/00, por meio da qual criou a pessoa jurídica da ANS, outorgando-lhe competência para regular, normatizar, controlar e fiscalizar o setor de saúde nacional.[11]

[11] Conforme art. 1º da Lei nº 9.961/00: Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Essa atribuição de competência legal para a ANS regular o setor de saúde no Brasil veio acompanhada da necessária outorga de autonomia[12] à entidade, imprescindível para que aquela pessoa jurídica pudesse desempenhar sua função livre de influências de outros atores, sejam eles integrantes da própria estrutura de governo, ou da iniciativa privada, sempre desejosa de ver seus interesses atendidos.

Infere-se da leitura da lei de criação da agência reguladora do setor de saúde que a autonomia que lhe foi conferida é de certo modo bem abrangente[13], destacando-se a autonomia no âmbito de suas decisões técnicas (autonomia decisória).

Dita autonomia decisória tem como objetivo maior evitar a ocorrência daquilo que a doutrina denomina de captura[14] da instituição/agente público, conceito fundado na Teoria da Captura (*Capture Theory*), ou seja, a situação na qual a agência desvia-se do interesse público para o qual foi criada em razão de pressão, influência ou corrupção a fim de proteger os interesses daqueles agentes sujeitos à regulação (OGUS, 2004, p. 57). Logo, a teoria da captura está diretamente ligada ao tema da independência decisória das agências reguladoras (GUERRA, 2007, p. 330-347).

Embora essa autonomia das agências reguladoras tenha assento legal, o TCU, conforme já mencionado na introdução deste artigo, tem extrapolado sua função típica de controle externo, adentrando a seara técnica dos setores sujeitos a regulação estatal, sob a escusa de estar exercendo seu papel de órgão controlador externo do Poder Executivo.

Tem-se aqui uma verdadeira intervenção do TCU em questões regulatórias, constatada quando este interfere de forma direta no sistema regulatório de modo a impor

[12] A autonomia conferida à ANS tem assento no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.961/00, o qual dispõe: Art. 1º..... Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

[13] Dentro do gênero "autonomia", a lei enumera as seguintes espécies: a) autonomia administrativa, ou seja, a capacidade conferida à agência para se auto-organizar; b) autonomia financeira, querendo dizer haver uma independência orçamentária da agência, a qual não dependeria exclusivamente de dotações orçamentárias provenientes do órgão ao qual está vinculada; c) autonomia patrimonial, significando que à mesma é conferido patrimônio próprio, distinto daquele do órgão ao qual vinculada; d autonomia de gestão de pessoal, possuindo quadro próprio de servidores e com liberdade para melhor distribuí-los; e e) autonomia técnica, implicando a independência decisória da agência reguladora diante de seu órgão de vinculação, cuja decisão terá o condão de fazer a chamada "coisa julgada formal".

[14] A captura é considerada como uma falha de regulação (ou falha de governo), por meio da qual a agência reguladora é "capturada" por interesses privados, de modo que suas decisões passem a não mais refletir o atendimento ao interesse público, mas sim aos interesses comerciais ou políticos de determinados grupos de interesse.

determinada conduta às agências reguladoras, sem que a elas seja facultado o direito de propor alternativas (OLIVEIRA, 2017).

A doutrina administrativista alia-se ao entendimento de que ao TCU não lhe é legalmente permitido invadir o aspecto meritório da decisão emanada de uma agência reguladora, sendo que tal atuação não pode recair sobre a atividade-fim de ditas agências, a qual constitui sua função típica, ou seja, tarefa de exclusividade das instituições incumbidas da regulação de determinado setor, justamente porque são consideradas as mais aptas para tal função. Dessa forma, no caso das agências reguladoras, a atuação da corte de contas deve recair tão somente sobre a atividade-meio da agência, não se imiscuindo em decisões afetas ao mérito do setor regulado (JUSTEN FILHO, 2002, p. 589).

Carvalho Filho (2013, p. 492) se manifesta sobre a relevância da independência da agência reguladora em relação ao Poder Executivo, afirmando que

> "[...] o sistema verdadeiro das agências reguladoras implica lhes seja outorgada certa independência em relação ao governo no que tange a vários aspectos de sua atuação. Se há interferência política do governo, o sistema perde sua pureza e vocação. Aqui e ali, no entanto, tem surgido investidas e escaramuças de órgãos governamentais, com o propósito de reduzir o poder daquelas entidades, e esse tipo de ingerência denota flagrante distorção no processo de desestatização."

