



PRÊMIO  
MINISTRO GUILHERME PALMEIRA

2023

1º LUGAR  
SOCIEDADE CIVIL

O USO DE COMITÊS DE RESOLUÇÃO  
DE DISPUTAS EM CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS: ESTRATÉGIA DO  
CONTROLE PARA MITIGAÇÃO DE CONFLITOS

JOSÉ ANTONIEL CAMPOS FEITOSA  
MÉRCIA MEDEIROS BRAULINO



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**O USO DE COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS: ESTRATÉGIA DO CONTROLE PARA MITIGAÇÃO DE  
CONFLITOS**

**JOSÉ ANTONIEL CAMPOS FEITOSA  
MÉRCIA MEDEIROS BRAULINO**

## RESUMO

O artigo apresenta o Comitê de Resolução de Disputas (CRD), mecanismo alternativo de prevenção e solução de controvérsias, de ampla aplicação em todo o mundo há quase meio século, mas ainda incipiente no Brasil. A sua eficácia e eficiência são demonstrados a partir de dados consolidados em mais de 2.000 projetos, de médio e de grande vulto, que utilizaram a ferramenta em todos os continentes. Em harmonia à iniciativa do Tribunal de Contas da União (TCU) em instituir procedimentos de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, o CRD surge como a alternativa que preenche o espaço referente à prevenção, uma vez que o mecanismo se sobrepõe, de forma precisa, aos demais métodos alternativos, como é o caso da mediação, conciliação e arbitragem, em face dessas ferramentas só serem acionadas após a configuração do conflito, ao passo que o CRD atua desde o início do contrato. Adicionalmente, admitindo esse mecanismo no âmbito de sua recente SecexConsenso, conforme concebido no presente estudo, o TCU passaria a contar com qualificada base de dados, a partir das decisões tomadas pelos CRDs, retroalimentando a fonte de referências para as decisões de suas Comissões de Solução Consensual (CSC).

**Palavras-chave:** CRD; DRB; disputas; controvérsias; contrato.

## **ABSTRACT**

The article presents the Dispute Resolution Committee (CRD), an alternative mechanism for preventing and resolving disputes, which has been widely applied around the world for almost half a century, but is still incipient in Brazil. Its effectiveness and efficiency are demonstrated based on consolidated data from more than 2,000 medium and large-scale projects that used the tool on all continents. In perfect adherence to the initiative of the Federal Court of Auditors (TCU) to institute procedures for the consensual resolution of disputes and conflict prevention affecting bodies and entities of the Federal Public Administration, the CRD emerges as the alternative that fills the space related to prevention, since the mechanism unquestionably overlaps with other alternative methods, such as mediation, conciliation and arbitration, given that these tools are only activated after the conflict is configured, while the CRD acts from the beginning of the contract. Additionally, admitting this mechanism within the scope of its recent SecexConsenso, as conceived in the present study, the TCU would have a qualified database, based on the decisions taken by the CRDs, feeding back the source of references for the decisions of its Resolution Committees Consensual (CSC).

**Keywords:** CRD; DRB; disputes; controversies; contract.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

<b>Figura 1</b>	– Fluxograma de um CRD.....	22
<b>Figura 2</b>	– Solução consensual de conflitos no TCU.....	26

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
1.1 COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS .....	8
1.2 OBJETIVOS DE UM CRD .....	10
1.3 DOS PRINCÍPIOS QUE FUNDAMENTAM O CRD .....	10
1.4 DO PROBLEMA DOS INTERESSES PÚBLICOS TUTELADOS .....	10
1.5 DIFERENÇA ENTRE CRDs E OUTROS MÉTODOS.....	12
1.6 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.....	12
<b>2 DESENVOLVIMENTO</b> .....	<b>14</b>
2.1 O CRD EM NÚMEROS .....	14
2.2 O CRD E AS OBRAS PÚBLICAS .....	16
2.3 MODALIDADES DE CRD E SUAS COMPOSIÇÕES .....	19
<b>3 METODOLOGIA</b> .....	<b>21</b>
3.1 DINÂMICA DE UM CRD .....	21
3.2 O CRD NO ÂMBITO DO TCU.....	25
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	<b>29</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>31</b>

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 Comitê de Resolução de Disputas

No âmbito das possíveis soluções consensuais como alternativas de resolução de controvérsias e de prevenção de conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares, observa-se a particular posição dos Comitês de Resolução de Disputas (CRDs).

No propósito de atribuir uma definição ao termo Comitê de Resolução de Disputas (CRD) cita-se Maia Neto (2016, p. 26), o qual fornece ao engrandecimento do tema a seguinte contribuição: “um Comitê de Resolução de Disputas – CRD, é constituído por um painel de especialistas, usualmente mesclado entre engenheiros e advogados, que acompanha o desenvolvimento do contrato desde o início, sendo acionado em caso de conflitos”.

De forma a melhor delinear esse escopo, recorre-se à visão de Linhares (2016), para quem o CRD é uma forma facultativa de solução de conflitos, em que as partes não são obrigadas a solucionar controvérsias pelo âmbito privado. O CRD tem por meta prevenir disputas na construção, o que é feito por um painel de três profissionais experientes da indústria da construção, especialistas naquele tipo de obra, que conheçam bem os contratos de construção, saibam interpretar os documentos contratuais e que dominem, enfim, o idioma contratual. Esses profissionais devem estar habilitados a atuar com métodos consensuais de solução de conflitos, e na condução de seus deveres devem ser imparciais, independentes e sem conflitos de interesses, além de ter a confiança das partes. Os CRDs se manifestam em tempo real, ou seja, ao longo da execução da obra, podendo emitir uma recomendação não vinculante, ou uma decisão vinculante, e suas recomendações podem influenciar positivamente o gerenciamento do projeto.

De semelhante definição partilham Trindade e Ruggio (2016), quando asseveram que o CRD consiste em uma junta de profissionais imparciais, formada antes do início da execução do projeto, com a finalidade de acompanhar o progresso das obras e serviços, atuando na prevenção de disputas e/ou resolução de conflitos.

O CRD vem do termo em inglês *dispute board*, que pode ser traduzido literalmente como comitê de disputas; nesse sentido, traz-se a definição adotada por Bucker (2010, p. 131) e creditada a A. Wald (2005):

“Os *dispute boards* (DB) são os painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards* – DRB) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards* – DAB) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards* – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes” (Wald, 2005).

Outra perspectiva apontada por Luis Otávio Rosa (2023) a se somar nessa conceituação de Comitê de Resolução de Disputas, no contexto do *Dispute Board*, refere-se ao juízo inerente ao método de resolução no qual se alcança a execução e conclusão de um contrato de modo a permitir a realização de seu objeto o mais cedo possível, sem interrupções. Ou seja, acrescenta-se à definição de CRD o componente temporal.

A partir dessa primeira abordagem quanto à conceituação do mecanismo proposto, pode-se denominar que o Comitê de Resolução de Disputas é a reunião de esforços de profissionais tecnicamente qualificados na abordagem do objeto contratual e com habilidade na condução do processo, análise de pleitos e emissão de juízos, respeitando os normativos, no menor tempo possível, mitigando provável impacto negativo na execução e continuidade da obra.

Aspirando a uma perfeita compreensão das etapas de atuação de um CRD, algumas definições quanto aos estágios do gerenciamento da demanda são importantes, conforme destacados por Jobim, Ricardino e Camargo (2016):

- Controvérsia: define-se controvérsia como uma polêmica relativa à ação, proposta ou questão sobre a qual há divergência. Uma controvérsia não motiva, necessariamente, um conflito ou uma disputa. Existe apenas certa discordância que pode ou não ser resolvida. É evidente que uma controvérsia, no âmbito de projeto, pode gerar conflitos e disputas.
- Litígio: é um esforço expresso entre pelo menos duas partes independentes que percebem ter objetivos incompatíveis e recursos escassos.
- Disputa: uma disputa não existe até que um pleito de compensação por danos incorridos por qualquer parte num contrato seja submetido e rejeitado pela outra parte.

Assim, a disputa é o contexto em que se insere o trabalho do Comitê, relativo a um litígio gerado por controvérsia não resolvida.



## 1.2 Objetivos de um CRD

Os objetivos mais nobres e sublimes das possíveis soluções consensuais permeiam a ideia de prevenção e economicidade, não sendo destoante no caso do CRD. Torna-se salutar então destacar que para Trindade *et al.* (2016), o CRD tem precipuamente a função preventiva, por servir como avaliador neutro das mazelas da obra e das responsabilidades das partes, funcionando, também, conforme Trindade e Ruggio (2016), como alternativa aos procedimentos arbitrais ou judiciais, requerendo das partes, portanto, que o clima de confronto seja evitado a todo custo.

Vale dizer que ao privilegiar o uso de CRD, alguns objetivos secundários poderão ser atingidos, a exemplo de observar uma contribuição subliminar na diminuição do clima de beligerância, normalmente factuais nas situações de disputa.

## 1.3 Dos princípios que fundamentam o CRD

Coadunados com os objetivos almejados, notabiliza-se os princípios do Comitê em análise, os quais notadamente estão alicerçados na prevalência da vontade das partes e a boa-fé contratual, legítimos pilares do CRD. Linhares (2016) constata que a garantia da tutela jurídica efetiva durante o CRD é baseada na autonomia da vontade das partes. Tal autonomia se faz presente desde a opção pelo método como forma de solução de conflitos, até o momento em que as partes solicitam a instauração do Comitê, escolhem seus membros e definem as regras que lhes serão admissíveis.

Partindo da premissa de que a utilização do CRD é uma escolha das partes e não uma imposição, a presunção e consequente existência da boa-fé dos envolvidos é crucial para fortalecer a utilização do instituto. Ainda citando Linhares (2016), torna-se salutar evidenciar o conceito por ela exarado, no qual o cumprimento espontâneo da recomendação advinda do Comitê pode ser visto como um acordo de cavalheiros e exemplo de boa-fé. Por sua vez, a ausência de boa-fé por alguns operadores do CRD poderá gerar um alto índice de contestações desnecessárias no juízo estatal.

## 1.4 Do problema dos interesses públicos tutelados

Em que pese haver vasta publicação no contexto das soluções consensuais de conflitos nos contratos de engenharia, muitos empreendimentos não contemplam a

sua previsão nos normativos contratuais. E, embora algumas obras prevejam a sua existência, nem sempre os mecanismos são acionados.

Sem maior esforço, denuncia-se como inevitável a instalação de discordâncias por vezes insuperáveis a curto prazo. Nesse sentido, observa-se alguns efeitos decorrentes das disputas circunscritas aos contratos de construção, precipuamente em razão da natureza hermética e diversa destes contratos de engenharia. Já são múltiplas as responsabilidades assumidas pelas partes, que passam a responder por compromisso repleto de riscos, além dos custos factuais da própria relação contratual, absorver mais custos com os efeitos adversos, sendo ou não pecuniárias, sobrecarrega a capacidade de produtividade tanto da contratada como do órgão público.

Ocorre que o resultado da imputação de penalidades e multas recai sobre os dois lados. Da parte da contratada tem-se a possibilidade de incidência de todas as formas de penalidade previstas na Lei de Licitações, na Lei do Pregão Eletrônico ou do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), quais sejam: Advertência, Multas, Impedimento de licitar e contratar com a administração pública, ter declarada a inidoneidade da empresa e ainda as consequências imposta pelo âmbito judicial. E para além dos descumprimentos contratuais, parcial ou total, tem-se os descumprimentos instituídos pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Da parte da Administração Pública computa-se os custos indiretos, como a imagem do órgão executor, o atraso do cronograma impactando na entrega da obra à sociedade, e o custo financeiro do conflito pela demanda sobre horas de servidores públicos nos processos de responsabilização.

De todo modo, resolver as controvérsias por meio dos Comitês é a opção de menor dispêndio. Entretanto, há limites impostos de acordo com os bens e valores protegidos, a saber: conforme explanado por Saliba Júnior e Farrer (2016), atrasos nas obras, serviços adicionais, modificações do escopo contratado, problemas de qualidade das obras e dos projetos, e suas respectivas consequências, por se tratar de temas que se resumem ao seu aspecto monetário, se enquadrariam perfeitamente como de interesse público secundário, podendo ser tratados pelos CRDs, e, quando necessário, extinguidos por arbitragem. Já os temas de segurança das obras, acidentes fatais que venham a ocorrer ou o seu benefício para a população, são temas que, no mínimo, tangenciam o interesse público primário, não podendo ser tratados pelos CRDs ou pelas arbitragens, sendo exclusivos de resolução pelo Poder

Judiciário. Nesse sentido, para ilustrar acerca dos interesses que podem ser tutelados, argumentam esses autores que o administrador público que tem a delegação para assinar o contrato de construção de uma estação de tratamento de água, tem a faculdade de se utilizar dos CRDs e da arbitragem para tratar de incremento do custo dessa obra como consequência da execução de serviços adicionais. Não poderá, entretanto, deliberar que se trate do uso de CRDs ou de arbitragem, em situações de morte causada por produção de água inadequada para o consumo da população.

### **1.5 Diferença entre CRDs e outros métodos**

Para Bucker (2010), a diferença significativa entre CRD e a maioria das outras técnicas de solução de disputas (e possivelmente a razão dos CRDs terem alcançado tanto sucesso internacionalmente) é que o CRD é indicado no início do empreendimento e, através de visitas regulares ao canteiro de obras, é ativamente envolvido na construção. Ele se torna parte da estrutura do empreendimento e por isso pode influenciar, durante o período contratual, no desempenho das partes contratantes.

Conforme Linhares (2016), o CRD difere de outros métodos privados por ter como foco a prevenção de futuro litígio e o acompanhamento periódico da execução do contrato. Já a mediação, conciliação e arbitragem, na lição delineada por Trindade e Ruggio (2016), são modalidades normalmente adotadas depois da ocorrência de um conflito e, não raras vezes, do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do negócio celebrado.

### **1.6 Legislação específica**

Os CRDs não são regulados por legislação específica. Conforme Bucker (2010), é necessário asseverar que a legislação brasileira não contempla a possibilidade de conferir caráter vinculante a uma decisão de um comitê de disputas, exceto se instituído na qualidade e na forma de um tribunal arbitral, sob as regras da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disto não decorre, todavia, que estes comitês operam em um vácuo legal (Ribeiro, 2016). Os CRDs são recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro com a natureza puramente contratual, e estão sujeitos, portanto, às regras gerais do direito das obrigações. Sendo um produto da liberdade

de contratar, os direitos e obrigações assumidos pelas partes ao negociarem a solução de disputas por meio de CRDs submetem-se às regras afeitas ao direito das obrigações.

Na lição de Bucker (2010), os CRDs são instituídos por força e na forma do contrato de construção civil, o qual deverá prever, também, as regras para a indicação dos integrantes, as condições e regras de instalação e funcionamento, suas atribuições e poderes, as obrigações e os deveres das partes, tanto frente ao comitê quanto em face de opiniões, recomendações ou decisões que possam ser tomadas por esse corpo técnico.

Bueno e Figueiredo (2017) reportam os feitos do Conselho da Justiça Federal (CJF) que, na I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, sob a Coordenação-Geral do ministro Luis Felipe Salomão, emitiu três enunciados sobre os CRDs, evidenciando o respeito do Poder Judiciário pelo instituto:

- Enunciado CJF nº 49: “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.”;
- Enunciado CJF nº 76: “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.”; e
- Enunciado CJF nº 80: “A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.”

No entanto, em que pese a ausência de normatização do mecanismo, é de relevância a citação desse instrumento na recente Lei de Licitações e Contratos:

**LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021**

Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

[...]

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por **comitê de resolução de disputas**, desde que haja interesse da Administração;

[...]

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o **comitê de resolução de disputas** e a arbitragem.

[...]

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos **comitês de resolução de disputas** observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (grifo nosso).

Sobre a possibilidade inaugurada do uso dos CRDs no regulamento pátrio, além de outros mecanismos, em contratos administrativos, Juliano Heinen (2023) leciona:

Mas a lei geral ora comentada foi além das outras legislações mencionadas, porque fez previsão da possibilidade de se submeter uma controvérsia contratual aos Comitês de Resolução de Disputas, que são organismos que fomentam práticas internacionais de resolução de conflitos na seara extrajudicial. É dizer, são câmaras especializadas em resolução contratual de contendas: os denominados Disputes Boards (*comitês de disputas*).

[...]

Todos estes mecanismos previstos na Lei nº 14.133/2021 vem na linha do incentivo à solução extrajudicial de conflitos, conforme dispõe o § 3º do art. 3º do CPC (Heinen, 2023, p. 965-966).

É, sem dúvida, um passo gigantesco para a implantação desse mecanismo no arcabouço dos contratos administrativos, a depender tão somente de um normativo regulamentador ou de iniciativas pontuais de órgãos da Administração Pública Federal, panorama esse que faculta aos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União (TCU), a iniciativa de fomentar a disseminação desse método autocompositivo, entre os seus jurisdicionados, na forma como será mais à frente detalhada.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 O CRD em números

Em 2015, Trindade (2016) revelou que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) concluiu que o tempo médio esperado para a divulgação de uma sentença de primeira instância é cerca de 3 anos, prazo esse que já contrasta, fortemente, com a forma de atuação de um CRD, em que a decisão se dá no decorrer da avença.

Os custos de implantação do mecanismo, por sua vez, têm amplitudes divergentes, conforme a fonte. Para Trindade (2016), os custos de um CRD giram entre 0,05% e 0,26% do valor total do empreendimento; já para Ruggio (2016), o custo estimado da implantação do CRD pode variar entre 0,015% e 0,045% dos custos totais do projeto. Considerando o posicionamento do Departamento de Transportes da Flórida, nos Estados Unidos, calcula-se que se gasta menos de 0,1% do custo do projeto com seus CRDs. Com esses parâmetros, pode-se estipular que o custo de um CRD varia, enfim, entre 0,015% e 0,26%, podendo-se adotar, de forma conservadora, o valor de 0,25% do custo total do empreendimento como estimativa pontual do custo do CRD.

*Vís a vis* as exposições de Saliba Jr. e Farrer (2016), informam que, dentre os projetos que utilizam o CRD nos Estados Unidos e Caribe, o valor médio dos empreendimentos é de U\$ 42 milhões. Em câmbio atual<sup>1</sup>, esse valor corresponde a R\$ 204 milhões, valor bem próximo ao instituído pela Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021) para a definição de obra de grande vulto<sup>2</sup>.

De outro ponto, e no tocante à eficácia do mecanismo, Trindade (2016) esclarece que a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) realizou pesquisa entre 1987 e 2002, na qual foram acompanhados 920 projetos, cujos valores somados atingiam U\$ 73 bilhões. Nesse estudo foi verificado que foram emitidas 1.125 decisões/recomendações pelos CRDs, das quais 97,6% foram aceitas sem necessidade de utilizar as vias judicial ou arbitral. Nessa esteira, Trindade *et al.* (2016) complementa esclarecendo que mais de 90% dos assuntos trazidos à atenção do CRD são solucionados de forma definitiva.

No Comitê, o tempo médio entre o surgimento do conflito e a manifestação do CRD é de 145 dias, respeitados todos os prazos regulamentares de resposta das partes. Para Farrer (2016), o índice de sucesso dos CRDs impressiona, especialmente em empreendimentos de grande porte e de longa duração, em que os conflitos e disputas são praticamente inevitáveis. Em conjunto com Saliba Jr. (2016), esses autores concluíram que:

---

<sup>1</sup> 1 Em 10 de agosto de 2023, estava em US\$ = R\$ 4,85.

<sup>2</sup> “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)”. Este valor foi atualizado pelo Decreto nº 11.317/22 e corresponde a R\$ 228.833.309,04.

- 98% dos empreendimentos tiveram suas disputas resolvidas por CRD, sem posterior arbitragem ou ação judicial;
- 58% dos empreendimentos terminaram sem disputas — os CRDs não foram acionados em qualquer momento; e
- Houve recurso à arbitragem ou à justiça em apenas 1,3% dos empreendimentos.

Considerando os aspectos trazidos à baila acerca dos índices de resolutividade dos CRDs, pode-se considerar que o índice de sucesso do CRD é de 98,7%.

## 2.2 O CRD e as obras públicas

Na avaliação de Trindade *et al.* (2016), no caso da adoção dos CRDs em obras públicas, o contratante passa a imagem de gestor eficiente e zeloso em relação à boa e regular aplicação dos recursos públicos, permitindo ainda à população usufruir do bem público construído. Das contribuições de Trindade e Ruggio (2016) destacam-se como exemplos da utilização deste método no Brasil, os empreendimentos da linha amarela do metrô da cidade de São Paulo e as obras para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016, ambas constituindo obras públicas.

A plausibilidade do uso do CRD nos EUA, tem levado diversos órgão de Estado a utilizarem o método em suas obras. Nesse escopo, convém registrar que Saliba Jr. e Farrer (2016) apresentam extensa lista:

- Departamentos Estaduais de Estradas na Califórnia, Flórida, Massachusetts e Washington;
- Departamentos Municipais de Transporte Público de Dallas, Houston, Los Angeles, Minneapolis, New York, Phoenix, Pittsburg, Sacramento, San Diego, San Francisco, Seattle and Washington DC;
- Universidade da Califórnia, Universidade de Ohio, Universidade de Washington etc.;
- empreendimentos federais, como expansão de aeroportos, construção de barragens, hidroelétricas, estádios etc.; e
- reconstrução da estrada interestadual I-15 no Estado de Utah, nos Estados Unidos, dentre outros.

Ao redor do mundo, ainda no contexto de obras públicas que utilizaram o CRD, destacam-se o projeto de construção do Túnel do Canal da Mancha (Euro Túnel), um dos maiores projetos de infraestrutura desenvolvido na Europa; o projeto do aeroporto internacional de Hong Kong, um dos maiores projetos da indústria da construção; a Hidrelétrica Ertan, na China, que foi o primeiro contrato neste país a utilizar o CRD; as obras de expansão do Canal do Panamá; o projeto de construção da Barragem de Katse na África do Sul, também pioneiro na utilização do CRD neste país.

Posto isso, resta analisar sob o aspecto do risco de disputas em obras, a inevitabilidade dos conflitos, do qual, no dizer de Mesquita (2016), é uma realidade universal para aqueles que militam no setor da construção. O autor indica que a ocorrência provável de disputas em contratos de obra gira em torno de 99,7% a 100,0%. Esse resultado confirma a perspectiva geralmente aceita de que, em obras complexas, as disputas são inevitáveis. Essas constatações já seriam mais que suficientes para fundamentar a implantação de CRDs no contexto de obras públicas.

Na oportunidade, considerando que são inúmeros os motivos para implantação do mecanismo de CRD, cita-se Linhares (2016), ao destacar algumas das vantagens dos comitês mais difundidas, quais sejam: **i)** a valorização da autonomia da vontade das partes; **ii)** a celeridade; **iii)** a prevenção do litígio; **iv)** a especialidade do Comitê; e **v)** as reuniões *in loco*.

A escolha do CRD como forma de solução de eventuais conflitos, é um olhar avançado para resolução de impasses, por focar a prevenção de litígios, pautado na autonomia da vontade das partes e na boa-fé destas. Havendo quebra de confiança em face de litígio entre as partes, razão maior haverá para que a confiança seja dedicada para aqueles – terceiros e independentes – que, como membros do Comitê, cuidarão de propor as decisões adequadas.

Salutar lançar luz sobre o que Farrer (2016) acrescenta, ao analisar a expectativa das partes quanto à atuação dos CRDs na resolução das disputas de forma rápida e informal. Vale dizer, mecanismos de solução de disputas *just-in-time* são surpreendentemente efetivos em obter menores custos para os empreendimentos.

Singularmente, Trindade e Ruggio (2016) chamam a atenção ao fato de que, em geral, a forma como os *players* envolvidos na execução de um grande projeto de engenharia solucionam suas disputas pode determinar o sucesso ou insucesso da atividade empresarial desenvolvida, e é comum que a solução desta disputa se



prolongue até as vias judiciais gerando mais custos e desgastes aos envolvidos, tendo em vista as deficiências da justiça brasileira. Acrescentam que a promoção do Comitê de Resolução de Disputas (CRD), como modalidade alternativa de solução de controvérsias em contratos de engenharia no Brasil é medida que se impõe como forma de se atribuir maior eficácia no tratamento dos conflitos e efetivação do princípio da função social do contrato.

Mormente, não é interessante a nenhuma das partes que as pendências decorrentes da execução de empreendimentos de alto custo e significativa importância tenham, conforme mencionado por Saliba Jr. e Farrer apenas “duas alternativas: **i)** negociação direta ou **ii)** arbitragem/ações judiciais” (2016, p. 142).

Circunscrito na esfera da resolução de disputas, emergem importantes apontamentos realizados por Trindade e Ruggio (2016) quando narram que a consequência da implantação do CRD em obras públicas é determinada pela sua dinâmica de operação, a qual engloba visitas dos *experts* ao canteiro de obras, reuniões regulares com os engenheiros e demais envolvidos, emissão periódica de relatórios, estudo e análises dos documentos contratuais, enfim, uma atuação proativa voltada para a resolução de disputas e funcionando como um mecanismo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa órbita de atuação gera benefícios tanto para o contratante, que poderá contar com a eliminação ou mitigação de pleitos, procedimentos arbitrais e/ou demandas judiciais, como para o contratado, que poderá contar com um desenvolvimento contratual saudável, célere e dentro do que foi orçado quando da celebração do negócio jurídico.

Sem divergir do que fora exposto, Saliba Jr. e Farrer (2016) advertem que muitos empreendimentos, tais como os de obras públicas, são finalizados com a formulação de pleitos, que objetivam restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e trazem à discussão técnico-jurídica todas as divergências decorrentes da execução da obra que não puderam ser solucionadas durante sua execução. São intensamente discutidos os prejuízos das partes, causados, por exemplo, pela necessidade de serviços extraordinários não remunerados, pelos atrasos na execução das obras, pelas improdutividades e ociosidades, pela ausência de mão de obra qualificada, por atrasos dos fornecedores, por erros e atrasos de projeto e de execução, por cláusulas exorbitantes que inviabilizam a execução, por imprevisões geológicas, geotécnicas, hidrológicas e meteorológicas, além de eventos de caso fortuito e força maior, dentre outros.

### 2.3 Modalidades de CRD e suas composições

Nas lições de Trindade *et al.*, é ensinado que “existem três principais formas de atuação dos Comitês de Resolução de Disputas: **i)** CR – Comitê Revisor; **ii)** CA – Comitê de Adjudicação e **iii)** CM – Comitê Misto” (2016, p. 48-53).

O Comitê Revisor (CR), tem por principal atribuição atender às solicitações das partes, mediante elaboração de pareceres não vinculantes, conhecidos, na prática, como *informal opinions*. A ausência de efeitos vinculantes à decisão não é necessariamente negativa, pois nota-se que a função supervisora e proativa acaba por conferir à sua atuação um caráter preventivo, como notado pela doutrina especializada. A partir da análise da documentação da obra, bem como das visitas técnicas, o CR identifica eventos que podem dar origem a conflitos e, desde logo, alerta os contratantes. Independentemente da não vinculação de suas opiniões, o CR é reconhecido por sua capacidade de prevenir e melhorar a dinâmica entre contratante e contratado, evitando-se uma condução beligerante. É necessário que seus membros não só detenham o conhecimento técnico e fático necessário para a análise das questões, como também que atuem com imparcialidade e neutralidade. A confiança é a força motriz da qual decorre a autoridade do Comitê e o sentimento de justiça oriundo de suas recomendações.

Quanto ao Comitê de Adjudicação (CA), as suas recomendações possuem efeito vinculante, de sorte a criar obrigações aos destinatários. Essa diferença do CA para o CR acaba por ter um maior impacto nos processos de construção e uma maior eficiência na resolução das disputas.

No Comitê Misto (CM), a regra é que se emitam recomendações a respeito dos temas levados à apreciação da junta nos moldes do CR, podendo, também, ser dada uma decisão nos moldes do CA quando uma ou ambas as partes requisitarem.

Para Farrer (2016), as recomendações feitas pelo CR devem ser cumpridas apenas se as partes concordarem com elas. Caso uma parte formalize notificação discordando da recomendação do CR, não estará obrigada a cumpri-la. Já as decisões do Comitê de Adjudicação (CA) podem obrigar as partes apenas provisoriamente se estas assim decidirem. Em outras palavras, deve cumprir provisoriamente, enquanto a submete a julgamento por órgão investido de jurisdição

para decidir, desta feita em definitivo, eventualmente de forma diversa da que foi antes tomada pelo CA.

Privilegiando, neste momento, os requisitos para composição do CRD, evidencia-se a contribuição de Trindade *et al.* (2016), os quais consideram que esses critérios para composição do comitê consistem na nomeação de profissionais experientes, isentos e independentes, que possuam confiança das partes, contratados para acompanhar a execução do empreendimento *pari passu*, com a finalidade de resolver ocorrências conflituosas cotidianas, emitindo opinião ou decisão, em conformidade com o acordado. Acertada então é a indicação de que a escolha deve recair sobre profissional com reconhecida vivência no projeto em acompanhamento, notadamente conhecedor das mazelas comumente vivenciadas na obra e com disponibilidade para visitas recorrentes ao local de execução do projeto. Semelhantes requisitos são também observados no mercado internacional, conforme Farrer (2016), onde os profissionais costumeiramente são indicados com base em sua experiência técnica no caso em questão, bem como no conhecimento básico da legislação aplicável.

No mesmo sentido, acrescentam Trindade e Ruggio (2016) que, em geral, os membros são selecionados em razão de sua experiência, imparcialidade e comprometimento com o projeto (e não com qualquer parte do contrato).

Objetivamente, um CRD deve ser composto, na visão de Trindade *et al.* (2016), por número ímpar de membros conforme convencionado pelas partes contratantes.

Nos empreendimentos de médio e grande porte, o habitual é que o Comitê seja composto por três membros. No caso de Comitês que não possuem, entre seus membros, profissional com formação jurídica, é comum a contratação pelo Comitê de assessoria jurídica especializada. Aduz Farrer (2016), que uma das composições mais eficazes de CRD na indústria da construção é aquela formada por três *experts* independentes, cujo trabalho é fazer recomendações às partes a respeito de eventuais disputas que ocorram. Esse autor é da opinião de que, para seu sucesso, os CRDs devem ter participação limitada de advogados.

Sob esta perspectiva Farrer (2016) aprofunda o tema esclarecendo que os recentes movimentos na implementação de CRDs, sem a participação de advogados, objetivando chegar mais facilmente a soluções rápidas e baratas decorre, ao menos parcialmente, da percepção de que advogados, especialmente na sua faceta litigiosa, servem apenas para dificultar acordos. O autor (Farrer, 2016) também chama a

atenção às regras de formação do painel: se a cláusula de CRD estabelecer, por exemplo, que o comitê seja formado por dois engenheiros com experiência em barragens e um advogado com experiência em arbitragem e, quando de sua efetiva formação, o comitê não tenha sido composto por profissionais com essas características, as decisões tomadas por este comitê não preencherão as necessárias condições de validade.

### **3 METODOLOGIA**

#### **3.1 Dinâmica de um CRD**

Conforme já exposto, o momento ideal para a composição do Comitê é o período da contratação da obra; esse é o tempo mais apropriado para que os profissionais do Comitê sejam indicados. Os membros do CRD, em número ímpar, preferencialmente 3 (três), devem ser indicados na oportunidade da redação das cláusulas contratuais, considerando que estes têm a premissa de acompanhar a execução do contrato desde o seu início (Linhares, 2016).

Outro ponto que reforça a eficiência de um CRD para a solução dos conflitos que surgem no seio de um contrato de engenharia são as visitas e reuniões periódicas realizadas pelos membros ao local de execução das obras e serviços. Ao realizarem visitas periódicas ao canteiro de obras e reuniões com as pessoas envolvidas na execução do projeto, os membros de um Comitê de Resolução de Disputas têm a possibilidade de verificar *in loco* a familiaridade dos representantes das partes — engenheiros, arquitetos, fiscais de obra e equipes em geral —, com as nuances do projeto, além de poderem checar o progresso dos trabalhos e identificar potenciais surgimentos de disputas.

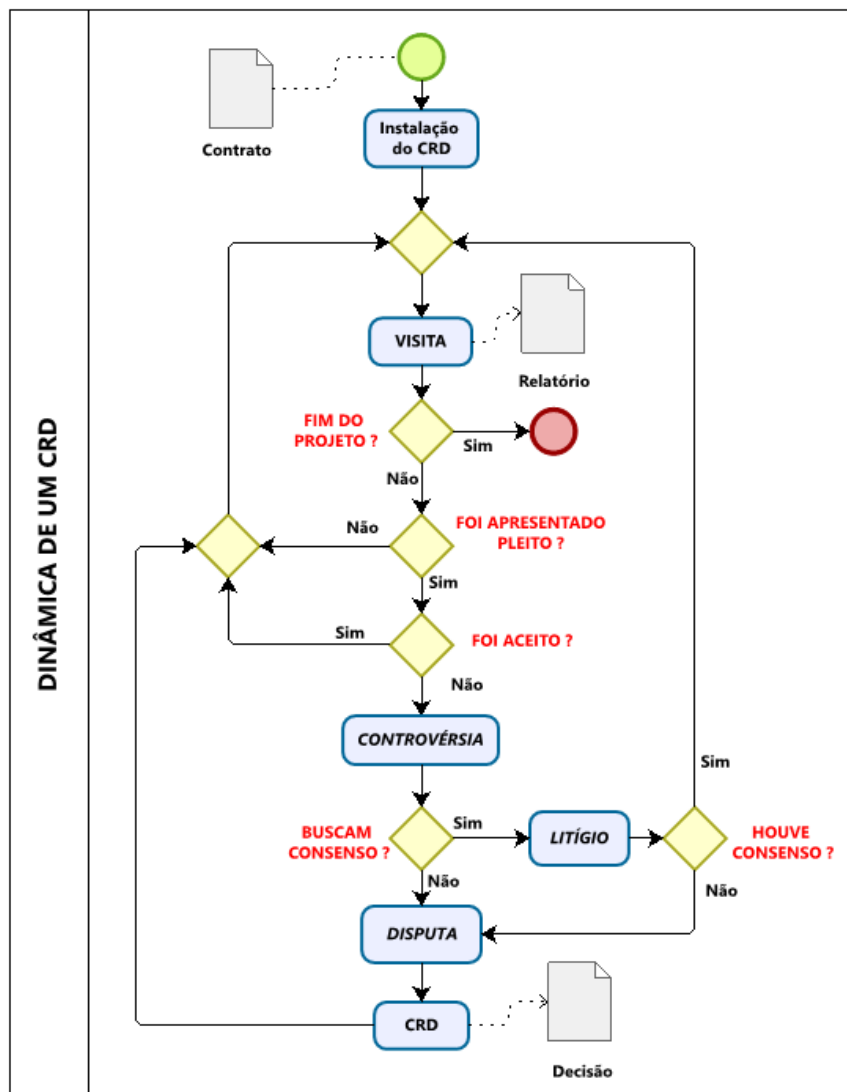
Em projetos muito complexos, a indicação é que as visitas sejam mais frequentes, talvez a cada dois ou três meses e, sempre que necessário, as visitas ao local devem ser combinadas com eventuais audiências para solução de atuais disputas. Durante ou logo depois das visitas realizadas ao local das obras, deverá ser emitido um relatório pelos membros do Comitê. Neste relatório, o Comitê vai apresentar conclusões sobre a visita, apontando potenciais disputas, evidenciando, assim, a necessidade de resolução. Tal prática agrega maior controle sobre o desenvolvimento das obras objeto do contrato, na medida em que os relatórios, ao

apontarem potenciais disputas, alertam todos os envolvidos na execução do projeto sobre a possibilidade do surgimento destas, portanto, sobre a necessidade de sua mitigação ou resolução.

Caso o eventual litígio não seja solucionado pelas próprias partes, então a questão deverá ser submetida à apreciação do CRD (Trindade e Ruggio, 2016).

A figura a seguir ilustra o fluxo da atuação de um CRD.

**Figura 1** – Fluxograma de um CRD



Fonte: elaborado pelos autores (2023).

Com efeito, após a instalação do CRD que, via de regra, deve ocorrer concomitante à assinatura do contrato principal, tem início as visitas ao local das obras, ocasião em que são analisados os registros (editais de concorrência e seus anexos, contrato celebrado e eventuais alterações, diários de obras,

correspondências trocadas entre as partes, relatórios, atas de reuniões etc.) e, na sequência, emitido o relatório. Havendo um pleito não aceito, impõe-se verificar se tal controvérsia ainda se enquadra como um litígio, devendo o Comitê aguardar a sua evolução, ou, caso já esteja configurada uma disputa, passa-se às providências de encaminhamento da decisão: receber as alegações, realizar as oitivas e emitir um juízo.

Quanto ao encaminhamento das alegações, cumpre destacar, conforme alertam Trindade e Ruggio (2016), que as razões escritas não devem ser elaboradas como petições judiciais, pois a finalidade de um CRD é funcionar como alternativa aos procedimentos arbitrais ou judiciais e, portanto, o clima de confronto deve ser evitado a todo custo, sob pena de desvirtuar e prejudicar a aplicação do instituto. Esta questão deve ficar clara para os advogados da empresa, já que normalmente são eles os profissionais responsáveis pela redação de pleitos, ações judiciais, notificações etc., todas elas com caráter beligerante, ao oposto do que se busca com o CRD. Para ilustrar esse alerta, os autores se reportam à construção do Aeroporto Internacional de Miami, onde os advogados não eram autorizados a participar de reuniões do CRD.

Desse modo, Ribeiro (2016) observa que uma das mais relevantes características inerentes aos CRDs é o fato de que suas decisões podem não obrigar definitivamente as partes, se estas discordarem. Esta característica é imprescindível para a compreensão da exequibilidade das decisões dos CRDs. O procedimento dos CRDs é concebido para resolver disputas com celeridade já no canteiro de obras, enfatizando os aspectos técnicos da construção e do contrato.

As partes devem submeter suas razões ao CRD conforme o rito previsto em contrato, que pode estipular, por exemplo, que os pleitos sigam uma sequência obrigatória de procedimentos antes que sejam considerados, oficialmente, uma “disputa”, a qual deva ser submetida a um CRD. Esses procedimentos podem envolver a notificação expressa do pleito a um representante do dono do projeto (em geral, um engenheiro), seguida da submissão das informações e documentos que demonstrem a ocorrência de fato que afete o preço do contrato ou o prazo de execução da obra. Observadas estas etapas, o representante do dono do projeto decide concordar ou não com o pleito e os termos da eventual concordância. Apenas depois destes procedimentos é que o pleito passa a ser considerado uma “disputa” apta a ser submetida a solução por CRD. Inobservadas estas etapas precedentes, a

decisão do CRD não estaria de acordo com o contrato, sendo, portanto, inadmissível a sua exigência.

As disputas têm início com a apresentação, por escrito, de cada parte, de suas razões ao Comitê e com cópia à outra parte, antes da realização da audiência. Cumpre destacar, uma vez mais, que essas razões escritas não devem ser elaboradas como petições judiciais. As submissões não devem ser muito extensas, como se fossem reivindicações (Trindade e Ruggio, 2016).

Esses autores acrescentam que um conjunto de documentos, de preferência já conhecidos e acordados pelas partes, pode ser apresentado. Caso necessário, informações adicionais podem ser solicitadas pelo CRD. Ambas as partes devem estar presentes ao longo da audiência designada e o CRD constituído não deve, em hipótese alguma, receber informação confidencial sobre a disputa de qualquer das partes. Na audiência, o Comitê ouve todas as razões e os argumentos das partes e pode fazer perguntas para esclarecer algum ponto e delimitar ainda mais a disputa. Neste procedimento podem ser ouvidas testemunhas, que esclarecerão fatos envolvidos na disputa. A presença de peritos não é de todo rejeitada, e estes podem agregar valor.

Conforme Ribeiro (2016), as decisões de cumprimento obrigatório tomadas pelos CRDs não guardam qualquer semelhança com as sentenças arbitrais. As sentenças arbitrais têm natureza jurisdicional. Na falta de legislação específica regulando os CRDs, não há que se falar em natureza jurisdicional.

Após encerradas as visitas, audiências e reuniões realizadas pelos membros do CRD, com base em sua expertise e em tudo que viram, ouviram e leram, os profissionais irão deliberar sobre o caso e emitir um relatório escrito apresentando sua decisão. Na sequência do procedimento aqui elucidado, Trindade e Ruggio (2016) fazem referência à importância de que o CRD emita uma decisão por unanimidade por razões de credibilidade e confiança das partes no trabalho que foi desenvolvido, aumentando as chances de que a resolução da disputa seja final e definitiva. Cumpre destacar que o produto de um CRD é sua decisão por escrito acerca da disputa surgida no seio da execução do contrato. Uma decisão emitida por profissionais escolhidos pelas partes, com comprovada experiência profissional acerca do objeto contratual.

Neste contexto, a decisão expedida pelo órgão representa uma opinião técnica com significativo peso e pode influenciar sobremaneira a resolução de futuras disputas

acerca das mesmas questões ou de questões semelhantes, seja na arbitragem, seja em demanda judicial (Trindade e Ruggio, 2016).

Para maior eficiência das recomendações do CRD, foi desenvolvida a prática de fixar prazo para o cumprimento das recomendações. Caso as partes permaneçam silentes após esse prazo, a recomendação será tida como aceita e adquirirá força vinculante, devendo ser cumprida. Caso uma ou ambas as partes não fiquem satisfeitas com a decisão, poderão, no prazo estabelecido no contrato, submeter a disputa a uma decisão final pela arbitragem ou pela via judicial. Posteriormente ao prazo de manifestação de discordância da decisão estabelecido no contrato, caso nenhuma das partes se manifestar, a decisão passará a ser mandatória e final (Trindade *et al.*, 2016).

Resumidamente, Trindade e Ruggio (2016) alegam que estas decisões podem ainda ser utilizadas para instruir qualquer demanda futura, seja a favor ou contra as partes envolvidas na contenda. Isto por si só representa um elemento de dissuasão para a parte que, tendo sido vencida pela decisão do Comitê, queira prolongar a disputa para a via arbitral ou judicial.

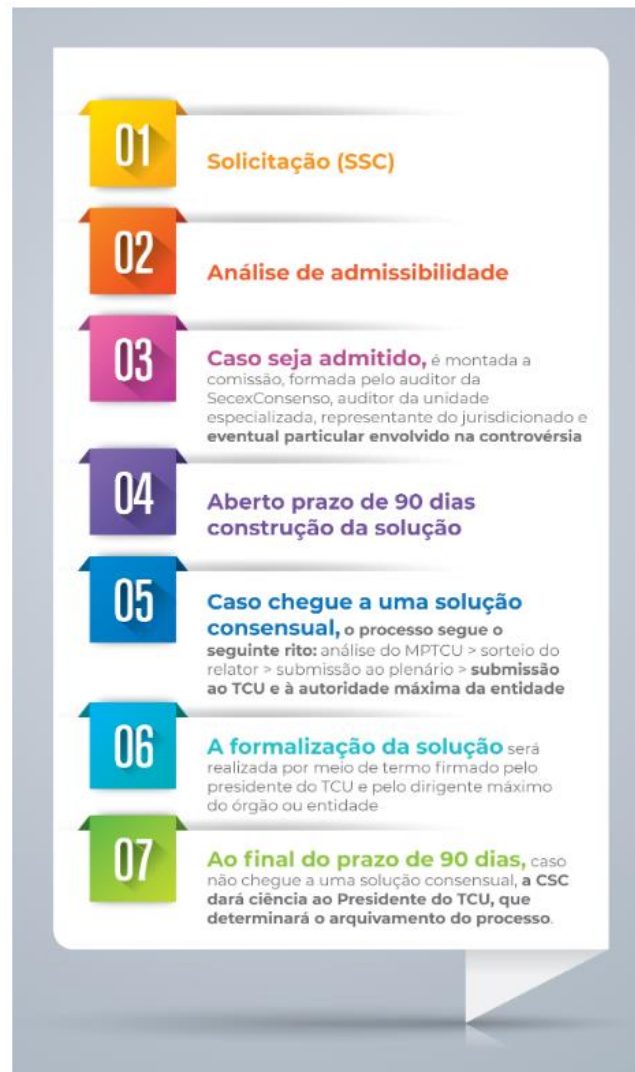
### **3.2 O CRD no âmbito do TCU**

Recentemente, por meio da INSTRUÇÃO NORMATIVA – TCU Nº 91, de 22 de dezembro de 2022, o TCU instituiu, em janeiro de 2023, a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) para desenvolver, propor, sistematizar e avaliar propostas para a solução consensual de controvérsias no País.

Em concisa síntese, o passo a passo da busca da solução autocompositiva da controvérsia, conforme concebida no âmbito do TCU, é demonstrada no fluxograma a seguir.



**Figura 2 – Solução consensual de conflitos no TCU**



Fonte: Secom TCU (2023).

A composição e a forma de atuação da Comissão de Solução Consensual (CSC), conforme a Instrução Normativa citada, é a seguinte:

- um servidor da SecexConsenso, atuará como coordenador;
- um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada;
- um representante de cada órgão ou entidade da Administração Pública Federal que tenha solicitado a solução consensual ou que tenha manifestado interesse na solução;
- Mediante análise das circunstâncias e a critério da Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), poderá ser admitida a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia; e

- Poderão, a critério da CSC, serem ouvidos especialistas na matéria.

Nos termos delineados pela resolução consensual dos conflitos concebida pelo TCU, após a fase descrita acima, corridos 90 dias, prorrogáveis por mais 30, a CSC apresentará proposta de solução da controvérsia ou, na impossibilidade, a indicação de arquivamento da solicitação.

A uma primeira abordagem, o rito acima assemelha-se ao de um tribunal arbitral, com a diferença de que, neste, a participação do particular não é um ato discricionário, tal como o é na forma concebida pela Instrução Normativa nº 91/2022<sup>3</sup>.

Todavia, a principal diferença entre o mecanismo de solução concebido pelo TCU, independente do uso das técnicas da mediação, conciliação ou arbitragem, reside no fato da necessidade de o TCU ser provocado, a fim de que possa se manifestar, por meio da CSC, ao passo que, admitido o uso do CRD como um dos instrumentos à disposição da SecexConsenso, a atuação do tribunal dar-se-ia desde o início do empreendimento público.

Em que pese o protagonismo da CSC na condução da proposta de solução da controvérsia, na forma concebida pelo TCU, caso o CRD seja incluído como uma das possibilidades de busca da autocomposição, a atuação do Tribunal seria o de monitoramento da aplicação do mecanismo entre o órgão jurisdicionado e o particular.

Para tanto, sugerem-se as seguintes etapas para a sua implantação:

- admissão do CRD como um dos mecanismos de autocomposição na busca da solução de controvérsias;
- Indicação do porte da obra em que seria indicado o uso do CRD, gravitando em torno daquelas consideradas de grande vulto (acima de R\$ 200 milhões);
- Formalização de um Termo em que o órgão jurisdicionado e o particular se comprometem a enviar cópia dos relatórios periódicos produzidos pelo CRD ao TCU; e
- No mesmo Termo, o Tribunal se disponibiliza a atuar como instância recursal, por meio de uma CSC, e desde que observadas as considerações constantes no Art. 5º da IN 91/2022, caso a decisão do CRD não seja acatada pelas partes.

---

<sup>3</sup> IN nº 91/2022, Art. 7º, § 2º A Segecex poderá, avaliadas as circunstâncias da respectiva SSC, admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia.

A admissão do CRD como um dos mecanismos à disposição da SecexConsenso aponta para expressivos benefícios, desde a forma de atuação das próprias CSCs, até ao atingimento mais célere do interesse público, consubstanciada na conclusão da obra pública em apreço.

Dentre os benefícios, podem ser citados os seguintes:

- as decisões dos CRDs, constantes dos relatórios, formariam uma base de conhecimentos de natureza técnica robusta, uma vez que tomadas por especialistas na temática da controvérsia;
- uniformização de precedentes, a partir das decisões dos CRDs, como subsídio às deliberações das CSCs;
- redução do prazo instrucional no caso de a Solicitação de Solução Consensual (SSC) referir-se a órgão que tenha pactuado com o particular a instalação de um CRD, uma vez que já se dispunha do histórico do empreendimento, por meio dos relatórios; e
- possibilidade de realização de auditorias operacionais em que seriam sopesadas a eficiência contratual em cenários com e sem o uso de CRDs.

A utilização do CRD como instrumento de solução de conflitos irá requerer do Tribunal as seguintes perspectivas:

- postura propositiva, pedagógica, quanto aos benefícios da adoção do CRD pelos jurisdicionados;
- não sancionamento do agente que optar pela não utilização do CRD, ainda que o empreendimento público esteja elegível em termos de porte financeiro (obras de grande vulto).

Por todo o exposto, conclui-se que a adoção do CRD pelo TCU, como uma das ferramentas de busca de solução de controvérsias, preenche, com prevalência sobre os demais mecanismos, o quesito relativo à prevenção de conflitos, uma vez que o CRD — concomitantemente realizado com o monitoramento pelo TCU — atua desde o início do contrato da obra pública, ao passo que as demais alternativas (mediação, conciliação e arbitragem) só seriam impulsionadas após a conflagração do conflito.

## 4 CONCLUSÃO

O CRD é um método alternativo de resolução de controvérsias composto, em sua majoritária conformação, por três integrantes, sendo dois engenheiros especialistas no objeto do contrato e treinados na apreciação de pleitos, e um terceiro, advogado, que preside o Comitê.

O CRD hoje é uma realidade em dezenas de países em todo o mundo e está presente em todos os continentes, estabelecendo-se como uma excelente alternativa para prevenir e solucionar controvérsias em empreendimentos de médio e grande porte. O seu emprego evita, incidentalmente, gastos excessivos com demandas arbitrais/judiciais, emprestando maior celeridade às disputas durante a execução do contrato, mantendo o fluxo de caixa constante e reduzindo as chances de ocorrer alteração no planejamento original da obra.

Os resultados positivos advindos da adoção do mecanismo são inquestionáveis, cabendo elencar, dentre outros, os seguintes benefícios:

- aceitação, pelas partes, de 97,6% das decisões/recomendações proferidas pelos CRDs, sem necessidade de utilizar as vias judicial ou arbitral;
- mais de 90% dos assuntos trazidos à atenção do CRD são solucionados de forma definitiva;
- 58% dos empreendimentos terminaram sem disputas — os CRDs não foram acionados em qualquer momento;
- o tempo médio entre o surgimento do conflito e a manifestação do CRD é de 145 dias; e
- estima-se que o custo do CRD equivale a 0,25% do custo total do empreendimento.

Com a iniciativa do TCU em instituir procedimentos de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, o CRD surge como a alternativa que preenche o espaço referente à prevenção, uma vez que o mecanismo se sobrepõe, de forma segura, aos demais métodos alternativos, como é o caso da mediação, conciliação e arbitragem, em face dessas ferramentas só serem acionadas após a configuração do conflito, ao passo que o CRD atua desde o início do contrato, com reconhecida ação pedagógica e preventiva quanto ao surgimento de pautas controvertidas.

Ademais, incluindo o CRD no seu escopo de atuação, por meio da recém-criada SecexConsenso, o TCU ampliaria seu espectro de contribuição ao manter entregas notáveis à sociedade, mediante a resolutividade de conflitos em obras de engenharia, advindas da ação de monitoramento, por meio dos relatórios produzidos pelos CRDs pactuados entre os órgãos da Administração Pública e terceiros contratados.

A abrangência do TCU preencheria uma lacuna que reclama solução no Brasil, no que se refere ao repositório de toda a experiência a ser gerada em relação à resolução de controvérsias e prevenção de conflitos. A base de dados decorrente do monitoramento dos CRDs pactuados entre as partes, propiciaria a sistematização de precedentes, numa retroalimentação das fontes que irão subsidiar as decisões que serão tomadas pelas CSCs, que é a instância decisória do TCU, nas ocasiões em que este Tribunal for chamado a conduzir uma solução consensual de controvérsias.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 91, de 22 de dezembro de 2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa-TCU%252091%252F2022/%2520/score%2520desc/0>. Acesso em: 11 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, [2023].
- BUCKER, Maurício Brun. **Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil**. 2010. 178 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Engenharia Civil, Departamento de Engenharia de Construção Civil, USP, São Paulo, 2010.
- BUENO, Júlio; FIGUEIREDO, Augusto. *Os dispute boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura*. **Cadernos FGV Projetos: solução de conflitos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, p. 88-97, abr. 2017. Bimensal.
- FARRER, Robert. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? *In*: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) *et al.* **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de dispute boards no brasil**. São Paulo: Pini, 2016. p. 75-84.
- HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. 1088 p.
- JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo. *In*: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) *et al.* **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de dispute boards no brasil**. São Paulo: Pini, 2016. p. 169-192.
- LINHARES, Camila Pereira. Cláusula compromissória escalonada como recomendação para eleição do Comitê de Resolução de Conflitos. *In*: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) *et al.* **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de dispute boards no brasil**. São Paulo: Pini, 2016. p. 59-74.
- MAIA NETO, Francisco. Formas extrajudiciais de solução de disputas. *In*: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) *et al.* **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de dispute boards no brasil**. São Paulo: Pini, 2016. P. 13-32.

MESQUITA, Marcelo A. Botelho de. Adjudicação: Como introduzir o mecanismo nos contratos de obra. *In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) et al. **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no brasil.* São Paulo: Pini, 2016. p. 229-244.

RIBEIRO, Pedro. Execução das decisões dos Comitês de Resolução de Disputas. *In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) et al. **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no brasil.* São Paulo: Pini, 2016. p. 147-168.

ROSA, Luis Otavio. ***Dispute Board* ou *DB***: peritos atuando na prevenção e solução de disputas. São Paulo, 2023. LinkedIn: [linkedin.com/in/luis-otavio-rosa-19429753](https://www.linkedin.com/in/luis-otavio-rosa-19429753). Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/dispute-board-ou-db-peritos-atuando-na-preven%C3%A7%C3%A3o-e-solu%C3%A7%C3%A3o-de/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

SALIBA Jr.; Clémenceau Chiabi; FARRER, Robert. Utilização dos Comitês de Resolução de Disputas – CRDs em obras públicas. *In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) et al. **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no brasil.* São Paulo: Pini, 2016. p. 135-146.

TRINDADE, Bernardo Ramos *et al.* Conhecimento e aplicabilidade do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em obras de médio e grande portes. *In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) et al. **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no brasil.* São Paulo: Pini, 2016. p. 33-58.

TRINDADE, Bernardo Ramos; RUGGIO, Rodrigo. O CRD em obras privadas como ferramenta para a solução dos conflitos e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.) et al. **CRD Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no brasil.* São Paulo: Pini, 2016. p. 101-134.



PRÊMIO  
MINISTRO GUILHERME PALMEIRA

2023

2º LUGAR  
SOCIEDADE CIVIL

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
CONSENSUAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL  
DE CONTAS DA UNIÃO (TCU): A  
INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 91/2022  
E AS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE  
CONTROVÉRSIAS NO CONTEXTO DO  
CONTROLE EXTERNO

---

PAMELA DOURADO KLETLINGER ROSA



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



PAMELA DOURADO KLETLINGER ROSA

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE  
CONTAS DA UNIÃO (TCU): A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 91/2022 E AS  
SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONTROVÉRSIAS NO CONTEXTO DO  
CONTROLE EXTERNO**

2023

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a adoção, sob a perspectiva da administração consensual, da Instrução Normativa nº 91/2022 como um dos mecanismos de solução consensual de controvérsias implementado pelo Tribunal de Contas da União. Adotou-se o método dedutivo, (i) investigando o fenômeno da administração dialógica, (ii) verificando sua adequação com o ordenamento pátrio, bem como (iii) analisando a adequação do Tribunal de Contas da União como facilitador de sua implementação, (ii) ponderando, em arremate, se a Instrução Normativa nº 91/2022 cumpre a função consensual. Utilizou-se uma abordagem qualitativa no uso dos meios bibliográfico e fenomenológico a partir da pesquisa empírica, com metodologia de estudo de caso. A hipótese geral do trabalho é que a medida inaugurada pela Corte de Contas aproximaria a Administração Pública do particular e representaria uma mudança de paradigma no Direito Administrativo pátrio, sendo confirmada na conclusão do trabalho, que pondera pela obrigatoriedade da participação dos particulares na Comissão de Solução Consensual (CSC).

**Palavras-chave:** Administração Pública Consensual; Mecanismos Consensuais. Tribunal de Contas da União; Instrução Normativa nº 91/2022.

## ABSTRACT

The present work has the general objective of analyzing the adoption, from the perspective of consensual administration, of Normative Instruction nº 91/2022 as one of the mechanisms of consensual dispute resolution implemented by the “Tribunal de Contas da União”. The deductive method was adopted, (i) investigating the phenomenon of dialogical administration, (ii) verifying its adequacy with the national order, as well as (iii) analyzing the adequacy of the “Tribunal de Contas da União” as a facilitator of its implementation, (ii) investigating, in conclusion, whether the Normative Instruction nº. 91/2022 fulfills the consensual function. A qualitative approach was used in the use of bibliographic and phenomenological means based on empirical research, with a case study methodology. The general hypothesis of the work is that the measure inaugurated by the Court of Accounts would bring the Public Administration closer to the individual and would represent a paradigm shift in the Administrative Law, being confirmed in the conclusion of the work, which considers the mandatory participation of individuals in the “Comissão de Solução Consensual (CSC)”.

**Keywords:** Consensual Public Administration; Consensus Mechanisms; Federal Court of Auditors; Normative Instruction nº 91/2022.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
CSC	Comissão de Solução Consensual
CVM	Comissão de Valores Imobiliários
ENPF	Encontro Nacional das Procuradorias Fiscais
IN	Instrução Normativa
INTCU	Instrução Normativa TCU
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
PPI	Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. A CONSENSUALIDADE COMO UM NOVO PARADIGMA DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 O FENÔMENO DA CONSENSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>9</b>
<b>2.2 COMPATIBILIZAÇÃO DA NOVA TENDÊNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>13</b>
2.2.1 Adequação da consensualidade com os princípios do Direito Administrativo .....	21
<b>3. MECANISMOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS APLICADOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU).....</b>	<b>28</b>
<b>3.1 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E SEU PAPEL DE FACILITADOR NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSENSUALIDADE.....</b>	<b>28</b>
<b>3.2 INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 91/2022 E A SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL E PREVENÇÃO DE CONFLITOS (SECSEXCONSENSO).....</b>	<b>32</b>
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>366</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>388</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A crescente evolução das práticas administrativas no cenário contemporâneo tem impulsionado a Administração Pública a adotar abordagens mais flexíveis e participativas, alinhadas aos princípios de eficiência, transparência e governança. Nesse contexto, insere-se a Administração Pública Consensual, uma tendência dentro do Direito Administrativo que busca aproximar o Poder Público do particular.