Quer-se dizer, de tempos em tempos casos há em que órgãos ou instituições componentes da República brasileira buscam adentrar a seara técnica das agências reguladoras, buscando relativizar a independência decisória que o legislador pátrio acertadamente acometeu a essas pessoas jurídicas.

Assim, essa atuação afoita de órgãos públicos sobre os atos decisórios de agência reguladora tende a gerar interferências e externalidades negativas no que tange ao bom desempenho do mister para o qual as agências reguladoras foram pensadas e configuradas, ocasionando "ruídos" na relação entre Estado e administrados, vez que estes possuem terão sua confiança, ao tratar de seus interesses com a instituição legalmente, relativizadas, pois entidades externas à agência reguladora poderão retificar as decisões técnicas por esta tomada.

Tal extrapolação da atuação da Corte de Contas brasileira pode ser verificada no caso de decisão sua obrigando a ANS a revisar metodologia de cálculo adotada por aquela entidade do Poder Executivo federal para o reajuste dos valores dos planos de saúde individuais.

Referida determinação do TCU deu-se no bojo do Acórdão TCU nº 679/18, que trouxe, em seus comandos, determinação para que a agência reguladora procedesse à reavaliação da metodologia de cálculo usada para fins de determinação do índice máximo que poderia ser utilizado pelas operadoras de planos de saúde para reajuste dos valores dos planos de saúde individuais.[15]

Nota-se da decisão daquele tribunal de contas que o controle de aspectos técnicos do setor de saúde, qual seja, a definição da metodologia para aferição do reajustamento dos valores de planos de saúde, adentra matéria que deve ser tratada por pessoa jurídica com suficiente *expertise* no setor de saúde, pois diversas as peculiaridades a ensejar a escolha de determinado método para fins de reajuste de mensalidades.

Ademais, faz-se mister recordar que as atribuições do TCU estão dispostas, principalmente, nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, o quais lhe conferem o papel de órgão auxiliar do Congresso Nacional na tarefa de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial[16] da União e suas entidades da Administração Indireta.

Ou seja, não se consegue extrair da leitura dos artigos supramencionados qualquer conclusão no sentido de que ao TCU é dado invadir o espectro de tecnicidade das decisões originárias das agências reguladoras, em patente violação ao mérito do ato administrativo, cabendo-lhe tão somente uma fiscalização quanto à regularidade e

[15] Conforme item 9.1.2 do Acórdão nº 679/2018 – TCU – Plenário: 9. Acórdão: [...] 9.1.2. reavalie a metodologia atualmente utilizada para definição do índice máximo de reajuste anual dos planos de saúde individuais/familiares, de modo a prevenir, com segurança, os efeitos de possível cômputo em duplicidade da variação associada à atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde, haja vista tal variação, presumivelmente, já ser levada em conta pelas operadoras na definição dos reajustes dos planos coletivos.

[16] De acordo com o Glossário de Termos de Controle Externo do TCU, a fiscalização contábil está relacionada à verificação do cumprimento dos preceitos contábeis no registro das contas dos órgãos públicos. A fiscalização financeira, por outro lado, significa o exame das demonstrações financeiras dos entes públicos. A fiscalização orçamentária reflete a competência do tribunal de contas para auditar a execução do orçamento público. Já a fiscalização operacional analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios da economicidade, eficiência e efetividade. Por fim, a fiscalização patrimonial relaciona-se à auditoria sobre o patrimônio da União federal.

legalidade das contas dessas entidades, jamais podendo se manifestar sobre a parte meritória de suas decisões.

Ainda, deve-se trazer a lume a expressa previsão legal no sentido de que compete à ANS a competência para autorizar reajustes de mensalidades de planos de saúde, cabendo-lhe, para a definição dos exatos valores em cada ano, também a expedição de normas que orientem as operadoras de saúde quanto às informações econômico-financeiras que devem ser repassadas à agência para fins de análise da necessidade de reajuste dos valores cobrados dos beneficiários.[17]

Procedendo-se ao cotejo entre a competência atribuída ao TCU pelo texto constitucional e a competência definida para a ANS pelo legislador infraconstitucional, tem-se como clara a inexistência de qualquer dispositivo que autorize a Corte de Contas manifestar-se a respeito da análise meritória no que concerne à definição de índice de reajustes de planos de saúde individuais.