O Tribunal de Contas da União (TCU), como órgão central de controle externo no Brasil, vem buscando se adaptar a essa dinâmica ao promover a aplicação de soluções consensuais para controvérsias que envolvem a Administração Pública. Insere-se, nesse sentido, a Instrução Normativa TCU (INTCU) nº 91/2022, que representa um marco significativo nesse processo, ao estabelecer procedimentos para a solução consensual de controvérsias relevantes e a prevenção de conflitos.

O presente trabalho, utilizando o método dedutivo, analisará a adoção, sob a perspectiva da administração consensual, da INTCU nº 91/2022 como um dos mecanismos de solução consensual de controvérsias implementado pelo TCU, utilizando a abordagem qualitativa no uso dos meios bibliográfico e fenomenológico a partir da pesquisa empírica, adotando como metodologia o estudo de caso.

Estabeleceu-se como objetivos específicos: (i) analisar o fenômeno da administração dialógica, (ii) verificar sua adequação com o ordenamento pátrio, bem como (iii) investigar a adequação do Tribunal de Contas da União como facilitador de sua implementação, (ii) ponderando, em arremate, se a INTCU nº 91/2022 cumpre a função consensual.

## 2. A CONSENSUALIDADE COMO UM NOVO PARADIGMA DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1 O fenômeno da consensualização do Direito Administrativo

O Direito Administrativo nasce como um ramo jurídico destinado a regular as atividades da Administração Pública, com o intuito de submeter, também, o Poder Público à ordem jurídica (Faria, 2022, p.192), sendo natural que sua evolução no contexto democrático implique a substituição dos mecanismos de imposição unilateral – tradicionalmente ditos de “império” – por mecanismos de consenso (Almeida, 2012, p. 337).

Em sua abordagem clássica, o Direito Administrativo possui feições autoritárias, sintetizadas na noção clássica de ato administrativo como manifestação unilateral e impositiva de vontade do Estado (Curado, 2021, p. 147). No entanto, como consequência da democratização ocorrida no século XX e XXI, promoveu-se uma mudança de paradigma da atuação estatal, deixando de ser autoritária, unilateral e impositiva, para estar aberta à possibilidade de consenso, ampliando as bases de legitimação das iniciativas estatais para incluir o cidadão no processo decisório (Curado, 2021, p. 147).

[...] o ato administrativo, que representa a vontade unilateral da Administração, perde seu papel de protagonista para o processo e os negócios jurídicos, que viabilizam a participação do destinatário na formação da vontade estatal, o que garante maior legitimidade e eficiência à atuação administrativa (Oliveira, 2019, p. 17)<sup>1</sup>

Nessa esteira, o fenômeno da consensualização do Direito Administrativo, portanto, pode ser descrito como um movimento no qual:

[...] a Administração pública, empresas, e organizações não-governamentais e cidadãos natural e mutuamente **cedem** sobre pontos relativos ao objeto em discussão, favorecendo a obtenção de um **equilíbrio de interesses originalmente contrapostos**, os quais permaneceriam contrapostos se não fossem pela ocorrência de trocas e concessões entre as partes (Oliveira, 2005, p. 3).

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª Edição. São Paulo: Método, 2019.

Pretere-se, nesse modelo, uma relação mais horizontalizada com os parceiros privados, afastando-se da antiga tendência de verticalização, uma vez que,

[...] em um cenário em que vigora a necessidade da realização de **parceria**, não há como sustentar uma relação de total subordinação entre a Administração e as entidades parceiras [...] (Faria, 2022, p. 192),

desenvolvendo, a fim de atender a essa demanda, um arcabouço de “teorias e institutos jurídicos destinados a viabilizarem o consenso no planejamento e na execução das funções administrativas” (Faria, 2022, p. 192). Forma-se, nesse sentido, um:

*Estado contratual*, em que a crescente utilização de instrumentos negociais firmados entre o Estado e as organizações privadas (...) como modo de atingir os fins públicos, passa a prevalecer sobre as antigas práticas que privilegiavam a noção de autoridade e da imposição unilateral das decisões tomadas pelo Estado (Oliveira, 2005, p. 3).

Diante do plexo de funções que são imputadas à Administração Pública, regidas notadamente pela exigência do cumprimento dessas atividades de acordo com o modo democrático e o respeito à ordem jurídica vigente, a adoção de meios consensuais de solução de conflito se mostra não só como um meio viável, mas também necessário para o cumprimento de todas as incumbências que cabem ao Poder Público (Faria, 2022, p. 196).

A nova estruturação administrativa é voltada ao diálogo,

[...] viabilizando, além da participação do administrado, a mais adequada ponderação dos interesses envolvidos, reduzindo o recurso ao Judiciário e facilitando a implementação das decisões (2012, p. 464)<sup>2</sup>.

As partes estabelecem de comum acordo os termos da constituição, modificação ou extinção de determinada relação jurídica, em relação à qual a Administração tradicionalmente poderia interferir unilateralmente por meio de suas prerrogativas, não excluindo a possibilidade de acordo, uma vez que “está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão” (Almeida, 2012, p. 302)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In*: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 464. ISBN 97885224667938.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012, 405 p. ISBN 8576746174, 9788576746171.



Nota-se, nesse processo, o soerguimento do processo administrativo em detrimento do instituto do ato administrativo, marcado pelo unilateralismo, uma vez que a processualização das ações do Estado é o resultado da democratização das instituições estatais e da incorporação das preferências individuais no processo de tomada de decisão, culminando na edição de um ato administrativo mais participativo, que será a materialização da decisão tomada no procedimento.

[...] em linhas gerais, a consensualidade como instrumento de atuação da Administração Pública, em uma compreensão ampla desse modelo de gestão, é abordada em duas grandes vertentes. A primeira delas consiste na participação do administrativo na formação da vontade administrativa – participação esta que se materializa em meio à processualização da atividade administrativa e, sobretudo, por mecanismos de oitiva dos cidadãos na formulação de regras e na definição de políticas públicas, sem prejuízo de outros assuntos [...]. A segunda vertente de abordagem da administração consensual, considerada por muitos como a verdadeira acepção desse modelo de gestão, vale dizer, como a administração consensual propriamente dita, repousada na gestão por acordos [...] em substituição à prática de atos administrativos unilaterais e impositivos (Centeno, 2018, p. 10-11).

Em vista disso, a nova democracia resultante desse processo se caracteriza pela legitimação imediata, sem intermediação política ou com um mínimo indispensável de atuação dos órgãos legislativos, contemporânea à administração, bem como pela criação de uma nova categoria de fontes normativas de aplicação administrativa, sendo o procedimento a nova dinâmica de legitimação democrática imediata à ação administrativa (Moreira Neto, 2003, p. 136).

Os atos administrativos consensuais, desse modo, inauguram uma forma alternativa de desempenho da atividade administrativa, fundada na ideia de que a vontade dos particulares deve contribuir diretamente para formação da decisão administrativa, de forma a estabelecer os termos dessa relação jurídica (Faria, 2022, p. 202), contribuindo para que a identificação do interesse público seja mais legítima e eficiente. A Administração Pública, em atenção a esse novo cenário, deve realizar todos os atos que estiverem ao seu alcance para fazer com que a “a tutela do interesse público passe a ser compartilhada com a sociedade, sua real titular” (Faria, 2022, p. 204).

O fenômeno se coaduna com o texto constitucional promulgado em 1988, o qual definiu o Brasil como um Estado Democrático de Direito, atraindo, desta feita, a noção de existência de um espaço público aberto ao diálogo livre e construtivo entre governantes e governados. A livre comunicação permitiria a construção de novos significados normativos, por meio de processo dialógicos, em que a esfera de atuação

do Poder Público estará permanentemente imbricada com a sociedade civil (Maia, 2014, p. 70).

Ressalte-se, nesse sentido, que a legitimidade da Administração Pública em um Estado Democrático de Direito está intrinsecamente ligada à presença de um processo democrático de comunicação política (Leal, 2006). Esse processo estabelece um espaço contínuo para a construção de entendimentos racionais sobre os objetivos sociais e governamentais, por meio da criação de mecanismos e instrumentos de cogestão, proporcionando mecanismos que garantem a visibilidade, compreensão e debate das questões comunitárias relevantes, bem como permitindo que essas questões evoluam para a esfera das políticas públicas que concretizam as demandas que representam (Maia, 2014, p. 76).

A administração consensual, portanto, demonstra um realinhamento do Direito Administrativo a um discurso efetivamente democrático, moderno e apto a compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Magna Carta, buscando impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um efetivo diálogo como todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal (Maia, 2014, p. 77).

Pondera Odete Medauar<sup>4</sup>, nesse sentido:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

A consensualização, portanto, do ponto de vista teórico, consiste em evolução da concepção de um Direito Administrativo puramente adversarial no exercício da autoridade administrativa, para um modelo mais flexível, eficiente e democrático (Sundfeld, 2022, p. 83). Ressalta-se, em arremate, que não se pretende substituir

---

<sup>4</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: *Quartier Latin*, 2007.

completamente as formas tradicionais da ação imperativa do Estado, mas contribuir para que haja uma redução eficiente dos conflitos, até mesmo dos arbítrios, na atuação da Administração Pública.

## 2.2 Compatibilização da nova tendência com o ordenamento jurídico brasileiro

O novo paradigma incorpora a tendência inaugurada pela Constituição Federal de 1988, a qual transformou o conceito de participação popular nas escolhas democráticas, antes limitadas à escolha dos representantes por meio das eleições, para privilegiar uma atuação ativa na forma de **como** se governa (Faria, 2022, p. 202).

Não bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa (Moreira Neto, 2011, p. 142).

Segundo a doutrina de Carlos Ari Sundfeld (2022), no ordenamento jurídico pátrio, a consensualidade sempre esteve presente no exercício da autoridade administrativa, possuindo com um dos seus primeiros exemplos a desapropriação administrativa, regulada pelo Decreto-Lei nº 3.365/1964. No entanto, antes da promulgação da Constituição Federal (CF), durante a década de 1980, a mencionada abordagem não possuía o *status* de normalidade gozado por outras correntes, como a regulação.

A realidade de invisibilização passou a mudar com a introdução de mecanismos consensuais pela legislação ambiental, como a Lei nº 6.938/1981, e, principalmente, com a promulgação da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a LACP, a qual disciplina ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Sundfeld, 2022, p. 83). O último normativo passou a admitir a utilização de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a entidade pública e partes interessadas como uma alternativa à instauração de processos judiciais (Sundfeld, 2022).

Na década seguinte, o rol dos setores regulados cuja disciplina contemplava a consensualidade foi ampliado, tendo sido criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Comissão de Valores Imobiliários (CVM), e, posteriormente, a

Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Os meios consensuais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública somente passaram a constar formalmente nas normas pátrias na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a qual instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

[...]

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato [...] (Brasil, 2004).

O teor da disposição acima reproduzida foi novamente reproduzido de forma quase integral em outros diplomas legais que passaram a integrar, posteriormente, o ordenamento jurídico. Ocorre que, somente com o acréscimo do art. 23-A à Lei nº 8.987/1995 – Lei de Concessões –, efetuado mediante a Lei nº 11.196/2005, foi possível utilizar tais mecanismos nos contratos de concessão e permissão de serviço público para controvérsias que eventualmente surgissem em relação a esses termos.

Em seguida, com a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, a qual alterou a Lei nº 9.307/1996 – Lei da Arbitragem –, a Administração Pública direta e indireta passou a poder utilizar a arbitragem para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, tendo o mencionado normativo introduzido outros preceitos para a arbitragem que eventualmente envolvesse o Poder Público.

Nessa esteira, foi editada a Lei nº 13.140 – Lei da Mediação –, de 26 de junho de 2015, a qual, entre outras disposições, tratou da autocomposição como meio de resolução de conflito pela Administração Pública em litígios que essa participe como interessada, buscando não apenas guiar as partes a um acordo, mas dirimir conflitos por meio da: (i) resolução administrativa de conflitos; (ii) mediação; (iii) mediação coletiva de conflitos relacionados com a prestação de serviços públicos; (iv) transação por adesão; e (v) da composição extrajudicial de conflitos.

A escolha do legislador em priorizar composições consensuais foi reafirmada dentro do ordenamento jurídico pátrio pelo Código de Processo Civil de 2015, que

trata a consensualidade como via **prioritária** na resolução de conflitos (Neves, Pereira Filho, 2017, p. 6), ao estabelecer em seu art. 3º, §2º, que

O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual os conflitos, devendo esse método de resolução de disputas ser estimulado por juízes, advogados e membros do Ministério Público (Di Pietro, 2022, p. 1065).

Saliente-se, nesse esteio, que as normas do referido diploma são aplicáveis ao processo administrativo por força do seguinte dispositivo:

[...]

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente [...] (Brasil, 2015)

Em adição às normas acima elencadas, foi editado o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, o qual dispõe sobre a arbitragem para dirimir conflitos que envolvam a administração pública federal nos setores portuários, bem como no de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, revogando, por fim, o Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

Por sua vez, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1948, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.376/2010, contempla uma permissão genérica de celebração de compromissos a fim de “**eliminar** irregularidades, incerteza jurídica ou **situação contenciosa na aplicação do direito público**, inclusive no caso de expedição de licença”, com o dever de se fazerem presentes requisitos de “relevante interesse geral” (Brasil, 2023, grifo próprio), conforme dispõe alteração incluída pela Lei nº 13.655, de 2018.

[...]

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; [...] (Brasil, 2023).

Nesse sentido, a contribuição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi a tentativa de estabelecer, seguindo as tendências consolidadas

no campo teórico e as experiências setoriais, uma disciplina legal mínima e comum a respeito da consensualidade que independesse do setor econômico regulado (Sundfeld, 2022, p. 85).

Desta feita, a elaboração do art. 26, *caput*, do referido diploma define uma autorização geral quanto à celebração de compromissos administrativos, a serem avaliadas diante da ótica do interesse geral. Ademais, define que o mencionado empenho deverá ser equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais em uma tentativa de reforçar o dever de proporcionalidade, evitando que esse preveja desoneração de dever ou condicionamento de direitos conhecidos por orientação geral, de forma a impedir que esse afete a eficácia das normas gerais, de forma a não criar um regime jurídico à margem da lei (Sundfeld, 2022, p. 86).

Ademais, o normativo seguiu a tendência de outras leis que estabeleceram a possibilidade de decisões administrativas sensíveis ao prever a necessidade de realização de oitiva do órgão jurídico e, quando se mostrasse necessário, a realização de audiência pública, conectando o processo de tomada de decisão à participação social (Sundfeld, 2022, p. 86). Por último, o dispositivo estabelece que os efeitos do compromisso somente se concretizarão após sua publicação oficial, refletindo o compromisso firme com o princípio da transparência.

Ressalta-se que a legislação anterior à LINDB, permitia em algumas situações específicas o que a doutrina denomina “acordo substitutivo”, conforme se abstrai do *leading case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, que o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.<sup>5</sup>

Cita-se, nessa esteira, ainda a Resolução CNJ nº 125/2010, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, buscou assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

---

<sup>5</sup> STF - RE: 253885 MG, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 4/6/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796).

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

[...]

Art. 6º Para o desenvolvimento da rede referida no art. 5º desta Resolução, caberá ao Conselho Nacional de Justiça:

[...]

III - providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

A influência da administração consensual na elaboração de normativos não se limitou a estabelecer genericamente a possibilidade de celebração de acordos, mas passou a prever também mecanismos de composição de conflito dentro das normas que disciplinam os contratos administrativos, demonstrando a incorporação da Administração Consensual no modo de administrar e regular sua relação com os particulares.

O contrato administrativo é regulado por normas de direito público e fundamenta-se, essencialmente, nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, haja vista que sua existência tem como escopo possibilitar um empreendimento que alcance toda a coletividade (Ribeiro; Rodrigues, 2015, p. 150). Submetem-se, portanto, à sistemática administrativa nacional, devendo esses serem formulados em observância aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem toda atividade da Administração Pública. É lícito ao Estado, nesse sentido, ditar o conteúdo da relação, assim como modificar, em nome do interesse público, as condições a princípio pactuadas (Neto, 2008, *apud* Ribeiro; Rodrigues, 2015, p. 150)

A legislação brasileira para contratos administrativos se apresenta favorável à utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, conforme se extrai das disposições contidas no art. 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993<sup>6</sup>, a qual permite

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

que sejam adotadas cláusulas contendo meios alternativos à jurisdição estatal desde que exigidos pela instituição responsável pelo financiamento do projeto como condição para sua aprovação:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (BRASIL, 1993 *apud* Ribeiro; Rodrigues, 2015, p. 151)

A Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto constitucionalmente, prevê autorização para que a Administração Pública celebre contratos de concessão de serviços que prevejam cláusulas de mecanismos privados para a resolução de disputas, dentre eles o *dispute board*.

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Brasil, 1995).

Ressalte-se, nesse sentido, que, para além das medidas tomadas dentro do controle externo realizado pelo (TCU) para aderir à tendência da *Adequate or Alternative Dispute Resolution*, a Administração Pública tem incorporado o mecanismo *dispute board* nos contratos de concessão, a fim de dirimir conflitos técnicos antes do surgimento de uma lide propriamente dita, estando esse movimento apoiado pela legislação nacional.



O *dispute board*, como método extrajudicial de resolução de conflitos, consiste em um comitê imparcial e independente, composto por consultores especialistas que possuam experiência técnica e contratual necessária para acompanhar as partes na resolução de disputas que possam surgir durante a execução do projeto, mediante a emissão de recomendações ou decisões vinculantes para as partes sobre uma determinada controvérsia

Em âmbito municipal, a Lei nº 16.873/2018, do município de São Paulo, reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo, tendo o diploma sido regulamentado posteriormente pelo Decreto nº 60.067, de fevereiro de 2021. O supramencionado normativo prevê que o comitê poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado:

[...] O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os incisos deste artigo, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado:

I - ao Comitê por Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio;

II - ao Comitê por Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio; e

III - o Comitê Híbrido poderá tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.

Parágrafo único. As decisões emitidas pelos Comitês com poderes de adjudicação poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes (São Paulo, 2018).

Encontra-se em trâmite, em âmbito nacional, o Projeto de Lei nº 9.883/18, da Câmara dos Deputados, que dispõe do uso dos *disputes boards* em contratos administrativos em nível nacional, e o Projeto de Lei nº 206/18, do Senado Federal, que regulamenta a instalação de *dispute boards* em contratos administrativos continuados celebrados pela União, que demonstra a tendência legislativa de incorporação do instituto, a fim de conferir mais segurança jurídica às contratações públicas.

Ademais, o Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI) submeteu, em novembro de 2019, minuta de resolução à consulta

pública em que aprovava cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do PPI, prevendo, dentre as várias práticas de gestão, o uso de *dispute board* nos contratos de concessão<sup>7</sup>.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 –, diante da ausência de uma regulamentação mais específica em âmbito nacional, previu:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser editados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

[...] (Brasil, 2021).

Vale mencionar, ainda, a criação dos enunciados durante a I e a II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, que previram:

Enunciado 80. A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

Enunciados 131: As decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputa (Dispute Boards) que sejam vinculantes têm natureza contratual e refletem a vontade das partes que optaram por essa forma de resolução de conflitos, pelo que devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem

---

<sup>7</sup> “Art. 3º Recomendar que os contratos de parceria de empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI em que haja realização de obra ou complexidade na contabilização de ativos, indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros admitam, além dos mecanismos previstos no art. 2º, o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências (dispute board), mediante adoção da cláusula modelo, ou redação semelhante, prevista no Anexo II a esta Resolução”. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5696871/mod\\_folder/content/0/resolucaooppi.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5696871/mod_folder/content/0/resolucaooppi.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 20 abr. 2023.

prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral.

Enunciado 137: Na utilização do comitê de resolução de disputas (Dispute Board) como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias relativas aos contratos administrativos (art. 151 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), deverá ser utilizada, preferencialmente, a modalidade combinada, na qual o comitê pode emitir recomendações e decisões.

Percebe-se, desta feita, que o ordenamento jurídico brasileiro tem incorporado em suas normas gerais e específicas a previsão de mecanismos de prevenção e resolução de controvérsias, priorizando a abordagem consensual para o manejo dos conflitos que possam vir a surgir em relações entre a Administração Pública e os particulares.

### 2.2.1 Adequação da consensualidade com os princípios do Direito Administrativo

Nos acordos administrativos celebrados dentro das margens de discricionariedade do administrador público, não há autorização normativa expressa permitindo o acordo, mas a legislação tampouco veda que ele seja realizado ou impõe que a decisão administrativa se dê exclusivamente através de ato unilateral. Nessa hipótese, o legislador deixa aberta uma margem de discricionariedade para o administrador escolher de que forma irá formalizar a manifestar a vontade da Administração – se por meio de ato unilateral ou por meio de contrato alternativo.

É cediço, nessa esteira, que o princípio da legalidade voltado para a Administração Pública é mais restrito do que quando voltado ao particular, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, consoante ao que dispõe o art. 5º, inciso II, da CF, enquanto àquela se aplicaria a vinculação positiva do administrador à lei. Pode-se afirmar, nesse sentido, que, desde o advento do Estado de Direito, vige a ideia de que a legalidade consistiria numa forma de legitimação do regramento das relações sociais por meio do direito, tendo em vista que as leis representariam instrumentos de manifestação da vontade do poder soberano e se destinariam à disciplina das instituições (Almeida; Falcão; Guerra, 2013, p. 26)

No entanto, o mencionado princípio não pode ser um meio de engessar a atuação estatal (Curado, 2021, p. 72). Conforme observa Odete Medauar (2003, p. 145), a submissão total da administração à lei é impossível e provavelmente nunca ocorreu completamente. Entende-se, nesse sentido, que não são raras as vezes em que o vínculo de legalidade se restringe à atribuição de competência, como atribuição

de poder, sem indicar o modo de exercício e finalidades pretendidas, ou que o legislador faz uso de expressões de conteúdo de difícil determinação, criando situações em que a lei acaba por não nortear a administração, criando uma zona de liberdade administrativa refletida na discricionariedade do governo (Almeida; Falcão; Guerra, 2013, p. 28).

Impende salientar, nesse contexto, que a noção clássica do princípio da legalidade como vinculação positiva ao administrador à lei foi melhor interpretada pela doutrina contemporânea como princípio da juridicidade, passando a incluir a vinculação do administrado diretamente ao texto constitucional, ainda que não haja regulamentação legal exaustiva (Curado, 2021, p. 72).

Caminha-se, assim, para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas da vinculação da administração ao direito, estendido este como um sistema constitucional aberto sempre responsivo às mutações que se processam incessantemente no meio social e aos valores supranacionais, e que tem papel dominante, e não apenas por ser o fundamento de validade de todo o sistema, mas em razão da aplicabilidade imediata de todas as suas normas. O princípio da legalidade ganha, nesse sentido, a conotação do princípio da juridicidade (Almeida; Falcão; Guerra, 2013, p. 32.).

A única vinculação, nesse sentido, seria em relação à finalidade da norma legal que lhe atribui essa competência discricionária. Há, dessa forma, uma possibilidade de escolha pela via concertada – o que deverá ser feito com especial observância aos princípios da motivação e da publicidade – na medida em que esse instrumento constituir forma adequada para o atendimento do interesse público especificamente previsto para ser atendido naquela situação.

Nessa senda, o doutrinador Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 491) identifica quatro espécies de contratos alternativos possíveis de serem firmados passíveis de serem firmados pela Administração Pública: (i) contrato administrativo alternativo celebrado com fundamento em cláusula setorial autorizativa; (ii) contrato administrativo alternativo celebrado dentro das margens de discricionariedade do administrador público; (iii) contrato administrativo alternativo de acertamento; e (iv) contrato administrativo alternativo especificado por lei.

Nos acordos administrativos celebrados dentro das margens de discricionariedade do administrador público, não há autorização normativa expressa permitindo o acordo, mas a legislação tampouco veda que ele seja realizado ou impõe que a decisão administrativa se dê exclusivamente através de ato unilateral. Nessa

hipótese, o legislador deixa aberta uma margem de discricionariedade para o administrador escolher de que forma irá formalizar a manifestar a vontade da Administração – se através de ato unilateral ou se através de contrato alternativo.

Ainda acerca dos contratos administrativos alternativos firmados no exercício de poder discricionário de agente, o autor (Batista Júnior, 2007, p. 491) destaca três requisitos para a sua validade:

- (1) Devem estar presentes, no caso concreto, todos os pressupostos jurídicos que legitimam o exercício da discricionariedade administrativa de modo geral;
- (2) A finalidade de ser atendida através do acordo deve ser aquela mesma que seria obtida casos se optasse pela via unilateral;
- (3) Os efeitos programados da transação não devem escapar ao tipo mínimo que teria de se conformar o ato unilateral passível de ser editado com essa idêntica situação e com o mesmo objeto (Batista Júnior, 2007, p. 491)

Conforme aponta Floriano de Azevedo Marques Neto (2012, p. 430), a superação do paradigma autoritário baseia-se na constatação da incapacidade da esfera pública em corresponder com eficiência a todas as tarefas que lhe são atribuídas pela legislação, de modo que o Estado, ao reconhecer suas limitações, promoveria parcerias com outros setores da sociedade, repassando a essas entidades a incumbência material de concretização do interesse público, implicando em um direto redimensionamento da clássica separação entre esfera pública e esfera privada, possibilitando uma atuação mútua em prol da coletividade (Faria, 2022, p. 206).

Depreende-se, dessa forma que o fenômeno da consensualização busca como fundamento o próprio princípio da eficiência administrativa, constante no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Nesse esteio, uma das consequências positivas da consensualização dos acordos administrativos reside na criação de soluções mais eficientes aos problemas postos para a Administração mediante a aceitação de obrigações e concessões recíprocas entre as partes contratantes<sup>8</sup>. Cita-se, dentre elas:

Atualmente, é possível identificar: (i) uma mudança no âmbito de detalhamento e definição dos contratos administrativos, antes moldados quase que inteiramente pela legislação em abstrato e agora cada vez mais construídos em conjunto com os particulares em cada caso específico; (ii)

---

<sup>8</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 242.

utilização, com frequência cada vez maior, de contratos atípicos, fruto da multiplicação de objetos pactuados; (iii) estabelecimento constante de cláusulas de remuneração por desempenho; (iv) maior flexibilidade na alocação de riscos, que não apenas passa a ser feita de modo mais individualizado conforme cada objeto contratado, mas também é delimitada de acordo com matrizes objetivas construídas em conjunto pelo particular e pela Administração, o que acaba por gerar transformações também no regime de responsabilização e de reequilíbrio econômico-financeiro; (v) aumento da utilização de contratos de cooperação<sup>9</sup>.

Leciona, nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão<sup>10</sup>:

O princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF) não legitima a aplicação cega das regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender os da política pública, além das suas capacidades de resolver os males que esta pretende combater.

A utilização de métodos consensuais dentro do novo paradigma administrativo se figura como um modo alternativo de atendimento ao interesse público envolvido nas disputas, vez que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo (Moreira Neto, 2008). Nessa esteira, esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 16) que:

[...] em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de **negociar o interesse público**, mas, sim, de **negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência**.

Depreende-se, nesse sentido, que os interesses individuais juridicamente tutelados no ordenamento também compõem o interesse público, ficando claro no cenário administrativo atual que esse não é mais passível de ser aferido como uma unicidade, havendo diversos interesses públicos heterogêneos e conflitantes entre si. Desta feita, diante dessa pluralidade, a sociedade civil é chamada a compartilhar com a Administração Pública a tarefa de garantir a concretização de tais objetivos (Faria, 2022, p. 238). Nessa perspectiva, José Manuel Rodríguez Muñoz<sup>11</sup> sustenta:

---

<sup>9</sup> MARQUES NETO, 2012.

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 78, abr./jun. 2003.

<sup>11</sup> Cf. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública em Extremadura” de esta revista. **Revista de Derecho de Extremadura**, Cáceres, n. 6, p. 557-565, set./dic. 2009, p. 561.

[...] “o interesse público consiste em apoiar o desenvolvimento de certas atividades que os particulares empreendem em seu próprio interesse (mediante subvenções, créditos e outras medidas de fomento)” [...] “[...] ou em colaborar com a iniciativa privada para fins de interesse comum (mediante convênios e parcerias, para dar outro exemplo)” (2009, p. 661 *apud* Hachem, 2011, p. 102).

Cita-se, nesse sentido, as lições de Hely Lopes Meirelles, que prevê que “nada impede que o interesse público coincida com o interesse privado, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos de direito público, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com a finalidade da administração”<sup>12</sup>.

Entende-se, nessa senda, segundo a teoria de Renato Alessi, que “o interesse público não é nada mais que o interesse coletivo primário”, devendo ser objeto da direta tutela da ação administrativa (Faria, 2022, p. 239). Há, portanto, uma diferenciação entre o interesse público a ser tutelado pela Administração Pública e interesse próprio e individual do Estado enquanto pessoa jurídica, cunhado então como interesse secundário.

Os interesses próprios da máquina estatal “só poderão ser perseguidos pela Administração Pública nas hipóteses em que coincidirem com o interesse primário, que representa o interesse público, da coletividade”<sup>13</sup>. Considerando essas lições, depreende-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode, por si só, ser encarado como barreira para a realização de acordos pela Administração Pública (Faria, 2022, p. 241), visto que:

- (i) Não há, *a priori*, uma diferença estabelecida de conteúdo e finalidade dos acordos e dos atos administrativos unilaterais, tratando-se, isso sim, de uma diferença procedimental, de meios para a realização de determinado fim;
- (ii) Os acordos tendem a ser mais eficientes, visto que há uma diminuição da probabilidade de descumprimento de seus termos por parte do particular envolvido na avença do que em relação a decisões administrativas tomadas unilateralmente;
- (iii) Os acordos administrativos são fruto da valorização de direitos e valores consagrados constitucionalmente, como o devido processo legal e a

---

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 58 *apud* FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 239.

<sup>13</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 310.

proporcionalidade das decisões da Administração Pública, que representam, junto de outras disposições, o conteúdo de interesse público.<sup>14</sup>

O Enunciado nº do VII Encontro Nacional das Procuradorias Fiscais (ENPF) de 2019, ao tratar do tema da indisponibilidade do interesse público, esclareceu (Curado, 2021, p. 75):

Mesmo em casos em que a atuação do particular não se apresente revestida de regularidade ou legitimidade, é possível ao Poder Público optar pela solução acordada do conflito quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem que a consensualidade, em detrimento das atuações imperativas, ostente potencial para atingir de maneira mais eficiente os fins públicos almejados com o agir administrativo, melhor atendendo a realização dos interesses sociais que, direta ou indiretamente, permeiam a situação<sup>15</sup>.

A doutrinadora Odete Medauar<sup>16</sup> destaca que alegar a indisponibilidade como uma barreira às práticas consensuais da Administração Pública representaria “uma negação da realidade”, haja vista que o fato de serem realizadas diversas práticas consensuais na atividade administrativa, como acordos, negociação, conciliação, mediação, arbitragem, e até mesmo na esfera sancionadora, como o termo de ajustamento de conduta ou o compromisso de cessação, é visto como um indicativo de que inexistente no Direito Administrativo brasileiro uma demanda pela total indisponibilidade do interesse público, conforme sua acepção clássica.

Dispõe, nessa senda, o autor Marco A. Rodrigues<sup>17</sup>:

No entanto, a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial. Os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo. [...] Dessa forma, pode-se afirmar que a indisponibilidade do interesse público não configura óbice à utilização de meios consensuais à solução de controvérsias ou à arbitragem. Ao contrário, tais mecanismos podem promover uma tutela mais adequada ao interesse público em jogo. [...] Pode-se afirmar, portanto, que a consensualidade na atividade administrativa é uma realidade no Estado contemporâneo, e atua como vetor na busca de maior eficiência do Poder Público, evitando, inclusive, posteriores questionamentos perante o Poder Judiciário.

---

<sup>14</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Consenso e legalidade**: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=485>. Acesso em: 28 jun. 2023 *apud* FARIA, Luzardo. O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 243.

<sup>15</sup> CENTENO, Murilo Francisco. **Câmaras de prevenção e solução consensual de conflitos e administrações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 24 e 27-28.

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>17</sup> RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. 2ª Edição; São Paulo: Atlas, 2016, pp. 375-377.



Nessa esteira, entende-se que

O Direito Administrativo contemporâneo reclama, realmente, uma releitura de seus institutos à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito (Faria, 2022, p. 243),

requerendo, desse modo, a readequação e releitura de seus institutos clássicos. Não significa, no entanto, um completo abandono de toda base do regime jurídico-administrativo tradicional, mas uma tentativa de tentar

compreender o fenômeno jurídico e as instituições políticas de acordo com a realidade hodierna e os anseios sociais atuais, sem que para isso seja necessário rejeitar as conquistas do passado por observá-las com as lentes do presente<sup>18</sup>.

Conclui-se, desse modo, que a consensualidade, “ao permitir à Administração a consideração de um maior número de interesses públicos em abstrato para definir qual é o interesse público em específico a preponderar naquele caso concreto”, gera um aumento da aceitabilidade dessas decisões pelos agentes privados envolvidos nos processos administrativos decisórios, visto que os destinatários delas terão sido responsáveis, ainda que parcialmente, pela sua formação.

A persecução coordenada de decisões de diferentes interesses públicos atrai a necessidade de decisões administrativas programáticas, o que realça, por sua vez, a importância do papel do procedimento administrativo enquanto instrumento de composição de interesses antagônicos.

---

<sup>18</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo**: uma crítica da crítica. In: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 196 *apud* FARIA, Luzardo. O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 243.

### **3. MECANISMOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS APLICADOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)**

#### **3.1 A competência do Tribunal de Contas da União e seu papel de facilitador na concretização da consensualidade**

A Constituição Federal de 1988 prevê que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das demais entidades da Administração Pública federal indireta será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder, compreendendo, fundamentalmente, a análise de três aspectos, a saber (i) legalidade; (ii) legitimidade; e (iii) economicidade.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

Nesse esteio, o controle externo é

o dever-poder atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos Poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto,

podendo resultar em condenação a fim de impor ao ente administrativo ou ao particular a obrigação de fazer, não fazer ou de pagar quantia certa em dinheiro.

Cabe, nessa senda, ao Tribunal de Contas da União o auxílio ao Poder Legislativo do controle externo, especialmente na modalidade fiscalização, da atuação administrativa, conforme dispõe seu Regimento Interno<sup>19</sup>:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992:  
[...]

---

<sup>19</sup> Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2023.

Art. 2º Ao Tribunal de Contas da União assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos normativos sobre matérias de sua competência e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento aqueles que lhe estão jurisdicionados, sob pena de responsabilidade, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.443, de 1992.

A Corte de Contas, desse modo, pode ser definida como uma

representante ou delegado do povo, sendo colocado na posição de órgão de auxílio do Poder Legislativo, tendo como finalidade coordenar e fiscalizar os negócios da Fazenda Pública, por meio do acompanhamento da execução da lei orçamentária e pelo julgamento das contas dos responsáveis pelo dinheiro ou bens públicos.<sup>20</sup>

O órgão criado por iniciativa de Ruy Barbosa é uma instituição estatal independente, visto que, consoante ao que preconiza o art. 73, §3º, da Constituição Federal, seus integrantes possuem as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário, possuindo desvinculação da estrutura de qualquer dos três poderes. Apesar de lhe ser atribuído o **julgamento** das contas, suas funções não compreendem uma natureza jurisdicional, de forma que o órgão se apresenta como órgão técnico não jurisdicional.

A competência do tribunal foi ampliada com a edição de normas infraconstitucionais, sendo elas (i) Lei nº 8.443/92, que dispôs sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União; (ii) Lei nº 8.666/93, que, por sua vez, regulamentou o art. 37, inciso XXI, da CF e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública; e (iii) Lei Complementar nº 101/2000, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sua atuação teve seu papel ampliado na democracia social participativa, concretizando as aspirações da abordagem da administração consensual, vez que não só atua na proteção de direitos fundamentais em sua dimensão financeira, mas também garante aos cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos a possibilidade de denunciar irregularidades ou ilegalidades, nos termos do art. 74, §2º, da Lei Maior (Torres, 2009, p. 1344-1368).

A atuação do Estado, ao fundamentar-se na busca pelo equilíbrio justo e ao adotar os princípios de economicidade, eficiência e efetivo propósito público, tem

---

<sup>20</sup> SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 833.

como objetivo concreto alcançar a plena realização dos direitos dos cidadãos administrados, abrangendo aspectos políticos, sociais e econômicos (Simões, 2014, p. 331).

Nesse sentido, o TCU pode emitir Instruções Normativas a fim normatizar a matéria, no sentido de disciplinar a execução de lei, decreto ou regulamento, sem, no entanto, transpor ou inovar em relação à norma que complementa. As Instruções Normativas editadas pela Corte de Contas têm o propósito de uniformizar procedimentos, interpretar dispositivos legais, fornecer diretrizes para a execução de atividades administrativas e, em geral, auxiliar os gestores públicos a cumprir as normas e regulamentos vigentes.

Salienta-se que a edição dos mencionados normativos constituem uma das principais formas do Tribunal de Contas da União intervir na regulação de serviços públicos, moldando, faticamente, a formação e execução dos contratos de concessão (Dutra; Reis, 2020, p. 53). O tribunal pode editá-las sobre qualquer tema que esteja dentro das competências previstas no art. 71 da CF, de forma que podem abranger uma gama de assuntos, incluindo auditoria, fiscalização, controle interno, prestação de contas, licitações e contratos, gestão de recursos humanos.

Cabe ponderar, no entanto, que a atuação da Corte de Contas não se sobrepõe à competência das agências reguladoras, vez que, quando se trata do controle sobre os atos dessas autarquias, a institucionalidade do Tribunal de Contas da União se impõe, devendo, no entanto, o tribunal respeitar a institucionalidade das agências (Silva, 2021, p. 17-18).

As agências reguladoras são pessoas jurídicas, com direitos e obrigações próprios, pertencentes à administração indireta que possuem por finalidade regular determinadas atividades, como os serviços públicos, uso de bem público e poder de polícia. Têm natureza jurídica de autarquias, rotuladas por especiais, tendo em vista maiores poderes conferidos por meio das correspondentes leis criadoras, características decorrentes do rejuvenescimento das autarquias para atender ao princípio da eficiência administrativa.

Dentre as atribuições conferidas a essas agências, destaca-se a do poder normativo ou regulamentar. O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento possibilitador de implementação de diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na CF e legislação setorial, consagrando o princípio da especialização aplicado a esses entes.

Dentro desse domínio de regulação, a edição do ato normativo geral e abstrato por estas autarquias especiais destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares, sem poder criá-los ou extingui-los, limitando-se apenas a dar contorno a esses.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/DF<sup>21</sup> decidiu pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, subordinando-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. LEI 9.472/1997. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO REGULADOR. INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA. [...]. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. [...]. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. [...] 3. O poder de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado é imanente à atividade regulatória da agência, a quem compete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços. Interpretação conforme à Constituição para fixar o entendimento de que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir tais normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem matéria. [...]. 9. Ação direta conhecida em parte, e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente. (ADI 1668, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021, Processo Eletrônico DJe-055 Divulgado em 22-03-2021. Publicado em 23-03-2021) (g.n.).

Nessa senda, a modelagem dos contratos administrativos faz parte das atribuições conferidas pela legislação regulamentadora, possibilitando a criação por parte da autarquia de uma arquitetura contratual capaz de conferir eficiência e segurança jurídica aos acordos firmados no âmbito da Administração Pública.

O papel da Corte de Contas, portanto, dentro do papel de facilitador da implementação dos aspectos consensuais, traduz-se como um interveniente, mediando a interação entre a Administração Pública e os particulares a fim de exercer o seu papel pedagógico e orientador, de forma a auxiliá-los no estabelecimento de alternativas para a solução de problemas de interesse da administração pública.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/DF**. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Min. Edson Fachin. 23/3/2021.

### **3.2 Instrução Normativa nº 91/2022 e a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso)**

A Instrução Normativa (IN) nº 91, de 22 de dezembro de 2022, possuindo como signatário o então Presidente Bruno Dantas, instituiu, no âmbito do TCU, “procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal”<sup>22</sup>. A medida possui como escopo demonstrar o compromisso da Corte de Contas em buscar alternativas eficientes para a solução de controvérsias, aumentando a eficiência e a economicidade do Estado por meio do diálogo entre o setor privado e a Administração Pública Federal.

Como medida de concretização da iniciativa, o normativo previu a criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), formalmente vinculada à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), possuindo a competência de desenvolver, propor, sistematizar e avaliar as propostas de solução consensual recebidas pelo tribunal, dentro dos critérios estabelecidos pela INTCU nº 91/2022.

Parágrafo único. Compete à Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) providenciar, por meio de diligência, os elementos indicados nos incisos II, III e V deste artigo, quando se tratar de solicitação formulada pela autoridade prevista no inciso III do art. 2º desta IN.

Art. 4º A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN será atuada como processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC), o qual deverá ser encaminhado à SecexConsenso, para fins de análise prévia de admissibilidade.

A norma prevê ainda um rol específico para a proposição das solicitações de solução consensual, sendo estes:

Art. 2º A solicitação de solução consensual de que trata esta IN poderá ser formulada:

---

<sup>22</sup> Normativo disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%252088%252F2020/%2520score%2520desc/1>. Acesso em: 15 ago. 2023.

- I – pelas autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU<sup>23</sup>;
- II – pelos dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019; e
- III – por relator de processo em tramitação no TCU.

Em adição à proposição feita por um conjunto específico de agentes, a solicitação deve cumprir, como requisitos mínimos:

Art. 3º A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- I – indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada;
- II – pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução;
- III – indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia;
- IV – indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual; e
- V – manifestação de interesse na solução consensual dos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos na controvérsia, quando se tratar de solicitação formulada pela autoridade prevista no inciso III do art. 2º desta IN.

Em seguida, cabe ao presidente do TCU decidir discricionariamente sobre a admissibilidade do pedido de solução consensual, devendo considerar a importância e urgência do assunto, o número de processos consensuais em andamento e a capacidade operacional do tribunal para lidar com tais procedimentos. Ressalte-se, nessa senda, que não serão admitidos pedidos de solução consensual em que o objeto houver sido alvo de decisão de mérito proferida pela Corte de Contas.

Art. 3º A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- IV – indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual; e

---

<sup>23</sup> O dispositivo mencionado dispõe: “Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II – Procurador Geral da República; III – Advogado Geral da União; IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V – presidentes de tribunais superiores; VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; VII – comandantes das Forças Armadas”.

Art. 5º Compete ao Presidente do TCU, após a análise prévia da SecexConsenso, decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual nos termos desta IN, levando em consideração:

1º Não será admitida a solicitação nos casos em que haja processo com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual.

§ 2º Na hipótese de a solicitação não ser admitida pelo Presidente do TCU, o respectivo processo será arquivado.

Após a verificação do preenchimento dos critérios de admissibilidade, será estabelecida uma Comissão de Solução Consensual (CSC), composta por (i) um membro da equipe da SecexConsenso, responsável pela coordenação das atividades, (ii) um representante da auditoria especializada pertinente ao assunto em discussão; e (iii) um representante de cada órgão ou entidade da Administração que tenha requisitado ou demonstrado interesse na solução proposta. Salienta-se, nesse esteio, que a norma prevê a possibilidade de admissão da participação de um representante dos particulares envolvidos na controvérsia a partir da verificação das circunstâncias fáticas.

A CSC possuirá, a partir do momento de sua formação, conforme estabelece o art. 7º, §4º, da INTCU nº 91/2022, 90 (noventa) dias para elaborar proposta de solução, podendo o prazo ser prorrogado, a critério do Presidente do TCU, por até 30 (trinta) dias. Havendo a concordância de todos os membros da comissão com uma proposta de solução apresentada, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União para que, no prazo de até 15 (quinze) dias, manifeste-se acerca da proposta.

Nessa esteira, após manifestação do *parquet* sobre a proposta de solução apresentada pela Comissão de Solução Consensual, o processo será encaminhado para à presidência, que será responsável pelo sorteio de sua relatoria, o qual deverá submeter a proposta de solução à apreciação do Plenário do Tribunal de Contas da União em até 30 (trinta) dias após o início da tramitação em seu gabinete, prorrogável por período equivalente.

O órgão colegiado será responsável por aceitar, rejeitar ou recomendar modificações à proposta de solução desenvolvida pela CSC, as quais deverão ser feitas, no último caso, em até 15 (quinze) dias pelo referido comitê, devendo seu desfecho ser anexado aos registros relacionados ao objeto em discussão, se houver alguma conexão.



A formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo Presidente do Tribunal de Contas da União e pelo respectivo dirigente máximo dos órgãos e entidades a que se refere o art. 7º, §1º, inciso III, da Instrução Normativa, em até 30 (trinta) dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que aprovar a referida solução. O acompanhamento do cumprimento do termo será efetuado através de monitoramento, de acordo com o art. 234 do Regimento Interno do TCU<sup>24</sup>.

Salienta-se que, em qualquer fase, a formação de dissenso ou desatendimento dos prazos previstos implicarão em arquivamento do processo, não sendo possível recorrer de qualquer decisão tomada no âmbito do procedimento, tendo em vista seu caráter dialógico natural, vez que não haveria sentido transformar o procedimento em processo litigioso, considerando que já existem meios para dirimir irresignações e o esforço se traduz numa tentativa de construir diálogos que aumentem a eficiência.

Entende-se, no entanto, que a impossibilidade de questionamento das deliberações contraria previsão legal contida na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, a qual dispõe:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I – os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II – aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

Nessa esteira, convém ressaltar que, considerando que a consensualidade como mecanismo de atuação administrativa pressupõe eficiência, participação administrativa e governança pública<sup>25</sup>, entende-se que a participação de representantes de particulares deveria ser obrigatória, ao contrário do que prevê o art. 7º, §2º, do discutido normativo, vez que, (i) contemplando o princípio da eficiência, a solução deve produzir resultados que atendam às necessidades da administração, as quais se traduzem em obstar a formação de litígios com os administrados, (ii) deve

---

<sup>24</sup> Art. 234. Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

<sup>25</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 91.

garantir a participação dos particulares na composição do ato consensual, e, por fim (iii) deve flexibilizar o formalismo, como resultado de uma maior governança pública, que propõe atenção ao problema concreto e aos efeitos do provimento final (Palma, 2015, p. 119).

No entanto, a medida se mostra eficaz, ao cumprir todos os requisitos previstos pela doutrina, apesar das ponderações acima elencadas, mostrando-se ser um promissor mecanismo de solução consensual de conflitos.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Entende-se, em conclusão, que o Direito Administrativo, desde sua origem, teve como objetivo regular as atividades da Administração Pública e submeter o Poder Público à ordem jurídica, tendo essa disciplina passado por uma evolução notável, resultando em uma mudança significativa em suas abordagens e princípios. O paradigma autoritário e unilateral do Direito Administrativo clássico, no qual a Administração impunha suas decisões de forma impositiva, deu lugar a um modelo mais consensual e participativo.

A transformação do Direito Administrativo em direção à consensualidade implica na substituição dos tradicionais mecanismos de imposição unilateral por abordagens que buscam o consenso entre as partes envolvidas. Esse movimento reflete a democratização ocorrida nos últimos séculos e busca equilibrar interesses que antes eram contrapostos, através de trocas e concessões mútuas.

Nesse novo cenário, o ato administrativo deixa de ser o protagonista, cedendo espaço para processos e negócios jurídicos que envolvem a participação dos destinatários das decisões administrativas. A administração consensual estabelece uma relação mais horizontalizada entre o setor público e privado, afastando-se da antiga tendência de verticalização.

Conclui-se, ainda, pela adequação da abordagem consensual com o ordenamento jurídico pátrio e os princípios administrativos com o novo paradigma. Nessa senda, o TCU desempenha um papel crucial nesse processo, agindo como representante do povo para fiscalizar e coordenar os negócios da Fazenda Pública.

Sua atuação independente e técnica abrange a regulação de serviços públicos, a emissão de instruções normativas e o auxílio à formação de contratos administrativos eficientes. Apesar de não possuir caráter jurisdicional, atua como

mediador e orientador na interação entre a Administração Pública e os particulares, favorecendo soluções consensuais e a implementação eficaz dos aspectos democráticos na gestão pública.

O órgão desempenha um papel relevante no contexto da democracia participativa, permitindo denúncias e intervenções da sociedade para proteger a dimensão financeira dos direitos fundamentais. A sua função também se alinha com a administração consensual, uma vez que sua atuação busca equilíbrio justo, aplicação de princípios como economicidade e efetivo propósito público, e promoção dos direitos dos cidadãos administrados.

Em resumo, a IN nº 91, datada de 22 de dezembro de 2022 e assinada pelo então Presidente Bruno Dantas, estabeleceu no âmbito do TCU procedimentos para solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos relacionados a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Essa iniciativa reflete o compromisso do TCU em promover a eficiência e a economicidade do Estado por meio do diálogo entre o setor privado e a Administração Pública federal.

A Instrução Normativa criou a SecexConsenso vinculada à Secretaria-Geral de Controle Externo, responsável por coordenar e avaliar propostas de solução consensual de controvérsias de acordo com os critérios estabelecidos. O normativo definiu os requisitos para a formulação de solicitações de solução consensual, indicando autoridades e entidades habilitadas a fazê-lo, bem como os elementos mínimos que as solicitações devem conter.

Conclui-se, em arremate, que a IN nº 91, de 22 de dezembro de 2022, apesar das ressalvas, cumpre sua função de concretizar um novo e eficiente mecanismo de solução consensual de conflitos, introduzindo eficiência, comunicação e flexibilização de formalismos, tendo o TCU logrado êxito em ser um mediador eficiente no diálogo entre administrador e administrado.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 337.

ALMEIDA, Rafael; FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Guerra. **Administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 78, abr./jun. 2003.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm). Acesso em: 20 abr. 2023.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.873 de 22 de fevereiro de 2018**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. São Paulo: Casa Civil do Gabinete do Prefeito. Disponível em: LEI Nº 16.873 DE 22 DE FEVEREIRO DE 2018 « Catálogo de Legislação Municipal ([prefeitura.sp.gov.br](http://prefeitura.sp.gov.br)). Acesso em: 7 dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: edição 61-F: seção 1: Brasília, DF, extra f, p. 2. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/DF**. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Min. Edson Fachin, 23 de março de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) - Decreto – Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília: Presidência da República, 1942.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Brasília: Presidência da República, 1985. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 8.465, de 8 de junho de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: *Quartier Latin*, 2007.

CENTENO, Murilo Francisco. **Câmaras de prevenção e solução consensual de conflitos e administrações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CURADO, Carlos Eduardo Dutra. **Administração Pública Consensual**: mediação como instrumento adequado e eficiente de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação**: o TCU e a infraestrutura. 1. Ed. São Paulo: Singular, 2020.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. *In*: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 196 *apud* FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 243.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionariade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. *In*: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 58 *apud* FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 239.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=264>. Acesso em: 28 jun. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revistas Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 02, maio/jul. 2005. ISSN 1981-1861. Disponível em: [direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=33](http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=33). Acesso em: 7 dez. 2023.

OLIVEIRA, Luciane de Lucena. Ferramentas consensuais de regulação e controle externo. **Governança e Controle da Regulação em infraestrutura: Coletânea de Pós-Graduação**, v. 4, n. 13, p. 8-51, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os *dispute boards* no Direito brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 9, n. 2, 2015.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública em Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, Cáceres, n. 6, p. 557-565, set./dic. 2009, p. 561 *apud* HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.102.

SÃO PAULO. **Lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2018/1688/16873/lei-ordinaria-n-16873-2018-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-prefeitura-de-sao-paulo>. Acesso em: 17 ago. 2023.

SÃO PAULO. **Decreto n. 60.067, de 10 de fevereiro de 2021**. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60067-de-10-de-fevereiro-de-2021>. Acesso em: 17 ago. 2023.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=485>. Acesso em: 28 jun. de 2023 *apud* FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 243.

SILVA, Daniel Marçoni Santos. **Acordos administrativos e o TCU**: os limites ao controle externos sobre o acordo substitutivos de sanção. Monografia (Especialização) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2021.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SIMÕES, Edson. **Tribunais de contas**: controle externo das contas públicas. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: um novo olhar da LINDB. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 178. *In*: SCLIAR, Wremyr. **Controle externo brasileiro**: Poder Legislativo e Tribunal de Contas. BDA – Boletim de Direito Administrativo, dez. 2009, p. 1344-1368.





PRÊMIO  
MINISTRO GUILHERME PALMEIRA

2023

3º LUGAR  
SOCIEDADE CIVIL

UM PASSO ALÉM: O TRIBUNAL DE  
CONTAS DA UNIÃO NA SOLUÇÃO  
CONSENSUAL DOS CONFLITOS COM A  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JOSÉ ARISTÓBULO CALDAS FIQUENE BARBOSA  
CAROLINA SOUZA  
CONSTÂNCIA MILONE  
DÉBORA CASTILHO MOREIRA SILVA LOBO  
GABRIELA VARSANO  
IAN VELÁSQUEZ FINS



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

José Aristóbulo Caldas Fiquene Barbosa

Carolina Souza

Constância Milone

Débora Castilho Moreira Silva Lobo

Gabriela Varsano

Ian Velásquez Fins

**UM PASSO ALÉM:  
O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS  
CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia submetida ao Prêmio Guilherme  
Palmeira.

## RESUMO

O presente estudo analisa a solução consensual de disputas no âmbito da Administração Pública, com destaque para a atuação participativa do Tribunal de Contas da União. Examinar-se-á o contexto histórico da formação da Administração Pública brasileira e suas recentes reformas, que ampliaram as possibilidades de resolução consensual dos conflitos administrativos. Estudam-se, também, o panorama normativo da autocomposição no país, com foco na participação da Administração Pública, bem como os limites subjetivos e objetivos da prevenção e solução consensual de conflitos nesse contexto. O trabalho explora, ainda, a efetividade e os desafios na implementação desses meios, considerando as particularidades da Administração Pública e sua interação com a sociedade. Assim, contribui para reflexão sobre a importância dos meios consensuais de solução de disputas com a Administração Pública, especialmente com a relevante participação do Tribunal de Contas da União, e acerca do modo pelo qual as abordagens consensuais podem promover uma gestão eficiente e democrática dos conflitos administrativos.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Tribunal de Contas da União; Resolução Consensual de Disputas.

## ABSTRACT

The present study analyzes amicable dispute resolution within the scope of the Public Administration, with a focus on the active role of the Brazilian Court of Accounts. The study will present the historical context of the formation of Brazilian Public Administration and its recent reforms, which have expanded the possibilities of consensual resolution of administrative conflicts. The paper also investigates the legal background of amicable dispute resolution in Brazil, with a focus on the participation of the Public Administration, regarding the subjective and objective limits of the prevention and consensual resolution of conflicts in this context. It also explores the effectiveness and challenges in implementing these methods, considering the specificities of Public Administration and its interaction with society. Thus, it contributes to the reflection on the importance of consensual dispute resolution methods in Public Administration, especially in regard to the significant participation of the Federal Court of Accounts, and how consensual approaches can promote efficient and democratic management of administrative conflicts.

**Keywords:** Public Administration; Federal Court of Accounts; Amicable Dispute Resolution.

## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

Figura 1 – Passo a Passo da solução consensual de conflitos no Tribunal de Contas da União.....	45
---	----

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU - Advocacia-Geral da União

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

ANPC - Acordo de Não Persecução Cível

ASS - Acordo Substitutivo de Sanção

ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil

CC - Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

CCAF - Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal

CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CDC - Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)

CER - Contratos de Energia de Reserva

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONER - Conta de Energia de Reserva

Convenção de Singapura - Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Internacionais oriundos de Mediações - *United Nations Convention on International Settlement Agreements resulting from Mediation*

CPC - Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CSC - Comissão de Solução Consensual

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)

FUNAI - Fundação Nacional dos Povos Indígenas

ICMBIO - Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

IN - Instrução Normativa

INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

KPS - Karpowership Brasil Energia Ltda.

LACP - Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985)

Lei Anticorrupção - Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.677, de 4 de setembro de 1942)

LMed ou Lei de Mediação - Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015

LOPTC - Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas  
Mandado de Segurança - Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400  
MARC's - Métodos Adequados de Resolução de Conflitos  
MEE - Ministério de Minas e Energia  
MPTCU - Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União  
MT - Ministério dos Transportes  
NR - Nota Recomendatória nº 02/2022  
ONS - Operador Nacional do Sistema  
PCS 01/2021 - Procedimento de Contratação Simplificada 01/2021  
PL - Projeto de Lei  
Regulamento da LINDB - Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019  
Resolução CNJ - Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010  
SecexConsenso - Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e  
Prevenção de Conflitos do TCU  
SecexEnergia - Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações do TCU  
Segecex - Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU  
SIN - Sistema Interligado Nacional  
SSC - Solicitação de Solução Consensual  
TAC - Termo de Ajustamento de Conduta  
TACTC - Termos de Ajustamento de Conduta dos Tribunais de Contas  
TAG - Termo de Ajustamento de Gestão  
TCE-RJ - Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro  
TCU - Tribunal de Contas da União  
Termo - Termo de Autocomposição do primeiro caso de solução consensual  
(Solicitação de Solução Consensual nº 006.253/2023-7)  
União ou UF - União Federal  
Usinas ou UTEs - Usinas Termelétricas Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2. EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....</b>	<b>10</b>
<b>3 OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO GESTOR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>13</b>
<b>3.1 O gestor da Administração Pública e a reforma da LINDB.....</b>	<b>14</b>
<b>3.2 Reinterpretação da compatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público, o princípio da eficiência e a solução adequada de conflitos.....</b>	<b>18</b>
<b>4. A AUTOCOMPOSIÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>21</b>
<b>4.1 Panorama normativo.....</b>	<b>22</b>
<b>4.2 Limites objetivos e subjetivos da autocomposição com a Administração Pública.....</b>	<b>27</b>
<b>4.3 A prevenção e a resolução de conflitos.....</b>	<b>30</b>
4.3.1 Abordagens alternativas à interposição de sanção: ASS, TAC e TAG na Administração Pública.....	32
4.3.1.1 <i>Controle externo concomitante e o TAG nos tribunais de contas         brasileiros.....</i>	37
<b>4.4 Câmara de mediação e conciliação da Administração Pública Federal.....</b>	<b>38</b>
<b>5 IMPLEMENTAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL NOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....</b>	<b>41</b>
<b>5.1 Breve relato da influência da experiência do Tribunal de Contas de Portugal.....</b>	<b>41</b>
<b>5.2 Iniciativa brasileira: a criação da SecexConsenso.....</b>	<b>43</b>
<b>5.2.1 Análise descritiva da SecexConsenso.....</b>	<b>43</b>
<b>5.2.2 Primeiro acordo de solução da SecexConsenso.....</b>	<b>48</b>
<b>5.2.3 Um passo além: o instituto da solução consensual.....</b>	<b>53</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>62</b>



## 1. INTRODUÇÃO

As normas do Direito Administrativo intermedeiam a relação entre o Estado e os seus cidadãos. Por conta disso, suas características são fundamentais para se compreender o relacionamento estatal com o indivíduo em cada época. Os dogmas que pairavam sobre os rumos da Administração Pública até o final do século XX vêm pouco a pouco se transformando, adquirindo traços das formas de pensamento contemporâneo. Desse modo, o direito oitocentista, nascido no velho mundo francês, está cada vez mais aberto às noções de boas práticas, de governança e, principalmente, de métodos consensuais de solução de disputas, objeto deste trabalho.

A partir dessas novas perspectivas, construiu-se uma forma de atuação do administrador que pudesse atender aos interesses da sociedade, de maneira a legitimar sua atuação, que fora questionada até então. Nessa toada, apresenta-se a questão de como equilibrar a ação estatal, representada na figura do administrador, com a prestação do serviço público de forma célere e eficaz.

O Estado, ao buscar a concretização dos interesses da sociedade, requer que o seu agente (*i.e.*, o administrador) tenha autonomia suficiente, ainda que com limites, para decidir sobre os melhores rumos e medidas a serem adotados para atender ao interesse público. Nesse sentido, notam-se as relevantes alterações legislativas (*v.g.*, Lei nº 13.655/2018) na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (“LINDB”), que introduziu a possibilidade de o administrador realizar acordos com os administrados.

Tais modificações trazem à baila a reinterpretação, sob a lógica da consensualidade, dos chamados supraprincípios do Direito Administrativo brasileiro, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública deixa de desempenhar um papel autoritário para se transformar em uma Administração Democrática.

Essa alteração legislativa na LINDB irá refletir uma mudança de mentalidade que já estava presente<sup>1</sup>. Desse modo, a temática do consenso na Administração

---

<sup>1</sup> Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Lei nº 13.105/2015 (novo código de Processo Civil - CPC), na

Pública se apresenta em diversas áreas<sup>2</sup>, com destaque no que se refere à tutela coletiva, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e a sua derivação, o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), bem como os Acordos Substitutivos de Sanção (ASS), como instrumentos alternativos à imposição de sanção, especialmente no tocante a entidades de controle externo e à Administração Pública, sujeita à fiscalização.

Esses instrumentos têm sido amplamente empregados pelos Tribunais de Contas brasileiros como parte integrante da promoção de uma cultura pacífica para a composição de conflitos administrativos. No entanto, eles não se sobrepõem aos institutos da mediação ou conciliação — ambos os métodos têm as próprias qualidades, origem e práticas. É justamente dessa perspectiva que emergem os mais recentes esforços promovidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU), esforços esses que, embora igualmente voltados à pacificação, ostentam uma qualidade distintiva e singular, contrastando com todos os recursos de origem prévia.

Por via da Instrução Normativa (IN) nº 91/2022, modificada pela IN nº 92/2023, o TCU instituiu a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Assim sendo, recorrendo à SecexConsenso, uma série de legitimados pode requerer o processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC), de maneira a dirimir o conflito em questão.

A partir do estudo sobre o panorama normativo aplicável aos métodos consensuais na Administração Pública, bem como do novo instrumento adotado pelo TCU, objetiva-se, neste artigo, analisar os avanços da Administração Pública para a promoção da solução negociada aos seus conflitos, sem, contudo, desconsiderar os desafios ainda presentes na adoção dessa postura mais democrática.

## **2. EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL**

A formação do Estado-Nação, que se perpetua até hoje com diversas modificações, caracteriza-se pela herança dos modelos políticos antigos de uma

---

Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação - LMed), posteriormente também na Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e em breve na aprovação do Projeto de Lei nº 2481/2022 (Reforma da Lei nº 9.784/1999).

<sup>2</sup> No processo penal, percebem-se: a transação penal; a suspensão do processo; a colaboração premiada; e o acordo de não persecução penal e na parte administrativa, por sua vez, notam-se a leniência e o Acordo de Não Persecução Cível (ANPC).

concentração de poder capaz de impor comportamentos e assegurar, por meio da coerção, uma convergência social. O Estado Absolutista, presente do século XIV ao XVIII, era marcado pela concentração de todo o poder nas mãos do monarca, que representava o próprio Estado e não tinha qualquer limitação<sup>3</sup>.

Com a Revolução Francesa de 1789 e o surgimento do Estado de Direito, a atuação do Estado passou a ser limitada pelos ideais liberais revolucionários da burguesia: a separação dos poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), o princípio da legalidade (submissão do Estado à lei) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (previsão de diversos direitos fundamentais)<sup>4</sup>. Isso possibilitou também a proteção dos cidadãos.

Em 1783, o julgamento do *arrêt Blanco*, que tratou do caso de uma criança de 5 anos chamada Agnès Blanco, atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, representou um marco no Direito Administrativo, ao se entender que caberia ao Conselho de Estado julgá-lo por envolver um serviço público. Nessa toada, a Lei do 28 *pluviose* do ano VIII, editada em 1.800, considerada a “certidão de nascimento” do Direito Administrativo francês, previu normas de organização administrativa e também representou a submissão do Poder Executivo à vontade do Poder Legislativo<sup>5</sup>.

Todavia, o advento do Direito Administrativo não significou uma ruptura completa com o Antigo Regime (*i.e.*, com o absolutismo estatal), ainda que representasse limitações ao agir do Estado, pois suas categorias e institutos jurídicos não surgiram a partir do legislativo e, sim, de um órgão de cúpula do contencioso administrativo<sup>6</sup>. Essa experiência francesa foi replicada em quase a totalidade do continente europeu<sup>7</sup>.

Somado a isso, em razão da desconfiança com relação aos juízes da Europa continental (o chamado *gouvernement des juges*<sup>8</sup>), que, em sua maioria advinham de

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, R. C. R. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. [*Kindle*], posição 192 e 202.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 202 e 218.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 218 e 244.

<sup>7</sup> BINENBOJM, G. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [*Kindle*], posição 1011.

<sup>8</sup> Expressão atribuída ao Professor Édouard Lambert, criada para criticar a transferência de decisões normalmente atribuídas à política ao judiciário. LAMBERT, É. **Le Gouvernement des Juges et La**

famílias abastadas e mantinham estreitas relações com a aristocracia<sup>9</sup>, adotou-se o entendimento segundo o qual questões envolvendo a Administração Pública não poderiam ser objeto de controle judicial. Assim, instituiu-se uma justiça especializada<sup>10</sup>, com arcabouço doutrinário diferente do Direito Civil e fundada em prerrogativas da Administração Pública<sup>11</sup>.

O Estado Liberal, ainda muito marcado pela visão do período absolutista do Estado como inimigo dos súditos (agora cidadãos), concebia-se como a abstenção da atuação estatal de maneira a assegurar a liberdade do povo. A Constituição representava o direito público — que limitava a atuação do Estado — e o Direito Civil regia <sup>12</sup><sub>[OBJ]</sub>.

Por influência do pensamento positivista, durante o período do século XIX, houve a chamada era das grandes codificações<sup>13</sup>. Contudo, em razão das peculiaridades do Direito Administrativo, descolado do Direito Constitucional e do Direito Civil, ele passou ileso, sendo até hoje caracterizado pela sua fragmentação legislativa<sup>14</sup>.

Após a experiência traumática vivenciada com a Segunda Guerra Mundial, as sociedades foram capazes de abandonar de vez os resquícios dos modelos políticos anteriores, com a recuperação dos valores democráticos e dos valores liberais no processo de redemocratização das nações sob regimes autoritários<sup>15</sup>.

A preocupação em interferir nas relações sociais e na economia de maneira a diminuir os impactos negativos do Estado Liberal ganha ainda mais força com o surgimento do Estado Social de Direito. O Estado se torna responsável por disponibilizar uma série de serviços públicos e para tanto se utiliza do contrato, tipicamente do Direito Privado, como meio<sup>16</sup>.

---

**Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis.** 5. ed. Paris: Marcel Giard & Cie Libraires-Éditeurs, 1921.

<sup>9</sup> CRAMER, R. **Precedentes Judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 26.

<sup>10</sup> OLIVEIRA. *Op. Cit.*, nota 3, p. 218.

<sup>11</sup> BINENBOJM, 2017. *Op. Cit.*, nota 7, p. 975.

<sup>12</sup> OLIVEIRA. *Op. Cit.*, nota 3, p. 244 e 257.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>14</sup> BINENBOJM, 2017. *Op. Cit.*, nota 7, p. 956.

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, D. de F. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, out. 2003, p. 111. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. Acesso em: 6 jul. 2023.

<sup>16</sup> OLIVEIRA. *Op. Cit.*, nota 3, p. 257 e 269.

Nesse sentido se caminha cada vez mais para esvaziamento da dicotomia entre o Direito Privado e o Direito Público<sup>17</sup>, em especial ao analisar-se outra consequência do período pós-guerra: a constitucionalização do Direito (que inclui o Direito Administrativo e o Direito Civil). Gustavo Binbenbojm descreve esse momento como o giro democrático constitucional do Direito Administrativo:

o que aqui se denomina giro democrático constitucional do direito administrativo é um processo multifário e pluridimensional, que opera por dois caminhos distintos, porém complementares: i) a disciplina da organização e funcionamento de inúmeros setores da Administração Pública em normas do próprio Texto Constitucional; e ii) a eficácia irradiante dos sistemas democrático e de direitos fundamentais, como elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado democrático de direito - e, por conseguinte, também do Estado Administrativo - nos termos delineados pela Constituição<sup>18</sup>.

Os direitos fundamentais são oriundos da visão libertária dos direitos humanos, introduzida na Revolução Francesa e na visão igualitária, proveniente das reflexões de grandes juspublicistas, e foram essenciais para o reequilíbrio da relação entre a sociedade e o Estado<sup>19</sup>.

É nesse exato momento que há o reconhecimento dos princípios constitucionais como normas. Rafael Oliveira diz que “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em especial, representa verdadeiramente o novo vetor axiológico de todo o Direito”<sup>20</sup>. Na realidade brasileira, essa mudança de mentalidade acarretou a Emenda Constitucional nº 19/1998, que inseriu, no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), a eficiência<sup>21</sup> como princípio explícito aplicável à Administração Pública<sup>22</sup>.

Com a crise do Estado Social do Direito, foi necessário repensar a atuação do Estado, que já não desempenhava suas atribuições de maneira eficiente. Com efeito, algumas atividades foram devolvidas aos particulares (privatização das empresas estatais), outras, que eram exclusividade das estatais, foram passadas para a

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>18</sup> BINENBOJM, 2017. *Op. Cit.*, nota 7, p. 1011 e 1030.

<sup>19</sup> MOREIRA NETO. *Op. Cit.*, nota 15, p. 112.

<sup>20</sup> OLIVEIRA. *Op. Cit.*, nota 3, p. 297.

<sup>21</sup> Djalma de Pinho Oliveira define a eficiência como “a otimização dos diversos recursos - humanos, financeiros, tecnológicos, materiais, equipamentos - para a obtenção dos resultados esperados” (Oliveira, 2019, p. 746).

<sup>22</sup> BINENBOJM, 2017. *Op. Cit.*, nota 7, p. 1353.

iniciativa privada e houve a implantação da estrutura das agências reguladoras. De todo modo, o Estado permaneceu intervindo de forma indireta, como regulador<sup>23</sup>.

Diogo de Figueiredo elenca o surgimento de quatro pilares principiológicos marcantes na virada do século: (i) os direitos fundamentais; (ii) a subsidiariedade; (iii) a participação; e (iv) o conceito de Constituição como ordem de valores<sup>24</sup>. Destaca-se dentre os elencados pelo autor, pela sua identidade com a consensualidade, o princípio da participação.

A partir dos referidos valores democráticos, os representantes dos Estados não mais podiam permanecer agindo sem considerar a necessária legitimidade das suas ações para com a sociedade. Com isso, surgiu o princípio da participação, que vem se desenvolvendo ao longo do tempo e que apresenta, em uma de suas vertentes, um estreitamento da relação entre os administradores e os cidadãos, por meio da abertura da participação desses na tomada de decisões.

Nessa toada, cabe analisar a maneira pela qual o gestor público atua para legitimar suas ações em face dos administrados, até com as alterações mais recentes no ordenamento jurídico brasileiro, que possibilitam pensar em uma atuação flexível, ao passo que atenda aos interesses da sociedade.

### **3. OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO GESTOR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Neste capítulo, estuda-se o papel desempenhado pelo gestor público, situando-o no contexto da mais recente reforma da LINDB. Nesse sentido, destaca-se a maneira pela qual a reforma influencia o cenário das soluções consensuais.

Ademais, debruçar-se-á sobre a reinterpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público, à luz do princípio da eficiência da Administração Pública e da busca pela solução adequada de conflitos. Ao analisar essa interseção de princípios, procura-se discernir os caminhos que conduzem a um necessário e coerente equilíbrio entre as demandas públicas e a procura por mecanismos ágeis e eficazes na composição de conflitos.

---

<sup>23</sup> OLIVEIRA. *Op. Cit.*, nota 3, p. 269 e 285.

<sup>24</sup> MOREIRA NETO. *Op. Cit.*, nota 15, p. 112.

### 3.1. O gestor da Administração Pública e a reforma da LINDB

Subsiste a ideia de que o agente público deve atuar de forma conservadora e cautelosa, que prefere o tradicionalismo à solução inovadora<sup>25</sup>. Tais qualidades cristalizam-se na figura do *administrador médio*, que age de forma irrepreensível e sempre razoável<sup>26</sup>. Assim sendo, o agente limita-se aos procedimentos existentes e conhecidos e mantém-se distante de qualquer espécie de inovação.

Contudo, a observação das transformações da Administração Pública ao longo do último século, conforme capítulo anterior, mostra-se fundamental para a compreensão do formato que se materializa pouco a pouco no século XXI. Para apreender os desafios das novas tendências da Administração Pública, faz-se necessário estudar os limites e as possibilidades do exercício da gestão pública, *i.e.*, de seus agentes.

Nessa esteira, notam-se as mais recentes transformações da LINDB<sup>27</sup>, que define os limites da atuação dos agentes públicos, conforme as adições dos artigos 20 a 30 da referida lei, em especial os artigos 26, 27 e 28. Este último estipula em que medida o agente poderá ser pessoalmente responsável pelos atos que pratica<sup>28</sup>. A inovação legislativa aponta para uma direção diversa do *administrador médio*, posto que reconhece na figura do administrador público sua falibilidade, ao mesmo tempo em que o resguarda de atuações inovadoras, isto é, conquanto não cometa erro grosseiro ou apresente dolo em seus atos, há autorização para atuação inovadora do agente público<sup>29</sup>.

Por um lado, o diploma cria uma espécie de rede de segurança para o agente ao adotar a categoria de erro grosseiro, que funciona como um código dogmático e

---

<sup>25</sup> PALMA, J. B. de. Quem é o “administrador médio” do TCU? LINDB exigem condutas que sejam avaliadas a partir da realidade. **Jota**, 22 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/42, com sua alteração mais recente, a nova redação dos artigos 20 ao 30, efetuada por meio da Lei nº 13.655/2018. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 set. 1942. Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>28</sup> Art. 28 da LINDB: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

<sup>29</sup> BINENBOJM, G; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 220.

exprime os meandros da interpretação da culpa do agente. Os atos reprováveis pelo erro grosseiro, frise-se, estão abrangidos nas categorias de imprudência, imperícia e negligência, quando graves ou gravíssimos, e o dolo ocorrerá quando o gestor agir com intenção de praticar um ato contrário à Administração Pública<sup>30</sup>.

Por outro lado, o dispositivo cria um ambiente propício à inventividade, cuidando de gestores que busquem inovar a gestão pública. Assim, caso suas tentativas de inovação não sejam bem-sucedidas, os agentes responderão apenas quando houver a prova de dolo ou erro grosseiro.

Em outras palavras, Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018) afirmam que o artigo 28 funciona como uma cláusula geral do erro administrativo, que proporciona ao agente a necessária segurança jurídica para experimentar e inovar na busca de soluções mais eficientes<sup>31</sup>. Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld compreende que o preceito lida com a questão da incerteza do direito, a partir da ideia de que são os controladores e aplicadores que o constroem e reconstroem, assim, a nova lei exprime o entendimento de que não pode recair sobre as costas do gestor o risco de falhar quando este age de forma razoável e de acordo com os protocolos jurídicos adequados<sup>32</sup>.

Outros dispositivos do mesmo diploma têm efeito similar, como é o caso do artigo 26<sup>33</sup>, que passa a permitir que a autoridade administrativa celebre “compromissos com os interessados”, desde que com o propósito de eliminar irregularidades, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, até mesmo no caso de expedição de licença. Dessa forma, a regra facilita que, a partir do diálogo, se possibilite colocar fim a controvérsias jurídicas e interpretativas, de sorte a estimular a solução eficiente de disputas.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 211, 213 e 217.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 213 e 217.

<sup>32</sup> SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. [*Kindle*] posição 68-71.

<sup>33</sup> Art. 26 da LINDB: “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; [...] III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”.



Como coloca Sundfeld, o artigo é “honesto”, pois ao mesmo tempo em que delega ao agente os poderes para eliminar irregularidades por meio do consenso, o faz “com ordem, procedimento, e, mais importante, com transparência”<sup>34</sup>, já que demanda como condição, para a celebração do acordo, critérios como a consulta pública e a oitiva de órgão jurídico<sup>35</sup>. Garante-se, portanto, a segurança jurídica, como também se permitem, à Administração Pública, novas formas de resolver os conflitos<sup>36</sup>.

Além disso, conforme artigo 27<sup>37</sup>, com o propósito de promover o interesse público, confere-se ao administrador, ao supervisor e ao juiz a faculdade de impor medidas compensatórias diante de benefícios indevidos, danos anormais ou injustos. Adicionalmente, importa enfatizar que a compensação deverá ser motivada e as partes necessariamente serão ouvidas sobre o caso. Nesse sentido, o diploma reconhece que independentemente do resultado do processo, sua mera existência é capaz de gerar prejuízos ou benefícios injustos, que deverão, portanto, ser compensados<sup>38</sup>.

Ainda, o § 2º do artigo traz à baila a possibilidade de <sup>39</sup>OBJ para prevenir ou regular a compensação, o que amplia o bojo de opções dos agentes, permitindo que um processo decisório unilateral se transforme numa resolução consensual da disputa. Parece seguro assumir, pois, que o diploma aponta para uma direção de consenso em vez da autoridade unilateral.

---

<sup>34</sup> SUNDFELD, *Op. Cit.*, nota 32 p. 66.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>36</sup> PIERONI, F. de L. **A consensualidade e a Administração Pública**: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 98. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22206>. Acesso em: 22 jun. 2023.

<sup>37</sup> Art. 27 da LINDB: “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos” (grifo nosso).

<sup>38</sup> SUNDFELD, *Op. Cit.*, nota 32 p. 68.

<sup>39</sup> PIERONI. *Op. Cit.*, nota 36, p. 98.

Dessa forma, compreende-se que os ares da ciência jurídica sopram para uma Administração Pública experimentalista<sup>40,41</sup>, isto é, para uma gestão na qual a tomada de decisão é estabelecida por meio de um processo de interação e compartilhamento de informações entre os seus participantes durante a sua execução.

Portanto, é possível pensar em como inovações, conforme o método de governança, podem trazer agilidade e eficiência, a partir de novas perspectivas de ação<sup>42</sup>. No mesmo passo, na voz de Fernanda Bourges, “[a] Administração Pública não deve ser um entrave à democracia e à realização de direitos, mas seu meio de concretização, razão pela qual deve ser eficiente”<sup>43</sup>.

Deve-se atentar também aos problemas da democracia liberal moderna, tais como o descontentamento e a desconfiança do povo com o modelo político e as suas lideranças, junto com as demandas por eficiência e efetividade. Tais fatores contribuem para a exigência de novas formas de legitimação das democracias, que surgem na forma de governança e *accountability*<sup>44</sup>. Em outras palavras, surgem na

---

<sup>40</sup> PALMA, J. B. de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

<sup>41</sup> Cumpre-se expor o conceito de administração experimentalista, que tem seu maior expoente nas figuras de Charles F. Sabel e William H. Simon. A abordagem da governança experimentalista propõe um método para a construção de decisões, baseado em três princípios fundamentais: (i) processo de aprendizagem - a decisão é gradualmente construída por meio de interações e troca de informações entre os envolvidos durante sua implementação, por meio da experiência prática, as informações relevantes emergem, permitindo que se alcance a resolução mais eficiente para cada problema; (ii) adaptação decisória - caso a caso, as decisões devem ser adequadas, a fim de abarcar os aspectos da situação; e (iii) melhor posição para decidir - dependendo do contexto em que estão inseridas, as instituições podem estar em melhor posição para tomar decisões informadas e eficazes. (SABEL, C.; SIMON, W. **Minimalism and Experimentalism in the Administrative State**. Vol. 100. The Georgetown Law Journal, 2011. p. 79-89).

<sup>42</sup> Syam B. Sundar traz uma reflexão quanto aos benefícios da experimentação na governança: “all stories of success in the history are also stories of great failures. By having the courage to acknowledge and probe fears, barriers, and failures, we discover new pathways and perspectives on the problem that then lead to new insights, solutions, and ideas. This is called failing forward, rather than backward. We learn and move forward. Learn from our failures and keep moving”. SUNDAR, B. S. Failure: the building block of Sustainable Innovation General Management. **IOSR Journal of Business and Management**. Disponível em: <https://iosrjournals.org/iosr-jbm/papers/ICIMS/Volume-1/11.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

<sup>43</sup> BOURGES, F. Transformações do Direito Administrativo: mediação como possibilidade à ampliação da eficiência administrativa. *In*: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: o estado administrativo 30 anos depois da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. p. 274.

<sup>44</sup> A autora traz a informação de que termo *accountability* não comporta uma tradução completa, que reverbera todos os seus sentidos, para o português, mas esse termo é usualmente traduzido para prestação de contas. “Esses problemas evidenciam, justificam e reforçam a faceta de desconfiança, enquanto elemento que integra o regime democrático, demandando enfrentamento por meio da

sociedade novos modelos, que permitem ao cidadão acompanhar e participar do desenrolar dos eventos da democracia.

Parece, pois, haver na referida produção legislativa a intenção de permitir que o agente tome novos caminhos na administração pública (*lato sensu*: administração do bem público), trazendo inovações que podem, a longo prazo, construir formas inéditas de melhorar a efetividade da Administração Pública, de maneira democrática.

### **3.2. Reinterpretação da compatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público, o princípio da eficiência e a solução adequada de conflitos**

Compreendidos os limites da atuação do gestor público, importa analisar o princípio da indisponibilidade do interesse público à luz do consensualismo.

A Administração Pública é, de longe, a maior litigante do país<sup>45</sup>. Nota-se que tal realidade é historicamente construída, a partir de um paradigma autoritário, que põe de lado a eficiência e o bem comum, em prol de uma atuação meramente burocrática<sup>46</sup>.

Todavia, existem movimentos que buscam uma nova forma de atuação, participativa, por meio de métodos consensuais<sup>47</sup>, para resolver conflitos, tanto entre entes da Administração, quanto entre Administração e o particular<sup>48</sup>, em que o administrado é efetivamente compreendido como parte do processo decisório<sup>49</sup>.

---

institucionalização e pulverização de instrumentos de controle e monitoramento. Nessa perspectiva, a accountability é central, seja na sua vertente política ou social” (WILLEMANN, M. M. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática**: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. 2016. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.p. 17-20).

<sup>45</sup> Dados coletados na Lista “Grandes Litigantes” publicada pelo Conselho Nacional de Justiça no sítio eletrônico do próprio órgão. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Grandes Litigantes. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2023.

<sup>46</sup> PIERONI. *Op. Cit.*, nota 36, p. 91.

<sup>47</sup> Pieroni detalha que formas são essas: “com base nas funções administrativas legalmente postas: a promoção, a satisfação e a recuperação do interesse público, pode-se vislumbrar as seguintes modalidades consensuais da Administração Pública: o consenso na formação da vontade administrativa (ex.: coleta de opinião, debates públicos, audiência pública, plebiscito, referendo); o consenso na execução administrativa (ex.: contratos de parceria, acordos de coordenação); o consenso na prevenção (ex.: comissões de conflitos, acordos substitutivos) e a composição de controvérsias administrativas (ex.: conciliação, mediação, arbitragem)” (*Ibid.*, p. 96).

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 94.

Nessa esteira, aponta-se que a defesa absoluta do interesse público costuma servir de justificativa para judicializar e impedir a negociação de conflitos com a Administração Pública<sup>50</sup>. Muito dessa experiência se deve à dificuldade de conceituar o interesse público, que, por vezes, entende-se como um “conceito jurídico indeterminado”<sup>51</sup>. Ao mesmo tempo, parte da doutrina também debate a definição de direitos disponíveis<sup>52</sup> ou indisponíveis. Nesse contexto, entender em que medida a Administração Pública pode ou não lançar mão de métodos adequados de solução de conflitos também se torna uma incógnita, que deve ser investigada.

A fim de superar esse impasse, Alexandre Aragão aponta que uma das formas de identificar esse limite é a de observar os poderes contratuais da Administração Pública. Segundo o autor:

note-se que, pelo próprio princípio da legalidade, a Administração Pública não só pode como deve cumprir voluntariamente as suas obrigações, sendo impensável que apenas por títulos executivos judiciais pudesse ser obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. Ora, se é assim, se voluntariamente pode a Administração buscar um acordo sobre como cumprir suas obrigações, a fortiori pode submeter as mesmas questões à arbitragem<sup>53</sup>.

Entende-se, aqui, que a mesma lógica se aplica à mediação, uma vez que “há célebres casos em que o Estado, voluntariamente, sem sequer lançar mão da arbitragem, faz acordo com particulares ou *sponte propria* paga indenizações por responsabilidade civil”<sup>54</sup>. Dessa forma, a Administração Pública poderia optar por métodos adequados de solução de controvérsias, em que voluntariamente se dispõe a encontrar soluções coconstruídas, do mesmo modo com que opta por fazer-se parte de contratos privados, igualmente coconstruídos<sup>55</sup>.

Isso, contudo, não ilumina a totalidade das questões que envolvem a disponibilidade ou não do interesse público, pois, por vezes, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público não é suficiente para alcançar o interesse público

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>51</sup> “Interesse público não é apenas um conceito jurídico indeterminado, mas uma expressão equívoca cujos significados variam, desde a soma de interesse particulares, até a fixação de um interesse social específico distinto dos particulares, passando pela soma de bens e serviços, bem como pelo conjunto de necessidades humanas indispensáveis à realização dos diversos destinos individuais” (Carvalho, 2008, p. 63).

<sup>52</sup> “Por seu turno, o adjetivo “disponível”, na gramática civilista, qualifica direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que os titule” (Aragão, 2017, p. 26).

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 29-32.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 31.

em seu sentido mais amplo (primário e secundário). Nesse sentido, tanto há casos em que a simples aplicação da lei basta quanto outros em que para se chegar a um resultado eficaz precisa-se da construção de um acordo multilateral, que atenda aos interesses tanto da Administração quanto dos administrados<sup>56</sup>.

Nesse contexto, o consenso se revela como ferramenta fundamental para aperfeiçoar a gestão dos interesses públicos. Como aponta Gustavo Binembojm, (i) tanto o interesse público quanto o privado podem ser alcançados de maneira mais eficaz em um ambiente de harmonia; (ii) os recursos do Estado podem ser melhor alocados, inclusive diminuindo as demandas da Fazenda Pública; e (iii) o consenso evoca maior legitimidade à atuação do Estado, uma vez que se abre a oportunidade aos interessados para influir na construção das decisões administrativas<sup>57</sup>.

Dessa forma, cai por terra a ideia de um interesse público inalterável e se constrói a noção de que a consensualidade pode ser justamente a via adequada para alcançá-lo<sup>58</sup>. Por isso, o autor aponta razões essenciais para a incompatibilidade dessa visão tradicional com os princípios do constitucionalismo democrático. Notadamente: (i) a salvaguarda de direitos individuais inalienáveis, frequentemente vinculados aos fundamentos dos Direitos Humanos; (ii) a supremacia dos Direitos Fundamentais individuais em relação às metas ou objetivos coletivos, mesmo que a Constituição permita ponderações proporcionais; e (iii) a ampla abrangência do conceito de interesse público, que pode englobar tanto a proteção de direitos individuais quanto a busca por objetivos que transcendem o interesse de uma única pessoa ou grupo<sup>59</sup>.

Em outras palavras, a indisponibilidade do interesse público é um dos pilares da Administração Pública. Por esse motivo, não se deve aplicá-la de uma única maneira. Cumpre à Administração Pública empregar as soluções mais adequadas ao contexto e às circunstâncias do caso concreto, de sorte a alcançar o bem comum e os anseios sociais<sup>60</sup>. A consensualidade se apresenta não como uma solução para

---

<sup>56</sup> BINENBOJM, G. A Consensualidade Administrativa como Técnica Juridicamente Adequada de Gestão Eficiente de Interesses Sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, set./ dez. 2020. p. 2.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p.5-6.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p.1-2.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.1-2. Ver também: BINENBOJM, G; CYRINO, A. VORONOFF, A. KOATZ, R. **Direito da regulação econômica**: teoria e prática. Brasil: Fórum, 2020. p. 22-24.

<sup>60</sup> PEREIRA, G. R.; SILVA; T. H. e C. **Mediação e Administração Pública: possibilidades e limites**. **Revista Aporia Jurídica**, Ponta Grossa, v. 1, n. 10, jun./dez. 2018. p. 45.

todos os problemas, mas como um instrumento hábil para concretização dos interesses públicos, ao se considerar que as soluções são construídas por todos os envolvidos, Administração e administrados, com base na confiança e no diálogo.

#### 4. A AUTOCOMPOSIÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para cumprir-se, adequadamente, a tarefa de analisar o sistema de autocomposição com a Administração Pública, explora-se, primeiro, o panorama normativo brasileiro. Então, passa-se a estudar os limites objetivos e subjetivos da resolução consensual de conflitos com a Administração Pública, para, assim, tratar da prevenção e resolução das matérias passíveis de solução negociada e de alguns acordos administrativos frequentemente celebrados. Por fim, mencionam-se, como integrantes desse importante subsistema jurídico, as instituições que promovem serviços de autocomposição, assim como os casos mais relevantes.

##### 4.1. Panorama normativo

Em que pese a prevalência da resolução heterocompositiva dos conflitos<sup>61</sup>, o próprio preâmbulo da CRFB prevê o compromisso da sociedade com a solução pacífica de controvérsias<sup>62</sup>. Isso significa que a autocomposição possui especial destaque no ordenamento jurídico brasileiro, servindo como pedra angular da solução de conflitos (*i.e.*, apenas o que não pode ser negociado deveria ser levado ao juízo do Estado-juiz ou do árbitro)<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> O Judiciário – ou até mesmo a Arbitragem – é encarado(a) como caminho natural para tratar de uma disputa.

<sup>62</sup> Preâmbulo da CRFB: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 ago. 2023. Grifo nosso).

<sup>63</sup> Nas palavras de Fredie Didier: “o sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição” (DIDIER JR, F. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. p. 273-274).

Tal compromisso se retrata nos três pilares normativos que formam esse microsistema jurídico, a saber: a Resolução do CNJ nº 125 (Resolução CNJ), o Código de Processo Civil (CPC) e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação ou LMed)<sup>64</sup>. Em momento posterior, quando ratificada a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Internacionais Oriundos de Mediações — *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (Convenção de Singapura<sup>65</sup>).

A Resolução CNJ (2010), primeiro grande marco da solução negociada no Brasil, estabelece a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses junto ao Poder Judiciário<sup>66</sup>. Embora não contenha dispositivos específicos abarcando a participação de órgão de gestão ou fiscalização da Administração Pública em procedimentos autocompositivos, mostra-se o primeiro passo, de vários, para a expansão da solução consensual.

Nos “considerandos” dessa Resolução, demonstra-se o comprometimento do Estado brasileiro com o “tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses”, o entendimento de que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal”<sup>67</sup>, também “implica acesso à ordem jurídica justa”, sendo “imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento” da mediação e da conciliação<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> OLIVEIRA, M.; PONTES, M. V. L.; PELAJO, S. Regulamentos da Mediação: Fundamentos Jurídicos. *In*: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 3. ed. rev. atual e ampl., Salvador: JusPodivm, 2021. p. 317; FINS, I. V.; JARDINS, M. G. C. de M.; PELAJO, S. A Cultura do Diálogo e o Exercício Compartilhado da Responsabilidade Parental. *In*: BARBOSA, A.; BERTIPAGLIA, G. **Tratamento Adequado dos Conflitos**. Vol. 1. São Paulo: Lumens Iuris, 2020. p. 201 e 217.

<sup>65</sup> A Convenção de Singapura foi assinada pelo Brasil em 4 de junho de 2021 e precisa de ratificação no Congresso Nacional para produzir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o assunto, confira-se notícia veiculada no sítio eletrônico do Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/junho/brasil-assina-a-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-internacional>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>66</sup> BRANDÃO, B. B.; BACAL, E. B.; FIGUEIREDO, M. R. S. Artigos 1 a 3 - Disposições Gerais - Das Disposições Gerais sobre a Mediação de Conflitos na Lei nº 14.140/2015. *In*: PELAJO, S.; FIGUEIREDO, M. R. S.; NETTO, F. G. de M.; LIMA E SOUZA, E. **Comentários à Lei de Mediação**: estudos em homenagem aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB-RJ. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 32.

<sup>67</sup> Art. 5º, XXXV, da CRFB: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>68</sup> A seguir, leia-se os considerandos da Resolução CNJ: “CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”; “CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário

Nessa linha, o CPC estabelece, no art. 3º, § 2º, que cabe ao Estado promover, “sempre que possível, a solução pacífica dos conflitos” e, no § 3º, reforça que a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual devem ser estimulados por todos os agentes públicos (e.g., juízes, advogados, defensores públicos etc.)<sup>69</sup>.

Não por outro motivo, no capítulo III da Carta Magna, o mediador é elencado como auxiliar da justiça (art. 149 do CPC<sup>70</sup>) e a União, assim como as suas subdivisões políticas (Estados e Distrito Federal), além dos Municípios, ficam encarregados de criar câmaras de mediação e conciliação para (i) “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública”; (ii) “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública”; e (iii) “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta” (*caput* e incisos I a III do art. 174 do CPC<sup>71</sup>).

A Lei de Mediação, em seu art. 1º, já deixa clara a possibilidade de utilização da autocomposição “de conflitos no âmbito da administração pública”<sup>72</sup>. Dedicada, para

---

estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”; “CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais”. Tanto é assim que, no 6º considerando, expõe-se que: [...] a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

<sup>69</sup> Art. 3º, §2º, do CPC: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; art. 3º, §3º, do CPC: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>70</sup> Art. 149 do CPC: “são auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias”.

<sup>71</sup> Art. 174, incisos I a III do CPC: “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

<sup>72</sup> Art. 1º da LMed: “esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jun. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.



tal finalidade, um capítulo completo para a composição amigável de disputas em que for parte pessoa jurídica de direito público. Para além de reforçar a possibilidade de câmaras de prevenção e solução de conflitos dessa seara, nos termos do que dispõe o art. 174 do CPC, conforme o arts. 32 e 33 da LMed<sup>73</sup>, estabelecem-se regras para o funcionamento da solução negociada com a Administração Pública direta, suas autarquias e fundações.

O Art. 35 da LMed prevê a transação por adesão, caracterizada pela atuação “conciliatória” da Administração Pública<sup>74</sup>, que pode ser utilizada para reduzir o volume de processos, quando se trata de matéria pacificada nos tribunais superiores<sup>75</sup>.

Além disso, por meio do art. 36, a LMed delega à Advocacia-Geral da União (AGU) a realização da “composição extrajudicial” de “conflitos que envolvam

---

<sup>73</sup> Art. 32 da LMed: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”. Art. 33 da LMed: “Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei”.

<sup>74</sup> EL-JACK, D.; RODRIGUES, J.; ROSA, S. Artigos 35 a 40 - Dos Conflitos envolvendo a Administração Pública Direta e suas Autarquias e Fundações. *In*: PELAJO, S.; FIGUEIREDO, M. R. S.; NETTO, F. G. de M.; LIMA E SOUZA, E. **Comentários à Lei de Mediação**: estudos em homenagem Aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB-RJ. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 280.

<sup>75</sup> Art. 35, §1º da LMed: “os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria”; Art. 35, §2º da LMed: “ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa”; Art. 35, §3º da LMed: “a resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia”; Art. 35, §4º da LMed: “a adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa”; Art. 35, §5º da LMed: “se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa”; Art. 35, §6º da LMed: “a formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão”.

controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal”<sup>76</sup> <sup>77</sup><sub>OBJ</sub> <sup>78</sup><sub>OBJ</sub>.

Atente-se para o fato de que eventual solução amigável não afasta a apuração de responsabilidade do agente público, conforme os ditames do § 3º do art. 36 da LMed.

Por fim, o art. 43 da LMed autoriza órgãos e entidades da Administração Pública a criarem câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades reguladas ou supervisionadas por tais órgãos ou entidades<sup>79</sup>.

Cumpra mencionar, ainda, diversas outras leis que, apesar de não comporem os “pilares” normativos da autocomposição no país, mostram-se relevantes para o tema em tela, dado que se aplicam para disputas com a Administração Pública<sup>80</sup>.

No plano das licitações e dos contratos administrativos, a nova lei, *i.e.*, Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), prevê, diferentemente da sua antecessora, expressamente os meios alternativos de resolução de controvérsias, dedicando um capítulo específico para tanto.

Nesse sentido, o art. 151, de forma não exaustiva, menciona explicitamente a conciliação e a mediação como forma de solução de disputas<sup>81</sup>. Em complementação, o inciso II do art. 138 ainda prevê que a extinção do contrato administrativo pode ser “consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação”, “desde que

<sup>76</sup> Os §§2º e 4º da art. 36 da LMed evidenciam a existência de outras entidades no procedimento de autocomposição, como o envolvimento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Ministério do Planejamento e Orçamento - MPO) na quitação de dívidas reconhecidas em favor da União (§2º) ou da exigência de anuência expressa do juiz da causa (ou Ministro Relator) nos casos em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do TCU (§4º).

<sup>77</sup> Art. 36 da LMed: “no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União”.

<sup>78</sup> Art. 37 da LMed: “é facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito”.

<sup>79</sup> Art. 43 da LMed: “os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas”.

<sup>80</sup> Menciona-se, também, o art. 26 da LINDB, tratado no Capítulo 3 deste estudo.

<sup>81</sup> Art. 158 da Lei nº 14.133 de 2021: “nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília: 01 abr. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

haja interesse da Administração”<sup>82</sup>. Ademais, consoante o art. 153, os contratos administrativos podem ser aditados para prever os meios alternativos de resolução de controvérsias, não precisando necessariamente prever *ab initio* essa forma de solução de disputas<sup>83</sup>.

Ademais, existe um projeto de lei (PL nº 2.481/2022<sup>84</sup>), tramitando no Senado Federal, que almeja reformar a Lei nº 9.784/1999. O projeto propõe a adição de um capítulo chamado "Da Consensualidade e dos Métodos Alternativos para Solução de Conflitos", que inclui o uso de mediação, negociação, comitê de resolução de disputas e arbitragem nos processos administrativos (art. 68-F)<sup>85</sup>.

Percebe-se, com o exame das normas supramencionadas, que a solução consensual de conflitos com a Administração Pública teve especial atenção no ordenamento jurídico brasileiro após o advento da CRFB. O Brasil passa, cada vez mais, a contemplar o consenso como forma de gerenciar, prevenir e resolver disputas envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública.

#### **4.2. Limites objetivos e subjetivos da autocomposição com a Administração Pública**

Nos termos do art. 3º da LMed, “[p]ode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”<sup>86</sup>. Nota-se que a amplitude dos temas que podem ser levados para a mediação é maior do que as matérias que podem ser solucionadas por arbitragem,

---

<sup>82</sup> Art. 138, II da Lei nº 14.133 de 2021: “a extinção do contrato poderá ser: [...] II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração”.

<sup>83</sup> Art. 153 da Lei nº 14.133 de 2021: “os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”.

<sup>84</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 2481 de 2022**. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9199165&ts=1686866399530&disposition=inline&\\_gl=1\\*\\_unjvml\\*\\_ga\\*MTk4NDI4NTQuMTY5MDM4MDk4Mg..\\*\\_ga\\_CW3ZH25XMK\\*MTY5MTM4NjY0MC4yLjEuMTY5MTM4NjY5Mi4wLjAuMA](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9199165&ts=1686866399530&disposition=inline&_gl=1*_unjvml*_ga*MTk4NDI4NTQuMTY5MDM4MDk4Mg..*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MTM4NjY0MC4yLjEuMTY5MTM4NjY5Mi4wLjAuMA). Acesso em: 3 ago. 2023.

<sup>85</sup> Art. 68-F do PL nº 2481 de 2022: “no âmbito dos processos administrativos e desde que haja concordância dos interessados, a Administração poderá se utilizar da mediação, da negociação, do comitê de resolução de disputas e da arbitragem, observada a legislação específica”.

<sup>86</sup> Art. 3º da LMed: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

que fica limitada aos “direitos patrimoniais disponíveis”, conforme o art. 1º da Lei de Arbitragem<sup>87</sup>.

Para além de permitir acordos sobre direitos disponíveis (sem limitação patrimonial), a LMed inclui os direitos indisponíveis que admitam transação. Em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro<sup>88</sup>, o intérprete pode valer-se do conceito de transação contido no Código Civil (CC) (arts. 840 e ss.)<sup>89</sup>.

Contudo, embora o CC/2002 tenha rompido com a essência marcadamente individualista do CC/1916, introduzindo na legislação conceitos como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, no que tange à transação, manteve uma concepção privatista e centrada no indivíduo<sup>90</sup>. Segundo o art. 841 do CC<sup>91</sup>, admite-se transação “[s]ó quanto a direitos patrimoniais de caráter privado”<sup>92</sup>.

A LMed, portanto, inova e permite que a solução consensual de disputas também inclua direitos indisponíveis, desde que sejam transacionáveis. Assim sendo, cabe à doutrina delimitar o objeto da mediação, contido no art. 3º da LMed.

Sobre o assunto, aponta-se uma gradativa redefinição das categorias de “direito indisponíveis” e “direitos indisponíveis passíveis de transação” para dar lugar à discussão entre “direitos transacionáveis” e “direitos não transacionáveis”, como forma de melhor delimitar os casos que podem ser levados para a mediação<sup>93</sup>.

<sup>87</sup> Art. 1º da Lei de Arbitragem: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 set. 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>88</sup> “Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto” (MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 115).

<sup>89</sup> BRANDÃO; BACAL; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, nota 66, p. 47.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>91</sup> Art. 841 do CC: “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>92</sup> “[...] o objeto da transação é restrito aos direitos patrimoniais disponíveis de caráter privado (Código Civil, art. 841). Não podem as partes transigir quanto aos direitos não-patrimoniais, como os de família puros (legitimidade de filho, validade de casamento, pátrio-poder, regime de bens no casamento, direito a alimentos). Não podem ser objeto de transação questões que envolvam matéria de ordem pública, nem direitos de que os transatores não podem dispor, entre as quais as coisas fora do comércio” (PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil Vol. III: Contratos**. 11. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003. p. 508).

<sup>93</sup> “Se os direitos indisponíveis podem ser alienados e apropriados, visto que eles possuem um notável componente patrimonial, os direitos indisponíveis transacionáveis, ao seu lado, constituem uma categoria híbrida, contendo nuances específicas e sem comparação no universo jurídico, uma vez que propõem um novo paradigma, em vista da até então inconciliável inter-relação entre “direitos indisponíveis” e “direitos transacionáveis”” (BRANDÃO; BACAL; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, nota 66, p. 49-50).

No âmbito da resolução de conflitos com a Administração Pública, cumpre atentar ao conceito de interesse público, que possui direta vinculação com a indisponibilidade de direitos<sup>94</sup>.

O interesse público divide-se em interesse público primário (interesse coletivo geral “resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade”<sup>95</sup>) e interesse público secundário (referente aos interesses patrimoniais da Administração Pública — ainda que, em última análise, devam atingir o interesse maior da <sup>96</sup>[OBJ]).

Nesse contexto, conflitos relacionados ao interesse público secundário podem ser solucionados por meio de procedimentos de mediação (trata-se de matéria de direito indisponível, porém transacionável). Nas palavras de Caio Tácito:

[...] não há por que obstar o benefício da transação quando a natureza da obrigação de conteúdo mercantil, a ser cumprida pelo órgão público, possibilita que o acordo de vontade, fruto do vínculo bilateral, possa igualmente suceder o procedimento amigável como dirimente de eventual discrepância no entendimento da latitude da obrigação do administrador<sup>97</sup>.

Bárbara Bueno, Eduardo Braga e Marcela Figueiredo mencionam, a título de exemplo, a desapropriação de um terreno pelo Poder Público para a construção de um hospital. Trata-se de um ato que está atrelado ao interesse público primário, pois o ato jurídico visa atingir diretamente a sociedade. Por outro lado, quando a Administração Pública celebra contratos com particulares para a aquisição de bens que possam ser utilizados no hospital, embora indiretamente conectado ao interesse da coletividade, a celebração do contrato reveste-se de indistinguível aspecto patrimonial, destinado a satisfazer interesse imediato do Poder Público, conforme o interesse público secundário<sup>98</sup>.

Esse entendimento foi posteriormente ratificado pelo legislador por meio da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, permitindo expressamente a

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> GRAU, E. R. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002. p. 56.

<sup>96</sup> BRANDÃO; BACAL; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, nota 66, p. 50-51.

<sup>97</sup> TÁCITO, C. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, out./dez., 1997. p. 155.

<sup>98</sup> BRANDÃO; BACAL; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, nota 66, p. 51.

utilização da conciliação e da mediação para resolução de controvérsias relativas a contratos administrativos<sup>99</sup>.

Destaca-se que eventuais preocupações de que a solução negociada seja utilizada indevidamente pela Administração Pública podem ser afastadas à luz do art. 3º, § 2º da LMed. O dispositivo prevê que quaisquer acordos negociados cujo objeto seja direito indisponível transacionável tenha de ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público<sup>100</sup>.

No que tange ao limite subjetivo da mediação (*i.e.*, quem pode participar do procedimento), cumpre especial atenção ao previsto no art. 1º da LMed, que prevê a utilização desse meio consensual de solução de “controvérsias entre particulares”, bem como para “conflitos no âmbito da administração pública”<sup>101</sup>.

O supracitado art. 35 complementa os contornos subjetivos delineados pelo art. 1º da LMed, estabelecendo que podem solucionar conflitos por transação de adesão “a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações”<sup>102</sup>.

Nota-se que, assim como empresas públicas e sociedades de economia mista, os Estados, Distrito Federal e Municípios, além de suas autarquias e fundações,

---

<sup>99</sup> Art. 151 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos: “nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

<sup>100</sup> Como bem notam Diogo Rezende, Fernanda Pantoja, Juliana Loss: “o que se visa proteger é que direitos de natureza mista ou que impliquem a proteção de um interesse público não sejam regidos por uma ordem negociada. Entretanto, a questão que se põe é sobre a necessidade de certas limitações quando há a atuação - ainda que como controle ou fiscalização - da Magistratura e do Ministério Público. Veja-se que, quando a mediação é realizada pelo próprio Estado e velada por essas duas instituições por meio de pareceres e da análise homologatória, os receios do legislador não deveriam ser idênticos às negociações realizadas fora dos entes estatais” (REZENDE, D. A.; PANTOJA, F. M.; ANDRADE, J. L. Capítulo 2: Fundamentos. *In*: HALE, D.; PINHO, H. D. B. de; CABRAL, T. N. X. (org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 82.

<sup>101</sup> Art. 1º da LMed: “esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

<sup>102</sup> Art. 35 da LMed: “as controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República”.

também podem submeter litígios à AGU para composição extrajudicial do conflito, conforme art. 37 da LMed<sup>103</sup>.

De igual modo, autoriza-se à Administração Pública direta, a suas autarquias e fundações utilizar mecanismos consensuais de solução de conflitos (como conciliação e mediação) nas disputas oriundas das contratações regidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nos termos do art. 151.

### 4.3. A prevenção e a resolução de conflitos

Após o estudo do panorama normativo e do escopo subjetivo e objetivo da autocomposição, torna-se imprescindível analisar a prevenção e a solução de conflitos com a Administração Pública. De acordo com Kazuo Watanabe e Humberto Dalla Pinho, para além do crescimento no número de dissensos<sup>104</sup>, as disputas assumiram uma dimensão hiper complexa, afetando a sociedade, as atividades econômicas, assim como os cidadãos. Segundo os autores, a intensificação de conflitos traz consequências alarmantes, dado que muitos desses são de caráter coletivo<sup>105</sup>.

À luz das transformações normativas apresentadas, observa-se a consensualidade no centro da linha evolutiva da Administração Pública, como forma de prevenir e resolver conflitos, ainda mais os de alta complexidade<sup>106</sup>. Nesse cenário, a prevenção assume uma dimensão de significativa relevância. O objetivo é identificar

---

<sup>103</sup> Art. 37 da LMed: “é facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito”.

<sup>104</sup> O relatório elaborado pelo CNJ chamado “Justiça em Números 2022” aponta que o “Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 15,3 milhões, ou seja, 19,8%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2021, existiam 62 milhões de ações judiciais [...]”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

<sup>105</sup> WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 132 *apud* PINHO, H. D. **Jurisdição e Pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2017. p. 96.

<sup>106</sup> BARBOSA, C. das N; FILHO, M. da S. F. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017. Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo4.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2023.

potenciais conflitos e/ou falhas em estágios iniciais, antes que adquiram maior intensidade e se transformem em dissensos prolongados.

A implementação de mecanismos preventivos, como a inclusão de cláusulas de mediação ou de conciliação em contratos administrativos, conforme art. 151 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, emerge como uma sólida iniciativa. A inserção dessas cláusulas antecipa possíveis impasses, assim como promove uma cultura de composição amigável de disputas com a Administração Pública, erigindo uma plataforma que valoriza relações contratuais pacíficas.

As ações dos órgãos de controle externo, especialmente o TCU, no sentido de priorizar medidas preventivas e de mitigar litígios, alinham-se ao disposto no artigo 13, § 1º do Decreto nº 9.830/2019 (Regulamento da LINDB), que prevê que “a atuação dos órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”<sup>107</sup>. Essa abordagem proativa, fundamentada em uma visão prospectiva, reflete o compromisso inquestionável desses órgãos com a eficácia, a eficiência e a probidade na Administração Pública.

A solução de conflitos, por seu turno, ocorre após a eclosão da divergência ou irregularidade. Nessa situação, busca-se possibilitar às partes interessadas formas de monitorar e regular o cumprimento do contrato, com o propósito de eliminar de forma definitiva a situação conflituosa e proporcionar segurança jurídica aos órgãos e agentes públicos. Ressalta-se que a busca pela consensualidade, seja antes ou após o desenvolvimento da divergência, não deve ser interpretada como impunidade ou negligência na fiscalização dos órgãos de controle.

Nesse sentido, Juliana de Palma destaca a relevância da harmonização das vontades para um cumprimento espontâneo do acordo<sup>108</sup>. Ao mesmo tempo, a garantia de responsabilização em caso de descumprimento é essencial, a fim de manter a credibilidade do processo e a confiança na Administração Pública.

---

<sup>107</sup> Art. 13 do Regulamento da LINDB: “a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas. § 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”. BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 6 ago. 2023.

<sup>108</sup> PALMA, J. B. de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao\\_Juliana\\_Bonacorsi\\_de\\_Palma.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf). Acesso em: 04 ago. 2023.



Nessa conjuntura, enfatiza-se, o notável papel ostentado pelos ASS, TAC e TAG na formalização dos acordos, os quais serão desenvolvidos no subcapítulo a seguir, sendo o TAG o elemento de destaque.

#### 4.3.1. Abordagens alternativas à imposição de sanção: ASS, TAC e TAG na Administração Pública

O ASS, o TAC e o TAG constituem ferramentas alternativas à imposição de sanção<sup>109</sup>, amplamente utilizadas no contexto administrativo, delineando um afastamento do paradigma de controle-sanção historicamente associado à imperatividade do Poder Público. Têm estreita vinculação com a abordagem da "gestão concertada", conceito que encontrou uma afinidade particular no contexto econômico da Administração Pública<sup>110</sup>. Confirma-se a perspectiva apresentada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández acerca da expressão:

[...] a Administração renunciaria a fazer valer imperativa e unilateralmente seus poderes e se ajustaria a acordar com os particulares destinatários a aplicação concertada destes, ganhando, ao contrário, uma colaboração ativa dos administrados mais benéfica (não apenas na esfera social, mas também na da simples eficácia) que a passiva e resignada, quando não esquivada ou evasiva, submissão<sup>111</sup>.

Nessa toada, encontra-se o ASS, fundado no art. 17 da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Essa previsão faculta à Administração Pública a prerrogativa de celebrar acordos com pessoas jurídicas que tenham sido responsáveis pelas condutas ilícitas previstas na Lei nº 8.666/1993 (também na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos — Lei nº 14.133/2021), praticadas durante a execução de contratos administrativos.

---

<sup>109</sup> Consoante ao entendimento de Juliana Bonacorsi de Palma, os acordos no âmbito administrativo emergem como vias alternativas diante das sanções administrativas convencionalmente aplicadas, desdobrando-se em duas vertentes distintas: os substitutivos e os integrativos. Os substitutivos denotam pactos bilaterais emergentes da convergência de vontades, objetivando a substituição de eventuais decisões imperativas/unilaterais por parte da Administração Pública. Os integrativos, por seu turno, definem-se pela delimitação, por meio de negociação, do exercício da prerrogativa imperativa por parte da Administração Pública. Nesse contexto, a prerrogativa estatal não é ignorada, mas, sim, moldada por acordos celebrados entre a Administração e os administrados. O objetivo é estabelecer os parâmetros para o exercício da autoridade estatal. (PALMA. *Op. Cit.*, nota 108, p. 190-197).

<sup>110</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.-R. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: José Alberto Froes Cal. Vol. 1. São Paulo: RT, 2014. p. 671.

<sup>111</sup> *Ibid.*

O propósito do ASS reside na viabilização da dispensa ou mitigação das sanções administrativas dispostas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993<sup>112</sup>. As medidas disciplinares previstas nos dispositivos seriam originalmente impostas como resultado de possíveis infrações contratuais, contudo, por meio do emprego do ASS, alternativas manifestam-se como tangíveis e plausíveis<sup>113</sup>.

Cabem aos órgãos de controle, nesse cenário, instigar a Administração Pública a realizar os ajustes necessários para que não se chegue às sanções. A intenção da norma é a de substituir uma medida extrema, como a possível rescisão contratual, por uma abordagem de cunho amigável, que proporciona espaço para flexibilidade, criação de alternativas de menor impacto e a manutenção da relação em curso<sup>114</sup>.

Os compromissos de ajustamento, por sua vez, foram concebidos no ordenamento jurídico por intermédio do TAC, um mecanismo que objetiva acordar a correção “extrajudicial e/ou judicial de vícios detectados ou interpretações jurídicas conflitantes no exercício da atividade administrativa a fim de evitar sua ocorrência ou continuidade”<sup>115</sup>.

A categorização do compromisso de ajustamento ocorre em três distintas modalidades: (i) transação bilateral, considerado um negócio jurídico; (ii) acordo unilateral, tratado como um ato jurídico de natureza unilateral; e (iii) ato administrativo,

---

<sup>112</sup> Art. 86 da Lei nº 8.666/1993: “o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Art. 87 da Lei nº 8.666/1993: “Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”. Art. 88 da Lei nº 8.666/1993: “As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>113</sup> FERRAZ, L. **Controle e Consensualidade**: fundamentos para controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e acordos afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 226.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 214-215.

enquadrado como contrato administrativo, no qual o órgão público busca preservar ou reparar direitos coletivos prejudicados<sup>116</sup>.

As duas primeiras classificações representam ideias opostas de bilateralidade (com concessões mútuas) e unilateralidade (sem margem de liberdade para o compromissário). No caso do acordo unilateral, as obrigações são exigíveis apenas para o compromissário. Por fim, ao tratar do compromisso de ajustamento como contrato administrativo, concede-se ao órgão público maior ou menor discricionariedade na estipulação das cláusulas<sup>117</sup>.

A posição predominante na doutrina classifica o TAC como uma transação bilateral<sup>118</sup>, estabelecendo sua conexão com a tutela coletiva. Sua introdução ao direito brasileiro deu-se por meio do art. 211 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA)<sup>119</sup>. Posteriormente, houve a sua adição ao art. 113, § 6º da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor — CDC), que, por sua vez, foi responsável por introduzir o compromisso no art. 5º, § 6º, na Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública — LACP)<sup>120</sup>.

A LACP autoriza os órgãos a “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta”<sup>121</sup>, o qual, sob a forma de TAC, configura-se como um acordo investido da natureza de título executivo extrajudicial. Por meio desse instrumento, o responsável por danos a interesses difusos e coletivos compromete-se a alinhar sua conduta às leis, possibilitando a solução do conflito e/ou a correção da irregularidade<sup>122</sup>.

---

<sup>116</sup> DE MELLO, M. B. C. **Termo de Ajustamento de Gestão**: instrumento de composição no controle das despesas públicas. São Paulo: Editora Dialética, 2022. [Kindle], posição 873-876.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> RODRIGUES, G. de A. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 3. ed. 2011. p. 131.

<sup>119</sup> Art. 211. do ECA: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.” BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>120</sup> Art. 5, § 6º da LACP: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jul. 1985. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> VIGLIAR, J. M. M. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas. 1997. p. 88-92. *apud* MARTINS JUNIOR, W. P. **Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta**. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 3, n. 8, 2019. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/147>. Acesso em: 1 ago. 2023.

Outra importante ferramenta de compromisso de ajustamento, derivada do TAC, surgida também no âmago da "gestão concertada", é o TAG. Os Tribunais de Contas brasileiros foram pioneiros ao usar o vocábulo "gestão" em seus acordos para controlar despesas públicas<sup>123</sup> — acordos estes inicialmente chamados de Termo de Ajustamento de Conduta dos Tribunais de Contas (TACTC), mas que logo passaram a ser identificados como Termo de Ajustamento de Gestão (TAG<sup>124</sup><sub>[OBJ]</sub>).