Ademais, da simples leitura dos termos do Acórdão, constata-se que o TCU, além de determinar a revisão da metodologia adotada pela ANS, ainda foi além na exacerbação de sua invasão na seara técnica da agência reguladora do setor de saúde suplementar, determinando a esta que leve a cabo visitas técnicas[18] às empresas fiscalizadas, em total descompasso com as melhores práticas aplicáveis ao setor e que podem ser tomadas pela direção da agência reguladora.

Uma vez superada a análise quanto à invasão no aspecto da autonomia decisória da ANS, importante se faz discorrer sobre a existência de um TCU como agente controlador finalístico do próprio ato administrativo.

3. A intervenção do TCU sobre o mérito dos atos decisórios da ANS como espécie de controle finalístico indireto

[17] Art. 4º da Lei 9.961/00 – Compete à ANS: [...] XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) - XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões.

[18] Conforme item 9.1.1 do Acórdão nº 679/2018 – TCU – Plenário: 9. Acórdão: 9.1.1. elabore e envie a esta Corte, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, se ainda não o fez, plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de atuação que permitam a efetiva aferição da fidedignidade e a análise crítica das informações econômico-financeiras comunicadas à autarquia pelas operadoras de planos de saúde, mormente no que se refere à retomada das visitas técnicas às empresas e ao tratamento dos casos em que identificadas práticas abusivas contra os consumidores;

Superada a análise quanto à ilegalidade da extrapolação das competências constitucionais do TCU, com sua consequente afronta à autonomia da decisão da ANS no que tange à definição da metodologia de cálculo mais adequada para estimação do índice de reajuste aplicável aos planos de saúde individuais, cumpre discorrer neste tópico do artigo sobre a consequência advinda da intromissão da Corte de Contas nesse ato da agência de saúde: inaugura-se uma espécie de controle finalístico indireto dos atos decisórios da agência, por meio do qual o tribunal age como se gestor fosse.

A relação administrativa mantida entre os ministérios (Administração Pública Direta) e as agências reguladoras setoriais (Administração Pública Indireta), embora seja autônoma, com certa independência destas na sua seara de *expertise*, não significa a completa ausência de controle desses entes da Administração Indireta.

Nesse sentido, as agências reguladoras brasileiras devem atuar sempre pautadas pela autonomia decisória, mas sem descurar de seu dever de também seguir as diretrizes-mestras provenientes do órgão ministerial ao qual se encontram vinculadas[19], pois daí emana os programas do governo federal para a administração pública em seu sentido unitário.

Tal vinculação ministério-agência implica que o bloco normativo ao qual o agente público da agência reguladora encontra-se submetido não pode destoar das normas ministeriais que compõem todo o bloco de legalidade da respectiva área (MARRARA, 2004, p. 723-746).

Ou seja, a própria vinculação da Administração Indireta, mais precisamente da agência reguladora, ao ministério responsável pela formulação da política pública relacionada ao setor de atuação da agência já funciona como espécie de "freio inibidor" de qualquer tentativa da entidade reguladora no sentido de extrapolar a política de governo estabelecida para o setor, mostrando-se como verdadeira forma de controle interno da Administração Pública.

Haveria, no caso, apenas uma relação de supervisão entre ministério e agência, o que denota que a agência reguladora teria suas decisões reavaliadas quando estas ultrapassassem os limites de suas competências materiais previstas legalmente ou

[19] A vinculação da agência reguladora em face do órgão ministerial responsável pelo setor por ela regulado de maneira alguma significa alguma espécie de subordinação, mesmo porque a lei de cada agência lhe outorga a autonomia necessária para o bem desempenhar suas funções típicas. A vinculação agência-ministério significa apenas uma relação jurídica entabulada entre ambos, a qual implica certa uniformidade normativa no plano de governo.

quando violassem as políticas públicas definidas pela Administra Direta para o setor regulado (JORDÃO; RIBEIRO, 2017, p. 191).

Assim, embora se reconheça a existência de uma situação de coordenação entre órgão ministerial e agência reguladora, constata-se que é vedado ao próprio ministério ao qual vinculada a agência a interferência em sua atividade-fim (mérito do ato administrativo), donde se pode afirmar que inexiste um controle finalístico daquele sobre esta.