Com previsão em diversas leis orgânicas dos Tribunais de Contas estaduais, no art. 26 da Lei nº 13.655/2018<sup>125</sup> e na LINDB, o mecanismo visa promover uma Administração Pública participativa, que estimula boas práticas entre os jurisdicionados, ao passo que mantém sua função motriz de fiscalização e controle.

O objetivo principal do TAG é o de retificar deficiências identificadas durante o processo fiscalizatório. A aplicação do recurso, especialmente no controle externo, é embasada, sobretudo, na disposição do art. 71, inciso IX, da CRFB<sup>126</sup>. Busca-se regularizar atos ou procedimentos de forma voluntária, promovendo conformidade na gestão de recursos públicos. O TAG é um título executivo extrajudicial, conferindo ao

<sup>123</sup> Durante o “Seminário: Temas Relevantes de Improbidade Administrativa” realizado pela Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) no dia 15 de maio de 2023, o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirmou que “[...] essa Corte de Contas (TCE-RJ) que é pioneira no Brasil nessa figura do Termo de Ajuste de Gestão (TAG)”. **SEMINÁRIO: temas relevantes de Improbidade Administrativa.** Rio de Janeiro: School of Accounts and Management of the TCE-RJ, 2023. Vídeo (2 h 42 min. 06 seg.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GQUdnAn7SBw>. Acesso em: 3 ago. 2023. Nesse sentido, o TCE-RJ, por exemplo, na Deliberação nº 329/21 (DORJ 19.10.2021) acrescentou o art. 51-B no seu Regimento Interno para conceituar o TAG : “considera-se Termo de Ajustamento de Gestão o instrumento de controle vocacionado à adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à fiscalização do Tribunal, mediante a fixação de prazo razoável para que o responsável adote providências ao exato cumprimento da lei, dos princípios que regem a administração pública e das decisões não definitivas emanadas deste Tribunal”. BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. **Regimento Interno atualizado pela Deliberação nº 331, de 28 de dezembro de 2021.** Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/cadastro-publicacoes/public/deliberacoes>. Acesso em: 3 ago. 2023.

<sup>124</sup> FERRAZ. *Op. Cit.*, nota 113, p. 227.

<sup>125</sup> BRASIL. Lei nº 13.655/2018. Art. 26: “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.” BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>126</sup> O art. 71, inciso IX, da CRFB autoriza a outorga de poderes ao Tribunal de Contas para estabelecer prazos ao controlado, impondo-lhe a obrigação de corrigir a irregularidade, mesmo que tais prazos sejam delineados a partir de um acordo entre as partes envolvidas. Artigo 71 da CRFB: “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; [...]”.

órgão de controle a possibilidade de executar judicialmente o gestor público ou a entidade, caso ocorra inadimplência das obrigações assumidas.

Quanto à sua natureza jurídica, o TAG se reveste de formato híbrido<sup>127</sup>. Trata-se de um instrumento com elementos de direito público, bem como de direito privado. Percebem-se características de direito público, na medida em que é utilizado para buscar o cumprimento da legalidade, eficiência e eficácia na Administração Pública e ainda para corrigir erros. Por outro lado, apresenta também traços do direito privado, assemelhando-se a um contrato *interpartes*.

Constata-se, assim, que a adoção do ASS, do TAC e, principalmente, do TAG tem caráter único e possibilita aos gestores públicos tratar de forma eficaz problemas identificados, evitando a instauração de processos administrativos unilaterais e onerosos para a Administração Pública.

#### 4.3.1.1. *Controle externo concomitante e o TAG nos Tribunais de Contas brasileiros*

Em linha com a adoção do ASS, TAC e TAG, em 2014, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) emitiu a Resolução nº 02, acompanhada de Anexo Único, em que traz novas diretrizes e orientações sobre o controle externo concomitante, com referência explícita ao TAG.

Numa percepção preventiva e célere de resposta às demandas da sociedade, buscava-se, por meio dessas diretrizes, estimular os Tribunais de Contas brasileiros a darem prioridade à atuação concomitante<sup>128</sup>, o que até 2013 não era uma realidade.

Nos termos das diretrizes, o controle externo concomitante deve ser adotado como instrumento de efetividade das atribuições dos Tribunais de Contas. Igualmente, deve ser também “preventivo e pedagógico no sentido de prevenir falhas e promover correções dos atos e procedimentos, sem, porém, configurar a prestação de

---

<sup>127</sup> DE MELLO. *Op. Cit.*, nota 116, p. 877.

<sup>128</sup> Uma das diretrizes trazidas no Anexo Único é a efetivação do controle externo concomitante no ano da competência dos atos analisados. BRASIL. **Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil**. Anexo Único da Resolução nº 02, de agosto de 2014 da ATRICON. p. 10. Disponível em: [https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ANEXOUNICO\\_RESOLUCAOATRICON\\_02.pdf](https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ANEXOUNICO_RESOLUCAOATRICON_02.pdf). Acesso em: 3 ago. 2023. Cumpre explicar o conceito de controle concomitante: “todo aquele que fiscaliza de forma tempestiva a realização de atos e/ou procedimentos, no curso de sua formação e execução, para verificar a sua compatibilidade constitucional e legal, tendo como resultados: alertas, medidas cautelares, recomendações, determinações, termos de ajustamento de gestão e sanções, entre outros, diante de fatos que possam comprometer a boa gestão” (*Ibid.*, p. 4).

consultoria”, ao mesmo tempo em que deve respeitar o poder discricionário da Administração<sup>129</sup>, entre outras características.

Além dos instrumentos do controle externo concomitante<sup>130</sup>, os resultados são: os alertas, as medidas cautelares<sup>131</sup>, as recomendações, as determinações, os termos de ajustamento de gestão e as sanções aos jurisdicionados<sup>132</sup>.

Em relação ao TAG, o Anexo Único destaca ainda o objetivo da sua regulamentação: “dar regularidade à execução de atos administrativos de execução continuada e que se encontrem com irregularidades passíveis de correção [...]”<sup>133</sup>.

Com efeito, o emprego do TAG está alinhado à tendência de resolução alternativa de controvérsias, capitaneada no Brasil pela mediação e conciliação, no sentido de proporcionar às partes uma via autocompositiva em disputas e/ou em situações de irregularidade<sup>134</sup>.

Relevante menção deve ser conferida, em sequência, à notável contribuição da Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal, iniciativa de primordial importância no panorama da consensualidade com o Poder Público.

#### 4.4. Câmara de mediação e conciliação da Administração Pública Federal

---

<sup>129</sup> “Prática de atos administrativos, incluindo a liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência e oportunidade, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e economicidade” (*Ibid.* p. 5-6). Em relação a esse tema, ver o capítulo 3 do presente artigo que trata dessa questão de uma forma mais geral. “Como (i) não constituir condição de validade de ato; (ii) ter por objeto de análise atos e procedimentos já formalizados ou validados pelos responsáveis relacionados à instituição; (iii) arrecadação e renúncia das receitas; e (iv) respeitar o direito ao contraditório e à ampla defesa. Além de ter mecanismos de controle regulamentados, análise de denúncias e representações” (*Ibid.*, p. 5-7).

<sup>130</sup> Eles podem ser elencados, sem ser de forma exaustiva, como a auditoria, a inspeção, a diligência, o exame de editais e atos sujeitos a registro e o acompanhamento. *Ibid.*, p. 7.

<sup>131</sup> “Medida Cautelar Antecipatória – medida processual proferida antes do provimento final, adotada em caso de fundado risco de consumação, reiteração ou continuação de lesão ao erário ou de grave irregularidade, bem como de ineficácia de futura decisão de mérito do Tribunal de Contas” (*Ibid.*, p. 5).

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>134</sup> Esses mecanismos, contudo, não se confundem. A título de exemplo, enquanto o TAG opera como uma transação bilateral, inerente a uma negociação direta entre as partes envolvidas, a mediação e a conciliação emergem como processos de negociação que se beneficiam da tutela de um terceiro. Esse terceiro pode variar em sua imparcialidade e independência: ou assume o papel de mediador, resguardando a neutralidade na mediação, ou pode não estar estritamente isento de influências, como é perceptível na conciliação, entretanto, essa presença continua a ser uma forma de facilitação externa. (BRAGA NETO, A. **A mediação e a Administração Pública**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23274>. Acesso em: 4 ago. 2023).

A Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF) foi instituída em 2007 pelo Ato Regimental nº 5, cuja regulamentação deu-se pela Portaria da AGU nº 1.281 de 2007<sup>135</sup>.

A CCAF foi concebida com base no fundamento normativo do art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 73 de 1993, que diz que é atribuição da AGU “prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos e entidades da Administração Federal”, combinado com o art. 40 da referida lei, que determina a vinculação da Administração Pública, após a aprovação pela Presidência da República<sup>136</sup>.

Segundo a doutrina, o principal objetivo da criação da CCAF foi o de prevenir litígios entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, posteriormente estendida a competência para conflitos com a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal, conforme a Portaria da AGU nº 1.099 de 2008<sup>137</sup>.

Importante destacar que a LMed, ao tratar da criação de câmaras de conciliação e mediação, amplia o âmbito da competência da CCAF, autorizando que o objeto da lide compreenda questões jurídicas, políticas e de cunho técnico<sup>138</sup>.

No que se refere à conciliação, segundo a Ordem de Serviço nº 1, de 15 de março de 2019, apenas a questão controvertida de “interesse local” e que “não tiver repercussão nacional” (*i.e.*, quando a questão extrapolar os limites locais) será admitida pela CCAF. Nos demais casos, o conflito será administrado pelas “Câmaras Locais de Conciliação”<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Em 25 de janeiro de 2021, a CCAF, por meio do Decreto nº 10.608, passa a se chamar Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Federal. Por fim, em 14 de março de 2022, modifica-se o nome para o atual: Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal.

<sup>136</sup> Art. 4º, XI da Lei Complementar nº 73 de 1993 da AGU: “São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos e entidades da Administração Federal”. BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 fev. 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm). Acesso em: 03 ago. 2023. Art. 40 da Lei Complementar nº 73 de 1993 da AGU: “os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”.

<sup>137</sup> ASSED, A.; SANTANNA, A. C. S.; CARNEIRO, M. Artigos 32 a 34 - Da Autocomposição em que for Parte Pessoa Jurídica de Direito Público (Disposições Comuns). In: PELAJO, S.; FIGUEIREDO, M. R. S.; NETTO, F. G. de M.; LIMA E SOUZA, E. **Comentários à Lei de Mediação**: estudos em Homenagem aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB-RJ. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 251.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 251-252.

<sup>139</sup> Arts. 1º e 2º da Ordem de Serviço nº 1, de 15 de março de 2019: “Art. 1º O juízo de admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito das Câmaras Locais de Conciliação, será exercido por seus respectivos Coordenadores, quando a questão controvertida for de

As aludidas Câmaras Locais de Conciliação, estabelecidas com fundamento no art. 32 da LMed, são de criação facultativa pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, havendo já alguns exemplos, como a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual do Estado de Goiás e a Câmara de Conciliação do Município de São Bernardo do Campo, ambos órgãos vinculados às respectivas procuradorias<sup>140</sup>.

Em relação à mediação, Adolfo Braga Neto entende que o papel desempenhado pelo CCAF se afasta, na prática, desse instituto (terceiro imparcial) e se aproxima mais de uma negociação assistida, já que a CCAF integra a Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior da AGU e conseqüentemente tem profissionais egressos da AGU, com atuações potencialmente parciais<sup>141</sup>.

Sobre o tema, menciona-se o exemplo da negociação assistida envolvendo a construção de uma ponte que liga dois municípios amazonenses, ocorrida em 2009. Nessa autocomposição, figuraram o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO), a Marinha, o Ministério dos Transportes (MT), o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), o Estado do Amazonas e a empresa responsável pela construção da ponte<sup>142</sup>.

---

interesse local e não tiver repercussão nacional”; “Art. 2º No caso de a questão controvertida extrapolar os limites locais, o processo deverá ser encaminhado à CCAF, à qual competirá exercer o juízo de admissibilidade”. “Ainda que na mediação não haja um dever-poder de decidir o conflito exercido por terceiro (como no caso da arbitragem e do processo judicial), o que exclui qualquer necessidade de o mediador demonstrar o seu livre convencimento e motivar suas manifestações, há uma relação entre as partes a ser regulada por garantias mínimas referentes à imparcialidade do terceiro, à voluntariedade das partes e à igualdade (substancial e não meramente formal) de oportunidades de participação no processo, representada pelo contraditório” (GABBAY, D. M. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31).

<sup>140</sup> A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual do Estado de Goiás foi criada pela Lei Complementar nº 144, de 24 de julho de 2018. BRASIL. **Lei Complementar nº 144, de 24 de julho de 2018**. Goiânia, 2018. Disponível em: [https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa\\_legislacao/101131/lei-complementar-144](https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/101131/lei-complementar-144). Acesso em: 6 ago. 2023. A Câmara de Conciliação do Município de São Bernardo do Campo foi criada pela Lei Municipal nº. 6.679, de 27 de junho de 2019. BRASIL. **Lei Municipal nº. 6.679, de 27 de junho de 2019**. São Bernardo do Campo, 2019. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-bernardo-do-campo/lei-ordinaria/2019/679/6791/lei-ordinaria-n-6791-2019-dispoe-sobre-a-alteracao-da-lei-municipal-n-6691-de-28-de-junho-de-2018-que-estabelece-normas-municipais-para-implementacao-da-arrecadacao-de-bens-vagos-e-da-outras-providencias>. Acesso em 6 ago. 2023.

<sup>141</sup> BRAGA NETO. *Op. Cit.*, nota 134, p. 196.

<sup>142</sup> O caso se refere à construção de uma ponte entre os municípios de Manaus e Iranduba que ocasionou o ajuizamento de uma ação por parte do Ministério Público Federal por descumprimento da legislação ambiental. *Ibid.*, p. 197.



A participação da CCAF foi fundamental para o acordo alcançado, segundo o qual a construtora repararia o dano ambiental causado e o Estado do Amazonas adotaria medidas de proteção do patrimônio arqueológico da região<sup>143</sup>.

Outro exemplo da autocomposição no seio da CCAF foi o acordo entre a Philips S.A. e sete hospitais, em que a empresa de tecnologia se comprometeu a fornecer aos hospitais tomógrafos para os seus pacientes, sem que houvesse necessidade de se buscar alguma decisão judicial<sup>144,145</sup> [OBJ].

## 5. IMPLEMENTAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A busca por maior eficiência da Administração Pública e, em especial, do sistema dedicado à prestação de contas, tem impulsionado a adoção de uma abordagem pacificadora. Nesse contexto, ressalta-se, inicialmente, o que vem sendo desenvolvido nas audiências de discussão e julgamento no Tribunal de Contas de Portugal e de que maneira isso influenciou os Tribunais de Contas brasileiros.

Ainda neste capítulo, exploram-se as novas técnicas adotadas pelo TCU, que visam contribuir significativamente para uma prestação de contas efetiva e um controle contínuo das ações administrativas e do uso adequado dos recursos públicos, resultando, assim, na plena efetividade do controle externo.

### 5.1. Breve relato da influência da experiência do Tribunal de Contas de Portugal

A ATRICON, por intermédio da Nota Recomendatória nº 02/2022 (NR)<sup>146</sup>, propôs que os Tribunais de Contas brasileiros adotassem instrumentos de solução

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 196-197.

<sup>144</sup> A sessão de autocomposição foi presidida pela conciliadora Ana Valéria e pela advogada da União Leticia Botelho Gois e teve a presença de 11 pessoas envolvidas no conflito. Sobre o assunto, confira-se notícia veiculada no sítio eletrônico do Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/acordo-inedito-celebrado-pela-agu-assegura-realizacao-de-exames-em-hospitais-publicos/398091649>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>145</sup> BRAGA NETO. *Op. Cit.*, nota 134, p. 197.

<sup>146</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Nota recomendatória da ATRICON nº 02, de 24 de agosto de 2022.** Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/FD/06/9A/DB/98C4681046756058F18818A8/Nota%20Recomendato>

consensual de conflitos, bem como aprimorassem essa prática em seus trâmites de controle externo.

Nessa NR, a ATRICON destacou a experiência do Tribunal de Contas de Portugal com as audiências de discussão e julgamento, previstas nos artigos 93, 93-A e 93-B da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>147</sup>, que evidenciam “a marca d’água processual da efetivação da responsabilidade por infrações financeiras”<sup>148</sup>.

De acordo com as alíneas c) e d) do nº 2 do artigo 93º-A da referida lei lusitana<sup>149</sup>, o juiz tem como atribuição principal buscar a verdade, ordenando o comparecimento de pessoas ou reprodução de declarações necessárias e legalmente admissíveis, além de garantir o contraditório.

Nos termos do artigo 93-B<sup>150</sup>, a audiência de discussão e julgamento é pública e contínua, sendo sujeita à interrupção e adiamento para além do mesmo dia somente em virtude de força maior ou absoluta necessidade. Nessas circunstâncias, sua retomada deve ocorrer dentro do período subsequente de até 30 dias, salvo nas situações previstas no parágrafo 3º do referido artigo.

Em 2022, o Presidente da ATRICON, Cezar Miola, durante encontro com o Presidente do Tribunal de Contas de Portugal, José Tavares, em Lisboa, salientou

---

ria%20Atricon%20n%2002-2022%20-%20Termos%20de%20Ajustamento%20de%20Gestao%20\_TAGs\_.pdf. Acesso em: 3 ago. 2023.

<sup>147</sup> PORTUGAL. **Lei nº 98 de 26 de agosto de 1997**. Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC). Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/TribunalContas/Publicacoes/ColetaneasLegislacao/Documents/LOPTC.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

<sup>148</sup> PORTUGAL. Tribunal de Contas de Portugal. **Acórdão nº 16/2022**. Plenário da 2ª Secção. p. 78. Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/2s/Documents/2022/ac016-2022-2s.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

<sup>149</sup> Artigo 93.º-A da LOPTC: “poderes do juiz e disciplina da audiência 1. O juiz goza de todos os poderes necessários para tornar útil e breve a discussão e para assegurar a justa decisão da causa. 2. Ao juiz compete, em especial: [...] c) Ordenar, pelos meios adequados, a comparência de quaisquer pessoas e a reprodução de quaisquer declarações legalmente admissíveis, sempre que o entender necessário à descoberta da verdade; d) Garantir o contraditório e impedir a formulação de perguntas legalmente inadmissíveis; [...]”.

<sup>150</sup> Artigo 93.º-B da LOPTC: “publicidade e continuidade da audiência 1. A audiência de discussão e julgamento é pública e contínua, só podendo ser interrompida por motivos de força maior ou absoluta necessidade. 2. Se não for possível concluir a audiência num dia, esta é suspensa e o juiz, mediante acordo das partes, marca a continuação para a data mais próxima. 3. Se a continuação não ocorrer dentro dos 30 dias imediatos, por impedimento do Tribunal ou dos mandatários em consequência de outro serviço judicial já marcado, deve o respetivo motivo ficar consignado em ata, identificando-se expressamente a diligência e o processo a que respeita. 4. Para efeitos do disposto no número anterior, não é considerado o período de férias judiciais, nem o período em que, por motivo estranho ao tribunal, os autos aguardem a realização de diligências de prova. 5. As pessoas que tenham sido ouvidas não podem ausentar-se sem autorização do juiz, que a não concede quando haja oposição de qualquer das partes”.

que as audiências de discussão e julgamento do órgão de controle português contam com a presença dos gestores responsáveis. Tal abordagem “amplia os mecanismos de defesa, permite o melhor esclarecimento dos fatos e a formação da convicção dos julgadores”<sup>151</sup>.

Essa abertura para o diálogo e a exposição direta aos envolvidos não só reforça a confiabilidade do processo, mas também demonstra um compromisso autêntico com a busca pela clareza, resultando em decisões mais sólidas e fundamentadas.

## **5.2. Iniciativa brasileira: a criação da SecexConsenso**

Neste capítulo, analisa-se a inovadora iniciativa de solução consensual idealizada pelo TCU. Para tanto, descreve-se a criação e o funcionamento da nova Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), concebida para administrar casos de solução consensual requeridos perante o TCU.

Em sequência, estuda-se o primeiro caso de solução consensual da SecexConsenso, descrevendo-se os fatos do caso, o andamento do procedimento e os termos do acordo. Ademais, tecem-se comentários sobre as consequências práticas e teóricas da autocomposição no meio fiscalizatório e administrativo.

Por fim, examina-se o instituto da solução consensual à luz (i) dos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos (MARCAs); e (ii) das ferramentas alternativas à imposição de sanção utilizadas no Direito Administrativo, como o ASS, o TAG e o TAC, a fim de definir e enquadrar a solução consensual do TCU no ordenamento jurídico brasileiro.

### **5.2.1. Análise descritiva da SecexConsenso**

---

<sup>151</sup> OLIVEIRA, Priscila. **Presidente da Atricon realiza visita técnica ao TC de Portugal**. 2 maio 2023. Disponível em: <https://atrimon.org.br/presidente-da-atrimon-realiza-visita-tecnica-ao-tc-de-portugal/>. Acesso em: 3 ago. 2023.

A Carta Magna dispõe, em seu artigo 70<sup>152</sup> c/c 71<sup>153</sup>, a função essencial do TCU de controle externo, a cargo do Congresso Nacional, para exercer a fiscalização financeira, contábil e orçamentária da União, de modo a evitar lesões ou danos ao erário.

Considerando o papel fiscalizatório do órgão, à luz dos 37<sup>154</sup> e 70 da CRFB, os princípios da eficiência<sup>155</sup> e da economicidade<sup>156</sup> figuram como verdadeiros vetores do controle das contas públicas pelos Tribunais de Contas, promovendo melhor aplicação dos recursos públicos e redução de desperdícios<sup>157</sup>.

Esse controle ocorre pelas vias preventiva ou sancionadora, buscando a prestação de serviços públicos da maneira mais adequada possível. Isso significa dizer que o Estado, na forma dos Tribunais de Contas, deve buscar ser eficiente na realização de suas atividades em prol do interesse e bem público, a fim de maximizar os benefícios para a sociedade, ao menor custo possível<sup>158</sup>.

A aplicação dos princípios supramencionados enfrentou desafios devido à (i) adoção de uma cultura sancionatória da Administração Pública; e (ii) falta de efetividade na execução das sanções aplicadas, as quais não apresentavam resultados favoráveis do ponto de vista econômico-financeiro<sup>159</sup>.

---

<sup>152</sup> Artigo 70 CRFB: “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.” (grifo nosso).

<sup>153</sup> Artigo 71 CRFB: “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

<sup>154</sup> Artigo 37 CRFB: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

<sup>155</sup> “A ação estatal deve ser tempestiva e precedida de análise quanto às melhores formas de alcançar seus objetivos e do emprego mais adequado dos recursos disponíveis.” **Princípios Públicos de Eficiência. Projeto Eficiência desenvolvido pelo TCU.** Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/06/A4/D1/BD/57BE7610D2368C76F18818A8/infografico\\_principiospublicos\\_web.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/06/A4/D1/BD/57BE7610D2368C76F18818A8/infografico_principiospublicos_web.pdf). Acesso em: 12 ago. 2023.

<sup>156</sup> “Princípio que objetiva a minimização dos gastos públicos, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição”. Termo: Princípio da economicidade. Congresso Nacional: **Glossário de termos orçamentário.** Disponível em: [https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-orcamentario/-/orcamentario/termo/principio\\_da\\_economicidade](https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-orcamentario/-/orcamentario/termo/principio_da_economicidade). Acesso em: 12 ago. 2023.

<sup>157</sup> BRINCAS, C. B. da S. **Termo de Ajustamento de Gestão no âmbito dos Tribunais de Contas: o controle preventivo das contas públicas e o paradigma da consensualidade administrativa.** São Paulo: Editora Dialética, 2022. [Kindle], posição 73-74.

<sup>158</sup> BRINCAS, *Op. Cit.*, nota 157, p. 74.

<sup>159</sup> BRINCAS. *Op. Cit.*, nota 157, p. 73-74.

O aumento do investimento em técnicas consensuais para a resolução de diversos tipos de conflitos no setor público, especialmente os que envolvem os Tribunais de Contas, emerge como um procedimento relevante e de grande valor para fortalecer e cumprir os compromissos dos gestores públicos. Essas técnicas, quando aplicadas oportunamente, contribuem para uma prestação de contas propícia e um controle contínuo das ações administrativas e da gestão dos recursos públicos.

Além da pioneira utilização do TAG, na busca pelo aumento da eficiência e economicidade — e na intenção de fomentar a “cultura do consensualismo”, como coloca o Ministro Bruno Dantas<sup>160</sup>, Presidente do TCU —, foi criada recentemente a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), por meio da IN nº 91/2022, modificada pela IN nº 92/2023.

A referida secretaria, que está em funcionamento desde janeiro de 2023, é responsável pela análise dos processos de Solicitação de Solução Consensual (SSC), que, por sua vez, é o instrumento criado para dar início ao processo de solução consensual na esfera de atuação do TCU.

O TCU delineou cinco principais metas para a SecexConsenso<sup>161</sup>: (i) a construção colaborativa de soluções consensuais na Administração Pública; (ii) o diálogo com as instituições na prevenção dos conflitos; (iii) troca de informações entre entidades públicas para acordos de leniência, incluindo processos do TCU; (iv) promover participação cidadã no TCU com o intercâmbio nacional e internacional de boas práticas; e (v) articular ações do controle externo com os Tribunais de Contas do Brasil e compartilhar práticas de políticas públicas descentralizadas.

Nota-se que o procedimento deve obedecer determinadas etapas, que iniciam com a formulação do SSC. A admissão é feita a partir da análise do caso, visando à eficiência, bem como os requisitos previstos no art. 5º da IN nº 91/2022<sup>162</sup>, que impõe

---

<sup>160</sup> “Outro papel importante é a implantação da cultura do consensualismo, pois entendo que é possível obter economicidade em acordos com o Estado, em que cada lado cede um pouco, mas, respeitando-se a legalidade, o interesse público é preservado” (DANTAS, B. A Participação do TCU nas iniciativas para reduzir as desigualdades sociais e econômicas. **Revista TCU**, Brasília, v. 150, n. 1, p. 6-15, jul./dez. 2022).

<sup>161</sup> TCU. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? **Secom TCU**, 10 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistematica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 1 ago. 2023.

<sup>162</sup> Art. 5º da IN nº 91/2022: “Compete ao Presidente do TCU, após a análise prévia da SecexConsenso, decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual nos termos desta IN, levando em consideração: I- a relevância e a urgência da matéria; II- a quantidade de processos de SSC em andamento; e III - a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar

a verificação (i) da relevância e da urgência da matéria; (ii) da quantidade de processos de SSC em andamento; e (iii) da capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos processos de SSC<sup>163</sup>.

Em seguida, as propostas admitidas são avaliadas pela Comissão de Solução Consensual (CSC), composta por representantes da coordenadoria da SecexConsenso, auditores da unidade especializada na matéria e representante de órgão ou entidade participante.

Após a formação e análise pela comissão, é aberto o prazo de 90 dias, prorrogáveis por mais 30, para a construção conjunta da solução. Durante esse prazo, caso a comissão chegue a uma proposta de solução, ela será submetida à Presidência do TCU para averiguação dos requisitos formais. Posteriormente, ocorre a oitiva obrigatória do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), que terá prazo de 15 dias para manifestação. Somente após cumprimento desse rito é que o relator será sorteado, tendo 30 dias para exame da matéria, e a solução encontrada submetida ao plenário<sup>164</sup>.

O processo se encerra com a formalização da solução consensual, firmada pelo presidente do TCU e o dirigente máximo da entidade envolvida<sup>165</sup>. Confira-se o rito na figura a seguir:

### **Figura 1 – Passo a Passo da solução consensual de conflitos no Tribunal de Contas da União**

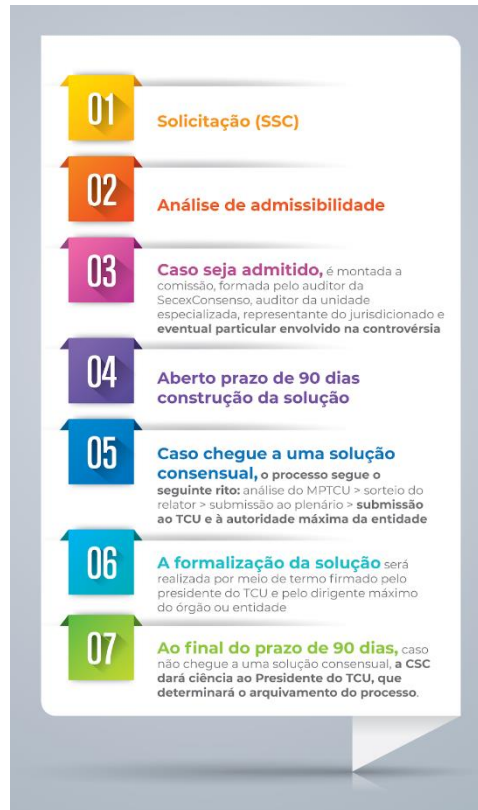
---

nos processos de SSC. § 1º Não será admitida a solicitação nos casos em que haja processo com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual. § 2º Na hipótese de a solicitação não ser admitida pelo Presidente do TCU, o respectivo processo será arquivado”.

<sup>163</sup> Nos termos da IN nº 91/2022, estão aptos a elaborar o referido requerimento: (i) o Presidente da República, Ministros de Estado ou autoridades equivalentes; (ii) presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; (iii) dirigentes máximos de agências reguladoras; (iv) comandantes das Forças Armadas; (iv) Procurador-Geral da República; (v) Advogado-Geral da União; (vi) presidentes de Comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; e (vii) presidentes de tribunais superiores. Para além desses, autoriza-se aos ministros relatores de processos do TCU propor também a solução consensual.

<sup>164</sup> Secom TCU. *Op. Cit.*, nota 161.

<sup>165</sup> TCU. TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. **Secom TCU**, 10 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 12 ago. 2023.



Fonte: Notícia “TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância”. 10 fev. 2023. Brasil. Disponível em: Portal TCU. Acesso em: 14 ago. 2023

A SecexConsenso busca uma resolução ágil e que forneça resultados práticos mais eficientes e adequados à coletividade, respeitando a todo momento o princípio da legalidade e a soberania do Estado Democrático de Direito. Para isso, aplica-se a noção do mecanismo de freios e contrapesos<sup>166</sup> do TCU, uma vez que as soluções elaboradas pela CSC passam pela análise do MPTCU e, após isso, são submetidas ao plenário.

A nova regulamentação busca a adoção de métodos consensuais, posto que segue a direção elencada pelas mais recentes legislações, a saber: (i) a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no que tange à prevenção e solução de disputas no contexto das contratações públicas; e (ii) a Lei de Mediação, que permite a utilização da autocomposição para resolver conflitos entre indivíduos e a

<sup>166</sup> Observa-se que o TCU atua no sistema de freios e contrapesos também no âmbito dos três Poderes, segundo Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, é “[...] indiscutível a importância do Tribunal de Contas no equilíbrio de forças entre os Poderes integrantes do Estado brasileiro. Órgão dotado de prerrogativas especiais, ele atua como auxiliar do Legislativo na função de controle externo da Administração (art. 71 da Constituição Federal)”. SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A. **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. [Kindle], posição 178.

Administração Pública. À vista disso, os servidores da SecexConsenso, após receberem capacitação baseada na metodologia de Harvard, continuarão a aprimorar e desenvolver as técnicas de soluções alternativas de conflitos<sup>167</sup>.

A inovação concebida pelo TCU se adequa às necessidades da coletividade de otimizar os resultados dos conflitos gerados na esfera administrativa. Saliente-se que a utilização dessa nova forma de atuação não prejudicará o efeito pedagógico da atuação de controle do Tribunal de Contas. Pelo contrário, fomentará a tomada de decisões importantes de forma célere e benéfica às partes e à sociedade.

### 5.2.2. Primeiro acordo de solução consensual da SecexConsenso

Para descrever a recente iniciativa da SecexConsenso com sucesso, cumpre-se examinar o primeiro acordo consensual para a resolução de conflitos no seio da atuação do TCU.

Trata-se da solução consensual requerida, nos termos da IN nº 91/2022<sup>168</sup>, pelo Ministro de Minas e Energia, Alexandre Silveira, diante dos problemas enfrentados com os Contratos de Energia de Reserva (CER) decorrentes de Procedimento de Contratação Simplificada 01/2021 (PCS 01/2021), para a implantação de quatro usinas termelétricas *offshore* (Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II), localizadas no Município de Itaguaí, no Estado do Rio de Janeiro, pela empresa Karpowership Brasil Energia Ltda. (KPS)<sup>169</sup>.

Em razão de escassez hídrica em 2022, com consequente (i) aumento da energia armazenada nos reservatórios hidrelétricos; e (ii) redução dos preços da

---

<sup>167</sup> TCU. *Op. Cit.*, nota 161.

<sup>168</sup> Relembra-se que a IN nº 91/2022 institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o procedimento de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

<sup>169</sup> Solicitação de solução consensual. Crise hídrica. Risco de falta de energia em face de baixa afluência na vazão dos rios. Procedimento de contratação simplificado de energia de reserva PCS-1. Vantagem imediata ao consumidor. Aprovação do termo de autocomposição. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica; Ministério de Minas e Energia. Interessado: Karpowership Brasil Energia Ltda. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Solicitação de Solução Consensual nº 006.253/2023-7**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 7/6/2023. p. 2. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1130%2520ANOACORDAO%253A2023%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1130%2520ANOACORDAO%253A2023%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 12 ago. 2023.



energia no mercado de curto prazo, o nível de segurança do suprimento de energia do Sistema Interligado Nacional (SIN) foi reduzido “sensivelmente”<sup>170</sup>.

Diante desse cenário, além do atraso com a operação de diversas termelétricas, em 4 de fevereiro de 2022, Carlos Moisés da Silva, Governador do Estado de Santa Catarina, apresentou representação ao TCU, requerendo a suspensão cautelar da execução dos contratos decorrentes do PCS 01/2021, a fim de evitar lesão ao interesse público, tendo em vista que o impacto tarifário recairia na conta de energia dos consumidores<sup>171</sup>.

Ato contínuo, os Ministros do TCU, em plenário, acordaram em fixar prazo ao Ministério de Minas e Energia (MEE), para que, em trinta dias, com base no seu poder-dever de motivação e autotutela, promovesse “avaliação” dos “contratos”, “comparando as vantagens e desvantagens quanto às possibilidades de [...] solução negociada”<sup>172</sup>.

Desse modo, em 29 de março de 2023, o Min. Alexandre Silveira apresentou solicitação de solução consensual, conforme IN-TCU 91/2022<sup>173</sup>. Prontamente, a SecexConsenso produziu relatório para avaliação da Presidência do TCU, para que essa decidisse acerca dos pressupostos para a abertura de processo de SSC (*cf.*,

---

<sup>170</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Solicitação de Solução Consensual nº 006.253/2023-7**. Plenário. *Op. Cit.*, nota 169, p. 3.

<sup>171</sup> Representação. Procedimento competitivo simplificado para a contratação de reserva de capacidade (PCS). Objetivo de garantir a segurança e a continuidade do suprimento eletroenergético em face à crise hídrica entre 2020 e 2021. Poder de autotutela; Necessidade de honrar os contratos. Ausência de análise e justificativas técnicas e econômicas sobre decisão de rescindir, renegociar ou levar adiante os contratos. Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica; Ministério de Minas e Energia. Representante legal: Carlos Moises da Silva; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Representação nº 001.722/2022-0**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 7/12/2023. p. 1-2. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2699%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2699%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 12 ago. 2023.

<sup>172</sup> “**avaliação individualizada** e conclusiva dos contratos decorrentes do PCS, **comparando-se as vantagens e desvantagens quanto às possibilidades de** manutenção dos contratos, rescisão ou **solução negociada**, indicando objetivamente a melhor solução para cada contrato [grifou-se]” (*Ibid.*, §9.1, p. 44).

<sup>173</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Solicitação de Solução Consensual nº 006.253/2023-7**. Plenário. *Op. Cit.*, nota 169, §61: “Segundo o TCU A solicitação veio acompanhada dos elementos especificados no art. 3º do normativo, envolvendo: a indicação do objeto de solução consensual; pareceres técnicos e jurídicos sobre a controvérsia, e respectivas dificuldades na construção de soluções; a delimitação dos particulares e outros órgãos públicos envolvidos na disputa; o apontamento de processos no TCU que envolvem a contenda; e a manifestação de interesse na solução consensual, propriamente dita”.

arts. 4º e 5º da IN 91/2022<sup>174</sup>). Assim sendo, o Presidente Ministro Bruno Dantas admitiu o pedido, consoante art. 6º, §1º, da IN-TCU 91/2022<sup>175</sup>, e encaminhou os autos para o gabinete do Ministro Benjamin Zymler, relator de processos conexos em andamento, que ratificou o juízo feito pela Presidência e determinou o sobrestamento do Proc. TCU nº 031.368/2022-0, nos termos do art. 6º, § 2º, da IN 91/2022<sup>176</sup> <sup>177</sup><sub>FOUJ</sub>.

Os autos então retornaram para a Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) de modo a, ouvida a SecexConsenso, designar os membros da CSC. A comissão foi composta, mediante a Portaria-Segecex nº 17, de 22 de maio de 2023, conforme art. 7º da IN-TCU 91/2022<sup>178</sup>, por um representante (i) MEE; (ii) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); (iii) KPS; (iv) Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações do TCU (SecexEnergia); e (v) SecexConsenso<sup>179</sup>.

Nesses termos, realizaram-se reuniões nos dias 2, 26 e 29 de maio de 2023, pelos membros da CSC, que celebraram Termo de Autocomposição, abrangendo cinco principais aspectos: (i) redução da geração inflexível das usinas entre 1º de julho e 31 de dezembro de 2023; (ii) contabilização da energia gerada pelas usinas em base mensal; (iii) preservação da eficácia das outorgas, da garantia física e da potência

---

<sup>174</sup> Art. 4º da IN nº 91/2022: “A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN será autuada como processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC), o qual deverá ser encaminhado à SecexConsenso, para fins de análise prévia de admissibilidade”. Art. 5º da IN nº 91/2022: “Compete ao Presidente do TCU, após a análise prévia da SecexConsenso, decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual nos termos desta IN, levando em consideração: I - a relevância e a urgência da matéria; II - a quantidade de processos de SSC em andamento; e III - a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos processos de SSC”.

<sup>175</sup> Art. 6º, §1º da IN nº 91/2022: “Caso o objeto da controvérsia já esteja sendo tratado em processo em tramitação no TCU, a solicitação de solução consensual será analisada em processo próprio, observando-se o disposto nos artigos 4º e 5º desta IN. § 1º No caso previsto no caput deste artigo e havendo manifestação do Presidente do TCU favorável à admissibilidade da solicitação, a SSC será encaminhada ao relator do processo já em tramitação, o qual poderá, levando em consideração eventual prejuízo à condução processual, ratificar ou não a manifestação do Presidente do TCU”.

<sup>176</sup> Art. 6º, § 2º, da IN nº 91/2022: “Havendo a ratificação mencionada no § 1º deste artigo, será sobrestada a apreciação das questões relacionadas ao objeto da solicitação de solução consensual abordadas no processo que já estava em tramitação, a cujos autos pode ser dado prosseguimento caso existam outros pontos a serem examinados pelo TCU”.

<sup>177</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Solicitação de Solução Consensual nº 006.253/2023-7**. Plenário. *Op. Cit.*, nota 169, § 63.

<sup>178</sup> Art. 7ª, caput e § 1º da IN nº 91/2022: “Após a admissibilidade prevista no art. 5º e no § 1º do art. 6º desta IN, o processo de SSC será encaminhado à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para, ouvida a SecexConsenso, designar, por meio de portaria, os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC). § 1º A CSC será composta, no mínimo, por: I – um servidor da SecexConsenso, que atuará como coordenador; II – um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e III – um representante de cada órgão ou entidade da administração pública federal que tenha solicitado a solução consensual ou que, nos termos do inciso V do art. 3º desta IN, tenha manifestado interesse na solução”.

<sup>179</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Solicitação de Solução Consensual nº 006.253/2023-7**. Plenário. *Op. Cit.*, nota 169, p. 3.

contratada; (iv) suspensão dos procedimentos administrativos em análise na ANEEL durante as tratativas da CSC; e (v) encaminhamento de pedido de suspensão do Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400, visando a compensação da receita de combustível paga à KPS<sup>180</sup>.

O Termo de Autocomposição foi firmado pela União (representada pelo Ministro de Minas e Energia, Alexandre Silveira), pela ANEEL, pela KPS, com interveniência do TCU. O MPTCU manifestou-se, posteriormente, de acordo com a proposta veiculada pela CSC, enaltecendo a atuação dos representantes da SecexConsenso e da SecexEnergia: “que se empenharam na concretização desse desfecho”<sup>181</sup>.

No dia 7 de junho 2023, o TCU homologou a proposta de solução consensual formulada pela CSC, por meio da qual destaca que proporcionará “economia estimada em R\$ 579 milhões aos consumidores no presente exercício”<sup>182</sup>.

O primeiro caso de solução consensual, relatado acima, ilustra com propriedade o potencial do consenso nas disputas com a Administração Pública, de maneira a atender ao interesse público, cumprindo com as devidas celeridade e economicidade exigidas para a tutela de direitos dos cidadãos.

No caso, em vez de prolongar a discussão acerca dos impactos tarifários — o que apenas prejudicaria o cidadão —, o TCU recomendou ao Ministro de Minas e Energia uma “solução negociada” nos contratos do PCS 01/2021, o que foi de suma importância para a resolução célere e adequada do conflito.

Assim, um litígio que poderia se prolongar por anos foi efetivamente solucionado de forma amigável em pouco mais de um ano (desde a representação) e em cerca de três meses (desde a solicitação de solução consensual).

Ademais, a participação do particular no acordo permite (i) a adaptação feita à mão do projeto em razão da crise hídrica (ao contrário de uma imposição externa); e (ii) a longevidade da relação contratual, devido ao fortalecimento da parceria entre a Administração Pública contratante e o ente privado contratado.

Para além disso, a atuação do TCU como interveniente anuente na solução consensual concede legitimidade às discussões, incentivo às negociações de boa-fé, assim como promove segurança jurídica sobre o objeto da negociação, pois faz-se

---

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

<sup>181</sup> *Ibid.*, §29.

<sup>182</sup> *Ibid.*, § 21.

um controle prévio e concomitante, evitando eventual surpresa dos envolvidos com a anulação de um acordo extrajudicial<sup>183</sup>.

Nesse sentido, Odilon Cavallari comenta o primeiro caso de solução consensual, argumentando que: (i) tem natureza de acordo extrajudicial; (ii) a atuação do TCU distancia-se da observada no TAG e no ASS, pois inclui o TCU como interveniente (e não parte) de um conflito de interesses (e não de uma conduta ilícita); (iii) o TCU é competente (iii.a) no procedimento — para exercer o controle preventivo e concomitante (art. 71, IX, da CRFB); e (iii.b) no mérito — para anular acordos extrajudiciais; e (iv) a solução consensual tem como consequência prática (iv.a) o incremento de soluções consensuais, com redução da litigiosidade; (iv.b) o aumento da segurança jurídica; e (iv.c) a repercussão das arbitragens de contratos públicos<sup>184</sup>.

Concorda-se com o referido autor, no que tange ao potencial benéfico para a sociedade com o emprego da solução consensual como via legítima de resolução de conflitos de interesses com a Administração Pública. Acresce-se, ainda, aos benefícios, o fato de o TCU promover, com essa medida, a cultura do diálogo também para a esfera fiscalizatória e administrativa.

Essa medida alinha-se com o comprometimento do Estado brasileiro com a promoção da “solução pacífica das controvérsias”, contida no preâmbulo da CRFB, assim como integra muito bem o panorama normativo crescente da autocomposição como meio adequado de resolução de disputas.

### 5.2.3. Um passo além: o instituto da solução consensual

Neste trabalho, analisaram-se típicos MARCs, como a mediação e a conciliação, utilizados pela Administração Pública para pacificação de conflitos de interesses. Para além de câmaras especializadas e de menção expressa na LMed

---

<sup>183</sup> No acórdão, ressalta-se que a participação do TCU na solução consensual é de interveniente anuente, na medida em que: “[...] não participa propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente da participação do Tribunal. Existe, porém, um interesse direto da Corte como controladora e, apesar de não participar da formação de vontades propriamente dita, delibera amplificando exponencialmente a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre as partes. 73. Sem tal alicerce, é provável que não se chegasse a um consenso ou o tempo necessário para vencer os litígios na burocracia típica estatal atrasaria em demasiado – ou impediria – a últimação dos interesses coletivos” (*Ibid.*, §§ 73-73).

<sup>184</sup> CAVALLARI, O. **As Novas Soluções Consensuais no Tribunal de Contas da União**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-22/odilon-cavallari-novas-solucoes-consensuais-tcu>. Acesso em: 12 ago. 2023.

para esse tipo de disputa, notam-se as cláusulas de mediação, conforme a recente (e vanguardista) Lei de Licitações e de Contratos Administrativos.

Estudaram-se, de igual modo, as ferramentas alternativas à imposição de sanção (*i.e.*, ASS, TAC e TAG), que surgem no contexto administrativo, pautadas pela mudança do paradigma controle-sanção para o da "gestão concertada".

Evidentemente que cada um desses meios tem uma origem diferente, na medida em que os MARCs se fundam na doutrina e na prática dos estudiosos da resolução de conflitos (*e.g.*, negociadores, mediadores etc.), enquanto as abordagens não sancionatórias originam de uma vertente administrativista da resolução de uma conduta ilícita cível e/ou administrativa.

Nesse contexto, observa-se que a solução consensual engendrada pelo TCU se distancia das tradicionais abordagens adotadas no plano do Direito Administrativo (*i.e.*, ASS, TAC e TAG). Isso porque não há ilícito a ser tratado, mas, sim, um conflito de interesses que se encerra com um acordo extrajudicial, posteriormente homologado pelo TCU.

De igual modo, a solução consensual não se enquadra com precisão no conceito de mediação ou conciliação, pois o TCU (i) exercerá alguma influência no acordo a ser firmado (na modalidade de controle preventivo e concomitante, ou até mesmo no controle posterior dos termos minutados<sup>185</sup>); (ii) não atua de forma imparcial em relação ao conflito de interesses — e nem deveria —, tendo em vista que o seu foco está “sempre em maximizar o interesse público”<sup>186 187</sup>; e (iii) participa do procedimento como interveniente anuente<sup>188</sup>.

Ainda assim, percebe-se que o instituto da solução consensual muito mais se aproxima dos MARCs do que dos instrumentos alternativos à imposição de sanção.

---

<sup>185</sup> Essa característica da solução consensual até se aproximaria do conceito de conciliação, todavia em relação aos outros pontos acaba se diferenciando. Cabe ao conciliador um papel mais ativo que o mediador, no sentido de ele poder fazer propostas e sugestões, além de ser possível a ele apresentar opiniões acerca das questões em discussão. ALMEIDA, D. A. R. de; PANTOJA, F. M. Natureza da Mediação de conflitos. In ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. 3ª ed., rev., atual e ampl., Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 95.

<sup>186</sup> Notícia TCU 3. Acesso em: 12 ago. 2023.

<sup>187</sup> Esse traço distintivo da solução consensual a diferencia tanto da mediação quanto da conciliação pois ambas apresentam a figura do terceiro imparcial que auxilia os envolvidos no conflito. ALMEIDA; PANTOJA. *Op. Cit.*, nota 185, p. 90, 95.

<sup>188</sup> “Em que pese a interveniência do TCU não torná-lo parte no conflito, essa atuação como controlador diverge de qualquer papel desempenhado pelo terceiro imparcial seja na mediação ou na conciliação, pois não está no escopo da sua função ampliar exponencialmente a segurança jurídica do negócio e sim auxiliar no apaziguamento da relação entre os envolvidos, além de visar o acordo, no caso da conciliação” (ALMEIDA; PANTOJA. *Op. Cit.*, nota 185, p. 90, 95).

Há uma clara e louvável relação de semelhança entre as soluções consensuais do TCU com a mediação e a conciliação<sup>189</sup>.

O que se percebe, contudo, é o nascimento de um instituto *sui generis* que parece se encaixar nos MARCs, sendo específico aos conflitos de interesse com a Administração Pública. Este instituto, com a intervenção e anuência do TCU, desponta como legítimo meio para compor conflitos de maneira amigável, com fundamento nos relevantes princípios da eficiência e da economicidade, que norteiam a Administração Pública.

Portanto, deve-se examinar a solução consensual como instituto próprio, definido como um acordo extrajudicial, em que o TCU figura como terceiro interveniente de um conflito de interesses, por meio do qual atua, para além do estímulo ao consenso, no controle preventivo e concomitante da solução negociada, garantindo a segurança jurídica do ajuste, tendo a possibilidade, ainda, de anular posteriormente o acordo, de maneira a resguardar o interesse público.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou o cenário da autocomposição de conflitos no contexto da Administração Pública, com especial ênfase nas experiências do TCU. Apontaram-se as constantes transformações que o Direito Administrativo sofreu nos últimos anos para adequar-se aos novos modelos democráticos, que envolvem maior participação de diferentes atores.

Vale apontar o desenvolvimento do ordenamento jurídico, que desde a Resolução do CNJ nº 125, do CPC e da LMed, vem constantemente estimulando o uso de meios consensuais de resolução de disputas. É possível observar um rico debate sobre os limites tanto objetivos quanto subjetivos da autocomposição, destacando a possibilidade de tratar direitos indisponíveis (*rectius*: transigíveis) e a importância de uma abordagem preventiva na resolução consensual.

A partir de tal base jurídica, observa-se uma mudança de paradigma na Administração Pública, em que a busca pela consensualidade deixa de se perceber

---

<sup>189</sup> Afinal, os próprios servidores da SecexConsenso foram capacitados em negociação, mediação e solução de conflitos. Secom TCU. *Op. Cit.*, nota 161.

como impunidade e passa a representar um meio de promover soluções equilibradas e duradouras.

As inovações na Administração Pública surgem para sanar a expectativa por *accountability* e, principalmente, pela participação nos destinos dos eventos da sociedade. Em outras palavras, despontam para produzir meios ainda mais democráticos de gestão da nação. Nota-se uma aproximação da Administração Pública com o setor privado, envolvendo os cidadãos ativamente na concretização do interesse público. Essa abordagem reconhece que não cabe apenas ao Estado zelar pelo interesse público. Há um intento em incluir a sociedade na tomada de decisão e na busca por soluções.

A partir da autocomposição, a Administração Pública pode aprimorar a gestão dos interesses públicos, permitindo a alocação mais eficiente dos recursos do Estado e conferindo maior legitimidade às decisões administrativas. Afinal, como estudado, a indisponibilidade do interesse público não é um conceito estático e inflexível e deve ser interpretado de maneira contextual e flexível.

Investigaram-se, assim, os movimentos nacionais, além da inspiradora experiência portuguesa, com a utilização de métodos autocompositivo se com as abordagens alternativas à imposição de sanção nas disputas administrativas. Dentre essas abordagens destacam-se TAG, TAC e ASS, cujas experiências demonstram o potencial de acordos que preveem medidas preventivas, corretivas, melhoria na gestão e reparação de danos, combinando aspectos do direito público e privado.

De forma similar, a recente iniciativa da SecexConsenso se apresenta promissora, na medida em que busca promover o uso de soluções consensuais na Administração Pública. Incentiva-se, assim, a prevenção e solução colaborativa de conflitos como novas formas de participação dos cidadãos na Administração Pública, o que caminha na direção de fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Ainda assim, é premente a consolidação de um maior número de iniciativas com esse propósito, de modo a fomentar um Estado dotado de crescentes oportunidades e modalidades de participação, culminando em uma autêntica democracia.

O TCU é um órgão que, à luz do exposto, caminha a passos largos para incorporar os métodos consensuais de resolução de disputas em sua estrutura, prestando exemplo às iniciativas de outras instituições, com formas ágeis, participativas e inovadoras de solucionar conflitos de interesses. Em face da realidade

apresentada, compreende-se que há uma evolução gradual em direção a uma cultura do diálogo na Administração Pública, e que o TCU dá um passo além.



## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, D. A. R. de; PANTOJA, F. M. Natureza da Mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 3. ed. rev. atual e ampl., Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.
- ARAGÃO, A. S. de. A arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n. 3, jul./set., 2017.
- ASSED, A.; SANTANNA, A. C. S.; CARNEIRO, M. Artigos 32 a 34 - Da Autocomposição em que for Parte Pessoa Jurídica de Direito Público (Disposições Comuns). *In*: PELAJO, S.; FIGUEIREDO, M. R. S.; NETTO, F. G. de M.; LIMA E SOUZA, E. **Comentários à Lei de Mediação**: estudos em Homenagem aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB-RJ. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- BARBOSA, C. das N; FILHO, M. da S. F. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017. Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo4.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2023.
- BINENBOJM, G. A Consensualidade Administrativa como Técnica Juridicamente Adequada de Gestão Eficiente de Interesses Sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, set./dez. 2020.
- BINENBOJM, G; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.
- BINENBOJM, G; CYRINO, A; VORONOFF, A; KOATZ, R. **Direito da regulação econômica**: teoria e prática. Brasil: Fórum, 2020.
- BINENBOJM, G. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [Kindle].
- BOURGES, F. Transformações do Direito Administrativo: mediação como possibilidade à ampliação da eficiência administrativa. *In*: HACHEM, Daniel Wunder, LEAL, Fernando, MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo**: o estado administrativo 30 anos depois da constituição de 1988. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018.
- BRAGA NETO, A. **A mediação e a Administração Pública**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23274>. Acesso em: 4 ago. 2023.
- BRANDÃO, B. B.; BACAL, E. B.; FIGUEIREDO, M. R. S. Artigos 1 a 3 - Disposições Gerais - Das Disposições Gerais sobre a Mediação de Conflitos na Lei nº 14.140/2015. *In*: PELAJO, S.; FIGUEIREDO, M. R. S.; NETTO, F. G. de M.; LIMA E SOUZA, E.

**Comentários à Lei de Mediação:** estudos em homenagem Aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB-RJ. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

BRINCAS, C. B. da S. **Termo de Ajustamento de Gestão no âmbito dos Tribunais de Contas:** o controle preventivo das contas públicas e o paradigma da consensualidade administrativa. São Paulo: Editora Dialética, 2022. [Kindle].

CARVALHO, R. M. U. **Curso de Direito Administrativo.** Salvador: JusPodivm, 2008.

CAVALLARI, O. As Novas Soluções Consensuais no Tribunal de Contas da União. **Conjur.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-22/odilon-cavallari-novas-solucoes-consensuais-tcu>. Acesso em: 12 ago. 2023.

CRAMER, R. **Precedentes Judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DANTAS, B. A Participação do TCU nas iniciativas para reduzir as desigualdades sociais e econômicas. **Revista TCU**, Brasília, v. 150, n. 1, p. 6-15, jul./dez. 2022.

DE MELLO, M. B. C. **Termo de Ajustamento de Gestão:** instrumento de composição no controle das despesas públicas. São Paulo: Editora Dialética, 2022. [Kindle].

DIDIER JR, F. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

EL-JACK, D.; RODRIGUES, J.; ROSA, S. Artigos 35 a 40 - Dos Conflitos envolvendo a Administração Pública Direta e suas Autarquias e Fundações. *In:* PELAJO, S.; FIGUEIREDO, M. R. S.; NETTO, F. G. de M.; LIMA E SOUZA, E. **Comentários à Lei de Mediação:** estudos em homenagem Aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB-RJ. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

FERRAZ, L. **Controle e Consensualidade:** fundamentos para controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e acordos afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FINS, I. V.; JARDINS, M. G. C. de M.; PELAJO, S. A Cultura do Diálogo e o Exercício Compartilhado da Responsabilidade Parental. *In:* BARBOSA, A.; BERTIPAGLIA, G. **Tratamento Adequado dos Conflitos.** Vol. 1. São Paulo: Lumens Iuris, 2020.

GABBAY, D. M. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA:** condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.-R. **Curso de Direito Administrativo.** Tradução: José Alberto Froes Cal. Vol. 1. São Paulo: RT, 2014.

GRAU, E. R. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002.

LAMBERT, É. **Le Gouvernement des Juges et La Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis.** 5. ed. Paris: Marcel Giard & Cie Libraires-Éditeurs, 1921.

MARTINS JUNIOR, W. P. Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 3, n. 8, 2019. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/147>. Acesso em: 1 ago. 2023.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MOREIRA NETO, D. de F. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, out. 2003. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. Acesso em: 6 jul. 2023.

OLIVEIRA, D. de P. R. de. **Administração**: evolução do pensamento administrativo, instrumentos e aplicações práticas. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [*Kindle*].

OLIVEIRA, M.; PONTES, M. V. L.; PELAJO, S. Regulamentos da Mediação: Fundamentos Jurídicos. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 3. ed. rev. atual e ampl., Salvador: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Priscila. **Presidente da Atricon realiza visita técnica ao TC de Portugal**. 2 maio 2023. Disponível em: <https://atrimon.org.br/presidente-da-atrimon-realiza-visita-tecnica-ao-tc-de-portugal/>. Acesso em: 3 ago. 2023.

OLIVEIRA, R. C. R. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. [*Kindle*].

PALMA, J. B. de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

PALMA, J. B. de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao\\_Juliana\\_Bonacorsi\\_de\\_Palma.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf). Acesso em: 04 ago. 2023.

PALMA, J. B. de. Quem é o “administrador médio” do TCU? LINDB exigem condutas que sejam avaliadas a partir da realidade. **Jota**, 22 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 20 jun. 2023.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil Vol. III**: Contratos. 11. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

PEREIRA, G. R.; SILVA; T. H. e C. Mediação e Administração Pública: possibilidades e limites. **Revista Aporia Jurídica**, Ponta Grossa, v. 1, n. 10, jun./dez. 2018.

PIERONI, F. de L. **A consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22206>. Acesso em: 22 jun. 2023.

PINHO, H. D. **Jurisdição e Pacificação:** limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2017.

REZENDE, D. A.; PANTOJA, F. M.; ANDRADE, J. L. Capítulo 2: Fundamentos. *In:* HALE, D.; PINHO, H. D. B. de; CABRAL, T. N. X. (org.). **O marco legal da mediação no Brasil:** Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, G. de A. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 3. ed. 2011.

SABEL, C.; SIMON, W. **Minimalism and Experimentalism in the Administrative State.** Vol. 100. The Georgetown Law Journal, 2011.

TCU. TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. **Secom TCU**, 10 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 12 ago. 2023.

TCU. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? **Secom TCU**, 10 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 1 ago. 2023.

**SEMINÁRIO:** temas relevantes de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: School of Accounts and Management of the TCE-RJ, 2023. Vídeo (2 h 42 min. 06 seg.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GQUdnAn7SBw>. Acesso em: 3 ago. 2023.