Importante não perder de vista que o controle do mérito administrativo é privativo da Administração Pública, sendo vedado inclusive ao Poder Judiciário sobre ele se pronunciar (CARVALHO FILHO, 2013, p. 945).

Dessa forma, nota-se que até mesmo ao Poder Judiciário, responsável por dizer o direito com caráter de definitividade, fazendo coisa julgada formal e material, é vedado imiscuir-se na seara do mérito das decisões administrativas, podendo se pronunciar apenas sobre as questões formais dos atos administrativos.

Não obstante, embora ausente qualquer previsão legal a amparar o controle da atividade finalística das agências reguladoras, o TCU, órgão de controle externo ao qual cabe, por expressa previsão da Constituição Federal, tão somente o controle da legalidade e da higidez dos gastos públicos, vem extrapolando sua competência para adentrar o mérito das decisões dessas entidades da Administração Indireta Federal.

Ao assim proceder, o tribunal tem se transformado em verdadeiro ente controlador não somente das contas da agência reguladora – atividade para a qual detém competência, mas, também, e aí com viés de ilegalidade, do conteúdo da própria decisão, o que denotaria uma espécie de controle finalístico indireto.

Dito isso, ainda que em um primeiro plano a interferência do TCU sobre matéria relacionada à atividade-fim da ANS possa aparentar não ocasionar maiores consequências negativas, deve-se ter como presente a potencialidade de que das decisões da corte de contas possa advir desestruturação do setor regulado, bem como prejuízos aos administrados.

Eventual desestruturação do setor de saúde suplementar se pode conjecturar tendo em vista tratar-se de setor com diversas peculiaridades, as quais demandam elevado grau de tecnicidade na sua gestão, o que, por certo, e por mais qualificado que seu corpo técnico seja, um tribunal de contas não detém.

Nessa perspectiva, em razão da regulação setorial do setor de saúde recair sobre um mercado extremamente específico, o que tornaria a análise por parte de técnicos uma tarefa a demandar muita *expertise*, faz-se necessário reconhecer a inaptidão dos técnicos da Corte de Contas para o exercício de tal função. Assim,

> "Em relação à especialização técnica, questiona-se a possibilidade de o TCU constituir equipes altamente profissionais e capacitadas para auditar as agências e o mercado nas dimensões previstas no amplo escopo das auditorias de desempenho. Um dos argumentos em prol do modelo de agências reguladoras é justamente o seu foco inequívoco, o que permite uma profunda especialização nos assuntos do mercado a ser regulado, diferenciando-se das burocracias mais generalistas, presentes nos ministérios. A menos que o TCU criasse equipes focadas somente em um setor regulado, certamente seu grau de especialização será menor que o das agências. Além disso, a constituição de equipes de auditores cada vez mais especialistas representa, consideradas as agências, uma sobreposição institucional com várias consequências (*sic*) do ponto de vista organizacional: desperdício de recursos públicos, duplo comando, imprevisibilidade da regulação, entre outras (GOMES, 2006, p. 629).

Quer dizer, para além da cofiguração de uma ilegal interferência na competência da agência reguladora, tal atuação teria ainda o potencial de ocasionar verdadeira sobreposição de atuação entre a entidade legalmente competente para regular o setor de saúde suplementar e outra instituição cuja atribuição recairia, somente, sobre a análise das contas da agência, derivando daí desperdício de recursos humanos e econômicos.

Outro ponto a ser ressaltado diz com a possibilidade de causação de danos a todos aqueles que interagem no setor sob regulação e que estão sob a fiscalização da respectiva agência, pois, somente a título de exemplo, a depender da situação concreta, uma determinada revisão de decisão de um ente regulador, tecnicamente amparada nas boas práticas regulatórias para aquele assunto, pode vir a ter efeitos perversos sobre os agentes que interagem no setor, causando-lhes prejuízos de larga monta.

Nesse ponto, a relativização da autonomia das agências reguladoras quanto a suas decisões poderia vir a impor uma externalidade negativa sobre o âmbito de atuação da agência, no sentido de causação de danos, muitas vezes irreparáveis, refletindo-se sobre todo o setor regulado.