SUNDAR, B. S. Failure: the building block of Sustainable Innovation General Management. **IOSR Journal of Business and Management.** Disponível em: <https://iosrjournals.org/iosr-jbm/papers/ICIMS/Volume-1/11.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo:** o novo olhar da LINDB. 1. Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. [*Kindle*].

SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A. **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade.** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. [*Kindle*].

TÁCITO, C. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, out./dez., 1997.

WILLEMANN, M. M. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática:** perspectivas em prol do

direito à boa administração pública no Brasil. 2016. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

## ANEXO

ANEXO A – Termo de Autocomposição do primeiro caso de solução consensual no âmbito da SecexConsenso<sup>190</sup>

### TERMO DE AUTOCOMPOSIÇÃO PARA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE ENERGIA DE RESERVA N<sup>OS</sup> 451/21, 452/21, 454/21 E 455/21, DECORRENTES DO PROCEDIMENTO COMPETITIVO SIMPLIFICADO N<sup>º</sup> 01/2021

As Partes,

**UNIÃO FEDERAL**, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, inscrita no CNPJ: 00.394.411/0001-09 (“UNIÃO” ou “UF”), representada neste ato pelo Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, Alexandre Silveira;

**AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA**, autarquia federal em regime especial criada pela Lei n<sup>º</sup> 9.427/96 e inscrita no CNPJ sob o n<sup>º</sup> 02.270.669/0001-29, com sede na SGAN, Quadra 603, Módulo J, Brasília/DF, CEP: 70830-110 (“ANEEL”), representada neste ato por seu Diretor-Geral, Sandoval de Araújo Feitosa Neto;

**KARPOWERSHIP BRASIL ENERGIA LTDA.**, sociedade limitada, inscrita no CNPJ/ME sob o n<sup>º</sup> 43.854.903/0001-42, com sede na Rua Lauro Muller, n<sup>º</sup> 116, 33<sup>º</sup> andar, sala 3.302, Torre do Rio Sul, Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, CEP 22290-160 (“KPS” ou “Karpowership”), signatária dos Contratos de Energia de Reserva n<sup>os</sup> 451/201, 452/21, 454/21 e 455/21 (“CERs” ou “Contratos”), decorrentes do Procedimento Competitivo Simplificado n<sup>º</sup> 01/2021 (“PCS n<sup>º</sup> 01/2021” ou “PCS”), neste ato representada por seus bastantes procuradores Fatos Beyza Ozdemir, CPF 717.691.431-14, e Márcio Pina Marques, OAB/DF 21.037, CPF 847.214.561-15;

**com interveniência do**

**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, órgão de controle externo da União Federal, inscrito no CNPJ n<sup>º</sup> 00.414.607/0001-18, com sede no Setor de Administração Federal Sul, SAFS – Quadra 4, Lote 1, Brasília – DF, CEP 70.042-900 (“TCU”), neste ato representado pelo seu Presidente, o Ministro Bruno Dantas;

Considerando o processo n<sup>º</sup> 006.253/2023-7, em trâmite perante o Tribunal de Contas da União (“TCU”), o qual trata do procedimento de solução consensual, coordenada pela Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos

---

<sup>190</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Solicitação de Solução Consensual n<sup>º</sup> 006.253/2023-7**. Plenário. *Op. Cit.*, nota 169, p. 7-10.

(“SecexConsenso”) do TCU, cujo objeto são as controvérsias enfrentadas nos **CERs** e o Acórdão-TCU [#### do acórdão do TCU];

As Partes convencionam celebrar o presente Termo de Autocomposição (“TERMO”), com fundamento na Instrução Normativa-TCU nº 91/2022, observando as disposições a seguir.

## **I – OBJETO E OBRIGAÇÕES**

1.1 As Partes acima identificadas resolvem celebrar o presente **TERMO** para definição de condições para execução dos **CERs**.

1.1.1 As Partes convencionam que as definições estabelecidas no Apêndice III dos **CERs** não tratadas por este **TERMO** permanecem com os mesmos significados daqueles previstos nos respectivos **Contratos**.

1.2 As Partes, em comum acordo, pactuam as seguintes condições:

1.2.1 Preservação da eficácia das outorgas de geração das Usinas Termelétricas Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II (“**UTES**” ou “**Usinas**”), consubstanciadas nas Resoluções Autorizativas nºs 10.869, 10.870, 10.873 e 10.874, todas de 5 de novembro de 2021, posteriormente complementadas pelas Resoluções Autorizativas nºs 11.916 e 11.917, ambas de 17 de maio de 2022 (“**Resoluções Autorizativas**”);

1.2.2 Preservação da respectiva garantia física das **UTES**;

1.2.3 Preservação das condições técnicas e operacionais da capacidade contratada de 560 MW à disposição do Sistema Interligado Nacional (“**SIN**”);

1.2.4 Preservação da eficácia das transações comerciais realizadas nos termos dos **CERs**, até 30/06/2023;

1.2.5 Peticionamento de ambas as partes, KPS e ANEEL, nos autos do Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400 (“**MANDADO DE SEGURANÇA**”), pleiteando a liberação da receita da KPS referente à execução dos **CERs**, depositada em juízo pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“**CCEE**”) enquanto vigorou a medida de contracautela já revogada (“**Valor do Depósito Judicial**”);

1.2.5.1. O Valor do Depósito Judicial será direcionado à CONTA DE ENERGIA DE RESERVA (“**CONER**”), com a finalidade específica de realizar os pagamentos devidos pela KPS dos valores de compensação de que trata o item 1.2.6.3 do presente **TERMO**.

1.2.6 A partir de 01/07/2023, observado o prazo definido no item 3.2, a contabilização e a liquidação dos **CERs** serão realizadas com as seguintes condições:

1.2.6.1 O valor médio mensal total da INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL para fins de contabilização e liquidação dos **CERs** deverá ser reduzido conforme Anexo I do presente **TERMO**, o qual considera as seguintes condições:

1.2.6.1.1 A INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL para fins de contabilização e liquidação do Contrato de Energia de Reserva nº 454/21, referente à UTE Karkey 013, será de 29 MW médios, sazonalizada e modulada de forma flat, com apuração e contabilização mensal.

1.2.6.1.1.1 O montante mensal de ENERGIA a ser aplicado à parcela da INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL que não foi atendida com geração inflexível da

USINA, INFLEX\_NG<sub>m</sub>, prevista na Cláusula 9.7.1 do CER, será obtido mediante a aplicação da seguinte equação algébrica:

$$INFLEX\_NG_m = \max [0; \sum_h^m (INFLEX\_C_h - G\_INFLEX_h) ]$$

Onde:

INFLEX\_Ch: montante modulado de INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL referente ao PERÍODO DE COMERCIALIZAÇÃO “h”, expresso em MWh;

G\_INFLEXh: montante de ENERGIA associado à geração inflexível verificada da USINA, expresso em MWh e referenciado ao CENTRO DE GRAVIDADE do SUBMERCADO onde está localizada a USINA, referente ao PERÍODO DE COMERCIALIZAÇÃO “h”.

1.2.6.1.2 A INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL para fins de contabilização e liquidação dos Contratos de Energia de Reserva nºs 451/201, 452/21 e 455/21, referente às UTEs Porsud I, Porsud II e Karkey 019, será equivalente a zero MW médio.

1.2.6.1.3 A MODULAÇÃO da inflexibilidade deverá ser ajustada com o Operador Nacional do Sistema (“ONS”) conforme definido nos Procedimentos de Rede.

1.2.6.2 Em razão da redução da INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL prevista na Cláusula 1.2.6.1, os valores da componente da Receita Fixa, vinculada ao custo do combustível associado à INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL (“RFComb”) serão ajustados a partir de 01/07/2023 para que seja considerado apenas o volume de inflexibilidade mensal de 29 MW médios, sazonalizada e modulada de forma flat, com apuração e contabilização mensal.

1.2.6.3. A diferença entre os valores (a) efetivamente recebidos pela KPS à título de RFComb entre janeiro e junho de 2023 e (b) a RFComb equivalente à INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL sazonalizada do respectivo mês, conforme planilha de cálculo do Anexo II do presente **TERMO**, será parcialmente compensada com o Valor do Depósito Judicial, nos termos das Cláusulas 1.2.5 e 1.2.5.1. acima.

1.2.6.4. O valor remanescente da diferença mencionada na Cláusula 1.2.6.3 acima, estimada na data da assinatura do presente **TERMO** em [R\$ xxxx], será pago pela KPS mediante desconto, em 6 (seis) parcelas mensais e iguais, de sua Receita de Venda referente aos meses de julho a dezembro de 2023.

1.2.7 A ANEEL e a UNIÃO encaminharão este **TERMO** à CCEE para operacionalização das condições pactuadas neste **TERMO** para que tenha eficácia na forma ajustada entre as Partes.

1.2.8 Suspensão, enquanto vigente o presente **TERMO**, dos seguintes litígios em trâmite nos Processos Administrativos na ANEEL: (i) pedido de reconsideração no pedido original de exclusão de responsabilidade, protocolado em 16 de agosto de 2022, em face do Despacho nº 2.171, de 9 de agosto de 2022; (ii) pedido superveniente de exclusão de responsabilidade, protocolado em 29 de agosto de 2022; (iii) recurso administrativo, protocolado em 02 de dezembro de 2022, em face dos Despachos nºs 3.351, 3.352, 3.353 e 3.354, todos de 24 de novembro de 2022; (iv) impugnação às penalidades aplicadas pela CCEE, protocolado em 16 de setembro



de 2022; e (v) rescisão dos CERs e revogação das outorgas consubstanciadas nas Resoluções Autorizativas.

1.2.9 Peticionamento de ambas as partes, KPS e ANEEL, para suspensão, por 180 (cento e oitenta) dias, do **MANDADO DE SEGURANÇA**, e dos recursos dele decorrentes, preservando a eficácia das outorgas de geração das Usinas na forma da liminar concedida no âmbito do Mandado de Segurança.

1.3 Os agentes públicos envolvidos no processo negocial deste **TERMO**, tanto na Comissão de Solução Consensual, como na estrutura decisória de governança das Partes, não estarão sujeitos à responsabilização em processos de controle externo perante o TCU pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais, salvo em casos de fraude ou dolo;

1.4 Os processos de controle externo em tramitação no TCU cujo objeto em apuração for tratado e objetivamente consensuado entre as partes serão arquivados por perda de objeto, nos termos do art. 168, inciso III do Regimento Interno do TCU, salvo em casos de fraude ou dolo.

## **II – LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AUTOCOMPOSIÇÃO**

2.1 O acordo será firmado em Brasília-DF.

## **III – DA PUBLICIDADE E EFICÁCIA**

3.1 O presente **TERMO** envolve a administração pública e, em observância ao art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, deve atender ao princípio da publicidade.

3.2 O presente **TERMO**, irrevogável e irretratável, somente terá validade e eficácia imediata após a assinatura de todas as Partes e vigorará até 31/12/2023. Caso as Partes não alcancem uma próxima solução consensual, o cálculo da INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL pactuado originalmente nos **CERs** voltará a ter eficácia em 30 (trinta) dias a partir de 31/12/2023, respeitadas as condições previstas nas Cláusulas 1.2.1 a 1.2.6.

E, por estarem justas e acordadas, as Partes assinam o presente **TERMO** em 5 (cinco) vias de igual teor e forma, na presença de 2 (duas) testemunhas.



— PRÊMIO —  
**MINISTRO GUILHERME PALMEIRA**

2023

**MENÇÃO HONROSA  
SOCIEDADE CIVIL**

**A RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS  
NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS  
DA UNIÃO: INSTRUMENTO HÁBIL PARA  
REDUZIR O AJUIZAMENTO DAS AÇÕES DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE  
AÇÕES PENAIS**

---

**VALERIA DO NASCIMENTO YAHN PETINE**



**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

VALERIA DO NASCIMENTO YAHN PETINE

**A RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE  
CONTAS DA UNIÃO: INSTRUMENTO HÁBIL PARA REDUZIR O AJUIZAMENTO  
DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE AÇÕES PENAIS**

Monografia submetida ao Prêmio Guilherme  
Palmeira.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar estudo sobre o desenvolvimento das formas alternativas de solução dos conflitos como método de prevenção e controle do excesso de judicialização, como consequência da atuação da Corte Nacional de Contas. Da mesma maneira como ocorreu no âmbito do Poder Judiciário nos últimos anos, também no Tribunal de Contas da União houve incremento exponencial na quantidade de processos. Diante desse cenário fático-jurídico e em consonância com as diretrizes perfiladas pelo Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União, visando assegurar a eficiência na prestação dos serviços de fiscalização – que é a sua finalidade principal –, tem adotado métodos de resolução consensual de conflitos, com o intuito de mitigar o impacto financeiro da ampliação da jurisdição. A adoção do sistema multiportas de solução de conflitos pela Corte Fiscal, após um período, poderá evitar, estabilizar ou, ao menos, diminuir o fenômeno da judicialização dos conflitos, tornando-se instrumento hábil para reduzir o ajuizamento das ações de improbidade e de ações penais. Por fim, no presente trabalho se procura demonstrar que a adoção do sistema multiportas de solução de conflitos pelo Tribunal de Contas da União, emerge como técnica moderna do Direito para a solução consensual de conflitos e prestigia os princípios da legalidade, do interesse público, da eficiência na prestação dos serviços públicos e da razoável duração do processo.

**Palavras-chave:** resolução consensual de conflitos pelo Tribunal de Contas da União; método de prevenção e controle da judicialização; redução do ajuizamento de ações de improbidade e de ações penais.

## ABSTRACT

This work aims to present a study on the development of alternative forms of conflict resolution as a method of preventing and controlling excessive judicialization, as a result of the action of the National Court of Auditors. In the same way as occurred in the scope of the Judiciary in recent years, also in the Federal Court of Accounts there was an exponential increase in the number of cases. Faced with this factual-legal scenario and in line with the guidelines outlined by the Judiciary, the Federal Court of Auditors, aiming to ensure efficiency in the provision of inspection services - which is its main purpose - has adopted methods of consensual resolution of conflicts, with the aim of mitigating the financial impact of expanding jurisdiction. The adoption of the multi-door system of conflict resolution by the Tax Court after a period, may avoid, stabilize or, at least, reduce the phenomenon of judicialization of conflicts, becoming a skillful instrument to reduce the filing of improbity actions and criminal actions. Finally, this work seeks to demonstrate that the adoption of the multi-door system of conflict resolution, by the Federal Court of Auditors, emerges as a modern technique of law for the consensual solution of conflicts and honors the principles of legality, public interest, efficiency in providing public services and the reasonable duration of the process.

**Keywords:** consensual resolution of conflicts by the Federal Court of Accounts; method of prevention and control of judicialization; reduction in the filing of improbity and criminal actions.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....</b>	<b>7</b>
<b>3 FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS .....</b>	<b>15</b>
<b>3.1 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS.....</b>	<b>25</b>
<b>4 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO .....</b>	<b>35</b>
<b>4.1 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA EVITAR A PROPOSITURA DE AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÕES PENAIS [OBJ].....</b>	
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho se almeja demonstrar que a adoção do sistema multiportas de solução de conflitos pelo Tribunal de Contas da União (TCU), após um período de tempo, poderá evitar, estabilizar ou, ao menos, diminuir o fenômeno da judicialização dos conflitos, tornando-se instrumento hábil para reduzir o ajuizamento das ações de improbidade e de ações penais.

Nesse intuito, no primeiro capítulo são traçadas considerações a respeito da *Administração Consensual* e o seu importante papel na garantia dos direitos fundamentais sociais. Sob esse aspecto, inicialmente, propõe-se uma reflexão sobre o modelo de gestão pública adotado, fazendo-se um comparativo entre Administração Pública Monológica e Administração Pública Dialógica. Na sequência, são apresentadas as vantagens de se fazer uma releitura do modelo de gestão da Administração Pública para o dialógico. Conclui-se que a adoção de procedimentos democráticos de gestão se mostra mais eficiente em concretizar a aplicação dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, denominado *Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, procura-se evidenciar que vige no Brasil, ainda, uma cultura arraigada de judicialização dos conflitos, o que ocasiona uma sobrecarga não só do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Executivo e Legislativo. Além disso, evidencia-se que há limites para a expansão do Poder Judiciário, considerando-se que os recursos materiais e humanos são limitados. Destaca-se que, no decorrer dos anos, houve uma evolução legislativa das ferramentas de desjudicialização no país, chamando-se a atenção para vários diplomas legislativos a respeito disso, caso da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) e da Lei da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015). E, dentro desse cenário de evolução legislativa, mostra-se que o último grande salto se deu com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, e pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Frisa-se, ainda, que o Poder Legislativo também tem procurado adotar os métodos alternativos de solução de controvérsias, destacando-se a edição da Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro 2022, que “institui, no âmbito do

Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal”. E, posteriormente, passa-se a especificar, de maneira sucinta, cada um dos meios alternativos de solução de conflitos previstos no nosso ordenamento jurídico.

No terceiro capítulo, busca-se evidenciar que o Poder Legislativo, por meio do TCU também pode se valer dos métodos consensuais de resolução de controvérsias, a fim de melhorar e otimizar a prestação dos serviços. Obtempera-se que o papel desempenhado pelo TCU não se resume à fiscalização e aplicação de sanções (repressivo/punitivo), mas também tem, entre as suas competências, um viés educativo e preventivo. Demonstra-se que a adoção de métodos consensuais pela Corte de Contas encontra respaldo jurídico na legislação vigente, em especial no artigo 13, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, e na Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro 2022. Na sequência, discorre-se sobre a evolução legislativa acerca da possibilidade de utilização de mecanismos consensuais nas ações de improbidade administrativa e ações penais e, ao final, salienta-se que a celebração de acordo entre o TCU e os jurisdicionados sobre determinado fato deve ser considerado antes do ajuizamento das ações de improbidade e/ou ações penais, diante da *presunção relativa de legalidade dos atos emanados pelo órgão de controle externo* e do *princípio da boa-fé objetiva* que deve orientar todas as relações jurídicas, não se justificando o ajuizamento dessas medidas judiciais na ausência de comprovação do dolo na conduta do agente.

Por derradeiro, a partir das considerações expostas, conclui-se que a adoção do modelo de solução consensual pelo TCU se adequa às novas tendências do Direito Administrativo e do Direito Processual, que são: priorizar soluções consensuais e dialógicas, com vistas a prestigiar os princípios da boa administração e da eficiência, bem como priorizar a concretização dos direitos fundamentais, em especial o acesso à ordem jurídica justa. Além disso, infere-se que, no decorrer do tempo, a utilização dos mecanismos consensuais poderá se tornar importante instrumento de redução da judicialização dos processos.

## **2 ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL**



A Administração Pública tem adotado uma postura imperativa herdada dos tempos do absolutismo, que paulatinamente vem perdendo força, por conta da evolução histórica do Estado de Direito (Estado Liberal e Estado Social) para o Estado Democrático de Direito, prestigiando novos modelos de atuação do Direito Administrativo.

No Estado Absolutista, havia concentração do poder nas mãos de uma única pessoa (monarca), que era irresponsável por seus atos. Esse período histórico restou conhecido pela célebre frase “*The king can do no wrong*” (o rei não erra).

De acordo com Caio Tácito (1986, p. 37):

no **Estado absoluto** a administração é um processo de gestão de negócios públicos, sem que a ele se oponham direitos subjetivos dos administrados. Os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutos, o administrador – veículo da vontade do soberano – é, como este, irresponsável.

Por sua vez, o **Estado Liberal** é uma forma de governo adotada durante o movimento do Iluminismo, entre os séculos XVII e XVIII, baseado em ideias e crenças filosóficas que visavam derrubar o Antigo Regime (monarquia absolutista) e instituir Estados constitucionais de direito na Europa.

O liberalismo clássico teve como principais expoentes o inglês John Locke (1632-1704) e os franceses Montesquieu (1689-1755) e Voltaire (1694-1778), que preconizaram a valorização da autonomia privada e a proteção dos direitos individuais, como os direitos à liberdade, à propriedade, à vida, à liberdade de expressão e de culto religioso; enfim, a consagração dos direitos de primeira geração (civis e políticos clássicos). Segundo Francisco Braga (2021, p. 46), o modelo liberal prega “um Estado mínimo, um Estado de abstenção, um Estado que não interfere nas relações sociais e econômicas”.

Paulo Bonavides (1996, p. 30-31) comenta:

o ápice do liberalismo ocorreu a partir das revoluções do século XVIII, em especial da Revolução Francesa, “em que içou, a favor do Homem, a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, decretando, com seus rumos, o presente e o futuro da civilização”.

Além dos ideais jusnaturalistas desenvolvidos no liberalismo clássico, surgiu o liberalismo econômico, que teve como principal precursor o escocês Adam Smith (1723-1790). Contudo, o liberalismo clássico mostrou-se ineficaz no início do século XX, após o advento de crises financeiras, em especial, da crise nos Estados Unidos

em 1929, também conhecida como Grande Depressão, quando ocorreu a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, afetando a economia estadunidense e a de diversos países, fazendo com que milhares de empresas decretassem falência e milhões de trabalhadores ficassem desempregados. Diante desse cenário fático, os princípios do liberalismo clássico foram revistos. Nos Estados Unidos, pela chamada política do *New Deal* (programa de recuperação econômica efetivado no governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt) e na Europa, por meio das ideias do economista John Maynard Keynes (1883-1946).

Esses eventos fizeram com que ganhasse força o socialismo. O pensamento socialista tem como protagonista o filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que defendia, entre várias teorias, que *a propriedade privada causou o fim da liberdade, as desigualdades e as mazelas da humanidade*. A teoria comunista de Karl Marx (1818-1883) e de Friedrich Engels (1820-1895), os pais do comunismo, utilizaram a percepção de Rousseau sobre a origem dos males da humanidade, *para defender ideias anticapitalistas*.

No início do século XX, a ideia de Estado Liberal clássico sofre um abalo enorme, porque surgem os direitos fundamentais de segunda geração (sociais, culturais e econômicos), que exigem uma atuação concreta do Estado. O Estado, com isso, se despe da roupagem de Estado Liberal e torna-se **Estado Social** (Estado do Bem-Estar Social – *Welfare State*).

Explicando sobre esse momento histórico, Caio Tácito (1986, p. 41) sustenta:

o papel do Estado, que antes se exprimia em deveres negativos (dever de não fazer ou não perturbar) e na garantia do livre exercício de direitos individuais, passa a assumir deveres positivos (obrigações de fazer), a que correspondem pretensões dos administrados.

Com o crescimento do Estado Social e o aumento dos gastos governamentais, tornou-se cada vez mais difícil equilibrar o desenvolvimento social com a necessidade de crescimento econômico. Dito de outro modo, o custo da manutenção das políticas públicas de inclusão social tornou-se um peso para o estado intervencionista, em face dos desafios do mercado financeiro, fazendo com que ele recuasse no exercício da sua função assistencial.

Nada obstante, as ideias defendidas pelo Estado do Bem-Estar Social também fracassaram, dando ensejo ao surgimento do Estado Democrático de Direito.

Comentando sobre essa evolução do Estado para Estado Democrático de Direito asseveram Oriana Piske de A. Barbosa e Antonio Benites Saracho (2018, p. 1):

a evolução do Estado para o paradigma de **Estado Democrático de Direito** revela a superação dos modelos do Estado Liberal e do Estado Social. Com efeito, o grau de complexidade a que as sociedades modernas chegaram não mais permite que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito ou Liberal, nem a partir de uma autonomia pública ao nível do Estado, consoante o Estado Social.

Ponderando sobre a necessidade de adequação dos ideais do liberalismo clássico ao Estado Democrático de Direito, esclarece Paulo Bonavides (1996, p. 62) que

o liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade. Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça.

A despeito da importância da adoção do Estado de Direito<sup>1</sup>, já restou comprovado que a adoção do Estado de Direito Puro, sem que fossem feitas quaisquer reflexões quanto à aplicação do princípio da legalidade, deu ensejo a diversas atrocidades. São exemplos os regimes totalitários alemão (nazismo)<sup>2</sup>, italiano (fascismo)<sup>3</sup> e soviético (stalinismo)<sup>4</sup>.

Nesse contexto, seguindo lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>5</sup>, cumpre destacar que

foi com o surto democrático iniciado no Segundo Pós-Guerra Mundial que a sociedade procurou recuperar os valores humanísticos e liberais, surgindo quatro vetores principiológicos: os direitos fundamentais, a subsidiariedade, **a participação** e a Constituição como ordem de valores (grifo nosso).

---

<sup>1</sup> O surgimento e a evolução da noção de Estado fazem aparecer a figura do Estado de Direito, que representa a ideia de que a Administração Pública e os demais sujeitos da sociedade se submetem ao direito posto. Ou seja, o Estado de Direito é aquele que se submete ao direito que ele mesmo instituiu (Carvalho, 2021, p. 35).

<sup>2</sup> O nazismo foi um regime totalitário liderado por Adolf Hitler, entre 1933-1945, na Alemanha.

<sup>3</sup> O fascismo, também um regime totalitário, tinha à frente Benito Mussolini, que governou a Itália no período 1922-1943.

<sup>4</sup> O stalinismo tinha por líder máximo Josef Stalin, que liderou a União Soviética entre 1927 e 1953.

<sup>5</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003. p. 134.

Essa mudança de paradigma afetou diretamente a atuação do Poder Público, passando-se da administração autoritária para a democrática. De acordo com Marçal Justen Filho (2009, p. 144): “O percurso do Direito Administrativo reflete a transição do autoritarismo para a democracia”.

Atualmente, defende-se que **o Direito Administrativo moderno deve atuar a serviço dos cidadãos-administrados, dando-lhes mecanismos para efetivar os seus direitos fundamentais**. Nesse sentido, novamente pontua Marçal Justen Filho: “[...] o protagonista do direito – inclusive do Direito Administrativo – é o ser humano”<sup>6</sup>. E arremata: “A reconstrução do Direito Administrativo impõe a preservação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias”<sup>7</sup>.

Em reforço argumentativo, convém transcrever as considerações de Pedro Lenza (2014, p. 73) sobre o surgimento do Estado Constitucional de Direito, nos seguintes termos:

com o surgimento do **Estado Constitucional de Direito** supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire de vez o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição (**grifo nosso**).

Por causa do fenômeno da **Constitucionalização do Direito Administrativo** se deu início ao processo de releitura das normas, dos dogmas, dos institutos e dos conceitos clássicos de Direito Administrativo à luz dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, assevera Gustavo Binenbojm (2015, p. 69-70):

a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

Nessa linha de pensamento, Iecionam Patrícia Baptista e Daniel Capecchi (2016, p. 1941):

a constitucionalização do direito administrativo brasileiro chacoalhou e persiste chacoalhando paradigmas e premissas clássicas da disciplina. Forçou — e continua forçando, porque o direito é naturalmente apegado a

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 150.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 152.

interpretações retrospectivas — **a releitura de praticamente todos os seus institutos. Trouxe tutela a um cidadão que não era mais que um súdito de um Estado acostumado ao autoritarismo de decisões unilaterais e imperativas** (grifo nosso).

Em remate, pondera Rafael Carvalho Rezende de Oliveira<sup>8</sup> que

o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico abalou alguns dos mais tradicionais dogmas do Direito Administrativo, a saber:

- a) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais;
- b) a superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição;
- c) a possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo;
- d) a releitura da legitimidade democrática da Administração, com a previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas (consensualidade na Administração).

Nesse prisma, o Direito Administrativo não só deve ser interpretado à luz dos **direitos fundamentais**, mas também deve ser provido o acesso ao ***direito fundamental à boa administração pública***<sup>9</sup>, que, conforme entendimento de Juarez Freitas (2015, p. 198-199), é o somatório dos seguintes direitos subjetivos públicos:

- (a) o direito à administração transparente; (b) o direito à administração pública sustentável; (c) o direito à administração pública dialógica; (d) o direito à administração pública imparcial e o mais desviesada possível; (e) o direito à administração pública proba; (f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e (g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas economicamente eficiente).

O direito à boa administração encontra respaldo nos princípios e regras previstos na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais. A Administração Pública moderna deve adotar mecanismos de boa governança, de governabilidade,

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 67-68.

<sup>9</sup> **O direito fundamental à boa administração pública está consagrado expressamente no âmbito do direito comparado, destacando-se o artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que dispõe: “Artigo 41º. Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.**

de transparência e de *accountability*, que são instrumentos que dão efetividade aos princípios democráticos. Nessa esteira, defende Juarez Freitas (2015, p. 200),

as escolhas administrativas serão legítimas se — e somente se — forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.

Os ***princípios da Supremacia da Constituição***, da ***Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais*** (ou *Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais*) e da ***Força Normativa da Constituição*** atribuem aos aplicadores da Constituição, em especial ao Poder Público, o dever de conferir a mais ampla efetividade às normas constitucionais, concretizando os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos brasileiros.

Para Aduz Luís Roberto Barroso (2012),

a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Na mesma linha interpretativa, afirmam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2019, p. 94):

deve ser atribuído as normas constitucionais o sentido que lhe dê maior eficácia. A máxima efetividade dos direitos fundamentais, vem sancionado, entre nós, no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que proclama a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A CF/88 consagra, entre os seus princípios, a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inciso III), a participação popular (CF/88, art. 1º, parágrafo único), os direitos fundamentais (CF/88, art. 5º) e a efetividade (CF/88, art. 37, *caput*) como substratos do atual Estado Democrático de Direito. Desse modo, a preservação dos valores democráticos e a realização dos direitos fundamentais não podem ser negligenciados pelo legislador ou administrador.

Nesse sentido, observa Gustavo Binenbojm (2015, p. 129): “desde o advento da Emenda Constitucional 19/1998, a participação dos administrados foi elevada à condição de direito fundamental (CF, art. 37, § 3º)”<sup>10</sup>. Daí também a afirmação de

---

<sup>10</sup> “Art. 37 [...], § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros

Marçal Justen Filho (2005, p. 63-64) de que “[...] a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade administrativa”. Portanto, a participação popular é um importante instrumento de concretização da democracia e deve ser incorporado pelos diversos ramos do Direito.

Sob esse enfoque, destaca João Paulo Lawall Valle (2017, p. 2):

**a adoção de mecanismos de efetiva participação popular é uma das marcas mais importantes de uma sociedade que se intitula democrática.** A partir do Estado Democrático de Direito, já é possível reconhecer um **princípio do consenso em construção**, figurando nas relações de poder entre a sociedade e o Estado o primado da concertação sobre a imposição. Inaugura-se, desse modo, uma era de relações paritárias entre os cidadãos e a Administração Pública (grifo nosso).

Em relação ao Direito Administrativo, a reconstrução do modelo de atuação clássico, sustentado por atos unilaterais e imperativos, para uma atuação administrativa consensual<sup>11</sup>, marcada pela adoção de instrumentos de participação dos cidadãos, traduz importante característica das sociedades ditas democráticas.

Sob esse ponto de vista, leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>12</sup>:

é inegável que o consenso, como modo alternativo de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois, como já se teve ocasião de descrever, contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Ao prosseguir em sua argumentação, preconiza o autor, ainda, que<sup>13</sup>

a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas. A consensualidade é alternativa preferível à imperatividade. É surpreendentemente rica a justificação da preferência pela via da coordenação na Administração Pública: 1º) pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração); 2º) pelo potencial criativo e operativos dos próprios entes da constelação estatal (cooperação); 3º) pela redução de custos para o Estado e sociedade (economicidade); 4º)

---

*administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.*

<sup>11</sup> Registre-se, por oportuno, que os termos consensualidade, consensualismo, participação administrativa Administração concertada, concertação, Administração consensual, Administração Pública Dialógica ou *soft administration* são expressões sinônimas utilizadas pela doutrina para denominar o fenômeno da participação dos cidadãos na tomada nas decisões da Administração Pública.

<sup>12</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **Novas Mutações Juspolíticas**: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos. p. 176.

<sup>13</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**, p. 41-42.

pela simplificação da máquina gestora do Estado (racionalidade); 5º) pelo reforço da máquina reguladora do Estado (publicização); 6º) pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (modernização); 7º) pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado monoclasista do Welfare State e do Socialista (eficiência); 8º) pela racionalização da atribuição de competências ao Estado (subsidiariedade) e 9º) pela racionalização da distribuição de competências dentro do Estado (subsidiariedade).

Nesse sentido, novamente os ensinamentos de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira<sup>14</sup>:

a participação popular no procedimento administrativo, nessa perspectiva do consensualismo, revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública, pois permite uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses dos particulares, identificando, com maior precisão, os problemas e as diferentes consequências possíveis da futura decisão. Ademais, a participação aumenta a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas, constituindo, por isso, importante fator de legitimidade democrática da atuação da Administração Pública. Por essa razão, é possível afirmar a existência, hoje, do princípio da consensualidade ou da participação administrativa no âmbito da Administração Pública Democrática e Consensual que substitui o modelo liberal “agressivo” de atuação unilateral da Administração por mecanismos consensuais de satisfação do interesse público e “canais participatórios” que servem para a solução negociada dos conflitos de interesses.

Segundo Rafael Maffini (2010, p. 161): **administração pública dialógica** é uma noção jurídica pela qual se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas por essa atuação estatal.

Essa concepção, como apontado por Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes Torres<sup>15</sup>, “se distancia de um modelo de **administração pública mononómica**, na qual os particulares não têm oportunidade de interferir, preventivamente, colaborando para a realização da atividade administrativa”.

E concluem que “essa mudança de paradigma está relacionada, também, à evolução da democracia participativa, à processualização do Direito Administrativo e à utilização de formas consensuais para resolução de dilemas da Administração”<sup>16</sup>.

Assim, a opção pela adoção de instrumentos de consensualidade garantirá maior efetividade às atividades realizadas pelo Poder Público. Como acentuado por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira<sup>17</sup>:

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, p. 119-120.

<sup>15</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Direito Administrativo**. p. 48.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 69.



ao invés da atuação unilateral e impositiva da vontade administrativa, a decisão estatal deve ser construída, na medida do possível, a partir do consenso (ex.: mediação, acordos, parcerias) e da participação social (ex.: consultas e audiências públicas), o que garante maior legitimidade democrática à Administração.

A participação popular constitui critério de legitimidade para a atuação do Estado Democrático de Direito. A participação administrativa, por sua vez, coloca o cidadão-administrado na função de protagonista, e não de coadjuvante na gestão e controle (nas decisões) da Administração Pública.

A Administração Dialógica/Consensual se consubstancia em modelo de Administração mais garantidora dos direitos fundamentais dos cidadãos, considerando-se que há inúmeras vantagens em resolver consensualmente as questões postas.

### 3 FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça, ou mais propriamente, *o acesso à ordem jurídica justa*, foi amplamente incorporado pela CF/88, mediante a adoção dos princípios da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV), da ampla defesa e do contraditório (CF/88, art. 5º, LV), da razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e da eficiência (CF/88, art. 37, *caput*).

*Contrario sensu*, o **legislador constituinte não adotou a jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado**, com exceção do artigo 217, §§ 1º e 2º, da CF/88, que condiciona o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento das instâncias da justiça desportiva.

Nesse sentido, convém salientar que, mesmo se considerando outras hipóteses previstas em leis esparsas de prévio exaurimento administrativo (*Habeas Data*, *Súmula Vinculante* e *Ações Previdenciárias*), a regra é de que não se pode condicionar o direito de ação ao esgotamento da via administrativa. O direito ao acesso à justiça deve ser *amplamente* assegurado pelo Estado.

Como bem observado por Rodrigo Mazzei e Barbara Seccato Ruis Chagas (2017, p. 68): “uma vez previstas as garantias e os direitos fundamentais no Texto Constitucional de 1988, faz-se necessário implementar medidas para efetivá-los”. A busca por soluções equânimes para o problema de acesso à justiça está intimamente entrelaçada com a efetividade dos direitos fundamentais.

É preciso reconhecer que algumas características do sistema judiciário regular que o tornam apto para a solução de litígios mais complexos também evidenciam a sua inadequação para causas mais simples. É necessário adaptar o processo ao tipo de litígio. Há alguns litígios que serão mais bem resolvidos por outros mecanismos de interferência apaziguadora. Nessa direção, apropriadas as considerações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), no sentido de que: “é evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é de criar outros fóruns mais acessíveis”.

*O direito dos cidadãos a um processo justo, adequado e efetivo* requer não só a modernização do Poder Judiciário, mas a adoção, pelo ordenamento jurídico, de novas técnicas processuais, que devem ser implementadas no âmbito de todos os Poderes do Estado.

Não obstante o constante aparelhamento e a adoção de tecnologias pelo Poder Judiciário<sup>18</sup> com o intuito de aprimorar a sua prestação de serviços, isso não impede que ainda enfrente inúmeros desafios, especialmente em razão da cultura arraigada de judicialização dos conflitos.

Como apontado pelo Conselho Nacional de Justiça, no Relatório de Consulta Pública denominado Macrodesafios do Poder Judiciário para 2021-2026<sup>19</sup>, dentre os grandes temas a serem enfrentados pelo Judiciário se destacam: a) agilidade e produtividade na prestação jurisdicional; b) garantia dos direitos fundamentais; c) enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais; d) prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos.

José Renato Nallini (2017, p. 27-29), sobre a necessidade de se adotarem formas extrajudiciais de composição dos litígios, pondera:

[...] a sensação que o Brasil fornece ao mundo. **Uma população de 202 milhões de habitantes propicia o espetáculo de mais de 100 milhões de processos judiciais, como se toda a nação estivesse a demandar. Uma quarta parte de todo o movimento forense está na Justiça comum de São Paulo. Aqui tramitam mais de 25 milhões de ações, no Tribunal que, sem querer, é considerado o maior do planeta. São mais de 50 mil servidores, 2.501 magistrados e esse invencível número de demandas. O Brasil tem outros números que assombram o restante do planeta. Mais de 700 mil sentenciados, o que lhe dá o 3º lugar no ranking da**

<sup>18</sup> O Supremo Tribunal Federal (STF) em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) desenvolveram o Projeto Victor, uma inteligência artificial voltada para apoiar a atividade de análise de admissibilidade recursal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori>. Acesso em: 2 maio. 2023.

<sup>19</sup> Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio\\_consulta\\_publica\\_macrodesafios\\_2020\\_01\\_15.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio_consulta_publica_macrodesafios_2020_01_15.pdf). p. 7-8. Acesso em: 30 abr. 2023.

**população carcerária mundial, superado apenas pela China e pela Rússia. Acaba de ultrapassar a Índia, muito mais populosa do que esta República Federativa. A continuar nessa escala, o esgotamento do sistema é um passo irreversível.** Pois a resposta tradicional à demanda por justiça é o crescimento vegetativo das estruturas. À indagação: - "O que falta para o Judiciário brasileiro?", a resposta clássica será: - "Faltam orçamento, estruturas materiais e pessoais! É urgente criar mais cargos, mais varas, mais tribunais!". Será que isso se mostra possível? Neste momento de PIB negativo, de recessão econômica, de estagnação, de queda na arrecadação e de contingenciamentos, será viável que uma instituição continue a crescer em quantidade? Pense-se que o sistema Justiça no Brasil é bastante sofisticado. Enquanto em Estados-Nação que já nos inspiraram, como França e Itália, existe uma só Magistratura, acolhendo juízes e membros do Ministério Público num único braço da Justiça, aqui o Parquet é uma instituição autônoma e de crescente prestígio e influência. A cada criação no âmbito da Magistratura, haverá repercussão no Ministério Público. Mas também na Defensoria Pública, nas Procuradorias, nas Polícias, nas delegações extrajudiciais - antigos cartórios - e na Administração Penitenciária. Tudo isso não pode deixar de ser levado em conta por aqueles que têm a missão de sustentar o Estado. Daí a urgência de se pensar em outros caminhos. **O processo pode não ser a única solução para resolver um conflito entre as pessoas.** Estas, no início da civilização, faziam justiça pelas próprias mãos. E a solução era temerária, pois não havia necessária proporção entre a ofensa e a reação. Daí o progresso da chamada lei de talião, a trazer a proporcionalidade: olho por olho, dente por dente. Num estágio qualitativamente superior, encontrou-se o processo como a alternativa mais civilizada de composição de controvérsias. Entrega-se a um terceiro oficial e neutro - o Estado-juiz - a incumbência de solucionar os desentendimentos. Este o estágio civilizatório em que a humanidade hoje se encontra. Mas a exaustão do modelo é algo que não pode ser desconsiderado. O processo judicial converteu-se na única resposta que se oferece para todo e qualquer embaraço no relacionamento. **A procura pelo Judiciário foi tão excessiva, que o congestionamento dos tribunais inviabiliza o cumprimento de um comando fundante incluído na Carta Cidadã pela Emenda Constitucional 45/2004: a duração razoável do processo.** Além disso, a ciência processual sofisticou-se e converteu a cena judiciária numa verdadeira arena de astúcias. O processo já foi chamado de adjetivo à substância do direito material. A pugna dos processualistas para conferir autonomia científica ao processo foi vitoriosa. Às vezes tem-se a impressão que, em lugar de instrumento de realização do bem material, o processo se tornou finalidade em si mesmo. Há uma percentagem considerável de ações judiciais que terminam com respostas meramente processuais. O conflito continua e até mais acirrado, porque se adiciona à esperança de quem recorreu a juízo o desalento de ter despendido tempo e dinheiro, angústia e preocupação durante longo período e a resposta foi quase sempre inexplicável. Como fazer o interessado entender o que significa "indeferimento da inicial por inépcia", ou "carência de ação", "ilegitimidade de parte", "decadência", "prescrição", "acolhimento de exceção", "prevalcimento da preliminar" e tantas outras respostas que podem terminar o processo, mas não encerram o conflito. As respostas judiciais são técnicas, nem por isso solucionam o problema. Para encerrar uma lide, o brasileiro pode ser obrigado a percorrer quatro instâncias e se valer de dezenas de oportunidades de reapreciação do mesmo tema, ante um quadro recursal caótico. Por isso cresce a preocupação e o interesse por adoção de alternativas ao processo convencional. O caos reinante impõe a busca dessas opções e a menção mais frequente é a adoção de métodos alternativos como a conciliação, mediação e arbitragem. São respostas mais atraentes para o mercado, pois a longa duração do processo, o seu custo global em valores tangíveis e intangíveis e a álea natural que o sistema

envolve despertou alguns nichos da sociedade para a busca de meios mais racionais de se resolver uma questão concreta.

O abarrotamento do Poder Judiciário só tem se tornado mais grave ao longo dos anos. No relatório anual confeccionado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado *Justiça em Números*, de 2022, com base em dados colhidos no ano de 2021, verificou-se que, “durante o ano de 2021, foram julgados 27 milhões de processos, com aumento de 2,7 milhões de casos (11,3%) em relação a 2020”<sup>20</sup>.

Ainda, de acordo com o Relatório supracitado,

o acesso à justiça aumentou em 2021, e registrou 2,6 milhões de casos novos a mais do que em 2020. Foram 27,7 milhões processos judiciais ingressados durante o ano. O número de processos baixados também cresceu, em 2,7 milhões (10,4%), e o número de casos julgados em 2,7 milhões (11,3%). **Ainda assim, o estoque processual cresceu em 1,5 milhão de processos, finalizando o ano de 2021 com saldo similar ao verificado antes do início da pandemia, em 2019. São ao todo 77,3 milhões de processos em tramitação**<sup>21</sup>.

No Brasil, o fenômeno da judicialização dos conflitos tem afetado não só o Poder Judiciário, mas também os Poderes Executivo e Legislativo.

No âmbito do Executivo, pode-se mencionar os inúmeros impactos da judicialização na gestão pública, destacando-se os processos judiciais referentes à implementação das **políticas públicas de educação** (matrículas em creches e unidades de pré-escola, ampliação de vagas na educação infantil etc.) **e de saúde** (fornecimento de medicamentos e outros insumos para a saúde, vagas em hospitais públicos e privados etc.).

No Relatório Judicialização e Sociedade – Ações para acesso à saúde pública de qualidade, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>22,23</sup>, evidencia-se

<sup>20</sup> Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) denominado “Justiça em números 2022”. Brasília: CNJ. 2022. p.106. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 307.

<sup>22</sup> Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) denominado “Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade”. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ. 2021. p. 13. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio\\_Judicializacao-e-Sociedade.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade.pdf). Acesso em: 25 abr. 2023.

<sup>23</sup> Ao discursar no I Congresso do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde – FONAJUS-CNJ, realizado em 17 de novembro de 2022, o Secretário de Saúde de São Paulo, Eduardo Ribeiro afirmou que: “Esse tema inquieta os gestores de todo o país. Em São Paulo, existem 47 mil processos judiciais com demandas de saúde. Mais de 15 mil entram, anualmente, na Justiça, sendo 50% relativos a acesso a medicamentos, dos quais 90% não estão padronizados no SUS. Isso gera um impacto de R\$ 1 bilhão. Temos o desejo sincero de ampliar acesso com equidade, mas é preciso muita responsabilidade”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/impactos-da-judicializacao-da-saude-sao-debatidos-no-i-congresso-do->

a preocupação que a judicialização da saúde tem causado nos gestores dos distintos poderes não está ligada ao fato de um direito legítimo ser judicializado, mas com o ônus de tal fenômeno na própria estrutura judicial e, além disso, nos custos para a máquina administrativa dos executivos nacionais e subnacionais.

Os olhos dos administradores e dos coordenadores do poder Judiciário tem se voltado para a questão em decorrência do aumento exponencial de demandas recebidas por parte do Judiciário e seu alto custo envolvido, não apenas na condução dos processos judiciais, mas também no cumprimento de decisões que, por vezes, não estão previstas em orçamento por parte dos gestores do Executivo.

Por seu turno, na esfera do Legislativo, pode-se referir ao aumento desmedido do número de processos apreciados pelos Tribunais de Contas da União<sup>24,25</sup>, dos Estados<sup>26</sup> e dos Municípios.

---

fonajus/#:-:text=Em%20S%C3%A3o%20Paulo%2C%20existem%2047,impacto%20de%20R%24%201%20bilh%C3%A3o. Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>24</sup> De acordo com o Relatório Anual de Atividades TCU-2022: **I)** Em 2018, foram analisados 2900 processos de cobranças executivas (CBEX) formalizados, Em 2019, foram analisados 2424 processos de cobranças executivas (CBEX) formalizados, Em 2020, foram analisados 3038 processos de cobranças executivas (CBEX) formalizados, Em 2021, foram analisados 3796 processos de cobranças executivas (CBEX) formalizados e Em 2022 foram analisados 4140 processos de cobranças executivas (CBEX) formalizados (fl. 16); **II)** Em 2018, foram proferidos 30.779 acórdãos, Em 2019 foram proferidos 31.033 acórdãos, Em 2020 foram proferidos 32092 acórdãos, Em 2021 foram proferidos 41418 acórdãos e Em 2022 foram proferidos 22541 acórdãos (*A redução no quantitativo de acórdãos proferidos no ano é decorrente de novos procedimentos adotados pelo TCU na autuação de atos de pessoal instruídos automaticamente, o que diminuiu significativamente o volume de processos de pessoal autuados e, conseqüentemente, o total de acórdãos proferidos no período*) (fl. 16) e **III)** Houve um aumento na quantidade de atos de pessoal analisados pelos gabinetes de Ministros. **O volume de atos de pessoal sujeitos a registro que nós recebemos a cada mês supera, em muito, a nossa capacidade de análise.** De modo a concentrar os esforços nos atos com maior materialidade e probabilidade de ilegalidade, desenvolvemos um processo de seleção com base em risco, de forma a encaminhar para análise atos com maior benefício de controle potencial. O processo de seleção é suportado por um modelo de inteligência artificial que “aprende”, com base no histórico de apreciações dos atos de pessoal, como identificar um ato com maior probabilidade de ilegalidade. [...] Em aproximadamente um ano de operação, o modelo já encaminhou mais de 13 mil atos para análise dos auditores. A taxa de ilegalidade dos atos analisados, que, no primeiro trimestre de 2020, era 1,25%, saltou para mais de 60% em 2022 (fl. 87). Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/E7/B5/E8/9A84781046756058F18818A8/00\\_Relatorio\\_anual\\_de\\_atividades\\_TCU%202022.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/E7/B5/E8/9A84781046756058F18818A8/00_Relatorio_anual_de_atividades_TCU%202022.pdf). Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>25</sup> Segundo estudo realizado por pesquisadores da FGV Direito Rio: “*Existe uma clara tendência de aumento nos processos do TCU nas últimas duas décadas. Em 1998, o total de processos novos foi de 7.312; e em 2018, atingiu 36.088. Esse aumento de 394% pode refletir uma realidade própria do TCU ou pode acompanhar o aumento nos processos judiciais no Brasil em geral. A título de comparação, no Supremo Tribunal Federal, o aumento no período foi de 87%; e no Superior Tribunal de Justiça, de 265%*”. (GUERRA, Sérgio; HARTMANN, Ivar Alberto. Tribunal de Contas da União: uma análise quantitativa. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 20, n. 80, abr./jun. 2020. p. 159-160). Disponível em: <file:///C:/Users/Macrotech/Downloads/1286-2389-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>26</sup> A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Espírito Santo (TCE-ES), na data de 9 de janeiro de 2023, noticiou que: “*O TCE-ES apresentou um aumento no número de processos julgados durante as sessões em 2022. Um levantamento da Secretaria Geral das Sessões (SGP) revelou que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES) apresentou, no exercício de 2022, um aumento de cerca de 10% no número de processos julgados durante as sessões das Câmaras e do Plenário, em comparação com o exercício de 2021*”. Disponível em: <https://www.tcees.tc.br/tce-es-apresenta-aumento-no-numero-de-processos-julgados-em-2022/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

Os mecanismos privados ou informais de solução de conflitos se consubstanciam como alternativa efetiva de pacificação social e acesso à justiça, na medida em que objetivam dar uma resposta ao conflito, de forma mais célere e efetiva, concretizando direitos fundamentais dos cidadãos.

Nessa linha de inteligência, deve-se desmistificar alguns dogmas do Direito Processual, especialmente o de que “*a prestação jurisdicional é o monopólio única e exclusivamente do Poder Judiciário*” e o de que “*o acesso à Justiça somente se perfectibiliza por meio do Poder Judiciário*”.

Observa Fredie Didier Júnior (2016, p. 271) que:

a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de solução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Nesse sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

Ao tratar das negociações processuais, a maioria da doutrina processual moderna ensina que a jurisdição não é mais monopólio exclusivo do Estado. Explicando o assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves (2021, p. 63) assevera que

o Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução dos conflitos, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras, pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em estão envolvidas”, que as denomina de “equivalentes jurisdicionais” ou “formas alternativas de solução de conflitos<sup>27</sup>.

É cediço que existem diversos *métodos alternativos de resolução de controvérsias* pelo mundo. Os mais conhecidos e utilizados são: *negociação, conciliação, mediação e arbitragem*. Afirma Francisco José Cahali (2022) que

na negociação, conciliação e a mediação, a solução da divergência é buscada pelo próprios envolvidos (diretamente ou acompanhados de facilitador), de forma consensual, não imposta. Já na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição, aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. Caracteriza-se, assim, como um adversarial, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe a outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão.

---

<sup>27</sup> Por sua vez, outros doutrinadores as denominam de “substitutos da jurisdição” (Theodoro Júnior, 2014, p. 56). Podendo ser encontrados na doutrina outros termos como, “ADR (Alternative Dispute Resolution)” ou “MASCs (Meios alternativos de resolução de controvérsias)” ou “MESCs (Meios extrajudiciais de resolução de controvérsias”.

Em regra, os *meios extrajudiciais de solução de conflitos* se dividem em *autocompositivos* (conciliação; mediação; desistência - renúncia a direito; submissão - reconhecimento jurídico do pedido; transação), ou *heterocompositivos* (jurisdição e arbitragem). Daniel Amorim Assumpção Neves (2021, p. 63) defende que há no ordenamento jurídico brasileiro quatro espécies de equivalentes jurisdicionais:

há quatro espécies reconhecidas de equivalentes jurisdicionais pelo nosso direito: autotutela, autocomposição (tradicionalmente chamada de conciliação), mediação e arbitragem, ainda que esta última forma de solução de conflitos seja considerada por muitos uma espécie de jurisdição privada<sup>28</sup>.

Estabelecida essa noção teórica de que o monopólio estatal do exercício da jurisdição, por meio do Poder Judiciário, não é a forma de solução de conflitos consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, resta inconteste que se adotou o **sistema multiportas (*multidoor justice*) de solução de conflitos**.

A doutrina tem afirmado que o sistema multiportas traz inúmeras vantagens para os jurisdicionados, na medida em que concretiza o direito ao acesso à justiça. Segundo a concepção de Hermes Zaneti Junior e Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p. 5-6):

a Justiça Multiportas é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela de direitos. Ao invés de uma só porta que permite o acesso de todos e a qualquer um, sem distinções subjetivas, objetivas ou teleológicas, a Justiça passa a apresentar muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade. A incontida litigiosidade que sobrecarrega o Poder Judiciário deu causa no Brasil a diversos estudos e iniciativas em busca de soluções que trouxessem novas perspectivas para a prestação jurisdicional. Os Pactos Republicanos de Estado por um Sistema de Justiça mais Ágil e Efetivo traduziram as intenções de todos os poderes da República neste desiderato, consolidaram a política nacional de estímulo à solução consensual dos conflitos (CPC/2015, art. 3º, §§ 2º e 3º; Resolução CNMP nº 118/2014; Resolução CNJ nº 125/2010).

De maneira geral, a doutrina elenca três mecanismos de solução de conflitos: ***autotutela*** ou ***autodefesa, autocomposição e heterocomposição***.

A ***autotutela*** remete a tempos mais distantes em que o Estado não estava organizado politicamente, em que vigia a força e não o Direito. Esse método foi superado quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, impedindo que as partes fizessem justiça com as próprias mãos. Atualmente, é proibida, sendo, até mesmo, capitulada como crime (artigo 345 do Código Penal - uso arbitrário das

---

<sup>28</sup> A despeito dos juristas que não consideram a arbitragem como equivalente jurisdicional, o presente trabalho segue a corrente doutrinária que a enquadra entre os meios alternativos de resolução de conflitos.

próprias razões), e aceita apenas de maneira restrita no nosso ordenamento, em casos pontuais, como : legítima defesa (artigo 188, inciso I, do Código Civil); apreensão de bem com penhor legal (artigo 1.467, inciso I, do Código Civil); desforço imediato no esbulho (artigo 1.210, § 1º, do Código Civil).

Na **autocomposição**, as partes envolvidas no conflito celebram acordos, mediante vontade unilateral ou bilateral, sem a interferência estatal. Pode se aperfeiçoar pela *transação, renúncia, submissão, desistência ou resolução colaborativa*. Já na **heterocomposição**, a resolução do conflito é realizada por um terceiro imparcial, podendo assumir a forma de *jurisdição ou arbitragem*.

Interessante é a leitura de Fredie Didier Junior (2020, p. 273) acerca do instituto jurídico da autocomposição. Segundo o autor:

o sistema do direito processual civil brasileiro é estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§ 2º e 3º do artigo 3º do CPC: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

A heterocomposição também é incentivada pelo artigo 3º, § 1º<sup>29</sup>, artigo 42<sup>30</sup> e artigo 337, § 6º<sup>31</sup>, do Código de Processo Civil, e pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, inteiramente compatíveis com o novo CPC, que dispõem sobre o instituto da arbitragem.

Assim, tanto o Novo Código de Processo Civil como leis esparsas adotaram o sistema de resolução consensual de conflitos, por meio dos métodos de autocomposição (mediação, conciliação e de outros métodos) ou heterocomposição (arbitragem), objetivando dar maior efetividade aos princípios da razoável duração do processo e do amplo acesso à justiça.

Nesse sentido, lecionam Hermes Zaneti Junior e Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p. 6):

assim, todo o ordenamento jurídico nacional está sendo direcionado para as soluções extrajudiciais, sejam elas autocompositivas (mediação, conciliação, negociação direta ou outros meios de solução consensual dos litígios) ou

<sup>29</sup> “Art. 3º [...], § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

<sup>30</sup> “Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

<sup>31</sup> “Art. 337 [...], § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.



heterocompositivas (a exemplo da arbitragem, reconhecida pelo CPC/2015 como jurisdição extraestatal).

Ressalta-se que essa nova sistemática de resolução de conflitos deve ser incentivada não só no âmbito do Poder Judiciário. Explanando sobre o assunto, Fredie Didier Junior (2016, p. p. 273) assinala:

até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negociada é estimulada. A criação de regras que permitem a **autocomposição administrativa** (por exemplo a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência (grifo nosso).

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público – considerados princípios basilares do Direito Administrativo – vêm sofrendo releitura pela doutrina administrativista ao longo dos últimos anos, não podendo ser utilizados como justificativa para o fato de a Administração Pública não adotar os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1915):

a multiplicação de demandas levadas ao Poder Judiciário, envolvendo a Administração Pública, fortaleceu a tendência de se adotar, em seu âmbito, meios alternativos de solução de conflitos: a arbitragem, a mediação e a autocomposição de conflitos.

Também estudando sobre o tema, observa Gustavo Justino de Oliveira (2022, p. 2):

é notável a evolução e a expansão dos *métodos de solução de conflitos* na administração pública brasileira nos últimos dez anos, gerando experiências apoiadas em uma base normativa inovadora do tratamento dos conflitos e litígios administrativos que abrange leis, decretos e regulamentos internos de órgãos e entidades públicas, com destaque para o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015), Mediação e Autocomposição Administrativa (Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015, Reforma da Lei de Arbitragem de 2015, Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018 (LINDB) e seu Decreto n. 9.830 de 10 de junho de 2019), artigos 151 a 154 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133 de 1º de abril de 2021), entre vários outros diplomas normativos<sup>32</sup>.

Nesse sentido, o **Enunciado 226 da II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios** dispõe que “deve ser incentivado nos órgãos do Poder

---

<sup>32</sup> Cite-se, como exemplo, a Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020 que promoveu inúmeras alterações na Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial), prevendo o uso de métodos alternativos na solução de conflitos na recuperação judicial e na falência.

Executivo, em suas diferentes esferas (federal, estadual e municipal), o apoio à implantação da mediação, conciliação e negociação”.

O Poder Legislativo também tem procurado adotar métodos **alternativos de solução de controvérsias**. Dentro desse contexto, destaca-se, por oportuna, a **Instrução Normativa do TCU nº 91, de 22 de dezembro 2022**, que “instituiu, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal”.

Além disso, convém trazer a lume o **Enunciado 224 da II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**:

224 - Os métodos consensuais de composição de conflitos podem ser utilizados na busca por implementação de políticas públicas e para evitar ou fazer cessar violações de direitos transindividuais, com destaque para a possibilidade de diálogos interinstitucionais, inclusive com os Poderes Executivo e Legislativo, bem como com todas as pessoas potencialmente interessadas (grifo nosso).

Como se pode notar, o Enunciado transcrito incentiva a adoção de *soluções dialógicas, para concretizar políticas públicas e proteger direitos fundamentais*.

Diante da importância da adoção e utilização de formas consensuais para a resolução de controvérsias na esfera dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, passa-se a especificar, de maneira sucinta, sobre cada um dos meios alternativos de solução de conflitos previstos no nosso ordenamento jurídico.

### 3.1 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

#### 3.1.1 AUTOTUTELA

Ao abordar a autotutela, a maioria da doutrina faz um apanhado histórico apontando que o instituto tem origem no tempo em que a justiça era realizada exclusivamente pelos indivíduos, por meio de sua própria força, desvinculada de qualquer ato estatal e que tal procedimento não se mostrava hábil a promover a pacificação social e, enfim, que somente com o fortalecimento do Estado é que a justiça privada foi substituída pela justiça pública.

Nesse sentido, Humberto Theodor Júnior<sup>33</sup>:

---

<sup>33</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. p.48.

primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se a definir direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais, defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente, era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos. Com o fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial.

Por sua vez, partindo de uma interpretação das normas constitucionais e do Código de Processo Civil, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 156) faz interessante leitura do instituto da autotutela:

ao proibir a justiça de mão própria e afirmar que a “*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), nossa Lei Maior afirma a existência de direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Ao reproduzir semelhante dispositivo o artigo 3º, *caput*, funciona como cláusula de destaque desse compromisso do Novo CPC. Obviamente, **a proibição da autotutela só pode acarretar o dever de o Estado Constitucional prestar tutela jurisdicional idônea aos direitos**. Pensar de forma diversa significa esvaziar não só o direito à tutela jurisdicional (plano do direito processual), mas também o próprio direito material, isto é, o direito à tutela só pode ser concebido como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (artigos 5º, inciso XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal e artigos 3 e 4º do Código de Processo Civil, grifo nosso).

No mesmo diapasão, afirma Alexandre Freitas Câmara (2019, p. 76):

a jurisdição é uma função estatal exercida em razão da vedação da autotutela. Não sendo autorizado que cada pessoa pratique, de mão própria, os atos necessários à satisfação de seus interesses (com a ressalva dos casos em que isso é expressamente autorizado).

Assim, com o surgimento do Estado de Direito (organizado politicamente) e, por consequência, com a adoção da tripartição de poderes, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função típica de julgar (função jurisdicional), permitindo-se o uso da *autotutela* ou *autodefesa* pelos indivíduos apenas de maneira excepcional.

Diante do exposto se poderia, ainda, questionar que, sendo a autotutela instrumento rudimentar de solução de conflitos, fruto do uso da força, como poderia ainda ser prevista no ordenamento jurídico e, por conseguinte, ser considerada um equivalente jurisdicional?

Com maestria, em aprofundamento sobre esse assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves (2021, p. 63) faz as seguintes considerações:

a autotutela é a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Por “força” deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha

condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar também nos aspectos afetivo, econômico, religioso etc. É evidente que uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma de solução de conflitos que se procura prestigiar em um Estado Democrático de Direito<sup>34</sup>. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto. Como, então, a autotutela continua a desempenhar papel de equivalente jurisdicional ainda nos tempos atuais?

**Primeiro**, é preciso observar que a autotutela é consideravelmente excepcional, sendo raras as previsões legais que a admitem. Como exemplos, é possível lembrar a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão de bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1210, § 1º, do CC). **A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito objetivo**, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

**Segundo**, e mais importante, **a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário**, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário. Trata-se de hipótese sem atributo da definitividade, uma vez que pode ser revista jurisdicionalmente (grifo nosso).

Assim, em regra, é vedada a utilização da *autotutela* ou *autodefesa* no nosso ordenamento jurídico, sendo admitida apenas em casos excepcionais.

### 3.1.2 AUTOCOMPOSIÇÃO

De maneira simples, pode-se afirmar que a autocomposição é forma de resolução de conflito baseada na autonomia da vontade das partes, sem que haja intervenção do Judiciário.

Realizando estudo mais detido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 54) entendem que o instituto da autocomposição evoluiu no decorrer do tempo:

*num primeiro sentido, mais privatista e tradicional, a autocomposição consiste na resolução da controvérsia pelo sacrifício voluntário, por um dos litigantes, no todo ou em parte, do seu interesse próprio em favor do interesse do outro. Nesse sentido, a autocomposição implica a prática, pela parte, de um ato de disposição total ou parcial do bem jurídico objeto do litígio. A parte abre mão de uma parcela daquilo a que (ela achava) tinha direito. Enfim, tem-se um "ato de vontade". Em tal acepção (adotada, p. ex., pelo Código Civil, art. 841),*

<sup>34</sup> A conduta de se fazer justiça pelas próprias mãos, é inclusive penalizada pelo Código Penal, se configura no crime do "exercício arbitrário das próprias razões", previsto no artigo 345, que assim dispõe: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa".

a autocomposição só se pode realizar se o direito material for disponível (isso é, negociável, renunciável...).

Mas esse primeiro sentido está em larga medida superado, ou melhor, já não é o único nem o mais relevante. Isso se deve a pelo menos três fatores: (1ª) as transformações sofridas pelo direito material, que em muitos casos já não comporta uma divisão estanque e absoluta entre o que é privado e disponível e o que é público e indisponível; (2ª) a crescente valorização dos meios não judiciais de solução dos litígios, que põe ênfase na possibilidade e mesmo necessidade de cada sujeito (atue ele na esfera pública ou privada), quando constatar que não tem razão em um litígio, desde logo procurar modos de resolvê-lo independentemente de intervenção judiciária; e, sobretudo, (3ª) a afirmação da legalidade, razoabilidade e moralidade (boa-fé) como parâmetros fundamentais de atuação dos entes públicos (e de seus entes descentralizados ou delegatários) - o que impõe que, toda vez que um desses sujeitos verifique a improcedência de sua posição em um conflito real ou potencial, desde logo adote todas as medidas para resolvê-lo.

Assim, põe-se *uma segunda acepção de autocomposição. Não se trata da renúncia a um direito material que se reputa possuir. Mas sim a constatação, pelo próprio litigante, de que não tem razão, no todo ou em parte, com conseqüente adoção de providências, em consenso com o outro polo litigante, destinadas a, desde logo, pôr fim ao litígio. Nessa hipótese, não se tem “ato de vontade”, mas “ato de verdade”.*

Por seu turno, Daniel Amorim Assumpção Neves (2021, p. 65) menciona que:

a autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito, mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos.

Destarte, o conflito de interesses é solucionado pela negociação direta entre as partes litigantes. Segundo a doutrina “a autocomposição é gênero que tem como espécies a transação, a renúncia e a submissão”<sup>35</sup>.

Em termos simples, pode-se afirmar que, na transação, as partes fazem concessões recíprocas, visando prevenir ou resolver um conflito. Aliás, nessa senda, dispõe o artigo 840 do Código Civil: “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

A transação é incentivada no âmbito da Administração Pública para solução de conflitos tributários. Nessa senda, prescreve o **Enunciado nº 53 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios:**

53 Estimula-se a transação como alternativa válida do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a justiça tributária, no âmbito administrativo e judicial, aprimorando a sistemática de prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrados, ampliando, assim, a recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência.

---

<sup>35</sup> *Idem*, p.65.

De outro lado, segundo doutrina abalizada<sup>36</sup>, na renúncia e na submissão o exercício da vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretense direito dele abdica, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado pela sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima a sua resistência.

### 3.1.3 MEDIAÇÃO

A mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito<sup>37</sup>. Trata-se, portanto, de uma forma alternativa de solução de conflitos fundada na autonomia da vontade das partes, contudo, nesta modalidade de equivalente jurisdicional, há intervenção de um terceiro, que não interfere, mas induz as partes a chegarem em um consenso, a fim de solucionar o conflito.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020 p. 1915):

na mediação, as partes socorrem-se da ajuda de terceiro em que confiam para chegarem a acordo que ponha fim ao litígio. O mediador não decide, mas apenas auxilia as partes em conflito na busca pelo consenso.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 303-304):

a mediação consiste na inclusão de um terceiro imparcial para auxiliar na negociação das partes. Sua finalidade é colaborar para que elas cheguem, por sua própria iniciativa, a um acordo. O mediador não deve, em regra, sugerir soluções para o problema das partes, mas auxiliá-las a encontrar, sozinhas, tais soluções. Para tanto, deve ajudar a restabelecer o diálogo entre os envolvidos, para que eles encontrem os pontos de divergência e consigam resolver a controvérsia.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>37</sup> A definição foi extraída do site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/#:~:text=A%20Media%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20forma,em%20conflitos%20multidimensionais%20ou%20complexos.>

De outro lado, a conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial<sup>38</sup>.

Sob essa perspectiva, leciona Francisco José Cahali (2022):

realizando a comparação entre mediação e conciliação, verifica-se que o foco na mediação é o conflito, e não a solução. Na conciliação, percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito. Pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora seja naturalmente desejada.

Seguindo a mesma linha argumentativa, afirmam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2018, p. 517):

a mediação se presta mais à prevenção da conflituosidade latente, que se torna recorrente por causa de vínculos entre as partes (como em casos de família e vizinhança). A conciliação visa à superação pontual do conflito estabelecido por vínculo específico, como em relações obrigacionais. A finalidade de um e outro instituto é levar as partes à transação.

A mediação e a conciliação têm sido utilizadas no âmbito do Poder Judiciário como forma de prevenir e/ou impedir o processo e de resolver conflitos.

De maneira inovadora, o novo Código de Processo Civil disciplinou a respeito dos institutos da mediação e da conciliação nos artigos 165 a 174, prevendo a possibilidade de autocomposição de conflitos não só no âmbito do Poder Judiciário, mas também no âmbito da Administração Pública.

A possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito na Administração Pública é disciplinada pelo artigo 174 do Código de Processo Civil e pelo artigo 32, incisos I a III, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que prescrevem:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:  
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;  
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;  
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos

---

<sup>38</sup> A definição foi extraída do site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/#:~:text=A%20Media%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20forma,em%20conflitos%20multidimensionais%20ou%20complexos>. Acesso em: 06 dez. 2023.

respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

No tocante à *mediação na Administração Pública*, dispõem os **Enunciados 40 e 60 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**:

40 Nas mediações de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, judicializados ou não, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, dentre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades do terceiro setor representativas que atuem na matéria afeta ao conflito.

60 As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a **conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.**

Desta forma, não restam dúvidas quanto à possibilidade da utilização da mediação no âmbito do Poder Público.

### 3.1.4 ARBITRAGEM

*Last but not least* (por último, mas não menos importante), a arbitragem pode ser definida, pela doutrina (Scavone, 2018, p. 19), como “o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral”, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

Assim, resumidamente, a arbitragem constitui meio privado de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais *disponíveis*, que traz inúmeras vantagens. Nesse sentido, pontua Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 223-224):

a realização da justiça pela via consensual da arbitragem, traz inúmeros benefícios, porquanto: (1) possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio; (2) desafoga o Judiciário resguardando-o para atura nos litígios que são próprios; (3) tende ao ideal da pronta justiça ao caso; e (4) promove uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação.



O *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Dispõe sobre a arbitragem), estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

São dois, portanto, os requisitos para a utilização da arbitragem: “a) que as pessoas possuam capacidade para contratar; e b) que os litígios se refiram a direitos patrimoniais disponíveis”. Bem por isso, prescreve o artigo 852 do Código Civil que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

No que diz respeito à utilização da arbitragem na Administração Pública, muito se discutiu sobre a sua possibilidade ou não, o que restou superado com a edição do Novo Código de Processo Civil e com a reforma promovida pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou substancialmente a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Após a edição da Lei de Arbitragem havia inúmeras legislações esparsas que previam o uso da arbitragem pela Administração Pública, com destaque para: a) artigo 23-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; b) artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei sobre Parcerias Público-Privadas); c) artigo 44-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Lei do RDC).

Mesmo ante os diplomas supracitados, o debate a respeito da utilização da arbitragem pela Administração mantinha-se intensificado na doutrina (2022) e na jurisprudência<sup>39</sup>. Diante disso, poderia se pensar que não seria permitida à Administração Pública a utilização da arbitragem, em virtude do **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

Entretanto, o Poder Público não estava e não está impedido de se valer dos meios consensuais de solução de controvérsias, na hipótese, da arbitragem, considerando que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Sentença Estrangeira em

---

<sup>39</sup> Em virtude da existência de lacuna na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996) quanto à possibilidade de a Administração Pública se utilizar da arbitragem, os tribunais passaram a apreciar a questão, se posicionando no sentido da “*possibilidade da arbitragem no direito público*”. Nesse sentido, se infere do item 13 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça – Edição nº 122: da Arbitragem. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?tipo=JT&livre=arbitragem&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDI CO&l=20&i=1&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM>. Acesso em: 28 abr. 202.

Agravo Regimental nº 5206/EP (Espanha)<sup>40</sup>, reconheceu a constitucionalidade da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996).

A propósito, nesse sentido são as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1915):

muita controvérsia se travou a respeito da constitucionalidade da arbitragem diante do artigo 5º, incisos XXXV, XXXVII e LV, da Constituição Federal. O primeiro garante o direito de acesso à justiça, ao proibir que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O segundo veda juízo ou tribunal de exceção. E o terceiro assegura aos litigantes e aos acusados em geral, nos processos administrativos e judiciais, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; desse inciso decorreria o direito à dupla instância de julgamento. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da lei da arbitragem tendo em vista que o recurso à arbitragem só é possível quando as partes são capazes e quando o litígio envolva interesses disponíveis.

Por sua vez, com a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) foi alterada para estabelecer, de forma expressa, que a Administração Pública pode se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que respeitado o princípio da publicidade.

Assim dispõem o artigo 1º, §§ 1º e 2º, e o artigo 2º, § 3º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, *in verbis*:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

**§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.**

**§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.**

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

**§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.**

Nesse contexto, a título de reforço, cumpre destacar o disposto no **Enunciado 2 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**, que assim

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira em Agravo Regimental nº 5206/EP (Espanha). Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001. **Diário da Justiça**. Brasília. 30 abr. 2004.

determina: “ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”.

Embora não restem dúvidas acerca da possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, o ponto que ainda suscita controvérsia reside no fato de se definir a expressão direitos patrimoniais disponíveis, que se trata de um conceito jurídico indeterminado.

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro (2020, p. 1921-1922), muitos critérios têm sido apontados pela doutrina e jurisprudência e podem ser assim resumidos:

- a) é possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão (em que a Administração Pública atua sem o seu poder de império, ou seja, como se fosse uma partícula na gestão de seus negócios); nessa situação ela se iguala ao particular, ao contrário do que ocorre quando se trata de ato de império;
- b) o princípio da indisponibilidade do interesse público não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis; o interesse público é sempre indisponível; os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis;
- c) é possível a arbitragem em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado, ou seja, quando se trata de atividade econômica em sentido estrito, tal como entendeu o STJ no REsp 606.345/RS e 612.439/RS, em que foi Relator o Ministro João Otávio de Noronha;
- d) é possível a arbitragem nos atos negociais, em que a Administração Pública se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas;
- e) é possível nos contratos de direito privado firmados pela Administração Pública;
- f) é possível nas empresas estatais que exercem atividade econômica, com fundamento no artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, já que esse dispositivo prevê a sujeição dessas empresas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhista e tributárias.

Tal assunto recebeu atenção no **Enunciado 13 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**, que estabelece:

13 Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas.

Também o **Enunciado 107 da II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios** preceitua:

**107 - A definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão.**

Diante do exposto, não restam dúvidas de que é admissível a utilização da arbitragem envolvendo o Poder Público.

#### 4 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz<sup>41</sup> estudando a origem da Corte de Contas no ordenamento jurídico brasileiro destaca que:

no Brasil, coube à República a instalação do Tribunal de Contas [...]. Com efeito, com a edição do Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890, às instâncias de Ruy Barbosa, na época Ministro da Fazenda, criava-se “um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesa da República”. [...] O legislador constituinte, contudo, a partir de 1934, compreendendo a verdadeira dimensão do sistema de controle financeiro no contexto da Administração Pública, consolidou a instituição, em todos os seus níveis, ampliando as suas atribuições, hoje consagrada na Carta de 1988.

Por seu turno, Odete Medaur (2012, p. 427), ao analisar o texto da Carta de 1988, afirma que o referido diploma:

[...] cuida do Tribunal de Contas no Capítulo referente ao Poder Legislativo e na seção dedicada à fiscalização financeira e orçamentária, mencionando competir ao Congresso Nacional o controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU).

Nesse sentido, dispõem os artigos 70, *caput* cumulado com 71, *caput* e incisos I a XI, da CF/88:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as

---

<sup>41</sup> LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Tribunal de Contas e o Poder Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, n. 238. out./dez. 2004. p. 268-269.

fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Como se vê, o Tribunal de Contas é uma instituição que possui fundamento constitucional. A propósito, ensina Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (1999, p. 168):

**o Tribunal de Contas, no Brasil, é uma instituição com raiz constitucional**, deliberando de forma colegiada, incumbida de julgar a boa e regular aplicação dos recursos públicos e de auxiliar o Poder Legislativo na realização do controle externo da Administração Pública e no julgamento das contas anuais dos chefes do Poder Executivo.

Outrossim, como bem delineado por José Afonso da Silva (2005, p. 752), “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, mediante controle externo, é coerente com o Estado Democrático de Direito”. No ordenamento vigente, é o próprio povo, por meio de representantes eleitos, que fiscaliza a aplicação dos recursos públicos.

Nesse viés democrático, a atuação do Tribunal de Contas da União não se consubstancia apenas no exercício técnico das funções fiscalizadora e julgadora das contas prestadas<sup>42</sup>, mas também nas funções consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria. *O Tribunal de Contas da União possui também uma atuação educativa, preventiva e colaborativa.*

Convém explicar o assunto, a partir da lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>43</sup>:

com o avanço da *administração de intenções para a administração de resultado* e culminando com a participação dos cidadãos como instrumento de democracia, abre-se espaço para a concretização dos direitos fundamentais. A *preocupação com a pessoa do administrado – o cidadão –* assume primacial importância, a partir da premissa central de que a *Administração deve estar a serviço das pessoas* (grifo nosso).

E, para encerrar o seu raciocínio, o autor<sup>44</sup> conclui:

a boa administração não pode ser outra a que logre resultados concretos e materializados em boa e justa atribuição de bens e serviços em benefício último das pessoas, por ser o *proprium* da função administrativa.

Seguindo a mesma linha argumentativa, defendem Daniela Zago Gonçalves da Cunda e Fernando Simões Reis (2017, p. 96):

a partir da incorporação da eficiência como princípio constitucional a ser seguido pela Administração Pública, conforme redação dada ao artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, a atividade administrativa não deve ser mais guiada apenas pela legalidade estrita, devendo se preocupar com a efetividade da atuação estatal no cumprimento dos seus deveres, de maneira a tutelar o direito fundamental à boa administração pública.

---

<sup>42</sup> Segundo o Supremo Tribunal Federal: “As **contas de governo**, também denominadas *contas de desempenho ou de resultados*, objetivam demonstrar o cumprimento do orçamento, dos planos e programas de governo. Referem-se, portanto, à **atuação do chefe do Executivo como agente político**. **A Constituição reserva à Casa Legislativa correspondente a competência para julgá-las em definitivo**, mediante parecer prévio do Tribunal de Contas, conforme determina o art. 71, I da Constituição Federal. Já as **contas de gestão**, também chamadas de *contas de ordenação de despesas*, **possibilitam o exame**, não dos gastos globais, mas **de cada ato administrativo que compõe a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público**, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. **A competência para julgá-las é do Tribunal de Contas, em definitivo – portanto, sem a participação da Casa Legislativa respectiva –**, conforme determina o art. 71, II da Constituição Federal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 84.8826/CE (repercussão geral – Tema 835)**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Redator do acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. j. 10 ago. 2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 187, Brasília. 24 ago. 2017).

<sup>43</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **O Direito Administrativo no século XXI**. p. 178-179.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 219.

No exercício do controle externo, o Tribunal de Contas da União deve adotar modelo de *controle preditivo e preventivo* como mecanismo para prevenir e evitar erros e, por consequência, à judicialização de conflitos.

Ademais, segundo o Planejamento Estratégico 2015-2021 – item 8. Objetivos Estratégicos e Indicadores de Desempenho<sup>45</sup>:

o Tribunal de Contas da União deve responder de forma célere, tempestiva e completa às demandas que lhe são apresentadas. **Atuar de forma preventiva e simultânea visando à redução do tempo de apreciação de processos é condição essencial para assegurar a efetividade do controle e melhorar a imagem do Tribunal perante a sociedade e o Congresso Nacional.**

De acordo com o Plano de Gestão do Tribunal de Contas da União para o período de 2023 a 2025, aprovado pela Portaria nº 80, de 12 de abril de 2023 – diretriz 2 – Resolução Consensual e Prevenção de Conflitos<sup>46</sup>:

#### **Diretriz 2 – Resolução Consensual e Prevenção de Conflitos**

Ao atuarmos por meio de resolução consensual de conflitos, podemos ajudar a reduzir a litigiosidade e aumentar a efetividade da administração pública, uma vez que as soluções negociadas muitas vezes são mais rápidas, menos custosas e mais satisfatórias para todas as partes envolvidas.

A prática da resolução consensual de conflitos pode gerar melhores resultados, pois permite que as partes envolvidas discutam e proponham soluções para problemas específicos, o que pode levar a uma maior compreensão dos desafios enfrentados e a uma participação da sociedade na construção de soluções efetivas. Além disso, contribui para a melhoria da qualidade de vida do cidadão, pois permite que os problemas sejam resolvidos de forma mais ágil e eficiente.

Além disso, aproxima o Tribunal do gestor público garantindo maior segurança jurídica dos atos.

Por fim, é importante ressaltar que a resolução consensual de conflitos não substitui o papel dos órgãos de controle na fiscalização e na aplicação da lei, mas sim complementa essa atuação ao buscar soluções que atendam aos interesses de todas as partes envolvidas e que contribuam para o desenvolvimento sustentável e para a promoção do bem comum.

**Objetivo 1 – Contribuir com a efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica de soluções tempestivas construídas de modo colaborativo e célere com a sociedade e os entes públicos.**

#### **Resultados-chave**

- 1.1. Ampliar a conversão de benefícios potenciais em efetivos por meio da solução consensual de conflitos.
- 1.2. Reduzir o prazo de conversão de benefícios potenciais em efetivos por meio do uso da resolução consensual de conflitos.
- 1.3. Adotar a solução consensual de conflitos em processos estruturantes relacionados ao tema da Lista de Alto Risco (LAR).
- 1.4. Assegurar a satisfação das partes envolvidas (administração pública, TCU e terceiros) com o resultado da solução consensual adotada.

<sup>45</sup>

Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/planejamento/2021/doc/Plano%20estrat%C3%A9gico%202015\\_2021.pdf](https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/planejamento/2021/doc/Plano%20estrat%C3%A9gico%202015_2021.pdf). Acesso em: 28 abr. 2023.

<sup>46</sup> Disponível em: Pesquisa textual Tribunal de Contas da União (tcu.gov.br). Acesso em: 29 abr. 2023.

Sem embargo, a utilização de mecanismos não judiciais pelo Tribunal de Contas da União é assunto ainda polêmico.

A crítica de alguns reside no fato de que a solução consensual de controvérsias poderia prejudicar a atividade fiscalizatória, devendo ser respeitada a independência técnico-funcional dos integrantes dos Tribunais de Contas e a segregação de funções, pois *aquele que julga e fiscaliza a prestação de contas não poderia celebrar acordos*<sup>47</sup>.

Não se discorda que, sob o aspecto técnico, a adoção de mecanismos consensuais/dialógicos no exercício do controle externo deve ser vista com atenção pelos Tribunais de Contas, em especial no que diz respeito à independência técnico-funcional e à segregação de funções. Contudo, tais problemas podem ser prevenidos e combatidos por meio da divisão interna de competências, para que não haja sobreposição de funções.

A atuação dialógica e consensual não pode ser restringida apenas ao Poder Executivo, pois isso caracterizaria um verdadeiro risco de retrocesso, considerando-se as transformações e o desenvolvimento do direito administrativo e processual. Ademais, a expectativa é de que as Cortes de Contas não exerçam apenas a atuação repressiva, mas também avancem na realização das atividades preventivas, educativas e pedagógicas<sup>48</sup>, por meio da atuação consensual.

De acordo com Diogo de Moreira Neto<sup>49</sup>, “os tipos de atuação consensual cobrem uma extensa gama, aberta pela legislação ao Estado-administrador, desde a forma de intervenções integrativas, **fiscalizadoras ou corretivas** à forma de pactos, como os contratos ou acordos”.

---

<sup>47</sup> Nesse sentido, trecho da notícia veiculada no site o Antagonista: “*Quem fiscaliza, processa e julga não poderia ser parceiro na gestão, sob o risco de enfraquecer a atividade fim do próprio tribunal*”. Disponível em: <https://oantagonista.uol.com.br/opiniaio/manual-de-pacificacao-segundo-bruno-dantas/>. Acesso em: 28 abr. 2023.

<sup>48</sup> Em entrevista ao TCU, o então recém-nomeado Presidente do Tribunal de Contas da União (TCU) no dia 8 de dezembro de 2010, Ministro Benjamin Zymler, afirmou que: “Durante sua gestão, quer um Tribunal, além de mais ativo, focado na atuação preventiva, a qual, na sua opinião, produz resultados mais eficazes e gera maior economia para os cofres públicos”. E, adiante, concluiu: “A grande vantagem do controle preventivo é a possibilidade de correção tempestiva dos erros e das irregularidades, o que gera uma grande economia para a sociedade. Suponhamos que o governo esteja realizando uma licitação e que o TCU verifique ilegalidades antes da formalização do contrato. Nesse caso, o Tribunal fará determinações e o dinheiro não sairá dos cofres públicos até que as pendências sejam solucionadas”, publicada na **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 1, n. 120, jan./abr. 2011. p. 6-7. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/10>. Acesso em: 30 abr. 2023.

<sup>49</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. p. 42.



Dessa forma, a Administração Pública deve dispor de outros meios para a consecução das finalidades públicas, além dos tradicionais atos unilaterais marcados predominantemente pela imperatividade. Modelos de Administração Pública Consensual com um controle externo consensual ganham cada vez mais espaço. O agir unilateral e impositivo dá lugar à concertação administrativa (Cunda; Reis, 2017. p. 95).

Ressalta-se que a alternativa da celebração de acordos em substituição a medidas unilaterais também está diretamente relacionada a um dos objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos na Agenda 2030, assinada pelos 193 Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU, 2015)<sup>50</sup>. No âmbito nacional, vindo ao encontro dessa nova realidade, a Administração Pública brasileira vem ampliando sua atuação no sentido de adotar mecanismos consensuais, não mais se restringindo ao mero controle-sanção<sup>51</sup>.

O legislador constituinte, ao elencar as competências dos Tribunais de Contas brasileiros, o fez de maneira abrangente<sup>52</sup>, apresentando um rol extenso e com alguns conceitos abertos<sup>53</sup>. Com a abertura normativa dos artigos 70 e 71 da CF/88, os Tribunais de Contas têm realizado diversas iniciativas visando a promover diálogos

---

<sup>50</sup> Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 Paz, Justiça e Instituições Eficazes: “*Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. 16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos*”.

<sup>51</sup> *Idem*. p. 96

<sup>52</sup> Nesse sentido trecho do voto do Ministro Celso de Melo, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 215-MC/PB: “*Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade desta Instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso mesmo, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 215-MC/PB**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Melo. j. 7 jun. 1990. *Diário da Justiça*, Brasília. 3 ago. 1990).

<sup>53</sup> Segundo Sebastião Baptista Affonso: “*com o advento da atual Constituição, de 5 de outubro de 1988, os Tribunais de Contas passaram a ter uma função bem mais notável, com sua competência ampliada. A fiscalização, que de início era só “financeira e orçamentária”, sob o aspecto exclusivo de “legalidade” stricto sensu, hoje ela é “contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, que se exerce quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, eficácia e eficiência (CF, arts. 70 e 74, inciso II)*”. E, mais adiante, afirma que: “*A par dessa função institucional de controle externo, bem como dos poderes acauteladores que lhe são implícitos, o legislador ordinário, historicamente, tem conferido ao Tribunal de Contas, também, uma certa missão didático-preventiva, para solucionar consultas, sobre questões da sua competência, e expedir atos, de caráter normativo ou instruções, quanto a procedimentos de sua alçada. Além disso, tem-se dado ao Tribunal, ainda, um encargo símile ao de ouvidoria, para apurar fatos a ele denunciados, por quem se qualifique, para tanto (cf. CF, art. 74, §§ 1º e 2º; Lei nº 8.443/92, arts. 53–55, e nº 8.666/93, art. 113, § 1º)*”. (Affonso, 2004, p. 17).

institucionais entre diferentes órgãos e a sociedade, com o intuito de orientar os jurisdicionais para que não cometam erros ao invés de apenas julgar e punir. “A função do controle não é punir. A função do controle é prevenir”<sup>54</sup>.

A adoção de instrumentos de solução de controvérsias baseados na consensualidade no âmbito da Administração Pública brasileira visa, *ultima ratio*, o aumento da eficiência do Estado e a concretização dos direitos fundamentais.

Nessa missão, os Tribunais de Contas têm utilizado diversos modelos dialógicos com os jurisdicionados, como as audiências públicas, as consultas públicas, as mesas técnicas, a celebração de Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs) entre o gestor responsável e o Tribunal de Contas.

Outrossim, considerando a evolução legislativa dos métodos alternativos para solução de conflitos (*artigo 174 do Novo Código de Processo Civil; artigo 1º, § 1º, da Lei da Arbitragem - Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; artigo 32 da Lei da Mediação - Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015; artigo 13, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019; e artigo 26 da LINDB - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*), é certo que as demandas do Poder Legislativo não poderiam ser preteridas.

Em complementação, dispõe o **Enunciado 224 da II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**:

224 - Os métodos consensuais de composição de conflitos podem ser utilizados na busca por implementação de políticas públicas e para evitar ou fazer cessar violações de direitos transindividuais, com destaque para a possibilidade de **diálogos interinstitucionais, inclusive com os Poderes Executivo e Legislativo, bem como com todas as pessoas potencialmente interessadas**<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Frase dita por Roberto Brandt, em entrevista ao TCU, publicada na **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 1, n. 140. set./dez. 2017. p. 10. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/83>. Acesso em: 30 abr. 2023.

<sup>55</sup> Justificativa: A solução adjudicada para a resolução de complexos litígios coletivos e estruturais, sobretudo quando relacionados à implementação de políticas públicas, muitas vezes se mostra inócua, inexecutável. Além de todas as limitações envolvendo a cognição judicial, as dificuldades quanto à atividade probatória, duração do processo, dentre outros fatores, a experiência revela que a execução de uma decisão judicial que determina a adoção de medidas estruturantes muitas vezes não alcança os objetivos pretendidos (VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2021). Assim, a solução consensual também nessa seara se apresenta como um meio adequado para o tratamento de conflitos multifacetados, bem como uma forma de prevenir e evitar o surgimento de outras controvérsias. A Defensoria Pública de São Paulo, em parceria com outras Instituições, tem construído experiências exitosas, por meio destas dialogias, inclusive resultando em implementação de políticas públicas, concretizando o seu papel multidimensional, atribuído também a outras Instituições do Sistema de Justiça. No mesmo sentido, é possível evitar ou fazer cessar violações a direitos ou interesses transindividuais por meio de métodos consensuais e práticas dialógicas. Como exemplo, pode-se destacar o diálogo com o Poder Legislativo, evitando a aprovação de um projeto maculado de inconstitucionalidade e evitando a necessidade de judicializar questionamentos sobre a lei após eventual aprovação. Disponível em:

Dentro desse contexto, convém destacar, ainda, o modelo de atuação consensual implementado pelas mesas técnicas do Tribunal de Contas, que são referência na implantação do modelo de atuação consensual como instrumento de resolução de questões complexas<sup>56</sup>.

Frisa-se, por oportuno, a edição da **Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 91, de 22 de dezembro 2022**, que “instituiu, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal”. Além disso, criou-se a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), que tem a competência de “desenvolver, propor, sistematizar e avaliar propostas para a solução consensual de controvérsias no País”<sup>57</sup>.

Os primeiros processos a tramitar na nova unidade do TCU são de proposta da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que entrou com duas Solicitações de Solução Consensual (SSC): uma para devolução do trecho ferroviário entre Presidente Prudente (SP) e Presidente Epitácio/SP, localizado na Malha Sul, e outra para atualização do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista (RMP), pactuado por ocasião da prorrogação antecipada do contrato de concessão<sup>58</sup>.

O modelo de solução consensual do TCU conta com o apoio da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon). Em agosto de 2022, essa entidade apresentou ao TCU documento (Nota Recomendatória nº 2/2022) que recomendava aos Tribunais de Contas brasileiros que adotassem instrumentos de solução consensual de conflitos e aprimorassem essa dimensão nos processos de controle externo<sup>59</sup>.

---

file:///C:/Users/Macrotech/Downloads/Enunciados%20Justificativas%20aprovados-VF.pdf. Acesso em: 28 abr. 2023.

<sup>56</sup> Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/noticias/mesas-tecnicas-do-tce-mt-sao-referencia-na-implantacao-do-consensualismo-no-tcu/55726>. Acesso em: 28 abr. 2023. No mesmo sentido notícia disponível no site do TCM/SP: Mesas técnicas em Tribunais de Contas no aprimoramento das contratações públicas - Tribunal de Contas do Município de São Paulo ([tcm.sp.gov.br](http://tcm.sp.gov.br)). Acesso em: 29 abr. 2023.

<sup>57</sup> Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 29 abr. 2023.

<sup>58</sup> *Idem*. p.1.

<sup>59</sup> *Ibidem*. p.1.

Por todos os ângulos que se analisa a questão, verifica-se que a adoção do modelo de solução consensual pelo Tribunal de Contas da União se adequa às novas tendências do Direito Administrativo e do Direito Processual de priorizar as soluções consensuais e dialógicas, com vistas a prestigiar os princípios da boa administração e da eficiência, bem como priorizar a concretização dos direitos fundamentais, em especial, o acesso à ordem jurídica justa.

#### **4.1 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA EVITAR A PROPOSITURA DE AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE AÇÕES PENAIS**

Como visto, os meios alternativos de resolução consensual de conflitos foram idealizados com a missão de resolver e prevenir litígios, diante do congestionamento do Poder Judiciário. O acesso à justiça e o direito de ação convivem harmonicamente com os mecanismos consensuais de solução de conflitos<sup>60</sup>.

No que diz respeito à consensualidade nas ações de improbidade, houve evolução legislativa, a saber: (1) o artigo 36, § 4º, da Lei nº 13.140, de 26 de junho 2015 (Lei da Mediação) traz a possibilidade de autocomposição para as matérias discutidas em ações de improbidade; (2) o artigo 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), estabelece a possibilidade de celebração de compromisso com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica e situação contenciosa na aplicação do “direito público”, (3) o artigo 16 da Lei nº 12.846 (Lei Anticorrupção) disciplina sobre o acordo de leniência em matéria de improbidade administrativa, secundado pelo (4) artigo 1º, § 2º, da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nº 179, de 26 de junho de 2017.

Segundo Fernando Gajordoni *et al.* (2021, p. 376-377):

a última etapa dessa evolução foi sentida no final do ano de 2019, com o advento da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime). Por ela não só se disciplinou a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal para crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos de reclusão (art. 28-A do CPP), como se promoveu, através de importante alteração/inserção no art. 17, §§ 1º e 10-A, da Lei 8.429/1992 (art. 6º) – ora consolidada no artigo 17-B da Lei n. 8.429/92,

<sup>60</sup> A propósito, Julizar Barbosa Trindade Júnior considera que: “a consensualidade é um caminho sem volta na solução dos conflitos de interesses, seja no domínio das relações entre particulares, seja com o Poder Público” (Trindade Júnior, 2022, p.104).

com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021 –, a possibilidade de celebração de autocomposição (acordo de não persecução civil ou transação/reconhecimento) no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Na atualidade, a adoção de soluções consensuais e dialógicas se apresentam como realidade nas ações de improbidade administrativa, por meio dos acordos de não persecução civil (ANPC), disciplinados pelo artigo 17-B da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021<sup>61,62</sup>.

As leis criminais também preveem a possibilidade de realização de acordos que afastam a punibilidade, a exemplo: (a) da Composição Civil disciplinada no artigo 72 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995; (b) da Transação Penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995 para as infrações de menor potencial ofensivo; (c) da Suspensão Condicional do Processo prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099, de 1995; (d) da possibilidade de o julgador deixar de aplicar a pena caso seja celebrado acordo de colaboração premiada disposto no artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Também a possibilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), para infrações de média lesividade, prevista no artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019 (Lei Pacote Anticrime)<sup>63</sup>.

Como se vê, tanto o *Direito Administrativo Sancionador* como o *Direito Penal*, acompanhando a evolução do direito, têm incorporado em seu arcabouço normativo diversas modalidades de soluções consensuais de conflitos como forma de garantir o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (artigos 5º, inciso XXXV e LXXVIII, da CF/88, e artigos 3º e 4º do Código de Processo Civil).

Consoante exposto em linhas atrás, o Tribunal de Contas da União editou a **Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 91, de 22 de dezembro 2022**, que instituiu, no âmbito da Corte de Contas, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Tal inovação se coaduna com o moderno

---

<sup>61</sup> A redação original do artigo 17, §1 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (LIA), expressamente vedava qualquer transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

<sup>62</sup> Antes da alteração da legislação, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Recomendação nº 179, de 26 de julho de 2017, estimulando a celebração de compromisso de termo de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradas de improbidade administrativa.

<sup>63</sup> A previsão de acordo de não persecução penal (ANPP) antes da alteração pela Lei do Pacote Anticrime era prevista apenas no artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

modelo de atuação dialógica do Poder Público e a evolução da legislação que prevê diversos instrumentos de resolução consensual de conflitos.

Nesse contexto, destaca-se o artigo 13, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que dispõe “a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”. Assim, os Tribunais de Contas devem adotar posturas preventiva, punitiva e corretiva, em detrimento de repressivas.

Sob essa ótica, concorda com a opinião de Jaques F. Reolon (2023, p. 5):

quer parecer a aplicação, na seara administrativa, de uma decisão do Tribunal de Contas da União (TCU), no âmbito de uma solução consensual, **não poderá, em tese, ensejar o ajuizamento de ações de improbidade ou de ações penais, isso porque não haverá o elemento subjetivo dolo**, exceto em situações concretas em que se verifique, *a posteriori*, a ocorrência de fatos sem a ciência do Tribunal ao deliberar sobre a solução.

Tanto o Direito Administrativo Sancionador quanto o Direito Penal são expressões do *ius puniendi* estatal (direito de punir do Estado) em face do particular ou administrado. O primeiro concretiza o poder punitivo na órbita administrativa. Já o segundo o materializa na seara judicial perante o juízo criminal.

Contudo, no exercício do *ius puniendi*, o Estado deve respeitar os limites preestabelecidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, como: os princípios da reserva legal ou estrita legalidade (CF/88, artigo 5º, XXXIX; e CP, artigo 1º), da anterioridade da lei (CF/88, artigo 5º, XL; e CP, artigo 1º), princípio da intervenção mínima, da responsabilidade subjetiva, do *ne bis idem* etc.

De acordo com a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que promoveu substanciais alterações na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), inaugurando um novo regime jurídico sancionador na LIA, “**a improbidade administrativa somente resta configurada se houver dolo na conduta do agente**” (LIA, artigos 1º, §§ 1º a 3º, e 8º; 10, § 2º, e 17, § 6º, inciso II; 6º-B; e 17-C, inciso VII, § 1º)<sup>64</sup>.

Não é necessário dizer que a comprovação do dolo no âmbito do Direito Penal é essencial para a condenação do acusado. Nenhum resultado penalmente relevante pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa. A disposição

---

<sup>64</sup> No julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843989/PR, momento no qual apreciou o Tema 1199 de Repercussão Geral, decidiu a Suprema Corte que “*é necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se — nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA — a presença do elemento subjetivo — DOLO*” (item 1). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Ordinário com Agravo nº 843989/PR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, j. 18 ago. 2022. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, n. 177, 2 set. 2022).

contida no artigo 19 do Código Penal<sup>65</sup> excluiu a responsabilidade penal objetiva, como preconiza Cleber Masson (2016, p. 61). Registre-se, por oportuno, que também não é admitida a atribuição de responsabilidade objetiva no âmbito das ações de improbidade administrativa<sup>66</sup>.

Desse modo, não se justifica que, diante de eventual celebração de instrumento consensual perante o TCU que discipline sobre determinado fato, o jurisdicionado possa vir a responder ação de improbidade administrativa e/ou ação penal sobre a regularidade desse mesmo fato. Nessa linha de raciocínio e, ainda, considerando-se os princípios constitucionais do *ne bis idem*, da segurança jurídica e da proporcionalidade e/ou razoabilidade, deve ser feita uma releitura do dogma da independência das instâncias.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2023, p. 2) avalia que:

no caso de multiplicidade de julgamentos, o denunciado/acusado/réu é constrangido por *bis in idem* permanente. Há casos concretos de sindicâncias simultâneas e concomitantes do Tribunal de Contas, do Ministério Público, da Controladoria-Geral da União, de comissões de ética, de comissões de sindicância, de corregedorias e também de ações judiciais nas quais, na essência, o suposto ato lesivo ou omissão também lesiva é predicado em conduta ou omissão ubíqua. **Há necessidade de que se fixe com firmeza a unificação punitiva do Estado**, inclusive como imperativo deontológico para a ação estatal (grifo nosso).

Ora, se o órgão de controle externo aponta as diretrizes a serem adotadas pelo administrador público para que sejam atendidas as disposições legais, com a finalidade, por exemplo, de *evitar disputas entre o poder público e setor privado* ou de *atestar a regularidade de um edital, de uma licitação, de um contrato, reajuste de preços etc.*, não faz sentido que eventual ilegalidade que tenha como fundamento a questão discutida pela Corte de Contas possa dar ensejo ao ajuizamento de ações de improbidade e/ou ações penais.

---

<sup>65</sup> Agravção pelo resultado: “Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

<sup>66</sup> Antes mesmo da alteração da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento consolidado no sentido de que: “para a configuração dos atos de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito (artigo 9º da Lei 8.429/1992), causam prejuízo ao erário (artigo 10) e atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11), é indispensável a presença do elemento subjetivo – em regra, conduta dolosa para todos os tipos e, excepcionalmente, culpa grave no caso do artigo 10. Assim, não é admitida a atribuição de responsabilidade objetiva na ação de improbidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.713.044 – SP**. 2ª Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. j. 7 nov. 2019. *Diário da Justiça Eletrônico, Brasília* 21 set. 2020). No mesmo sentido, vide: Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1123605/RJ. 1ª Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. j. 13 out. 2020. *Diário da Justiça Eletrônico, Brasília*. 25 nov. 2020.

Nesse ponto, convém destacar que a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, promoveu expressivas mudanças no artigo 21 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA)<sup>67</sup>, **relativizando o princípio da independência das instâncias punitivas**<sup>68</sup>.

Analisando-se o aludido dispositivo, verifica-se que: (a) Os §§ 1º e 2º do artigo 21 da LIA são expressos no sentido de que “os atos do controle externo deverão ser considerados na formação da convicção do órgão julgador da ação de improbidade”; (b) O § 3º do artigo 21 da LIA preceitua “ser possível a produção de efeitos das sentenças civis e penais sobre a ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria” e, em complemento, o § 4º do artigo 21 da LIA dispõe que “a sentença penal absolutória produzirá reflexos na ação de improbidade administrativa, impedindo o seu trâmite, havendo comunicação com todos os fundamentos da absolvição”; e (c) ao final, o § 5º do artigo 21 da LIA, preocupado o legislador com o duplo sancionamento do agente público, é claro ao dispor que “eventuais sanções aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas pela Lei de Improbidade Administrativa”.

Por seu turno, deve-se considerar que o artigo 22, § 3º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB), estabelece que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Comentando sobre o dispositivo, Valter Shuenquener de Araújo (2022, p. 641) afirma:

---

<sup>67</sup> Art. 21 A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10 desta Lei; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. §1º Os atos do órgão de controle interno ou externo serão considerados pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público. §2º As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente.

§3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria. §4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). §5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.

<sup>68</sup> Antes da alteração da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) pela Lei nº 14.230/2021, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionava pela mitigação da autonomia das instâncias. No seu voto, o Ministro Sebastião Reis Júnior ponderou que: “**a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias**”. Nesse sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 601533/SP**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. j. 21 set. 2021. *Diário da Justiça Eletrônico, Brasília*. 1º out. 2021.



**“nos casos de aplicação cumulativa de sanções, deverá ser observado o princípio da proporcionalidade e devem ser evitadas punições excessivas”.**

Seguindo essa linha de raciocínio, destaca Caroline Maria Vieira Lacerda (2021, p.141):

no Direito Público, mesmo que haja possibilidade de aplicação de diversas medidas sancionatórias sem que, necessariamente, se configure o *bis in idem*, as alterações normativas estabeleceram que as sanções aplicadas devem ser levadas em consideração na dosimetria das demais penas de mesma natureza e sobre o mesmo fato. **Demonstra-se, com isso, clara tentativa de amenizar excessos e desproporções** (grifo nosso).

As autoras Irene Patrícia Nohara e Erika Capela Fernandesuma redefinição do princípio da independência das instâncias (2022).

a LINDB veio, neste ponto, evitar que haja uma desarrazoada multiplicidade de esferas de responsabilização em diversas instâncias que não dialogam entre si, estabelecendo novos limites ao *bis in idem*, para evitar a excessiva sobreposição de sanções, enfatizando a necessidade de se calibrar um suposto dogma de autonomia de instâncias com a proporcionalidade, para que haja um poder sancionador ponderado. Defender uma autonomia estanque entre instituições que não dialogam é fomentar uma torre de babel de incompreensões e de desarmonia, sendo que esta ausência de concertação, pode gerar insegurança, medo e um “empilhamento” de sanções que têm o condão de provocar excessos por via de um punitivismo desenfreado.

Não se discorda de que um mesmo fato possa se sujeitar a sancionamentos tanto na esfera criminal quanto na esfera administrativa, em decorrência do *princípio da independência das esferas civil, penal e administrativa*. Mas, como poderia haver um acordo no âmbito do TCU – situação que denota, em tese, a *presunção de legalidade do ato emanado pelo órgão de controle externo* e, por consequência, a *ausência do dolo na conduta do jurisdicionado* –, e se permitir o ajuizamento de ações de improbidade administrativa e ações penais que versem sobre suporte fático idêntico ao discutido perante a Corte de Contas?

Recentemente, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que *"a absolvição na ação de improbidade administrativa em virtude da ausência de dolo e da ausência de obtenção de vantagem indevida esvazia a justa causa para manutenção da ação penal"*<sup>69</sup>. No julgamento, verificou-se, de forma excepcional, a

---

<sup>69</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 173.448-DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 7 mar. 2023. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília. 13 mar. 2023. (Info 766).

repercussão da decisão de improbidade sobre a justa causa da ação penal em trâmite. Nessa senda, veja-se ementa do *decisum*:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. ABSOLVIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO SOBRE A AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. 2. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOS PARTICULARES. 3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS QUE RECAEM SOBRE O MESMO FATO. AUSÊNCIA DE DOLO. FATO TÍPICO NÃO CONFIGURADO. 4. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ESPECIFICIDADES EXAMINADAS PELA ESFERA CÍVEL. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO À INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. 5. DOLO DE ATENTAR CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO NÃO CONFIGURADO. CONDUTA QUE NÃO PODE REVELAR DOLO DE VIOLAR BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL. JUSTA CAUSA Esvaziada. 6. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça cristalizou-se no sentido de que as esferas civil, penal e administrativa são independentes e autônomas entre si, de tal sorte que as decisões tomadas nos âmbitos administrativo ou cível não vinculam a seara criminal". (EDcl no AgRg no REsp n. 1.831.965/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 18/12/2020.). É pertinente, todavia, na esfera penal, considerar os argumentos contidos na decisão absolutória na via da improbidade administrativa **como elementos de persuasão** (REsp n. 1.847.488/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021).

2. A hipótese dos autos apresenta particularidades, as quais já foram, inclusive, delineadas no julgamento do Habeas Corpus n. 716.033/DF e que, de fato, demandam uma maior atenção do julgador, uma vez que a paciente foi absolvida em virtude da **ausência do elemento subjetivo dos particulares**.

- Ficou consignado pela instância cível que a prova da apuração judicial demonstra apenas o dolo do gestor público, não justificando a condenação dos particulares. Destacou-se, ademais, que a pessoa jurídica nem ao menos logrou êxito em ser a primeira colocada entre os concorrentes na dispensa de licitação, precisando baixar seu preço para ser escolhida, diante do descredenciamento da primeira colocada. Por fim, registrou-se que não se auferiu benefício, uma vez que o contrato foi anulado pela Corte de Contas.

3. Como é de conhecimento, a independência das esferas tem por objetivo o exame particularizado do fato narrado, com base em cada ramo do direito, devendo as consequências cíveis e administrativas ser aferidas pelo juízo cível e as repercussões penais pelo Juízo criminal, dada a especialização de cada esfera. No entanto, as consequências jurídicas recaem sobre o **mesmo fato**.

- **Nessa linha de inteligência, não é possível que o dolo da conduta em si não esteja demonstrado no juízo cível e se revele no juízo penal, porquanto se trata do mesmo fato, na medida em que a ausência do requisito subjetivo provado interfere na caracterização da própria tipicidade do delito, mormente se se considera a doutrina finalista (que insere o elemento subjetivo no tipo), bem como que os fatos aduzidos na denúncia não admitem uma figura culposa, culminando-se, dessa forma em atipicidade, ensejadora do trancamento ora visado.**

4. Trata-se de crime contra a Administração Pública, cuja especificidade recomenda atentar para o que decidido, **sobre os fatos**, na esfera cível. Ademais, deve se levar em consideração que o art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, disciplina que "a absolvição criminal em ação que discuta **os mesmos fatos**, confirmada por decisão

colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com **todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386** do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)". - Embora referido dispositivo esteja com a eficácia suspensa por liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 27/12/2022, na ADI 7.236/DF, tem-se que o legislador pretendeu definir ampla exceção legal à independência das esferas que, embora não autorize o encerramento da ação penal em virtude da absolvição na ação de improbidade administrativa por qualquer fundamento, revela que **existem fundamentos tão relevantes que não podem ser ignorados pelas demais esferas**. - A suspensão do art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021 (ADI 7.236/DF) não atinge a vedação constitucional do ne bis in idem (Rcl. n. 57.215/DF MC, Rel.: Min. Gilmar Mendes, j. 06 jan. 2023, p. 09 jan. 2023) e sem justa causa não há persecução penal. - Apesar de, pela letra da lei, o contrário não justificar o encerramento da ação penal, inevitável concluir que a absolvição na ação de improbidade administrativa, na hipótese dos autos, em virtude da **ausência de dolo e da ausência de obtenção de vantagem indevida**, esvazia a **justa causa** para manutenção da ação penal. De fato, não se verifica mais a plausibilidade do direito de punir, uma vez que a conduta típica, primeiro elemento do conceito analítico de crime, depende do dolo para se configurar, e este foi categoricamente afastado pela instância cível. - A propósito: REsp n. 1.689.173/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 26/3/2018); AgRg no HC n. 367.173/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/3/2017, DJe de 27/3/2017 e RHC n. 22.914/BA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/11/2008, DJe de 24/11/2008.

**5.** Tendo a instância cível afirmado que não ficou demonstrado que os particulares induziram ou concorreram dolosamente para a prática de ato que atente contra os **princípios da administração**, registrando que "a amplitude da previsão legislativa não pode induzir o intérprete a acolher ilações do autor da ação civil pública, pois ausente a subsunção dos fatos à norma que prevê a responsabilização dos particulares na Lei n. 8.429/92 (art. 3º)", **não pode a mesma conduta ser violadora de bem jurídico tutelado pelo direito penal**. Constata-se, assim, de forma excepcional, a efetiva repercussão da decisão de improbidade sobre a **justa causa da ação penal em trâmite**, motivo pelo qual não se justifica a manutenção desta última. Nas palavras do Ministro Humberto Martins, então Presidente da Corte: "a unidade do Direito" deve se pautar pela coerência. - Confirmam-se: AgRg nos EDcl no HC n. 601.533/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 1/10/2021 e Rcl 41557, relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021 e HC 158319, Relator (a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018, DJe-219 DIVULG 11-10-2018 PUBLIC 15-10-2018.

**6.** Recurso em habeas corpus a que se dá provimento.

Como se vê, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem evoluído no sentido de mitigar o princípio da independência das instâncias "*quando presentes nas outras instâncias fundamentos tão relevantes que não podem ser ignorados pelas demais esferas*", determinando a comunicabilidade entre as instâncias, em face da unidade punitiva do Estado.

Mesmo que se considere que as disposições previstas em acordos firmados pelo Tribunal de Contas da União não impossibilitam o ajuizamento de ações de improbidade e/ou ações penais, soa no *mínimo contraditório* que não se dê

importância aos elementos de persuasão lançados nesses instrumentos *autocompositivos*.

Dito de outro modo, a celebração de acordo entre a Corte de Contas e os jurisdicionados sobre determinado fato deve ser considerado antes do ajuizamento das ações de improbidade e/ou ações penais, diante da *presunção relativa de legalidade dos atos emanados pelo órgão de controle externo* e do *princípio da boa-fé objetiva* que deve orientar todas as relações jurídicas.

Nesse sentido, vale-se novamente dos ensinamentos de Jaques F. Reolon (2023, p. 5):

como o Tribunal de Contas da União (TCU) possui a prerrogativa constitucional, no artigo 71, de aplicar sanções por ilegalidades, atos antieconômicos ou ineficientes, além de assinar prazo para que seja cumprida a lei ou sustar o ato, as soluções consensuais possuirão *presunção juris tantum* de adequação normativa, logo sem conter ilegalidade. Essa *presunção*, contudo, não afasta a revisibilidade judicial da solução adotada, ou por iniciativa do particular afetado, se lhe for conveniente, ou de outras iniciativas, a exemplo do Ministério Público ordinário.

Desse modo, a adoção de métodos consensuais pelo Tribunal de Contas da União, após um período de maturação pelos entes envolvidos no controle externo da Administração, poderá evitar, estabilizar ou, ao menos, diminuir o fenômeno da judicialização dos conflitos, tornando-se instrumento apto e hábil a reduzir o ajuizamento de ações de improbidade e de ações penais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A breve exposição da evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito permitiu concluir que a atuação do Poder Público, ao longo dos últimos anos, tem sofrido inúmeras mudanças, devendo não só ser interpretada à luz dos direitos fundamentais, mas também prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública.

Com o advento da CF/88, passou-se a adotar mecanismos de efetiva participação popular, que é uma das marcas mais importantes de uma sociedade que se intitula democrática, abrindo-se espaço à atuação consensual da Administração Pública, caracterizando-se o primado da concertação ao invés do da imposição. Destacou-se que a Administração Dialógica/Consensual se consubstancia em modelo de Administração mais garantidora dos direitos fundamentais dos cidadãos,

considerando-se que há inúmeras vantagens em se resolver consensualmente as questões postas.

Frisou-se que, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça, ou mais propriamente, o *acesso à ordem jurídica justa*, foi amplamente incorporado pela CF/88, mediante a adoção dos princípios da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e da eficiência (art. 37, *caput*). Salientou-se, ainda, que uma vez previstas as garantias e os direitos fundamentais no Texto Constitucional de 1988, faz-se necessário implementar medidas para efetivá-los. A busca por soluções equânimes para o problema de acesso à justiça está intimamente entrelaçada com a efetividade dos direitos fundamentais.

Seguindo essa linha de raciocínio, demonstrou-se que os *mecanismos privados ou informais de solução de conflitos* se consubstanciam como alternativa efetiva de pacificação social e acesso à justiça, na medida em que objetivam dar uma resposta ao conflito, de forma mais célere e efetiva, concretizando direitos fundamentais dos cidadãos. Além disso, evidenciou-se que a utilização dos *equivalentes jurisdicionais* tem se tornado uma importante ferramenta contra o aumento desmedido do número de processos julgados pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Dessa forma, é preciso estimular a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias com o fim de desestimular a judicialização.

Assentadas as premissas acima expostas, passou-se à abordagem sobre a atuação do Tribunal de Contas da União no âmbito da resolução consensual de conflitos. Evidenciou-se que o TCU deve adotar modelo de *controle peditivo e preventivo* como mecanismo para prevenir e evitar erros e, por consequência, a judicialização de conflitos. Adentrando o assunto, ponderou-se sobre a evolução legislativa dos métodos alternativos para a solução de conflitos pelos órgãos de controle externo, com destaque para: (1) o artigo 13, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019; e (2) a Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 91, de 22 de dezembro 2022. Concluiu-se que a adoção do modelo de solução consensual pelo TCU se adequa às novas tendências do direito administrativo e do direito processual de priorizar as soluções consensuais e dialógicas, com vistas a prestigiar os *princípios da boa administração e da eficiência*, bem como *priorizar a concretização dos direitos fundamentais*, em especial, o *acesso à ordem jurídica justa*.