Por fim, um último aspecto negativo que pode ser levantado reside no fato de que a determinação de revisão da metodologia de cálculo da revisão dos valores dos

planos de saúde individuais acaba por gerar outro fator adverso, qual seja, a insegurança jurídica para os administrados que atuam no setor de saúde suplementar.

Considerações Finais

O setor regulatório brasileiro tem enfrentado desafios no que concerne à preservação da lógica para a qual foi concebido, que é a de regular determinado setor econômico desestatizado com base em critérios estritamente técnicos e independentes, tendo em vista a intervenção do TCU no mérito propriamente dito da regulação.

Conforme analisado ao longo do artigo, tomando-se como estudo de caso a situação da ANS, a Corte de Contas interveio na decisão daquela agência, determinando que a mesma procedesse ao refazimento da metodologia de cálculo para fins de aplicação de índice de reajuste aos planos de saúde individuais.

Ao assim agir, o tribunal despiu-se de sua competência constitucional de ente de controle externo para, de modo ilegal, comportar-se como verdadeiro gestor público, fazendo as vezes de agência reguladora.

Essa prática cada vez mais reiterada tem se espraiado por diversos setores regulados, no que se pode denominar de intervenção regulatória do TCU. Muito embora numa primeira percepção não se possa perceber efeitos negativos de determinada atitude da corte de contas, a verdade é que a interferência do tribunal na seara decisória das agências reguladoras abre precedentes preocupantes em razão do fato do TCU não possuir *expertise* no setor regulado, podendo vir a gerar externalidades negativas.

Conforme explanado ao longo deste trabalho, a intromissão do TCU em assunto revestido de extrema tecnicidade, qual seja, a elaboração de cálculos e consequente definição de percentuais para fins de reajuste anual dos valores das mensalidades dos planos de saúde individuais, inaugura uma espécie de controle finalístico indireto da agência reguladora por parte de ente externo à Administração Pública, *in casu*, o Poder Executivo Federal.

Já foi dito que as agências reguladoras não se submetem a uma estrutura de subordinação para com o ministério encarregado do setor por ela regulado, mas tão só a uma relação de supervisão (coordenação), sendo defeso ao órgão ministerial invadir o mérito do ato administrativo da agência.

Dessa maneira, a sanha fiscalizadora da Corte de Contas, além de constituir efetivo controle finalístico, pode ainda ocasionar uma sobreposição de tarefas entre instituições com diferentes papéis, gerando desperdício de recursos escassos e, além disso, duvidosa vantagem para os administrados.

Para além disso, pode-se vislumbrar ainda o potencial de prejuízos para aqueles que atuam no setor de saúde suplementar, vez que, um retardamento na atualização dos valores das mensalidades de planos de saúde pode levar as operadoras de planos de saúde, que hodiernamente já enfrentam dificuldades econômico-financeiras, a enfrentar dificuldades para cumprir com suas obrigações, podendo-se chegar, em último caso, a um estado de insolvência, com consequente liquidação da entidade.

Nesse sentido, essa atuação como gestor público por parte do TCU, além de ilegal por si só, pode vir a provocar a desestruturação do setor regulado de saúde suplementar, além de eventuais danos aos administrados.

Referências

AGÊNCIA Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Resolução Normativa ANTAQ nº 1/2015. Disponível em: http://antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/Resolucoes_Normativas/20150806_Resolucao_Normativa_001_2015.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.961/2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jan 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.432/1997. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jan 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9432.htm. Acesso em: 19 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. Revista de Administração Pública, v. 40, n. 4, p. 615-630.

GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. Revista de Direito Administrativo, v. 244, p. 330-347, 2007.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. Revista Estudos Institucionais, v. 3, n. 1, p. 180-209, 2017.

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

MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre Ministérios e Agências Reguladoras. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 99, p. 723-746, 2004.

OGUS, Anthony L. Regulation: Legal form and economic theory. Oxford: Hart Publishing, 2004.

OLIVEIRA, Anderson Marcio de. Intervenção regulatória do TCU: avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. FGV, Rio de Janeiro, 2017.

TRIBUNAL de Contas da União (TCU). Acórdão nº 2466/13. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=13652590&codPapelTramitavel=58305678. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. Acórdão nº 679/18. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=13878591&codPapelTramitavel=58542748. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. Acórdão nº 1704/18. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1462420141.PROC/

%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false. Acesso em: 18 nov. 2018.