A par disso, esclareceu-se que a adoção de soluções consensuais e dialógicas se apresentam como realidade nas ações de improbidade administrativa e nas ações penais. Ponderou-se que a celebração de acordo entre o Tribunal de Contas da União e os jurisdicionados sobre determinado fato deve ser considerada antes do ajuizamento das ações de improbidade e/ou ações penais, diante da *presunção relativa de legalidade dos atos emanados pelo órgão de controle externo* e do *princípio da boa-fé objetiva* que deve orientar todas as relações jurídicas, não se justificando o ajuizamento de tais ações, diante da ausência de comprovação do dolo na conduta do jurisdicionado. Afinal, constatou-se que a adoção dos métodos de resolução consensual de conflitos no âmbito do Tribunal de Contas da União, após um período de tempo, *poderá evitar, estabilizar ou, ao menos, diminuir o fenômeno da judicialização dos conflitos, tornando-se instrumento hábil para reduzir o ajuizamento das ações de improbidade e de ações penais.*

Por fim, cumpre dizer que a questão acerca da utilização dos mecanismos alternativos de resolução de controvérsias foi recentemente implementada no âmbito do Tribunal de Contas da União, de sorte que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, servindo tão somente como uma análise preambular sobre o assunto, que suscitará inúmeros desafios para a Corte de Contas e os seus jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

AFFONSO, Sebastião Baptista. Evolução do controle externo. **Revista do Tribunal de Contas da União (TCU)**, Brasília, n. 99, p. 17, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/668>. Acesso em: 2 maio 2023.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no direito administrativo sancionador. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 23 n. 131, p. 629-653, out. 2021/jan. 2022. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1875>. Acesso em: 11 maio 2023.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Direito administrativo**. Vol. 9. 10. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. Coleção Sinopses Concursos.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 4, p. 1938-1960, nov. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461/19165>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BARBOSA, Oriana Piske A.; SARACHO, Antonio Benites. O estado democrático de direito: superação do estado liberal e do estado social. **TJDFT**, 2018. Artigos. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6. Disponível em: [https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao\\_LuisRobertoBarroso.pdf](https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf). Acesso em: 11 abr. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Estudos de direito público: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRAGA, Francisco. **Direito constitucional grifado**. Salvador: Juspodivm, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem, mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 8. ed. (*e-book*) baseada na 9. ed. impressa. São Paulo: Thomson

Reuters – Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F77225019%2Fv9.3&titleStage=F&titleAcct=i0ad629760000018698c0b558bc3fdcf#sl=p&eid=4b9b1f83353716ea3e16f71c808b4085&eat=a-290074910&pg=1&psl=&nvgS=false&tmp=31>. Acesso em: 28 abr. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; REIS, Fernando Simões. Termos de ajustamento de gestão: perspectivas para um controle externo consensual. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 140, p. 94-103, set./dez. 2017. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/83>. Acesso em: 29 abr. 2023.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 18. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os limites do poder fiscalizador do tribunal de contas do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 167-189, abr./jun. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/483/r142-15.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 2 maio 2023.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2005.

FILHO, Marçal Justen. O direito administrativo do espetáculo. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano. 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/direito-administrativo-espetaculo.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 35, pp. 195-217, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 12 abr. 2023.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, com as alterações da Lei 14.230/2021**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.



GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Sanções e penas analisa os limites da independência entre instâncias julgadoras. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-02/embargos-culturais-sancoes-penas-antonio-rodrigo-machado>. Acesso em: 11 maio 2023.

LACERDA, Caroline Maria Vieira. **Os impactos da lei de introdução às normas do direito brasileiro nas ações de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) - em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 253, jan./abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. Vol. 1. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. justiça multiportas – mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Coleção Grandes Temas no Novo CPC**. Vol. 9. Salvador: JusPodivm, 2017.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. atual. e. ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231. jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça? Justiça multiportas – mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.

*In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas no Novo CPC**. Vol. 9. Salvador: JusPodivm, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 17. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 13. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia; FERNANDES, Erika Capela. Equilíbrio e segurança na responsabilização das diversas instâncias: improbidade reformada e desafios do poder sancionador ponderado. *In*: MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar (coord.). **Improbidade administrativa e tribunais de contas: as inovações da lei nº 14.230/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Autocomposição e a administração pública faculdade ou dever? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-23/publico-pragmatico-autocomposicao-administracao-publica-faculdade-ou-dever>. Acesso em: 19 abr. 2023.

REOLON, Jaques F. O TCU e a solução consensual de controvérsias: a SecexConsenso. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-24/jaques-reolon-tcu-solucao-consensual-controversias#:~:text=Quer%20parecer%20que%20a%20aplica%C3%A7%C3%A3o,se%20verifique%2C%20a%20posteriori%2C%20a>. Acesso em: 1 maio 2023.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2005.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 116. out./dez. 1986.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 55. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRINDADE JÚNIOR, Julizar Barbosa. O ressarcimento integral do dano e a colaboração probatória no acordo de não persecução civil. *In*: CORONA, Maria Lia Porto; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula; RAHIM, Fabiola Marqueti Sanches. **Anotações sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VALLE, João Paulo Lawall. Administração monológica e administração dialógica. **Blog EBEJI**, 26 jun. 2017. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/administracao-monologica-e-administracao-dialogica/>. Acesso em: 11 abr. 2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. v. 1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Coleção Grandes Temas no Novo CPC**. Vol. 9. Salvador: JusPodivm, 2017.



— PRÊMIO —  
**MINISTRO GUILHERME PALMEIRA**

2023

**MENÇÃO HONROSA  
SOCIEDADE CIVIL**

**REGIMES SANCIONATÓRIOS MÚLTIPLOS:  
SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA  
NEGOCIAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA  
A PARTIR DA LEI ANTICORRUPÇÃO  
EMPRESARIAL**

---

**RENAN FREITAS RODRIGUES DA SILVA**



**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Renan Freitas Rodrigues da Silva

**REGIMES SANCIONATÓRIOS MÚLTIPLOS:  
SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA NEGOCIAÇÃO DE ACORDOS DE  
LENIÊNCIA A PARTIR DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**

Brasília  
2023

## RESUMO

A Lei nº 12.846/2013 trouxe inovadores dispositivos para responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Embora a iniciativa tenha se alinhado ao desejo internacional de criação de instrumentos efetivos para o combate à corrupção, a experiência prática de implementação do regime de leniência apontou para a existência de profundos desafios na harmonização do microssistema de combate à corrupção brasileiro, em razão (i) da sobreposição de competências sancionadoras entre os órgãos da Administração Pública e (ii) da multiplicidade normativa para sancionar os mesmos fatos, temas sobre os quais este trabalho de conclusão de curso se debruça. Passando-se, desde as inspirações internacionais para a criação da Lei Anticorrupção empresarial, pelos demais instrumentos de responsabilização por ilícitos que resultem danos à Administração Pública até as soluções apresentadas pela estrutura estatal brasileira ao seu multifacetado sistema sancionatório, foram identificados diversos desafios à consolidação do instituto dos acordos de leniência, bem como foram feitas constatações e contribuições para seu aprimoramento.

**Palavras-chave:** Lei Anticorrupção; acordos de leniência; Direito Administrativo Sancionador; interesse público; controle administrativo.

## ABSTRACT

The Brazilian Anti-corruption Act brought innovative instruments for the administrative and civil liability of legal entities for the practice of acts against public administration, national or foreign. Although the initiative was in line with the international desire to create effective instruments to combat corruption, the practical experience of implementing leniency agreements pointed to the existence of profound challenges in harmonizing the microsystem for combating corruption in Brazil, due to (i) the overlapping of sanctioning powers of public administration bodies and (ii) the normative multiplicity to sanction the same facts, themes on which this paper focuses. Going from the international inspirations for the creation of the anti-corruption act, to the other instruments of accountability for illicit acts that result in damages to the public administration, to the solutions that were presented by the Brazilian state structure to its multifaceted sanctioning system, several challenges were identified to the consolidation of the institute of the leniency agreements, as well as findings and contributions for their improvement.

**Keywords:** Anti-Corruption Law; leniency agreements; Sanctioning Administrative Law; public interest; administrative control.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO À LEI ANTICORRUPÇÃO E AO OBJETO DE ESTUDO .....</b>	<b>5</b>
<b>2. OS ACORDOS DE LENIÊNCIA.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1 Multiplicidade de competências na celebração dos acordos de leniência</b>	<b>10</b>
<b>2.2 Histórico de regimes de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção antes da edição da Lei Anticorrupção. O arcabouço normativo sancionador por lesão à Administração.....</b>	<b>14</b>
<b>2.3 A atuação dos órgãos públicos brasileiros .....</b>	<b>16</b>
2.3.1 A atuação da CGU .....	17
2.3.2 A atuação da AGU.....	18
2.3.3 A atuação do MPF.....	19
2.3.4 A atuação do CADE .....	24
2.3.5 A atuação do TCU .....	25
<b>3. PROBLEMAS DECORRENTES DA SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ...</b>	<b>31</b>
<b>3.1 O Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>34</b>
<b>3.2 A repercussão do acordo de leniência em outros diplomas legais .....</b>	<b>36</b>
<b>4. CONCLUSÃO E CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA SANCIONATÓRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>38</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>42</b>



## 1. INTRODUÇÃO À LEI ANTICORRUPÇÃO E AO OBJETO DE ESTUDO

Este trabalho pretende se debruçar sobre a atuação dos diversos órgãos de manutenção da probidade com relação à celebração de acordos de leniência decorrentes da Lei Anticorrupção, bem como sobre os momentos em que as atuações dos referidos órgãos se encontram sobrepostas. Serão analisados os comportamentos adotados pela Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério Público Federal (MPF), Tribunal de Contas da União (TCU) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), bem como a interpretação dada pelo TCU e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) aos termos celebrados.

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, foi um marco importante no combate à corrupção no Brasil. Promulgada em 1º de agosto de 2013, essa legislação trouxe mudanças significativas no tratamento e na responsabilização das empresas envolvidas em atos de corrupção contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A corrupção sempre foi um problema grave e persistente no Brasil, prejudicando o desenvolvimento econômico, a justiça social e a confiança nas instituições. Antes da Lei Anticorrupção, havia uma lacuna legal significativa na punição de empresas envolvidas em atos corruptos. O foco da legislação recaía principalmente sobre pessoas físicas, fossem elas agentes públicos ou particulares, deixando as empresas relativamente impunes. Isso permitia que organizações corruptas operassem de maneira impune, à exceção de eventual dano ao erário causado, prejudicando o interesse público e minando a credibilidade do setor empresarial.

Nesta toada, as empresas poderiam, em geral, receber sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa — o que exigiria coautoria do ato ímprobo com agente público (Mattos, 2010, p. 80)<sup>1</sup> —, da Lei de Licitações e Contratos e da Lei Orgânica do TCU, o que exigiria que a ação corrupta se desse no âmbito licitatório ou contratual.

---

<sup>1</sup> “O particular somente é alçado à condição de réu na ação de improbidade administrativa se ele for coautor, partícipe ou beneficiário do ato ímprobo praticado pelo agente público”.

Assim, a Lei nº 12.846/2013 foi criada para preencher essa lacuna e estabelecer um marco legal sólido para responsabilizar as empresas envolvidas em corrupção. Ela trouxe consigo a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, ou seja, a responsabilidade da empresa independe da comprovação de culpa ou dolo de seus dirigentes ou funcionários. Essa mudança foi fundamental para romper com a impunidade corporativa e garantir que as empresas fossem responsabilizadas por seus atos.

Uma das principais características da Lei Anticorrupção é a possibilidade de aplicação de sanções administrativas e civis às empresas. Entre as sanções previstas (artigos 6º e 19 da Lei Anticorrupção), estão a multa, que pode chegar até 20% do faturamento bruto anual da empresa, a publicação de decisões condenatórias em meios de comunicação, o perdimento de bens obtidos em decorrência da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição temporária de receber incentivos do Poder Público. Além disso, a lei também prevê a obrigação de implementação de programas de integridade pelas empresas, visando prevenir e detectar atos de corrupção.

Assim, o novo diploma legal instituiu duplo regime de responsabilização empresarial (Mendes; Fernandes, 2021). As ilegalidades cometidas podem ser responsabilizadas tanto no âmbito administrativo quanto na seara judicial, cujas competências são distribuídas, respectivamente, à autoridade máxima do órgão onde ocorreu o ilícito e à CGU; e à Advocacia-Geral da União e ao Ministério Público.

A criação dessa legislação representou um importante avanço no combate à corrupção no Brasil, pois passou a responsabilizar as empresas como um todo, e não apenas os indivíduos envolvidos nos atos ilícitos. Isso incentivou as organizações a adotarem práticas de compliance e governança corporativa mais rigorosas, visando evitar qualquer envolvimento com corrupção ou, no limite, a antecipação à identificação do ilícito em relação ao Poder Público.

Além disso, a Lei Anticorrupção trouxe consigo um incentivo para a denúncia de atos corruptos. Inspirada em instrumentos já existentes no Brasil, destacadamente no âmbito do CADE. E em âmbito internacional, como o acordo existente no *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), ela prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência, nos quais as empresas envolvidas em corrupção podem colaborar com as investigações e fornecer informações relevantes em troca de benefícios, como a redução das sanções aplicáveis. Esse mecanismo de leniência tem sido fundamental

para a descoberta de esquemas de corrupção e o desmantelamento de organizações criminosas.

Outro ponto relevante dessa lei, a Lei nº 12.846/2013, é a sua abrangência, que vai além do território nacional, aplicando-se também a empresas brasileiras que pratiquem atos de corrupção contra a Administração em sua atuação no exterior. Isso reforça a importância do combate à corrupção como uma questão global e mostra o comprometimento do Brasil em coibir a prática desse crime em todas as suas formas.

Apesar dos avanços trazidos pela Lei Anticorrupção, ainda existem desafios a serem enfrentados. A implementação efetiva da legislação depende de um sistema jurídico ágil, eficiente e coordenado, capaz de garantir a aplicação das sanções previstas. Além disso, é necessário fortalecer os órgãos de controle e fiscalização, bem como investir em mecanismos de prevenção e detecção de atos corruptos.

## **2. OS ACORDOS DE LENIÊNCIA**

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, trouxe uma importante inovação no combate à corrupção no Brasil: a previsão do acordo de leniência<sup>2</sup>. Esse mecanismo legal visa incentivar as empresas envolvidas em atos de corrupção a colaborarem com as investigações, fornecendo informações relevantes e cooperando na punição dos envolvidos.

O acordo de leniência representa uma mudança significativa na abordagem do combate à corrupção, deixando parcialmente de lado a cultura litigiosa e permitindo uma solução consensual de um conflito com o Estado brasileiro, pois oferece uma alternativa para as empresas reconhecerem suas práticas ilícitas, comprometerem-se com o aperfeiçoamento de seus programas de integridade e compliance, repararem os danos causados e, ao mesmo tempo, receberem benefícios pela colaboração.

Trata-se de importante instrumento para que o Estado brasileiro possa (i) aprender com os erros ocorridos em atos corruptos anteriores, (ii) identificar com maior eficiência os demais envolvidos na prática ilícita e (iii) incentivar a adoção de

---

<sup>2</sup> Embora o acordo de leniência já fosse uma experiência consolidada no sistema brasileiro de concorrência, trata-se de experiência pioneira quando nos referimos ao microssistema brasileiro de combate à corrupção.

programas de conformidade para que atos deletérios não se repitam.

Conforme esposto anteriormente, antes da Lei Anticorrupção, a punição às empresas envolvidas em atos de corrupção era limitada, insuficiente e muitas vezes ineficaz. A responsabilização recaía principalmente sobre pessoas físicas, deixando as pessoas jurídicas impunes ou sujeitas a sanções decorrentes das circunstâncias fáticas em que os ilícitos ocorreram, como no caso de atuação para frustrar a lisura de licitação. Esse cenário gerava impunidade corporativa e não estimulava a cooperação das empresas com as autoridades na investigação dos casos de corrupção.

Com a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, a figura do acordo de leniência foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. Esse mecanismo tem como objetivo principal permitir que empresas envolvidas em atos de corrupção possam colaborar com as investigações, revelando informações importantes e auxiliando na identificação de responsáveis. Em troca, essas empresas podem obter benefícios, como a redução das sanções administrativas e civis a que estariam sujeitas.

O acordo de leniência é, portanto, instrumento inovador ao sistema brasileiro sancionador por lesão à probidade. Trata-se não apenas de medida para encurtar a duração de procedimentos de responsabilização, como medida alternativa de sanção, mas de instrumento do qual pode se valer o Estado para promover persecução (Mendes; Fernandes, 2021). Assim, os acordos de leniência, no fundo, são, sobretudo, calcados em um reposicionamento do conceito de interesse público, à medida que parte do pressuposto de que o interesse Estatal não reside apenas no sancionamento empresarial, ou mesmo nos eventuais acréscimos patrimoniais ao erário público decorrentes de sua punição.

O acordo de leniência é um instrumento complexo, que envolve uma negociação entre a empresa infratora e a autoridade competente, que, como se verá a seguir, nos casos analisados por este trabalho, podem ser o MPF, a CGU ou a AGU. Durante as negociações, a empresa deve admitir sua participação nos atos ilícitos, fornecer informações relevantes para a investigação e cooperar ativamente com as autoridades. Além disso, a empresa também precisa adotar medidas de reparação, como o ressarcimento dos danos causados e a implementação de programas de compliance efetivos.

Em decorrência da postura colaborativa empresarial, um dos principais benefícios do acordo de leniência é a possibilidade de redução das sanções aplicáveis

à empresa. Essa redução pode ocorrer de diferentes formas, como na diminuição das multas a serem pagas, na suspensão temporária das sanções ou até mesmo na exclusão de determinadas penalidades.

No entanto, é importante ressaltar que o acordo de leniência não garante impunidade completa à empresa, pois ela ainda será responsabilizada pelos atos ilícitos praticados. Trata-se, portanto, de medida alternativa, ou substitutiva, de sanção à empresa leniente, voltada à obtenção de medida mais eficiente na consagração e otimização do interesse público (Marques Neto; Cymbalista, 2011).

Outro aspecto relevante do acordo de leniência é a proteção oferecida à empresa colaboradora. A legislação prevê que as informações fornecidas pela empresa no âmbito do acordo sejam mantidas em sigilo, resguardando assim a confidencialidade e a segurança das informações estratégicas da empresa. Essa proteção é essencial para incentivar a colaboração empresarial, garantindo que elas se sintam seguras ao revelar detalhes sobre as práticas ilícitas e os envolvidos.

Além disso, o acordo de leniência também pode trazer benefícios para os próprios órgãos de controle e investigação. Ao colaborar com as autoridades, a empresa infratora contribui para o avanço das investigações, fornecendo informações valiosas sobre esquemas de corrupção, envolvidos e práticas ilícitas. Essa colaboração pode acelerar as apurações e desmantelar organizações criminosas complexas, possibilitando um combate mais amplo e efetivo à corrupção.

Destaque-se, ainda, que o acordo de leniência não é um benefício automático concedido a todas as empresas envolvidas em atos de corrupção. A empresa candidata a celebrar o acordo precisa cumprir uma série de requisitos, como a apresentação voluntária das informações, a cessação completa da prática ilícita, a cooperação com as investigações e a efetiva reparação do dano causado. Além disso, o acordo também está condicionado à análise das autoridades, que avaliarão a relevância das informações fornecidas e a efetividade da colaboração da empresa.

O acordo de leniência representa, assim, uma mudança significativa no combate à corrupção no Brasil, incentivando as empresas envolvidas em atos ilícitos a cooperarem com as investigações e repararem os danos causados. Essa abordagem busca não apenas punir os responsáveis, mas também recuperar recursos desviados, promover a transparência e fortalecer a cultura de integridade no ambiente empresarial, em sensível reconsideração ao conceito clássico de interesse público.

Apesar de ser uma ferramenta importante no combate à corrupção, o acordo de leniência não pode ser visto como a única solução para o problema. É fundamental que as empresas também invistam na prevenção aos ilícitos, o que pode se realizar com o desenvolvimento de programas de compliance efetivos, pautados pela ética, transparência e integridade. Além disso, é necessário fortalecer constantemente os órgãos de controle e investigação, garantindo que tenham os recursos e a autonomia necessários para apurar os casos de corrupção de forma eficaz.

Assim, apesar das vantagens apresentadas, tanto ao Estado quanto ao particular, para a celebração de acordos substitutivos, é fundamental que o acordo de leniência seja aplicado de forma criteriosa, garantindo que as empresas responsáveis sejam devidamente punidas, tanto a leniente quanto as demais envolvidas no ilícito, e que a cultura de integridade seja fortalecida no país. Somente dessa forma será possível combater efetivamente a corrupção e promover um ambiente empresarial mais justo, transparente e ético.

## **2.1 Multiplicidade de competências na celebração dos acordos de leniência**

Diante da contextualização feita a respeito da legislação anticorrupção brasileira e do acordo de leniência, passa-se, então, ao objeto central deste trabalho: a proliferação de interesses dos variados órgãos de controle envolvidos no microsistema de combate à corrupção com relação aos acordos de leniência celebrados.

Esse interesse múltiplo decorre de conflitos positivos de atribuições entre os órgãos de controle, ocorram eles durante a celebração do acordo ou posteriormente. Os variados órgãos de controle, unidos no interesse legítimo de punir adequadamente atos de grave prejuízo ao Estado brasileiro, alegam suas competências de variadas fontes normativas, especialmente da Lei Anticorrupção (CGU e AGU) e da Constituição Federal — CF/88 (MPF e TCU).

Embora haja um interesse legítimo comum no combate à corrupção, o que pode ocorrer, por vezes, é a maximização dos interesses de (i) expandir excessivamente as competências de atuação do órgão, com o objetivo de destacá-lo junto à sociedade como fundamental no combate à corrupção (Machado; Paschoal, 2016) e (ii) de ampliar punições, de modo a atender ao máximo interesse do Estado, o que não se assemelha necessariamente ao atendimento do máximo interesse público.

Dessa forma, o justificado interesse primário em se combater a corrupção acaba por se converter em insegurança jurídica ao colaborador que celebra acordo de leniência, em afronta ao mais basilar princípio do Direito Público. Assim, além das questões de ordem vaidosa dos órgãos da Administração, trata-se de problema decorrente de ultrapassada noção de indisponibilidade do interesse público, que acaba por se confundir em larga medida com o interesse do próprio Estado.

A sobreposição de competências entre os diversos órgãos da Administração Pública brasileira para negociação de acordos de leniência com base na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) torna-se, assim, um tema relevante e complexo. Isso porque o sistema de combate à corrupção brasileiro pode ser caracterizado como “um sistema multiagências, uma vez que há efetiva multiplicidade institucional no desempenho das atividades de fiscalização, investigação e punição da corrupção” (Oliveira; Souza, 2016. p. 11).

A legislação anticorrupção prevê que os acordos de leniência podem ser celebrados, em âmbito federal, com a CGU (artigo 16, § 10), assim como estabelece que responsabilizações judiciais ficarão a cargo da Advocacia Pública e do Ministério Público (art. 19).

A CF/88, por sua vez, prevê um amplo escopo de atuações para o MPF (arts. 127 e 128) e para o TCU (art. 71), como garantidores do interesse indisponível e do erário público, respetivamente. À advocacia pública (art. 131), por seu turno, atribui-se a competência para representar os interesses do Estado em juízo, entre os quais estão a preservação de seus recursos materiais. Nota-se, assim, uma dissipação de competências entre os órgãos de controle para a manutenção da probidade administrativa (Tojal; Tamasauskas, 2017).

Assim, embora a Lei Anticorrupção tenha previsto competência para a celebração dos acordos de leniência para a Controladoria, sua redação não afasta as competências constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas. Por conta disso, abriu-se margem para divergências interpretativas e disputas entre os órgãos envolvidos. Em alguns casos, o Ministério Público, por sua atribuição constitucional de defender a ordem jurídica, tem buscado liderar as negociações. Já a CGU, como órgão responsável por promover a transparência e a integridade na Administração Pública, também tem atuado na celebração de acordos de leniência.

Aliás, destaque-se não se tratar meramente de um conflito entre o que prevê a legislação específica e o que prevê a CF/88. As circunstâncias fáticas dos ilícitos

praticados podem levar à ampliação do interesse do candidato a celebrar acordo de leniência em fazê-lo com o Ministério Público, notadamente por sua titularidade em ações penais que poderiam decorrer dos ilícitos, legitimidade da qual não gozam os órgãos administrativos do Poder Executivo.

Oportuno destacar que o elemento de responsabilização penal não se constitui em mero item a ser considerado quando se pretende celebrar acordo, mas se refere a matéria central na avaliação de viabilidade. Especialmente considerando o contexto empresarial brasileiro, em que 90% das empresas são empreendimentos familiares<sup>3</sup>, há, em ampla medida, identidade entre administradores responsáveis pelos ilícitos ocorridos e sócios, o que indubitavelmente levará a um maior sopeso das questões relacionadas à persecução criminal e à liberdade dos envolvidos.

No mais, como destaca Dantas (2017), o acordo celebrado com o Ministério Público não está sujeito à apreciação da Corte de Contas, por não se tratar de atividade-fim do órgão, o que não ocorre com os termos que são pactuados pela CGU, entendidos como atos administrativos e, portanto, sujeitos à jurisdição de contas.

Destaque-se, contudo, que a natureza jurídica dos acordos de leniência, se de ato administrativo ou de contrato, é ainda controvertida, sendo fruto de disputa na doutrina pátria. Essa diferenciação tem consequências práticas e é fundamental para determinar a (in)competência do TCU na análise dos acordos de leniência celebrados pela CGU, não se tratando de mero formalismo de categorização jurídica.

De um lado, há aqueles que se filiam à tese lançada por Dantas, no sentido de que, por se tratar de ato administrativo, o acordo celebrado com a CGU estaria sujeito à apreciação do TCU (Maciel, 2020). De outro lado, estão aqueles que classificam os acordos de leniência como contratos bilaterais, entre o Estado e particulares, e, portanto, não ensejariam a atuação do TCU, porque os referidos instrumentos não se relacionam à atividade de administração e gestão de bens, dinheiros e valores públicos de que resultem receita e despesa pública e, ainda, sobre os atos que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (Alves, 2018).

---

<sup>3</sup> TEIXEIRA, Isis Magri. Empresas familiares representam 90% dos empreendimentos no Brasil. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/atualidades-em-dia-com-o-direito-boletim-18-10-empresas-familiares-representam-90-dos-empreendimentos-no-brasil/>. São Paulo, 18 de outubro de 2018. Acesso em: 23 jun. 2023.



Ainda, há outros que atribuem ao acordo de leniência a natureza de negócio jurídico processual (Marques Neto; Freitas, 2018), o que também levaria à impossibilidade de sua revisão pelos Tribunais de Contas, ante instrumentalização da atividade-fim de compor interesses em setor regulado.

Pois bem, apesar de ser vacilante a doutrina a respeito da imperiosidade da atuação da Corte de Contas em acordos de leniência, não há dúvidas de que o Tribunal vem atuando no tema, exigindo especial atenção no que se refere (i) à recomposição do erário público em decorrência dos atos praticados e (ii) à imposição de sanções a empresas lenientes. Trata-se, assim, de mais um órgão da Administração Pública cuja atuação está sobreposta aos demais citados (CGU, AGU e MPF) para o combate à corrupção.

Essa sobreposição de competências pode gerar conflitos e dificuldades na definição de quem deve conduzir as negociações e firmar os acordos. Aliás, como observado, a própria multiplicidade dos interesses envolvidos (responsabilizações administrativas, cíveis e criminais) pode fazer com que a empresa interessada em colaborar leve os fatos a conhecimento de um órgão em detrimento do outro.

Não fosse o suficiente, a disputa entre os órgãos pode gerar, além de insegurança jurídica para o colaborador, retardamento nos processos, extremamente prejudicial tanto ao particular, cujo interesse majoritário é antecipar o encerramento de processos sobre a matéria, quanto ao Estado, que, devido ao lapso temporal, pode tornar ineficaz a colaboração trazida ao conhecimento estatal pela empresa leniente, prejudicando a eficácia do combate à corrupção.

Por outro lado, a falta de clareza sobre a competência para a celebração dos acordos de leniência e a atuação descoordenada dos órgãos também podem resultar em diferentes condições e benefícios oferecidos às empresas infratoras, conforme o órgão responsável pela negociação. “No Brasil, em vez do ‘dilema do prisioneiro’, inventamos o concurso entre carrascos” (Marques Neto, 2018).

Diante desse cenário, tem sido discutida a necessidade de uma regulamentação mais precisa sobre a competência para negociação e celebração de acordos de leniência, bem como sobre a atuação estatal posterior ao acordo. A definição clara de atribuições e a cooperação efetiva entre os órgãos envolvidos são fundamentais para evitar sobreposição de competências e garantir uma atuação mais eficiente no combate à corrupção.

Em suma, a sobreposição de competências entre órgãos da Administração

Pública brasileira para negociação de acordos de leniência com base na Lei Anticorrupção é um desafio que demanda uma definição clara de atribuições, uma maior cooperação entre os órgãos envolvidos e a adequada conformação legislativa das competências sobrepostas. Além disso, a transparência e o controle são fundamentais para assegurar a legitimidade e a efetividade dos acordos de leniência.

Diante da problemática, que gerou diversos conflitos entre particulares e Estado, e entre os próprios órgãos da Administração Pública – muitos deles ainda não resolvidos, é que se apresenta esta monografia, cujo objetivo é identificar onde residem os principais atritos entre as instituições envolvidas e quais são os pontos fundamentais para que seja revertido o quadro atual, que se traduz não somente em grave insegurança jurídica, mas também em redução dos benefícios na celebração de acordos para o Estado.

Para atingir tal objetivo, foram analisados: i) a doutrina sobre o tema; ii) o arcabouço legal sancionador por dano ao erário; e iii) os casos concretos em que ocorreram conflitos entre os órgãos da Administração Pública.

## **2.2. Histórico de regimes de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção antes da edição da Lei Anticorrupção. O arcabouço normativo sancionador por lesão à Administração**

Primeiro, será trazido à baila o regime de responsabilização de pessoas jurídicas por atos atentatórios à lisura de concorrências públicas. A responsabilização de pessoas jurídicas pela lei de licitações e contratos no Brasil tem uma longa história, sendo regulada principalmente pela Lei nº 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em processo de substituição pela Lei nº 14.133/2021. Essa legislação estabelece as regras e os princípios para as contratações realizadas pelos entes públicos, bem como sanções a pessoas físicas e jurídicas em caso de descumprimento de seus termos.

No que diz respeito à responsabilização de pessoas jurídicas, a Lei de Licitações prevê sanções administrativas que podem ser aplicadas às empresas em caso de descumprimento das regras estabelecidas. No caso que interessa a este trabalho, ou seja, o de, por qualquer meio, frustrar o caráter competitivo ou a lisura de licitação, as punições podem ser (i) multa e ou (ii) declaração de inidoneidade.

Em sequência, observe-se a responsabilização de pessoas jurídicas pela Lei

Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU) no Brasil, que data do ano de 1992, e, por sua vez, também possui um histórico relevante. A mencionada lei estabelece mecanismos de responsabilização tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas envolvidas em irregularidades ou infrações no âmbito das contas públicas.

No que se refere à responsabilização de pessoas jurídicas, a LOTUCU também prevê a possibilidade de aplicação de sanções administrativas, em caso de irregularidades, falhas ou infrações verificadas em suas contas ou nos contratos firmados com a Administração Pública das quais se destacam a aplicação de multas e a declaração de inidoneidade.

Oportuno também destacar que o TCU, no exercício de suas atribuições legais, caso entenda pela suficiência da providência, poderá fazer determinações ou recomendações às pessoas jurídicas para que adotem medidas corretivas ou aprimorem seus processos e controles internos, visando evitar irregularidades futuras, o que se coaduna com a ideia de que a sanção é a *ultima ratio* do Estado e não deve ser deliberadamente aplicada, afastando-a, quando possível, e sendo proporcional, se aplicada.

Veja-se, dessa forma, que as sanções decorrentes da LOTUCU e da Lei de Licitações e Contratos são muito parecidas, assim como há sobreposição legislativa quando se trata de fraude à licitação.

Nota-se, no entanto, que a previsão de multa prevista pela LOTUCU é mais ampla do que aquela prevista no diploma concernente aos certames públicos, pois está associada a qualquer dano causado ao erário cuja fiscalização esteja sob a tutela do TCU, não se restringindo apenas a licitações e contratos.

A LOTUCU busca assegurar a efetividade da fiscalização do TCU e a proteção do patrimônio público, na esteira da atribuição constitucional da Corte de Contas, responsabilizando não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas envolvidas em irregularidades decorrentes da má administração de recursos públicos federais.

É importante ressaltar que o TCU tem competência para julgar as contas dos administradores públicos, realizar auditorias e inspeções, e aplicar sanções administrativas, visando a prevenção e correção de irregularidades na Administração Pública Federal. A LOTUCU é uma ferramenta fundamental para o controle e a responsabilização das pessoas jurídicas que atuam no âmbito das contas públicas no

Brasil.

Além dos mencionados regimes de responsabilização, também é possível fazer menção à Ação Civil Pública e à Ação Popular, instrumentos que visam, entre outras medidas, garantir a probidade administrativa e a garantia do erário público pela via judicial.

Veja-se assim que, antes mesmo da Lei Anticorrupção, a responsabilização de pessoas jurídicas por danos ao erário poderia levar à aplicação de diversas sanções, além da obrigação de reparar eventual dano causado, como o pagamento de multas, a proibição temporária de contratar com o Poder Público e até mesmo a condenação judicial ao pagamento de danos morais à coletividade. No entanto, diferencia-se em boa medida a Lei Anticorrupção por ser direcionada especificamente a empresas, ao contrário dos demais diplomas aqui mencionados, por atribuir-lhes responsabilidade objetiva pelos atos praticados por seus funcionários e estabelecer sanções específicas por suas práticas, fazendo com que a sociedade deixe de depender de instrumentos analógicos ou restritos para a responsabilização empresarial.

### **2.3 A atuação dos órgãos públicos brasileiros**

Ao longo do tempo, diversas leis foram implementadas no país com o intuito de prevenir, investigar e punir atos de corrupção, com foco especial em pessoas físicas, mas podendo também resultar em punições a pessoas jurídicas. Em sequência, foi implementada a Lei Anticorrupção, que tem como base o aprendizado com experiências internacionais bem-sucedidas, trasladadas à realidade brasileira, e o fortalecimento dos mecanismos de responsabilização dos envolvidos.

Nesse contexto, os órgãos da Administração Pública brasileira têm desempenhado um papel fundamental na implementação e na fiscalização dos acordos de leniência. Esses órgãos possuem competências específicas que visam garantir a efetividade desses acordos, a transparência dos processos e a reparação dos danos causados pela corrupção.

Para o objeto do presente estudo — a sobreposição de competências do Estado brasileiro na celebração de acordos de leniência — é importante compreender as responsabilidades e atribuições desses órgãos para uma visão completa do sistema brasileiro de combate à corrupção. Destacam-se nesse âmbito CGU, AGU, MPF, TCU e CADE. Embora cada um desses órgãos possua um papel específico, certo é que

devem trabalhar de forma coordenada para garantir que os acordos de leniência sejam firmados de maneira justa, transparente e eficiente.

No presente tópico, serão apresentadas detalhadamente as competências e responsabilidades desses órgãos, destacando-se suas atuações e contribuições no processo de celebração dos acordos de leniência. Compreender o papel dessas instituições é fundamental para uma visão completa do esforço conjunto empreendido pelo Brasil para combater a corrupção e promover uma cultura de integridade e transparência em suas transações comerciais.

No mais, internalizar adequadamente as instituições brasileiras no campo do dever-ser é basilar para compreender o desconcerto institucional existente com relação ao tema dos acordos de leniência, em que, por vezes, parece haver incessante busca das instituições por protagonismo no cenário de combate à corrupção, tema capaz de projetar socialmente as instituições envolvidas por ser extremamente sensível à população brasileira, olvidando-se os órgãos da concretização do princípio basilar regente do acordo de leniência: o atendimento ao interesse público.

### 2.3.1 A atuação da CGU

A CGU é um órgão do governo brasileiro responsável por promover a transparência, a prevenção e o combate à corrupção no âmbito da Administração Pública Federal. Sua competência é decorrente de previsão expressa da Lei Anticorrupção, que estabelece que a CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nessa Lei, que fixa na Controladoria órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal.

No que se refere ao acordo de leniência, a atuação da CGU envolve várias etapas, que passam pela celebração do acordo até a imposição de medidas sancionatórias e corretivas, bem como pelo monitoramento do cumprimento das condições entabuladas com a empresa leniente.

A Lei Anticorrupção estabelece o protagonismo exclusivo da CGU para a celebração dos acordos. É a CGU, e não outros órgãos, que desempenha o papel de coordenação das ações do Estado no combate à corrupção. O respeito a essa decisão

legislativa pelas instituições brasileiras poderia levar a uma efetividade do processo de celebração que se assemelhasse àquela obtida por meio do FCPA, nos Estados Unidos, já que a centralização do sistema é um dos principais direcionadores do sucesso lá obtido (Bissoli, 2018).

Ao posicionar a CGU como protagonista, o Estado se apresenta como uma unidade, evitando pressionar as empresas de forma fragmentada e repetitiva por diferentes órgãos. Não faz sentido cada ramo do Estado buscar um acordo de leniência pelo mesmo fato. Isso seria contraditório, desproporcional e excessivo. Portanto, interpretar a Lei nº 12.846/2013 e o Decreto nº 8.420/2015 (atual Decreto nº 11.129/2022) de acordo com sua finalidade implica reconhecer a importância da CGU para garantir a racionalidade do modelo de persecução brasileiro, que conta com outros órgãos, mas não pode tolerar suas atuações de forma descoordenada.

A atuação da CGU na celebração de acordos de leniência visa, portanto, combater a corrupção, responsabilizar as empresas envolvidas e promover a transparência e a integridade no setor público, bem como estabelecer medidas para promover a integridade de entidades privadas no relacionamento com o setor público. Assim, a atuação do órgão contribui para a recuperação de recursos desviados, a punição dos responsáveis e a implementação de medidas de prevenção e controle da corrupção nas empresas.

### 2.3.2 A atuação da AGU

A atuação da AGU na celebração de acordos de leniência, em breve síntese, tem como objetivo garantir a legalidade, a eficácia e a proteção dos interesses patrimoniais do Estado. É oportuno destacar a Portaria Conjunta 4/2019 da AGU e da CGU, que estabelece diretrizes e procedimentos para a celebração de acordos de leniência no âmbito da Administração Pública Federal e alinha as atuações dos dois principais órgãos mencionados pela Lei Anticorrupção. Essa norma tem como objetivo promover a transparência, a eficiência e a segurança jurídica nas negociações entre o Poder Público e as empresas envolvidas em atos de corrupção.

A portaria foi criada com base na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e no Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta essa lei. Ela estabelece os procedimentos a serem seguidos tanto pela CGU quanto pela AGU no processo de celebração e fiscalização dos acordos de leniência.

Uma das principais contribuições da Portaria Conjunta 4/2019 é reiterar a clareza dos critérios para a admissibilidade dos pedidos de leniência. Para que uma empresa seja elegível para celebrar um acordo de leniência, ela deve se comprometer a cooperar de forma efetiva com as investigações, confessar sua participação nos atos ilícitos, cessar sua conduta corrupta e reparar integralmente os danos causados.

Com a Portaria Conjunta nº 4/2019, a AGU e a CGU fortalecem o marco legal dos acordos de leniência no Brasil, estabelecendo diretrizes claras e procedimentos consistentes. Essa medida contribui para o combate efetivo à corrupção na medida em que coordena os trabalhos dos órgãos e define com clareza de detalhes as atribuições de cada uma das instituições durante o processo de negociação.

Portanto, como destaca Mendes (2021, p. 22), “quando a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção envolve simultaneamente a CGU e a AGU, percebe-se que o alcance dos benefícios se torna bastante alargado”. Em sentido semelhante, destaca Athayde (2021, p. 536) que a participação da AGU traz “o benefício do afastamento ou da mitigação da pena que seria aplicável nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei IV 8.429/92) e da Lei Anticorrupção (art. 20)”.

A atuação da AGU de mãos dadas com a CGU, no entanto, não a isentou de se envolver em problemas de descoordenação. A Odebrecht Engenharia & Construção, por exemplo, celebrou acordo de leniência com o MPF, o que foi judicialmente contestado pela advocacia pública no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000. Terceira Turma, Relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida, DJe 24.8.2017). A empresa teve, então, que celebrar um acordo com CGU e AGU, o que custou uma negociação de três anos.

### 2.3.3 A atuação do MPF

O MPF inegavelmente desempenha um papel fundamental no combate à corrupção. A Constituição Federal a ele atribuiu a titularidade da ação penal pública e a proteção do patrimônio público, de que derivam as atribuições, por exemplo, para a promoção de ações de improbidade administrativa e para o ajuizamento de ações para responsabilização de pessoas jurídicas com base na Lei Anticorrupção.

Sua atuação, portanto, visa combater a corrupção, responsabilizar as empresas envolvidas e buscar a reparação dos danos causados ao Estado. A atuação

do MPF na celebração de acordos de leniência, assim, coaduna-se com sua missão constitucional e é essencial para a obtenção de informações relevantes, a responsabilização das empresas envolvidas em atos de corrupção e a recuperação dos recursos desviados. Além disso, busca-se estabelecer medidas eficazes de prevenção e combate à corrupção nas empresas e na sociedade como um todo.

Diante do caráter abrangente da atuação ministerial, ampla nas esferas administrativa, cível e penal, que não pode ser afastada diante da aplicação da Lei Anticorrupção a determinado ilícito<sup>4</sup>, bem como da própria legitimidade atribuída pela Lei Anticorrupção ao Ministério Público para perseguir o dano causado ao erário, pode partir do próprio particular o interesse em celebrar acordo com o Ministério Público, em detrimento da CGU, cuja competência para promover as sanções administrativas não é afastada pelo termo celebrado pelo *parquet*.

Intensifica-se o interesse em celebrar acordo com o Ministério Público em razão das repercussões penais no contexto brasileiro, pelo já exposto caráter familiar dos empreendimentos, onde há identidade entre sócios e administradores responsáveis pelos ilícitos cometidos. Manter a salvo a liberdade, nesse cenário, parece tão relevante quanto salvaguardar os interesses empresariais.

A estratégia de oferecer imunidade criminal, nesse sentido, tem sido bastante eficiente para a abordagem do Ministério Público no combate à corrupção (Simão; Vianna, 2017), na medida em que aumenta significativamente as vantagens para se colaborar e, conseqüentemente, constitui meio para que o *parquet* obtenha maior número de provas e evidências dos ilícitos cometidos. No acordo de leniência celebrado com a Construtora Camargo Corrêa, por exemplo, há até cláusula para adesão posterior de funcionários da empresa ao acordo, visando a obtenção de informações.

Outra vantagem de se negociar o acordo com o Ministério Público é que seus termos não estão sujeitos à revisão de Corte de Contas, podendo receber apreciação somente a partir da via judicial (Maciel, 2020). Os acordos conduzidos pela

---

<sup>4</sup> Além da independência das esferas sancionatórias (administrativa, cível e penal), a lei anticorrupção prevê que a comissão designada para apuração de responsabilidade administrativa, após a conclusão do processo administrativo, comunique o Ministério Público para a apuração de eventuais delitos e adoção das medidas entendidas pertinentes (artigo 15).



CGU, por seu turno, dependem de assentamento da doutrina a respeito da natureza jurídica dos acordos de leniência para que haja definição precisa da (des)necessidade de submeter o acordo à apreciação do TCU. O que não se desconsidera, no entanto, é que os acordos liderados pela CGU têm passado por revisão do TCU.

Em decorrência do afastamento da atuação do TCU, nessa hipótese, há um processo indubitavelmente mais célere, tendo em conta a eliminação de uma de suas etapas. A redução da duração da questão é, aliás, um dos principais interesses que movem a empresa candidata a celebrar o acordo de leniência, cujo interesse é, uma vez identificado o ilícito, obter redução em suas sanções e encerrar a questão da maneira mais célere possível.

Portanto, diante de suas atribuições constitucionais, das vantajosidades apresentadas aos colaboradores e da legitimidade para promover ação judicial com base na Lei Anticorrupção, até mesmo pleiteando sanções que caberiam à CGU, nos casos omissos, o MPF procurou endereçar internamente sua competência para celebrar acordos de leniência, o que ocorreu por meio da Nota Técnica nº 01-2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão.

Nesse sentido, entende o *parquet* que o acordo de leniência deve ser guiado por sua transversalidade, o que responderia “ao necessário tratamento das distintas esferas de responsabilização a que submetida a pessoa jurídica infratora e assegura plenitude de informações sobre os ilícitos” (p. 12) e ao tratamento que se dispensaria às pessoas físicas na responsabilização penal. Conclui, assim, que seria inviável que ao Ministério Público fosse vedado transacionar sobre a matéria anticorrupção (p. 17).

É oportuno destacar que, à época da elaboração da nota técnica de 20 de novembro de 2017, havia vedação expressa à celebração de acordos com pessoas físicas por atos de improbidade administrativa, questão posteriormente equacionada pelo art. 27 da LINDB e pela edição do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). O *parquet*, no entanto, para além dos reflexos penais, também entendeu pela necessidade de espraiamento dos feitos do acordo à esfera da improbidade, sob pena de esvaziamento completo do instituto. Isso porque não há sentido que o MP firme acordo de colaboração com o dono de uma empresa e posteriormente utilize os fatos dele decorrentes para ajuizar ação contra a companhia (Simão; Vianna, 2021, p. 164).

Apesar das diligências adotadas internamente para a questão, os acordos de leniência não passaram ilesos de problemas relacionados à atuação do Ministério Público. Cita-se como exemplo o acordo firmado pela SBM Offshore, conforme

destrinchado por Macedo e Sant'ana (2019).

Em um primeiro momento, foi assinado acordo pela CGU, AGU e pelo MPF. O acordo, contudo, foi rejeitado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Em um segundo momento, quando celebrou novo acordo com CGU e AGU, aprovado pelo TCU, a empresa recebeu ação de improbidade administrativa do MPF. Apenas na terceira tentativa, quando condicionou a celebração de acordo de leniência à participação de todos os envolvidos (CGU, AGU e MPF), teve acordo homologado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, em outubro de 2018.

As reiteradas e infrutíferas tentativas de celebrar acordos de leniência, que, destaque-se, foram três vezes aprovados, colocam a Administração em descrédito, sendo vista como incapaz de garantir segurança jurídica e um ambiente seguro para o desenvolvimento efetivo de programas de leniência adequados.

Diante das atribuições legais e constitucionais incumbidas ao MPF, vislumbram-se dois riscos em potencial quanto à Lei Anticorrupção. O primeiro decorrente da colegitimação entre AGU e MPF para perseguição das sanções judiciais. O segundo, da independência funcional atribuída aos membros do órgão ministerial.

A primeira questão decorre da previsão legislativa de atribuição, sem qualquer ordem preferencial, da capacidade de promover a responsabilização judicial a mais de um órgão da Administração simultaneamente — a Advocacia Pública e o Ministério Público. Fruto da propalada ideia de “quanto mais controle melhor”.

Embora a princípio isso possa parecer verdadeiro, trata-se de sofisma na sua mais intrínseca compreensão. A ideia não é mais moderna no âmbito da academia administrativista. Como destaca Willeman (2016, p. 299), trata-se de “superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa que, não raro, chega a comprometer a própria eficiência da gestão pública em decorrência de seus excessos e de suas patologias”, o que se traduz em fenômeno conhecido como *accountability overload*.

Veja-se, por exemplo, a hipótese em que uma empresa celebra acordo apenas com a CGU e a AGU. Embora o ente privado tenha ajustado com a AGU a sanção que decorreria de eventual processo judicial, não restou afastada a possibilidade de o MPF ingressar em juízo para pleitear sanção judicial pelos mesmos fatos.

Da mesma forma, não está legalmente vedada a possibilidade de a AGU ir a juízo para pleitear sanções já resolvidas por meio de avença entabulada pelo MPF.

Lembra-se que o Ministério Público sempre atuará como fiscal na lei nos casos

de judicialização. Portanto, na hipótese de ajuizamento de ação pela advocacia pública para sanções judicialmente previstas, o *parquet* terá a oportunidade de se manifestar sobre o feito. Na hipótese de ajuizamento de ação pelo MP, a despeito de acordo promovido pela AGU, por sua vez, a alegação terá de ser feita em contestação pela empresa.

Frise-se, contudo, que o entendimento de que o acordo substitutivo de sanção se enquadra como negócio jurídico processual, nos termos propostos por Marques Neto e Freitas (2018), cumulado à teoria da autolimitação administrativa (Aragão, 2008), levará à extinção da ação por litispendência ou coisa julgada, a depender do caso concreto. Isso porque não há empecilhos para tal ajuste em fase pré-processual, na esteira da doutrina processualista (Santos, 2020, RL-1.40).

Apesar de ser problema de, a princípio, simples resolução, trata-se de mais uma possível consequência indesejada que pode resultar exclusivamente da ineficiência estatal na organização do microssistema anticorrupção. O ajuizamento de ação por outro órgão, após a celebração de ajuste, estaria em desacordo com um dos principais interesses da empresa leniente quando da celebração do acordo: o encerramento da questão de uma vez por todas. A mera posição preferencial de um órgão em relação ao outro para ajuizamento da ação resolveria a questão. Propõe-se dar preferência ao ente jurídico lesado, por meio da advocacia pública, com atuação subsidiária do Ministério Público, apto a resolver eventuais casos de omissão.

Do outro lado está a independência funcional dos membros do *parquet*. Como se sabe, são premissas de ordem constitucional a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional do Ministério Público. Apesar disso, é necessário fazer a interpretação dos termos de modo a conformá-las ao princípio da segurança jurídica, sem o qual não existe Estado de Direito (Tojal, 2019).

A questão torna-se particularmente relevante ao se abordar os acordos de leniência, que exigem atuação extremamente articulada do Estado, não apenas na esfera interinstitucional, mas também interna de cada órgão do Poder Público. No caso do Ministério Público, a celebração do acordo por um de seus membros exigirá integral observância e seguimento pelos demais integrantes da carreira, autovinculando a atuação do órgão ministerial, em respeito aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

Ainda, deve ser respeitado pelos demais membros do Ministério Público o princípio do promotor natural, que assenta a tese de que apenas um membro do MP

tem atribuição para atuar em um caso concreto, como consequência dos princípios constitucionais da independência funcional e do direito de ser processado apenas pela autoridade competente.

#### 2.3.4 A atuação do CADE

O CADE é um órgão do governo brasileiro responsável pela promoção da concorrência e pela prevenção e repressão de práticas anticompetitivas no mercado. Embora o CADE não esteja diretamente envolvido na celebração de acordos de leniência decorrentes da Lei Anticorrupção, sua atuação tem relevância neste contexto, já que a Lei Anticorrupção não afasta suas competências para processamento de infrações à ordem econômica por fatos sancionados com base nessa mesma Lei.

No mais, considerando-se que os ilícitos relacionados à Operação Lava-Jato, de onde resultou a maior parte dos acordos de leniência homologados até hoje, envolveram essencialmente atuação cartelizada de empreiteiras para fraudar licitações, o CADE também atuou em ilícitos relacionados à operação.

Nesse aspecto, o sancionamento pelo CADE de condutas também punidas pela Lei de licitações (e pela Lei Anticorrupção) tangencia o tema deste trabalho, porque as sanções impostas tanto pelo CADE quanto pela Lei Anticorrupção decorrem dos mesmos fatos: a atuação em conluio de empresas para frustrar o caráter competitivo de certames públicos.

Há grave risco de violação ao princípio do *bis in idem*. Nesse sentido, Rocha e Silva, Levy e Parmegiani (2023), em análise da Lei nº 14.470/2022, que alterou a Lei de Defesa da Concorrência, fazem constatação das sobreposições entre os ilícitos concorrenciais e as legislações que preveem punições por fraude a licitação, externando preocupações com punição excessiva de um mesmo ilícito pelo Estado. Clamam os autores ainda, acertadamente, pela necessidade de harmonização entre diferentes regimes de responsabilização, com a extensão das regras atinentes aos acordos de leniência celebrados no CADE aos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção.

Trata-se de medida imperiosa, tendo em vista a onerosidade, a ineficiência e os riscos envolvidos no desalinhamento dos atores envolvidos na perseguição à

responsabilização dos agentes econômicos nas esferas penal, cível e administrativa.

O TCU entende em sentido diverso. O posicionamento do Tribunal pode ser ilustrado por recentíssimo julgado, o Acórdão nº 991/2023, datado de 17 de maio de 2023, que entende não estar afastada a necessidade de atuação sancionatória do TCU caso os ilícitos já estejam sendo punidos na esfera concorrencial, vez que a atuação em fraude a concorrência pública sempre atrairia a competência da Corte de Contas.

Não se questiona que o TCU e o CADE existam para tutelar questões diferentes. Contudo, com as devidas vênias, a posição do TCU, ao desconsiderar completamente as sanções aplicadas na seara concorrencial, destoa do ordenamento jurídico brasileiro e dos princípios gerais do Direito. Isso porque os acordos de leniência celebrados no órgão de defesa da concorrência possuem até mesmo reflexos penais, *ultima ratio* do Estado, não podendo a Administração, por seu dever de comportamento coerente e harmônico, fechar seus olhos quando se trata de cumulação de sanções administrativas a respeito dos mesmos fatos.

Dessa forma, a imposição de sanção pelo TCU após a adoção de acordo substitutivo de sanção no CADE, ou da própria sanção, desconsidera a teoria da autolimitação administrativa, que deriva do princípio da segurança jurídica e garante coerência ao sistema jurídico (Canotilho, 1999).

### 2.3.5 A atuação do TCU

Embora não seja diretamente responsável pela celebração de acordos de leniência, o TCU tem tido, com relação ao tema, atuação digna de comentários. Isso porque, a partir da atribuição generalista que a CF/88 confere ao controle externo, não poderia o regramento infraconstitucional afastar a apreciação do acordo de leniência (Dantas, 2017).

A atuação do TCU na celebração de acordos de leniência tem como objetivo assegurar a efetividade das medidas adotadas pelo Poder Executivo, com atenção especialmente voltada à reparação dos danos causados e ao adimplemento do pactuado no acordo. O Tribunal desempenha, assim, um papel de controle e fiscalização.

Compreendido o papel da Corte, passa-se à análise de suas atividades.

Inicialmente, é de se destacar que ilícitos ocorridos em certames licitatórios podem ser sancionados tanto pela Lei de licitações e contratos, no âmbito do Poder Executivo, quanto pela LOTCU, no âmbito do controle externo, como visto anteriormente. Trata-se, portanto, de previsão para aplicação de pena pelos mesmos fatos, decorrente de instrumentos normativos diversos, que igualmente serão aplicados por órgãos diversos da Administração Pública.

O legislador, ao criar diversos instrumentos de imposição de sanção de inidoneidade, aplicáveis por órgãos diferentes do Estado, não se preocupou em desenvolver um sistema de conformidade entre as sanções que viabilizasse o equilíbrio entre a aplicação rígida da lei e o princípio da segurança jurídica, afirmado pelo *non bis in idem* (Rosilho, 2016, p. 185). Pelo contrário, tem-se a ligeira impressão de que o legislativo atuou precisamente para desenvolver um entrelaçado de dispositivos baseado na ideia de “quanto mais controle, melhor”, o que, como já se viu, não é verdadeiro<sup>5</sup>.

A análise de questões relacionadas ao sancionamento com base na Lei nº 8.666/1993 mostra-se relevante, pois a Lei Anticorrupção prevê expressamente (art. 17) que a Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. de 86 a 88.

Não só por isso é relevante o tema, mas também porque muitos dos ilícitos

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido, Rosilho (p. 186): “o que se observa é que que o legislador, num curto espaço de tempo (em menos de um ano), criou, em variados diplomas, sanções similares voltadas a punir condutas muito semelhantes, mas passíveis de serem aplicadas por órgãos distintos (administração pública, Tribunal de Contas e Judiciário), com alguma variação de prazo (máximo de 5 anos ou por tempo indeterminado) e com diferenças relativas ao grau de abrangência da punição (válida apenas para administração federal ou também para as administrações dos Estados e Municípios). A impressão que se tem é a de que o Congresso não se preocupou com a aplicabilidade prática das sanções que instituiu, tampouco em resolver, no plano normativo, as consequências de uma mesma conduta eventualmente ser punida com o mesmo tipo de sanção em ‘ambientes distintos’ - LOTCU, Lei de Improbidade ou Lei de Licitações. Não seria exagero afirmar que essa postura do legislador não tenha sido fruto de desatenção ou de descuido. O Congresso, a meu ver, efetivamente quis criar uma intrincada rede de punições (nalguma medida sobrepostas e confusas), apostando que a lógica de quanto mais controle, melhor, seria adequada para alcançar os objetivos que os congressistas da época supostamente defendiam (combater a corrupção e a impunidade)”.

apurados no contexto da Operação Lava-Jato envolviam ajustes entre empreiteiras com o intuito de frustrar o caráter competitivo de licitações promovidas. Ou seja, o histórico aponta para enormes chances de ocorrência de ilícitos puníveis pela Lei Anticorrupção no âmbito licitatório.

Assim, destaca-se que a atuação do TCU, ainda que posteriormente à LINDB, sempre foi muito resistente à aplicação do instituto da detração das penas relacionadas, como se extrai, por exemplo, do Acórdão nº 2.638/2019- Plenário, em que se destaca que as sanções da Lei de licitações e da LOTCU servem a fins distintos.

A mudança de entendimento do TCU é recente. O precedente mais antigo de que se tem notícia sobre o tema data de 1º de setembro de 2021, por meio do Acórdão nº 2.092/2021-Plenário. O giro jurisprudencial, no entanto, vem apenas com o Acórdão nº 977/2023-Plenário, de 17 de maio de 2023. Nessa oportunidade, reconheceu-se não somente a necessidade de harmonização do sistema sancionador brasileiro, mas também, por meio de verdadeiro aceno feito pelo o Ministro Relator, a teoria da autolimitação administrativa, com a relativização da absoluta independência entre as instâncias<sup>6</sup>.

Trata-se de lento, mas importante, passo dado pelo TCU, que, em alguma medida, sinaliza o seu interesse em cooperar com a integração e harmonização do sistema sancionador brasileiro, que atribui competência a órgãos diversos, muitas vezes para atuarem nos mesmos fatos, e exige ampla coordenação entre os órgãos.

Outro ponto que merece atenção no que se refere à Corte de Contas federal foi sua resistência em aceitar os acordos de leniência, também sob o argumento de que estaria resguardando sua autonomia, destacadamente no que se refere à garantia de ressarcimento integral do dano causado ao erário público.

No ano de 2015, o TCU emitiu a Instrução Normativa nº 74/2015, versando sobre a fiscalização do Tribunal em relação à organização do processo de celebração do acordo de leniência. A Corte fundamentou a resolução tanto na LOTCU (Lei nº 8.443/1992) quanto na previsão de inafastabilidade do ressarcimento ao erário com base em acordo de leniência celebrado.

---

<sup>6</sup> O julgamento pode ser encontrado em: [https://youtu.be/m\\_yydBdydA8?t=5946](https://youtu.be/m_yydBdydA8?t=5946). Acesso em: 17 maio 2023.

O objetivo da Instrução Normativa nº 74/2015 era estabelecer o TCU como a verdadeira instância de homologação dos acordos celebrados. A norma previa que a autoridade responsável pela celebração do acordo de leniência deveria realizar seu prévio encaminhamento ao TCU. O descumprimento dessas determinações, mesmo em relação aos acordos de leniência firmados antes da entrada em vigor da Instrução Normativa, sujeitaria as autoridades públicas à multa prevista na LOTCU<sup>7</sup>, cuja ameaça de aplicação induzia gestores à adoção do comportamento de interesse da Corte de Contas. Trata-se de problema decorrente das medidas adotadas no processo constituinte, adequadamente abordado por Rosilho (2016. p. 176), ao apontar que o constituinte “parece ter partido da premissa de que o controlador seria mais apto a atender ao interesse público do que os próprios gestores”, sendo, contudo, “impertinente hierarquizar juízos de valor emitidos dentro da legalidade por órgãos distintos e não subordinados”, vez que a função do gestor é exatamente decidir a melhor maneira de realizar políticas.

Posteriormente, o mencionado normativo foi substituído pela IN 83/2018, que previa tão somente a possibilidade de o TCU requerer informações a respeito de acordos de leniência celebrados, com a simples obrigação de o agente público informar a Corte de Contas a respeito da existência de processo administrativo sobre o tema. Deixou de ser requisito, assim, a validação dos termos pelo TCU.

Ainda sobre a dificuldade do TCU de reconhecer a necessidade de caminhar junto das esferas de responsabilização, a Corte aplicou sanções de inidoneidade a empresas que haviam celebrado acordos de leniência a respeito dos mesmos fatos apurados pelo TCU, resumidamente ao argumento de que as decisões adotadas em outras esferas não vinculam a atuação da Corte de Contas, bem como ao da ampla autonomia sancionatória atribuída pela CF/88 ao TCU (Mendes; Fernandes Oliveira, 2021).

Em julgamento de mérito sobre o tema, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal reviu a posição do TCU sobre a matéria<sup>8</sup>, assentando que a imposição de

---

<sup>7</sup> Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal.

<sup>8</sup> Reporta-se ao julgamento conjunto dos Mandados de Segurança 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526,



sanção de inidoneidade pelo TCU pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência não seria compatível com os princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica.

Aliás, sobre o sancionamento pelo TCU de signatários de acordos de leniência, digno de nota o trabalho desenvolvido por Freitas (2022), que, analisando a atuação do controle externo entre os anos de 2017 e 2021, chegou a 23 conclusões sobre o tema, dentre as quais a de que “a existência de acordos de leniência não acarretou uma mudança no comportamento decisório do TCU” (p. 157).

A irretocável pesquisa conduzida permite concluir que a atuação do TCU quanto aos acordos de leniência é imprevisível e incapaz de assegurar a necessária segurança jurídica para o adimplemento de seus termos. O trabalho elaborado por FREITAS não é conclusão isolada da academia. Em idêntico sentido, GABRIEL (2021, p. 189-190):

V. A maioria dos argumentos utilizados pelo TCU para afastar a harmonização é problemática, pois eles: i) reforçam a autonomia do tribunal frente às demais instâncias controladoras, como se o que se estivesse discutindo fosse a possibilidade de o TCU sancionar, e não a eventual desproporcionalidade dos efeitos da sanção decorrente da falta de harmonização; ii) pautam-se na premissa equivocada de que o fato irregular que motiva a sanção (fraude à licitação) não é objeto de punição de sanções aplicadas por outras autoridades, previstas em outras leis; 111) declinam a analogia com o art. 42 do Código Penal com base em premissas inconsistentes, inclusive diante de outras situações em que o próprio tribunal realizou analogia com institutos penais em suas decisões.

[...] VII. O uso do argumento da autonomia de instâncias para afastar a harmonização possivelmente deriva de uma confusão argumentativa causada pelo fato de o TCU, sob a ideia de *bis in idem*, analisar duas situações distintas: por vezes, é contestada a competência do tribunal para agir em determinado caso em razão de outra autoridade pública com poderes sancionadores já estar atuando; em outras, é argumentado que a soma das sanções com efeitos semelhantes, aplicadas em diferentes jurisdições, poderá culminar na desproporcionalidade da punição. Em ambas as situações, alega-se ofensa ao *bis in idem*. Para não haver confusão argumentativa – e ser utilizado o argumento da autonomia de instâncias, relacionado à competência para sancionar, para responder à desproporção da sanção – é preciso que, em cada caso concreto, fique muito claro qual situação está sendo analisada.

Com relação ao interesse do Tribunal de Contas de continuar a perseguir o dano ao erário, por sua vez, a doutrina e a jurisprudência tem, em linhas gerais, entendido que os valores entabulados em acordos de leniência, seja com o Ministério Público, seja com CGU/AGU, constituem mera antecipação de parcela incontroversa do dano,

cabendo ao TCU, conforme suas competências constitucionais, cumprindo com um dos objetivos estabelecidos pela Lei Anticorrupção, apurar eventual parcela remanescente (Mendes; Fernandes, 2021).

O entendimento quanto à remanescente competência do TCU para instaurar processo de apuração de dano revela o parcial insucesso do programa de leniências. Tanto é assim que, no acordo celebrado entre Construtora Camargo Corrêa e AGU/CGU, incluiu-se expressamente cláusula de possibilidade de revisão da extensão do dano aferido (Tamasaukas, 2020. p. 208).

Portanto, pode-se verificar que os pontos de impasse para os acordos de leniência com relação ao TCU residem fundamentalmente em dois pontos: a) na resistência em aplicar o instituto da detração das penas, não apenas quando se trata de acordos de leniência, perpetrando reiterada violação ao princípio do *non bis in idem*; e b) no interesse de apurar adequadamente o dano ao erário causado pela prática ilícita.

Há ainda que se pacificar a doutrina sobre a natureza jurídica dos acordos de leniência, seguindo por uma das vias expostas anteriormente: ato administrativo; acordo bilateral; ou negócio jurídico processual. A escolha por um dos caminhos poderá implicar a solução em definitivo sobre a inafastabilidade ou necessidade de apreciação e acompanhamento do acordo de leniência pelo controle externo.

No que se refere à pretensão de participação do TCU em qualquer das fases do acordo, alegadamente em razão de sua ampla competência constitucional para a fiscalização de recursos públicos e independência de outras instâncias administrativas, bem como dos amplos poderes sancionatórios a ele atribuídos – muitas vezes em conflito com outras normas do direito brasileiro, não é demasiado concluir que tal “dever de sujeição” imposto aos acordos de leniência decorre do momento histórico em que foram atribuídas as competências ao TCU (Rosilho, 2016, p. 326-331).

Naquele período, os reflexos da recém-encerrada ditadura civil-militar ainda eram latentes. Havia, portanto, uma profunda desconfiança em relação ao Poder Executivo, a partir da qual se desenvolveu a ideia de que deveria haver amplo controle de suas atividades. Embora esses reflexos se mantenham até hoje, a assentada democracia brasileira merece como resposta um comportamento de conformidade entre suas instituições, que devem ser capazes de atuar coordenadamente, cada uma como uma parte do Estado, que é uno.

O TCU, no entanto, parece ter consideráveis dificuldades em atuar de forma harmônica em relação aos demais órgãos do Estado em sua atividade sancionadora, não apenas com relação aos acordos de leniência firmados, mas especialmente em relação a eles. Além de outras medidas, a atuação concertada da Corte de Contas com o restante do Estado exige a mitigação da sempre alegada autonomia institucional, cuja utilização inadequada se reverte em indiferença por parte do Tribunal.

Nunca é demais lembrar que o Tribunal de Contas da União, a despeito de sua competência fiscalizadora, não é revisor geral da República. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão de uma instituição que se valha da posição de *ombudsman*, função que, por vezes, a Corte de Contas pretende atribuir a si.

Embora tenham sido mostrados sinais evolutivos no sentido da harmonização ao sistema sancionatório brasileiro, o que pode ser exemplificado pelo Acórdão nº 977/2023- Plenário, ainda há muito a se fazer com relação a instrumentos negociais desenvolvidos por outros órgãos, notadamente com relação à figura do acordo de leniência, independentemente da esfera em que se escolha celebrar.

### **3. PROBLEMAS DECORRENTES DA SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS**

Conhecidas as atribuições dos órgãos envolvidos no sistema sancionador brasileiro relacionado aos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, bem como as peculiaridades envolvidas em cada um deles, assim como as premissas sobre interesse público das quais se parte, passemos, então, a discorrer a respeito dos problemas decorrentes da sobreposição de competências entre os órgãos. Serão observados (i) julgados do STF sobre a matéria; (ii) conflitos existentes entre as instituições durante ou após a negociação de acordos de leniência; (iii) a repercussão da celebração de acordos de leniência em outras esferas sancionatórias; e (iv) a proposta de instituição de um balcão único.

É caso de se fazer uma ressalva. Alguns conflitos entre órgãos já foram abordados anteriormente neste trabalho, pois seria inviável demonstrar a conexão com temas da Lei Anticorrupção sem a apresentação exemplificativa. As atividades desempenhadas por cada braço do Estado serão, contudo, reforçadas.

Embora se suscite a sempre necessária atuação coordenada entre os órgãos

da Administração Pública brasileira (Machado; Paschoal, 2016), os seguintes tipos de comportamento são possíveis por parte dos órgãos: 1) ignorar as ações e processos decisórios de outras instituições; 2) atuar de modo independente e competir; 3) atuar de modo independente, mas reconhecer interferência indireta; 4) atuar de modo independente e coordenar suas ações; ou 5) efetivamente realizar trabalho integrado.

De acordo com os autores (Machado; Paschoal, 2016), e como aqui exposto, a atuação coordenada não é regra. As instituições tendem a competir entre si ou reiteradamente desconsiderar o trabalho realizado pelos demais. Identificaram-se os seguintes óbices à efetiva cooperação: i) vaidade institucional para obtenção de protagonismo no combate à corrupção; ii) desconfiança por parte da instituição de origem de que as informações serão bem utilizadas pelos destinatários; iii) obstáculos temporários, que podem resultar em ineficiência no combate à corrupção; iv) obstáculos de linguagem, por causa de termos utilizados por uma unidade que podem ser incompreendidos por outras; e v) raro compartilhamento de provas.

O primeiro obstáculo é totalmente injustificável e absolutamente temerário. Não há qualquer fundamentação jurídica na busca por protagonismo. O ego institucional não pode mover o Estado, ainda mais quando se trata de sua atividade-limite: a sanção. Ao contrário dos outros obstáculos, nessa justificativa não há nenhum pressuposto de objetivo de atingir o interesse público. Trata-se de mera busca por protagonismo, em prejuízo dos particulares. Os demais obstáculos, no entanto, podem ser considerados como entraves passíveis de aperfeiçoamento, seja por meio de coordenação ou de alteração legislativa.

Ainda, conforme Santana (2020, p. 262-263), em diagnóstico a respeito dos conflitos identificados em acordos de leniência, é possível identificar pontos em comum entre eles: i) divergências a respeito dos limites de competência dos demais órgãos envolvidos, bem como com relação às atribuições do próprio órgão; ii) divergências de metodologias entre os órgãos envolvidos, gerando atuação conflituosa e contraproducente; e iii) ausência de cultura de cooperação entre os órgãos que têm baixo grau de institucionalização. Todos resultam nos mesmos problemas: insegurança aos interessados em celebrar acordos de leniência e atuação ineficaz do Estado. Essas dificuldades são asseveradas também por Sundfeld e Neves (2023, p. 10).

É sabido que a efetividade dos acordos de leniência exige uma estrutura de incentivos comportamentais do Estado, embora o sistema de defesa da moralidade

brasileiro seja difuso, independente e organizado em um complexo sistema de rede (Tamasauskas, 2020, p. 198).

Necessário, no entanto, compreender a independência entre as esferas sancionatórias sob a lógica do *ne bis in idem* (Machado, 2019). A autonomia deliberativa dos órgãos ou mesmo a múltipla incidência de normativos sobre um mesmo fato apurado não podem servir de fundamento para aplicação de dupla sanção. Isso porque não há como se admitir que o direito administrativo sancionador ultrapasse e subjugué garantias fundamentais dos administrados, baseando-se exclusivamente numa insustentável independência entre as esferas sancionadoras, como se isoladas fossem de todo o ordenamento jurídico pátrio (Dias; Ferreira; Knoerr, 2022).

Aliás, a discussão sobre *bis in idem* nas sanções não está relacionada à restrição de independência das diversas autoridades estatais, como por vezes seus dirigentes parecem entender, mas sobre o dever de harmonizar as diferentes frentes sancionatórias, como o direito do administrado de não sofrer sanção desproporcional e que extrapole os limites do ordenamento jurídico (Gabriel, 2021, p. 98).

Aliás, como destacam Marques Neto e Palma (2016, p. 33), “a cooperação existente entre as instituições de controle concentra-se na investigação, preservando-se a autonomia de cada ente para conduzir o processo de responsabilização em seus correspondentes âmbitos”, o que é capaz de gerar sanções desproporcionais ou sobrepostas.

A imperiosa colaboração entre as diversas instituições no que tange às sanções encontra agasalho na teoria da autolimitação administrativa, que reveste os atos administrativos de dever de coerência. Como elucida Aragão (2008, p. 6-7), a aplicação do mencionado conceito independe de os atos administrativos sobre um mesmo fato emanarem de diferentes autoridades estatais.

Conclui-se, assim, com base na teoria da autolimitação administrativa, que os atos do Estado devem ser interpretados de maneira una, independentemente de sua fragmentação, ou compartimentalização, em esferas de atuação. No que se refere aos acordos de leniência em particular, caso a interpretação fosse em sentido diverso, estaria o Estado entabulando um acordo que nunca teve a pretensão de cumprir, ao colocar todo o restante de seu aparato de prontidão para promover a responsabilização judicial e administrativa pelos mesmos fatos que fundamentam a avença.

Por esse motivo, uma vez celebrado, o acordo de leniência deve ser dotado de

oponibilidade *erga omnes* em relação aos demais agentes envolvidos no sancionamento (Oliveira, 2021). Tal conclusão é evidente quando se tem em mente os objetivos a que se prestam os acordos de leniência, que conjugam o interesse do particular em reduzir sanções e os múltiplos interesses do Estado (obtenção de provas; ressarcimento de dano; promoção da integridade privada e outros). O acordo de leniência decorre de um reposicionamento do conceito de interesse público, assim, muito mais amplo do que a tradicional “supremacia do interesse público”.

Ou seja, a necessidade de atuação harmônica entre os agentes envolvidos no microsistema anticorrupção não se justifica apenas pela segurança jurídica, mas também pela garantia de efetividade aos programas de leniência instituídos (Athayde, 2019, p. 261).

É em sentido semelhante que já decidiu o STF, em acórdão paradigmático, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que, ao mesmo tempo, analisou quatro mandados de segurança impetrados contra decisões do TCU. Conforme será demonstrado a seguir, o mencionado julgado mostra a posição da Corte de Cúpula sobre a matéria, apontando para a necessária articulação entre os diversos órgãos do Estado brasileiro.

### 3.1 O Supremo Tribunal Federal

Diante da atuação desconcertada dos diversos atores do Estado Brasileiro envolvidos na aplicação da Lei Anticorrupção, foi necessário suscitar a intervenção do STF sobre a matéria. A apreciação da corte sobre o tema envolveu os mandados de segurança 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526, todos impetrados contra ato coator do TCU. Os *writs* podem ser sintetizados pelo quadro a seguir e foram reunidos para julgamento conjunto por tratarem todos sobre a contratação para obras da Usina Nuclear de Angra III:

**Quadro 1** – Síntese dos Mandados de Segurança impetrados contra decisões do TCU

MS	Impetrante	Postura colaborativa adotada	Ato coator do TCU
34.435	Andrade Gutierrez	Celebração de acordo de leniência com o MPF e TCC com o CADE. Após o ato coator, a empresa	Ameaça de aplicação de pena de inidoneidade por meio

		negociou acordo com CGU/AGU.	do Acórdão nº 483/2017-Plenário.
<b>36.173</b>	Artec	Não há.	Sanção baseada em prova declarada ilegal pelo STF no âmbito do Inquérito 3.732.
<b>36.496</b>	UTC	Celebração de acordo com CGU/AGU.	Declaração de inidoneidade pelo prazo de cinco anos.
<b>36.526</b>	Queiroz Galvão	Colaboração com fornecimento de elementos ao TCU.	Aplicação da sanção de inidoneidade, a despeito da colaboração.

Fonte: o autor.

A análise aqui apresentada se restringirá às manifestações voltadas às situações fáticas que envolvem a Andrade Gutierrez e a UTC, pois o interesse aqui desenvolvido se refere ao sancionamento por órgão da Administração Pública em caso de prévia aplicação de sanção, diante dos mesmos fatos, por outro órgão.

Merece nota a manifestação da AGU com relação ao caso da Andrade Gutierrez, no sentido de ser inviável a aplicação de sanção pelo TCU pelos fatos tratados em acordo de leniência.

Quanto aos casos envolvendo Andrade Gutierrez, UTC e Queiroz Galvão, o TCU, em seu ato coator, entendeu que deveria ser dispensado tratamento diferenciado à Andrade Gutierrez, diante da celebração de acordo de leniência, consistente em realizar suspensão condicional da pena, sujeita à imposição em caso de descumprimento do ajustado. No entanto, a suspensão ficou condicionada “à apresentação, pelo Ministério Público Federal, de compromisso das empresas em colaborar com os processos de controle externo do TCU”.

O Ministro relator determinou liminarmente a suspensão da aplicação da pena de inidoneidade, o que foi cumprido pelo TCU. Contudo, a Corte determinou a indisponibilidade de bens da empresa, com a finalidade de garantir o integral ressarcimento do débito em apuração, no valor original de R\$ 290.613.598,39 (referente a 01/07/2008).

Assemelham-se a tal situação os fatos relacionados à UTC Engenharia, também impetrante. À empresa foi imposta sanção de inidoneidade pelo TCU, a

despeito de acordo celebrado com CGU e AGU.

Conhecidos os fatos, o Ministro relator faz relevante consideração, em termos que dão suporte ao desenvolvido neste trabalho, entendendo que a possibilidade de um órgão da Administração sancionar particular por fatos já sancionados por outro braço do Estado, especialmente se de maneira consensual, é incompatível com a CF/88 e com os próprios objetivos que norteiam a instituição do regime de leniências.

Por outro lado, entendeu o STF pela viabilidade de o TCU, a despeito da celebração de acordo por outra instituição do Estado brasileiro, seguir com sua atividade de perseguição de dano ao erário que eventualmente não tenha sido reparado pelo acordo celebrado.

### **3.2 A repercussão do acordo de leniência em outros diplomas legais**

O regime sancionatório múltiplo por atos lesivos ao erário brasileiro é um conjunto de medidas e penalidades aplicadas a indivíduos ou empresas que praticam condutas prejudiciais aos recursos públicos do Brasil. Esse regime visa resguardar os interesses do Estado e da sociedade como um todo.

No Brasil, existem diversas leis e normas que estabelecem o regime sancionatório múltiplo, cada uma com suas especificidades. Dentre elas destacam-se a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992).

Frise-se que um regime sancionatório múltiplo deve visar não apenas punir os infratores, mas também prevenir a ocorrência de atos de corrupção e desvio de recursos públicos. Ao estabelecer penalidades proporcionais e dissuasivas, ele busca criar um ambiente de integridade e ética no setor público, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e transparente.

Embora o regime sancionatório múltiplo por atos lesivos ao erário brasileiro tenha como objetivo combater a corrupção e proteger os recursos públicos, existem alguns problemas e desafios associados a sua aplicação. Como visto anteriormente, os problemas podem ser sintetizados nos seguintes tópicos:

- Falta de coordenação entre os órgãos de controle: a atuação de diversos órgãos de controle pode gerar problemas de coordenação e



sobreposição de competências. Isso pode levar a investigações duplicadas, conflitos de jurisdição e falta de eficiência na responsabilização dos envolvidos.

- Persecução sancionatória múltipla pelos mesmos fatos: as leis que regem o regime sancionatório são sobrepostas e podem gerar sanções múltiplas pelos mesmos fatos. Não fosse suficiente a multiplicidade de sanções, decorrentes de diplomas legais diversos, a persecução sancionatória está a cargo de esferas diferentes da Administração Pública, que não interagem para a detração das penas aplicadas.
- Desigualdade de tratamento: a aplicação de sanções nem sempre é igual para todos os envolvidos (Freitas, 2022) e implica distorções ao sistema de acordos de leniências. Reiteradamente as empresas lenientes são as primeiras a sofrer as consequências.

Para se concluir a respeito da sobreposição das esferas sancionatórias, é preciso analisar como a aplicação da Lei Anticorrupção interfere nos demais diplomas. O diploma dispõe expressamente sobre a possibilidade de transigir a respeito das sanções aplicadas com base na Lei de Licitações e Contratos (art. 17). Contudo, apesar de não asseverar expressamente a possibilidade de cumulação de penas, fixa que eventuais sanções aplicadas com base na Lei Anticorrupção não afetam os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes da Lei de Licitações e da Lei de Improbidade Administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, também estabelece que as sanções dela decorrentes aplicam-se “independentemente” das sanções previstas em outros diplomas.

Veja-se que o STF, por meio dos julgados anteriormente mencionados, apesar de suscitar a incidência de normativos múltiplos capazes de sancionar uma mesma conduta, entende pela identidade entre as sanções decorrentes da Lei de Licitações e Contratos e das decorrentes da Lei Orgânica do TCU, no que diz respeito à inidoneidade. Mais uma vez, não se trata de afastar a capacidade de atuação do controle externo, mas de harmonizá-lo à vedação ao *bis in idem*, princípio geral do direito.

Foi para esse objetivo que se introduziu o § 3º no art. 22 da LINDB, estabelecendo que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Assim, a lei “pretendeu acabar com a confusão que a multiplicidade institucional pode causar

ao exercício do poder sancionador do estado e cujas consequências perniciosas quem sofre é o sancionado” (Gabriel, 2021. p. 99).

Trata-se de normativo para conciliar o direito sancionador, na linha de Machado (2019, p. 286), ao entender que “conceber a independência como indiferença funciona como um bloqueio à reflexão jurídica sobre como diferentes programas jurídicos sancionatórios devem interagir e se relacionar quando incidentes sobre um mesmo fato”.

Assim, não há dúvidas de que os ilícitos responsabilizados por meio da Lei Anticorrupção, principalmente aqueles punidos de forma consensual, devem gerar efeitos em outras esferas sancionatórias, sob pena de punição desmedida. Como se sabe (Saboya, 2014), três são os requisitos para a ocorrência de *bis in idem*: i) identidade de sujeito; ii) anterior consequência sancionatória e iii) identidade de fatos e fundamentos. Estando cumulativamente presentes os requisitos, não pode o Estado renovar o *jus puniendi* sob o argumento de estar sancionando a partir de uma nova compartimentação.

Deve, como consequência, ser mitigada a tese de independência das esferas sancionatórias desenvolvida a partir do conceito de “quanto mais controle melhor”, que pairava sobre as intenções legislativas brasileiras dos anos 1990, quando se desenvolveram os principais instrumentos legais de combate a atos ímprobos. Com a necessária atenuação, reforçada pela LINDB, deve ser aplicado o instituto da detração às sanções administrativas — para sanções em geral, pelo princípio do *non bis in idem*. Para sanções consensuais, cumulativamente, em razão da legítima confiança construída pelo pacto e do atendimento ao interesse público.

#### **4. CONCLUSÃO E CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA SANCIONATÓRIO BRASILEIRO**

Conforme exposto, o sistema anticorrupção brasileiro é complexo e multifacetado. Além da diversidade de órgãos estatais envolvidos na atuação sancionatória, há uma multiplicidade de legislações que ensejam diferentes regimes de responsabilização a pessoas físicas e jurídicas pelo cometimento dos mesmos ilícitos.

Diante do embaralhamento do sistema de combate à corrupção brasileiro,

emergem diversos pontos conflituosos relacionados à imposição de punições duplas às empresas lenientes, seja pela sobreposição de competências dos órgãos de controle para atuação no tema, seja em razão dos variados regimes legais que são capazes de sancionar um mesmo ilícito, com a Lei da Empresa Limpa, a Lei de Licitações e Contratos, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Orgânica do TCU.

Nesse contexto, a atuação descoordenada do Estado brasileiro, que gera inquestionável insegurança jurídica aos colaboradores, é um dos principais fatores para o desestímulo à celebração de acordos de leniência por aqueles que pretendem aderi-lo. Isso porque, embora uma das pretensões das empresas colaboradoras seja a de dar ponto final à questão, a celebração do acordo de leniência poderá implicar novos e desconhecidos litígios, cujos impactos são inviáveis de se mensurar e ocasionalmente podem ser mais drásticos que o próprio cumprimento integral das sanções.

Dessa maneira, mais do que estimular a cooperação entre os órgãos envolvidos no microsistema de combate à corrupção no Brasil, é necessário harmonizar todo o sistema legislativo de persecução (administrativa, judicial e criminal) pela prática de ato do qual decorra dano ao erário<sup>9</sup>, seja com relação ao devido equacionamento do múltiplos legitimados para perseguir uma mesma pena (ex.: múltiplos legitimados para ação de improbidade, que não necessariamente abrirão mão da persecução por acordo celebrado por outro legitimado), seja com relação a normativos cujas penas pela prática de fatos idênticos se sobrepõem.

A solução de se pleitear tão somente a cooperação institucional parece vacilante e volúvel. É de se notar pelos resultados práticos do ACT liderado pelo STF no ano de 2020. Trata-se de solução provisória, que não pode perdurar à eternidade, e a partir da qual inevitavelmente surgirão conflitos. Somente a harmonização das regras sancionatórias por meio do endereçamento legislativo da temática é capaz de comportar o tema de modo que prevaleça a segurança jurídica, para os lenientes e

---

<sup>9</sup> Em sentido semelhante, Macedo e Sant'ana (2019, p. 24): “o fato de se ter uma única fonte normativa que regulamente o programa de leniência no Brasil, com efeito, parece ir em direção ao atingimento dos objetivos acima. Previsibilidade, transparência e segurança jurídica nas negociações são, conforme dito, elementos essenciais para o mercado. A ideia de se concentrar tudo em apenas uma única normatização parece solucionar o grande problema da falta de confiança no “programa de colaboração premiada brasileiro”.

para o Estado.

Aliás, a substituição da necessidade de confiança na palavra dos homens pela expressa e adequada previsão da lei é princípio basilar para o desenvolvimento do direito administrativo moderno. O império do direito sucedeu a incerteza.

Em outra esfera, não é possível mais tratar a democracia de um país que se institucionalizou ao longo de 35 anos como uma República recém-saída de uma ditadura, quando era legítima a tese de que o Poder Executivo merecia ser observado com múltiplas esferas de revisão de seus atos. Os órgãos da Administração Pública brasileira são hoje sólidos, competentes e merecem receber a confiança dos particulares. É necessário, no entanto, que a atuação concertada das instituições aponte para a possibilidade de se conceder voto de confiança.

O instituto do acordo de leniência, assim como outros que sirvam de meio de obtenção probatória, não se compatibiliza com uma lógica de direito administrativo estático e ultrapassado. Parece oportuno destacar que a harmonização legislativa do sistema anticorrupção brasileiro, notadamente no que se refere aos casos envolvendo acordos, passa necessariamente pelo incentivo ao protagonismo dos órgãos lesados com a atividade ilícita perpetrada.

Assim, diante de um Estado sobre o qual não se pode sustentar qualquer tipo de aparelhamento sistemático, o controle de outra instituição do Estado sobre o Poder Executivo deve perder relevo. Deve-se concentrar, primariamente, na identificação de ilícitos pelo próprio órgão lesado – o que demonstra sua eficiência. O controle (feito pelo TCU e pelo MPF) deve, assim, ficar em segundo plano, regendo-se pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, com atuação restrita às hipóteses de inércia do ente público lesado (seja para a celebração de acordo, seja para a propositura de ações próprias).

Ora, se servem as instituições de controle para fiscalizar a adequada adoção de medidas pelo Poder Executivo, não é crível que o mencionado controle se antecipe na apuração de fatos para os quais já se adotam providências por meio do Poder Executivo, em âmbito de controle e poder sancionatório internos.

A aplicação da tese de subsidiariedade, contudo, não implica colocar Ministério Público e TCU no banco de reservas. Além de os mencionados órgãos terem competências outras que não a perseguição de lesa-pátria ao erário, suas atuações ganham extrema relevância para a responsabilização, em caso de falha do controle interno, ou mesmo em hipóteses em que se revelam omissões ou negligências da

mencionada fiscalização. A previsão de atuação subsidiária, ainda, é capaz de corrigir eventuais projetos antirrepublicanos cuja pretensão seja o desmonte do aparelho investigativo do Estado.

É de se concluir, ainda, que a importação, a partir do FCPA, do modelo de consensualidade no enfrentamento à corrupção não considerou a complexidade institucional brasileira, que prevê multiplicidade normativa e de órgãos atuando no combate à corrupção, diferindo-se consideravelmente do arranjo institucional existente nos Estados Unidos. Diga-se, também, que um dos motivos apontados para o sucesso do modelo de leniências norte-americano se deve ao fato de seu sistema anticorrupção ser praticamente de agência única, o que facilita a negociação e a manutenção dos acordos realizados.

No mais, ainda que o modelo de negociação de acordos substitutivos de sanção também tenha se inspirado pela bem-sucedida experiência conduzida pelo CADE, o sistema brasileiro de defesa da concorrência não traduz multiplicidade institucional que, em algum grau, assemelhe-se ao sistema brasileiro de tutela da probidade, seja pela multiplicidade de normativos, seja pelo número de agentes envolvidos em sua persecução.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco S. M. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, nov. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **REDAE**, Salvador, v. 14, p. 1-15, 2008.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos acordos de leniência no Brasil**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos acordos de leniência no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. **Consultor Jurídico**, 23 fev. 2015. Administrativo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas> Acesso em: 29 jun. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BISSOLI, Leonardo. **Controle da corrupção e discricionariedade: os meios de accountability dos agentes públicos e as licitações e contratações públicas**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

BRASIL. **Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) em matéria de combate à corrupção no Brasil**. 2020.

BRASIL. **AgInt no AREsp nº 1.330.516/RN**. Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em: 17 de abril de 2023, DJe de 3 de maio de 2023.

BRASIL. **AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.589.195/SP**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 7 de junho de 2021, DJe de 10 de junho de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 jul. 2023

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, Andrade Gutierrez Engenharia S/A e Andrade Gutierrez S/A**. Brasília, 18 dez. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/andrade-gutierrez.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Camargo Corrêa Construções e Participações S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., e Mover Participações S.A.** Brasília, 31 jul. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/camargo-correa.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério Público Federal (MPF) e as Empresas Mullen Lowe Brasil Publicidade LTDA e FCB Brasil Publicidade e Comunicação LTDA**. Brasília, 13 abr. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo->

leniencia/acordos-firmados/mullenlowe.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Construtora OAS S.A. – em recuperação judicial, Coesa Engenharia LTDA., OAS Logística e Comércio Exterior S.A., OAS Óleo e Gás S.A., OAS Empreendimentos S.A. – em recuperação judicial, OAS Defesa S.A., OAS Energy GMBH, OAS African Investments LTDA., OAS Central America Investing Limited (BVI), E OAS S.A. em recuperação judicial.** Brasília, 14 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU, a Advocacia-Geral da União – AGU e as empresas que integram o grupo econômico da Odebrecht.** Brasília, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e as empresas SBM Offshore N.V. e SBM Holding inc., S.A.** Brasília, 26 jul. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/sbm.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas UTC Participações S.A., UTC Engenharia S.A. e Constran S.A. - Construções e Comércio.** Brasília, 10 jul. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/utc.pdf>. Acesso em: 15



jun. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). Portaria Conjunta nº 4, de 9 de agosto de 2019. Define os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União. **Diário oficial da União**: seção 1, Brasília, nº 155, 13 ago. 2019. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/34882>. Acesso em: 12/ jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm). Acesso em: 03 jul. 2023

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [Revogado pelo Decreto nº 11.129, de 2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 11.129. de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. **Diário Oficial da União**, seção 1, ed. 130. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.129-de-11-de-julho-de-2022-414406006>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **EREsp nº 260.821/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, primeira Seção, julgado em 23 nov. 2005, DJ de 13 fev. 2006. p. 654.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [BRASIL. \*\*Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.\*\* Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, \[2021\]. Disponível em: \[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\\_03/leis/l8429.htm\]\(https://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l8429.htm\). Acesso em: 12 jun. 2023.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=Lei%207.347&t%20ext=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%2019%2085.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblic%20a,VETADO)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsAcesso em: 03 jul. /2023.</a></p></div><div data-bbox=)

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, [...]. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração

pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Presidência da República, [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm#art193](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm#art193). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1). Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Mandado de Segurança nº 35.435**. Processo Eletrônico DJE-131. Mandado de Segurança 35.435 Distrito Federal mandado de segurança 35.435 Distrito Federal Direito Administrativo. Mandado de Segurança. Acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU). Tomadas de Contas especiais. Investigações relacionadas a fraudes na construção da Usina Termonuclear de Angra iii. [...] Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 30 mar.2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur449864/false>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 483/2017**. Acompanhamento nº 016.991/2015-0. Relator: Min. Bruno Dantas, 22 de março de 2017. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A483%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A483%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2638/2019**. TC nº 013.386/2017-4. Relator: Min. Bruno Dantas, 30 de outubro de 2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2356503/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2356503/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 414/2021**. TC 013.386/2017-4. Relator: Min. Benjamin Zymler, 03 de março de 2021. Disponível em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2462760/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2462760/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2092/2021**. TC 006.771/2020-3. Relator: Min. Vital do Rêgo, 01 de setembro de 2021. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2473499/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2473499/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2784/2022**. Representação 006.771/2020-3. Relator: Min. Vital do Rêgo, 13/12/2022. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2546251/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2546251/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 254/2023**. Relator: Min. Antonio Anastasia, 15 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/013.384%252F2017-1/%2520/score%2520desc/9>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 977/2023**. TC 013.390/2017-1. Relator: Min Benjamin Zymler, 17 de maio de 2023. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2590546/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2590546/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 991/2023**. Representação nº 006.725/2020-1. Relator: Min. Weder de Oliveira, 17/05/2023. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2570435/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2570435/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 74, de 11 de fevereiro de 2015**. Dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei n.º 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/2013. Tribunal de Contas da União. [2015]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato->

normativo/\*/NUMATO%253A74%2520NUMANOATO%253A2015/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 83, de 12 de dezembro de 2018. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União sobre os processos de celebração de acordo de leniência pela Administração Pública federal, nos termos da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**: seção 1, Tribunal de Contas da União, ed. 250, p. 172, 31 dez. 2018. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57496575/do1-2018-12-31-instrucao-normativa-n-83-de-12-de-dezembro-de-2018-57496397](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57496575/do1-2018-12-31-instrucao-normativa-n-83-de-12-de-dezembro-de-2018-57496397). Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 502.3972-66.2017.4.04.0000**. Terceira Turma. Relatora: Desembargadora Vânia Hack de Almeida, DJe 24 ago. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério Público Federal (MPF) e a Construções e Comércio Camargo Corrêa - CCCC**. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/acordos/doc\\_acordos\\_votos/Acordo\\_CamargoCorrea\\_prpr00030112-2015.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/acordos/doc_acordos_votos/Acordo_CamargoCorrea_prpr00030112-2015.pdf). Acesso em: 05 jul. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Estudo técnico 01/2017**. Estudo sobre inovações da Lei 12.846 e o papel do Ministério Público nos acordos. 2017. p. 1-131. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudos-e-notas-tecnicas/docs/EstudoTecnico01-2017.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 01/2017**. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 02/2018**. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%202\\_2018.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%202_2018.pdf). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica nº 1/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão sobre Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas física sem Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei 12.846 e da Lei 8.429, no domínio da improbidade administrativa. 2020. p. 1-56.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica nº 02/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Sobre o Acordo de Cooperação Técnica assinado pela AGU, CGU, TCU e MJ, em 6.8.2020, com participação do STF, em relação aos Acordos de Leniência, da Lei 12.846, de 2013. p. 1-47.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação nº 07/2017**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate a corrupção – Acordos de Leniência. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 01/2018**. Acordos de colaboração premiada – 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 03/2018**. – 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/mpv/mpv703.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv703.htm). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Reunião ordinária para julgamento do TC nº 013.390/2017-1**. Plenário do Tribunal de Contas da União, 17 de maio de 2023. Disponível em: [https://youtu.be/m\\_yydBdydA8?t=5946](https://youtu.be/m_yydBdydA8?t=5946). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 105, de 2015**. Autoria: Senador Ricardo Ferraço. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120017>. Acesso em: 03 jul. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Goes. **Estado de Direito**. Fundação Mário Soares, 1999.

DANTAS, Bruno. **Acordos de leniência e os limites de atuação de cada órgão**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia->

limites-atuacao-orgaos. Acesso em: 07 jun. 2023.

DIAS, Jean Colbert; FERREIRA, Anderson; KNOERR, Fernando Gustavo. O direito penal e o direito administrativo sancionador como peças do macrossistema punitivo brasileiro e a rejeição ao BIS IN IDEM. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**, Faculdade de Direito da PUC-SP, v. 1, n. 4, p. 112-128, jan./abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Foreign Corrupt Practices Act of 1977**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78dd-1>. Acesso em: 03 jul. 2023.

FREITAS, Sarah Roriz de. **Acordos de leniência anticorrupção sob a perspectiva do Tribunal de Contas da União: como a Corte de Contas sanciona os signatários dos acordos celebrados entre 2017 e 2021?** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

GABRIEL, Yasser Reis. **Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. **Balcão único para negociação de acordos de leniência no Brasil**. 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3424277](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424277). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3424277>. Acesso em: 27 jun. 2023.

MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 55, p. 257-295, 2019.

MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Novos Estudos**, v. 104, p. 11-36, 2016.

MACIEL, Moises. O Acordo de Leniência no combate à corrupção. Controle Externo: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás**, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 11-



22, jul./dez. 2019.

MARINHO DA COSTA, Yahn Rainer Gnecco. **Delineamentos sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção no Brasil**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Sistema anticorrupção do país gera incerteza jurídica**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/floriano-marques-neto-sistema-anticorruptao-gera-incerteza-juridica>. Acesso em: 22 maio 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 27, ag./set./out., 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. **Consultor Jurídico**, 11 de maio de 2018. Administrativo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>. Acesso em: 03 jul. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: o caso TAC Anatel**. 2017. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod\\_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulatórios%20%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulatórios%20%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf). Acesso em: 19 jun. 2023.

MATIAS, Júlio Marcelo da Silva. Aspectos Penais da Lei Anticorrupção. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 147, n. 1, p. 78-91, jan./jun. 2021.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: comentário à Lei nº 8.429/92**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar; OLIVEIRA, Victor Fernandes. **Acordos de leniência e regimes sancionadores múltiplos**. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/acordos->

de-leniencia-e-regimes-sancionadores- multipl0s-13042021. Acesso em: 12 abr. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção? *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). **Controle da Administração Pública**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 323-330.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Acordos de leniência e sua oponibilidade erga omnes: Soluções a partir do sistema brasileiro anticorrupção multiagências. **Jota**, São Paulo, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/acordos-de-leniencia-e-sua-oponibilidade-erga-omnes-03032021>. Acesso em: 19 jun. 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2000.

REINO UNIDO. **United Kingdom Bribery Act**. 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 03 jul. 2023

ROCHA E SILVA, Leonardo; LEVY, Ricardo; PARMEDIANI, Samuel Lopes. Reparação em dobro para cartéis em licitação. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/reparacao-em-dobro-para-carteis-em-licitacao.ghtml>. Acesso em: 07 jun. 2023.

ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTANA, Arthur Cardoso Carvalho. **Corrupção e consensualismo: os acordos de leniência sob a ótica da concertação administrativa interorgânica**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

SANTOS, Silas Silva; CUNHA, Fernando Antonio Maia da; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; RIGOLIN, Antonio (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**.

Editora Revista dos Tribunais, 2020.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; NEVES, Camila Castro. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Minas Gerais, n. 126, p. 45-80, jan./jun. 2023.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **A corrupção política**: hipótese de sobrecarga dos instrumentos jurídicos de responsabilização por atos de corrupção no Brasil. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **Acordo de leniência anticorrupção**: uma análise sob o enfoque da teoria das redes. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

TEIXEIRA, Isis Magri. Empresas familiares representam 90% dos empreendimentos no Brasil. **Jornal da USP**. São Paulo, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/atualidades-em-dia-com-o-direito-boletim-18-10-empresas-familiares-representam-90-dos-empreendimentos-no-brasil/>. Acesso em: 23 jun. 2023.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor. A leniência anticorrupção: as primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ASSIS MOURA, Maria Thereza de. (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Acordos colaborativos, segurança jurídica e os limites da independência do MP. *Conjur*, 23 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-23/leniencias-questao-acordos-colaborativos-limites-independencia-funcional-mp>. Acesso em: 03 jul. 2023.

WILLERMAN, Marianna Montebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática**: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade

Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2016.



PRÊMIO  
MINISTRO GUILHERME PALMEIRA

2023

1º LUGAR  
TRIBUNAIS DE CONTAS

SOLUÇÕES CONSENSUAIS NAS  
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO:  
O ESTADO DA ARTE NO DIREITO  
COMPARADO E UMA PROPOSTA DE  
FRAMEWORK PARA VIABILIZAR  
RENEGOCIAÇÕES NO SETOR DE  
INFRAESTRUTURA

ANDRE LUIZ DE ALBUQUERQUE FARIAS  
FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA  
RAFAEL LAPA SANTOS BEZERRA



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ANDRE LUIZ DE ALBUQUERQUE FARIAS  
FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA  
RAFAEL LAPA SANTOS BEZERRA

**SOLUÇÕES CONSENSUAIS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO: O  
ESTADO DA ARTE NO DIREITO COMPARADO E UMA PROPOSTA DE  
*FRAMEWORK* PARA VIABILIZAR RENEGOCIAÇÕES NO SETOR DE  
INFRAESTRUTURA**

Monografia submetida ao Prêmio Guilherme  
Palmeira.

## RESUMO

O presente trabalho investiga a possibilidade de adoção de práticas internacionais sobre modificações de contratos de concessão no marco jurídico-regulatório vigente, baseando-se em normas experimentadas da União Europeia. Parte-se da hipótese de que a existência de uma miríade de soluções alternativas previstas em leis esparsas é colocada atualmente como solução para problemas contratuais graves que demandam alterações materiais significativas nos contratos de concessão, quando, na verdade, os instrumentos e institutos que deveriam ser complementares, tais como relicitação, termo de ajustamento de conduta, solução consensual via Tribunal de Contas da União, entre outros, acabam por se tornar a primeira escolha das partes contratantes por ausência de diretrizes claras na legislação de referência. Nesse sentido, a introdução de regras mais claras na legislação geral que trata o tema permitiria, a um só tempo, a redução de distorções no ambiente de negócios e a diminuição de ineficiências geradas pela ausência de maior detalhamento legal sobre modificações contratuais a nível federal. A comparação com as regras europeias e a análise de casos concretos no Brasil permitiram concluir que o legislador brasileiro deve considerar rever as normas gerais de concessões e Parceria(s) Público-Privada(s) provendo contornos mais refinados ao tema, e, em alguns casos, definir de forma mais objetiva os limites para a mutabilidade dos contratos, em especial para os casos em que não haja necessidade de um novo processo competitivo. Propõe-se, ao final, um *framework* para endereçar na legislação brasileira os principais aspectos sobre modificações contratuais, com fundamento nas oportunidades de melhoria identificadas.

**Palavras-chave:** contratos de concessão; modificações contratuais; infraestrutura; mutabilidade; consensualidade.

## ABSTRACT

The present thesis investigates the possibility of adopting international practices on modifications of concession contracts established in the actual legal framework, based on the already long-adopted regulations of the European Union. It starts from the hypothesis that the existence of a myriad of alternative solutions provided for in sparse laws is currently placed as a solution to serious contractual problems that demand significant material amendments in the concession contracts, when, actually, the instruments that should be complementary, such as rebidding, term of conduct adjustment, consensual solution via TCU, among others, end up becoming the first choice of the contracting parties due to the absence of clear guidelines in the reference legislation. In this sense, the introduction of clearer rules in the general legislation that deals with the subject matter would allow the reduction of distortions in the business environment and the reduction of inefficiencies generated by the absence of greater legal detail on contractual modifications at the federal level. The comparison with European rules, and the analysis of specific cases in Brazil, allowed concluding that the Brazilian legislator could consider reviewing the general laws of concessions and PPPs, providing more refined contours to this theme, and, in some cases, define in a more objective way the limits for the mutability of contracts, especially for cases where there is no need for a new competitive process. Finally, a framework is proposed to address in the Brazilian legislation the main issues related to contractual modifications, based on the opportunities for improvement identified.

**Keywords:** concession contracts; contractual modifications; transport infrastructure; mutability; consensus.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
APM	<i>Automated People Mover</i>
ASGA	Aeroporto de São Gonçalo do Amarante
CAGR	<i>Compound Annual Growth Rate</i>
CAPEX	<i>Capital Expenditures</i>
CCO	Centro de Controle Operacional
CJEU	<i>Court of Justice of The European Union</i>
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRO	Concessionária Rota do Oeste
EBP	Empresa Brasileira de Projetos
EC	<i>European Commission</i>
EVTEA	Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental
FCA	Ferrovias Centro Atlântica
IPCA	Índice de Preços ao Consumidor
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MASCS	Métodos Adequados de Solução de Conflitos
PAN	Plano Aeroviário Nacional
PPP	Parceria Público-Privada
PPI	Programa de Parcerias de Investimento
SDR	<i>Special Drawing Rights</i>
SPE	Sociedade de Propósito Específico
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TFEU	<i>Treaty on the Functioning of the European Union</i>
UE	União Europeia
WACC	<i>Weighted Average Cost of Capital</i>

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO .....	7
1.2 PROBLEMA DE PESQUISA .....	10
1.3 HIPÓTESE .....	10
1.4 OBJETIVOS .....	12
1.5 JUSTIFICATIVA .....	13
<b>2 METODOLOGIA</b> .....	<b>15</b>
<b>3 REFERENCIAL TEÓRICO</b> .....	<b>16</b>
3.1 A INAPLICABILIDADE DA SUPREMACIA DA ADMINISTRAÇÃO SOBRE O PRIVADO E DE SUA UNILATERALIDADE AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO .....	16
3.2 CONSENSUALISMO E MUTABILIDADE COMO FILOSOFIAS CONTRATUAIS NECESSÁRIAS PARA A SOBREVIVÊNCIA DA PARCERIA .....	17
3.3 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA E O RECONHECIMENTO PELO LEGISLADOR DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO CONSENSUALISMO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. ....	22
<b>4 DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA</b> .....	<b>25</b>
4.1 DINÂMICA DE PROVISÕES LEGAIS PARA RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO NO AMBIENTE EUROPEU .....	25
4.2 COMPARAÇÃO ENTRE AS DIRETRIZES PARA MODIFICAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO NOS AMBIENTES EUROPEU E BRASILEIRO .....	32
4.3 ABORDAGEM DA DIRETIVA 2014/23/EU APLICADA EM CASOS REAIS NO BRASIL .....	47
4.3.1 Setor Aeroportuário .....	48
4.3.2 Setor Rodoviário.....	50
4.3.3 Setor Ferroviário.....	52
4.4 PROPOSTA DE <i>FRAMEWORK</i> PARA O CASO BRASILEIRO .....	53
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>57</b>
<b>APÊNDICE A – ANTEPROJETO DE LEI</b> .....	<b>64</b>
<b>APÊNDICE B – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA 2014/23/EU ÀS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS NO BRASIL</b> .....	<b>72</b>
<b>APÊNDICE C – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA 2014/23/EU ÀS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS NO BRASIL</b> .....	<b>74</b>
<b>APÊNDICE D – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA 2014/23/EU ÀS CONCESSÕES FERROVIÁRIAS NO BRASIL</b> .....	<b>76</b>
<b>APÊNDICE E – PROCESSOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TCU</b> .....	<b>77</b>
<b>APÊNDICE F – COMPARATIVO DE PRÓS E CONTRAS DAS VIAS CONSENSUAIS</b> .....	<b>78</b>

<b>APÊNDICE G – PROCESSOS ENVOLVENDO APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RELICITAÇÃO NO TCU .....</b>	<b>79</b>
<b>APÊNDICE H – VISÃO GERAL ESQUEMÁTICA DA TIPOLOGIA DAS MODIFICAÇÕES CONTRATUAIS .....</b>	<b>80</b>
<b>APÊNDICE I – COMPARATIVO ENTRE DEMANDA ESTIMADA E DEMANDA EFETIVADA NO AEROPORTO DE CONFINS.....</b>	<b>81</b>
<b>APÊNDICE J – ESTIMATIVAS DE CRESCIMENTO DA MOVIMENTAÇÃO ANUAL DE AERONAVES NO AEROPORTO DE CONFINS .....</b>	<b>82</b>

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 Contextualização

Nos últimos dez anos, vivenciou-se no Brasil um considerável aumento do número de projetos de parceria do poder público com o setor privado para a exploração de serviços públicos mediante contratos de concessão, o que até levou o Governo Federal a criar o Programa de Parcerias de Investimento (PPI) em 2016 para ampliar e fortalecer a relação e, principalmente, o diálogo construtivo entre Estado e iniciativa privada nos mais variados setores da infraestrutura brasileira.

Atualmente, no entanto, vários dos projetos concebidos e aperfeiçoados nessa última década entraram em colapso, notadamente nos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, a exemplo, neste último, dos Aeroportos de Viracopos/SP e do Galeão/RJ, que optaram inicialmente por aderir ao instituto da relicitação em razão da impossibilidade econômico-financeira de adimplir as obrigações originalmente pactuadas em seus respectivos contratos. Foi, também, o caso das rodovias concedidas, em 2014, BR-153 e BR-040, além da ferrovia Malha Oeste. E não foi por outro motivo que o marco legal da relicitação foi moldado<sup>1</sup> em torno desses três setores mais críticos.

Mas o fato é que esse problema não vem de hoje. A bem da verdade, a partir de meados da década de 1980, verificou-se uma tendência crescente na desestatização de alguns serviços públicos e na provisão da infraestrutura por meio de Parcerias Público-Privada(s) (PPP(s)) (Abdeldayem; Dulaimi, 2019, p. 62). Isso decorreu, entre outras razões, do reconhecimento da falência do Estado-Empreendedor, que centralizava os investimentos em serviços públicos, e da importância de se fortalecer o Estado-Regulador, o que permitia, assim, concentrar os escassos recursos financeiros naquelas áreas mais sensíveis para a sociedade, como

---

<sup>1</sup> O art. 1º da Lei nº 13.448/2017 é categórico em limitar o instituto aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário:

*Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos **setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário** da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.*

saúde, educação e segurança. Foi essa, até mesmo, a opção do constituinte originário brasileiro em 1988, que passou a estruturar o Estado brasileiro no sentido de reduzir seu papel na economia, tornando-o subsidiário, fortalecendo suas funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento (art. 174, Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB). Desde então, apesar do número expressivo de experiências exitosas, alguns desses projetos sofreram reveses e tiveram de ser encerrados antes do prazo inicialmente previsto.

Dados do Banco Mundial para países em desenvolvimento demonstram que 334 dos 4.874 (6,85%) projetos de infraestrutura na modalidade de parceria entre entes públicos e privados foram extintos prematuramente entre 1984 e 2010 (Zhang; Xiong, 2015). No caso de concessões rodoviárias, esse percentual ficou em 6,76% de um total de 695 empreendimentos financiados no período. Geograficamente, as parcerias na América Latina e Caribe fracassaram em 8,95% dos casos, ficando abaixo somente da África Subsaariana, com 9,35%.

Neto, Cruz, Rodrigues e Silva (2016) indicam como uma tendência para os estudos voltados para as PPPs a análise de questões relacionadas ao término e à renegociação dessas parcerias, sobretudo em função das dificuldades vivenciadas por governos e pelo setor privado na gestão desses projetos de alta complexidade.

Song, Jin, Zhao e Hu (2017) e Xiong e Zhang (2014) apontam que se encontram na literatura diversos casos de concessões encerradas prematuramente, em diferentes países, em decorrência de mecanismos de alocação de riscos deficientes ou mesmo fatores operacionais, situação que guarda certa semelhança com alguns casos presentes no cenário brasileiro, como se verá ao longo deste estudo.

No Brasil, a Constituição Federal confere substrato material para a discussão em torno da necessidade de estabelecimento de mecanismos para tornar a resolução de conflitos envolvendo a administração pública mais eficiente, como o próprio princípio da eficiência administrativa, insculpido no art. 37 da nossa Carta Magna, e também o princípio da segurança jurídica, impondo que se adotem mecanismos estabilizadores das relações jurídicas a fim de atrair investimentos, ainda mais quando se trata de contratos de longo prazo como os contratos das concessões.

Não foi por outro motivo que o festejado magistrado britânico Tom Bingham, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em obra intitulada *The Rule of Law* – ao tratar da necessidade de a lei (aqui compreendida em sentido amplo) ser clara e

previsível bem como sua correlação com a decisão de empresas internacionais em investir em determinado país — foi muito feliz ao sustentar que

the third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties' rights and obligations were vague or undecided (Bingham, 2011, p. 38).

Diante desse cenário, o legislador brasileiro tem buscado criar novos mecanismos jurídicos para assimilar conceitos voltados ao enfrentamento dos problemas advindos da necessidade de modificação, prorrogação, renegociação ou até extinção dos contratos de concessão, a exemplo da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), da Lei de Relicitação e Prorrogação Antecipada (Lei nº 13.448/2017), ou ainda da Lei das Agências (Lei nº 13.848/2019), com destaque nesta última para a figura do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)<sup>2</sup>.

O fato é que os últimos anos têm se mostrado especialmente desafiadores à Administração Pública e trazem para o centro do debate o enfrentamento dos problemas encontrados na execução dos contratos de concessão. Em um contexto no qual há muitos projetos no *pipeline* do Governo Federal<sup>3</sup>, é razoável inferir que grande parte deles virá a ser firmada, assim como outros contratos já existentes também deverão ser revistos, sendo certo que o Poder Público terá que se deparar, em muitos casos, com condições econômicas frágeis dos parceiros privados, além da escassez de recursos públicos subsidiados para financiá-los, acrescentando-se ainda a complexidade de cada setor com suas particularidades que demandam sofisticação para incrementar a atratividade dos projetos, como no caso das ferrovias brasileiras.

Nesse cenário, coloca-se em evidência a postura da Administração Pública diante das suas escolhas – manter uma atitude proativa e comercial com base no pragmatismo quando do surgimento de problemas contratuais graves ou refutar toda e qualquer tentativa de modificação contratual, devido à ausência de maior amparo

---

<sup>2</sup> Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

<sup>3</sup> No setor de infraestrutura de transportes, há 100 projetos em andamento atualmente, nos seguintes segmentos: aeroportuário (27), ferroviário (8), hidrovias (1), portos e terminais portuários (34) e rodoviário (30).

normativo e insegurança jurídica. A crise econômica funciona, assim, como pano de fundo e fio condutor dessa análise, porque esta alerta para a urgência de mudanças.

Para tentar enfrentar essa realidade, uma das alternativas encontradas foi a edição da Lei nº 13.448/2017, que estabeleceu as diretrizes para a relicitação e a prorrogação de contratos de parceria, exigindo da Administração uma postura de consensualidade na adoção da medida e justificativas para a sua escolha.

A aplicação do instituto, no entanto, tem se mostrado complexa e morosa, dando indícios de que pode ser necessária uma mudança mais abrangente na legislação, oferecendo alternativas positivadas mais seguras e com maior grau de objetividade, quando possível, ao Poder Concedente, de modo a justificar as opções que vierem a ser adotadas.

Desse modo, entra em cena questionar o próprio arcabouço como um todo aplicável às modificações contratuais em se tratando de contratos de concessão, para que as decisões não fiquem sujeitas a precedentes frágeis e que não oferecem ao gestor público e ao parceiro privado regras claras de como proceder e os respectivos limites. Até porque, como se sabe, é justamente a ausência de regras claras que leva à paralisia decisória por parte dos gestores públicos, fenômeno denominado como “apagão das canetas”.

## **1.2 Problema de pesquisa**

As disposições normativas vigentes atualmente no arcabouço jurídico brasileiro<sup>4</sup> conferem balizas objetivas ao tratamento das modificações contratuais substanciais em contratos de concessão de serviços públicos, quando comparadas ao regramento legal utilizado nos países desenvolvidos<sup>5</sup>?

## **1.3 Hipótese**

---

<sup>4</sup> Para fins deste trabalho, o foco serão as normas-chave como basilares do tema discutido, a saber: (i) Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões); (ii) Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs); (iii) Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei nº 14.133/2021, que a sucedeu; (iv) Lei nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação); (v) Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) – em especial a figura do TAC prevista no art. 32; (vi) Decreto-Lei nº 4.657/1942 – especificamente em relação ao compromisso previsto no art. 26; e (vii) Instrução-Normativa TCU nº 91/2022, que trata de soluções consensuais via TCU.

<sup>5</sup> A normas da UE serão consideradas como referência neste trabalho (Diretiva 2014/23/EU).

Parte-se da premissa de que os instrumentos legais, notadamente a Lei nº 8.987/1995, devem prever mais objetivamente situações em que as modificações contratuais possam ser realizadas sem a necessidade de um novo processo competitivo. Evita-se o “apagão das canetas”<sup>6</sup> e se oferece maior segurança jurídica aos gestores das agências reguladoras – que, na modelagem atual, atuam também na condição de Poder Concedente. Abre-se o caminho para uma tentativa de renegociação do contrato preliminarmente a um pedido de relicitação ou outro tipo de solução consensual que envolva outros atores que não apenas as partes diretamente envolvidas no contrato de concessão (e.g. solução consensual via Tribunal de Contas da União – TCU<sup>7</sup>).

A relicitação nos moldes atuais se apresenta como uma alternativa viável, mas que necessita de aperfeiçoamentos para que se torne um instrumento mais eficiente de renegociação contratual, devendo ser considerada em paralelo com outras medidas, como a consensualidade com a participação do órgão de controle e a desrelicitação<sup>8</sup>, se for o caso.

Nesse íterim, adota-se a hipótese de que a adoção de práticas internacionais no Brasil em linha com a Diretiva 2014/23/EU implicariam redução de distorções no ambiente de negócios e diminuição de ineficiências geradas pela ausência de

---

<sup>6</sup> Prática verificada nos últimos anos em que o servidor público tomador de decisões fica com medo de ser responsabilizado judicialmente ou administrativamente, pelos órgãos de controle, e com isso se esquia ou protela a decisão sobre determinada matéria a seu cargo. Mais do que uma indecisão, o apagão das canetas leva à não decisão, aprofundando-se as externalidades negativas já presentes com as dificuldades contratuais enfrentadas no âmbito do contrato de parceria. Sobre o tema, Santos (2022) assim expõe: *“Estamos a caminho da paralisia administrativa, o propalado “apagão das canetas”, pois decidir passou a ser atividade de alto risco. A adoção de graus mais severos de culpa para responsabilização dos agentes públicos é medida imperativa ao exercício ativo e independente de funções administrativas. Faltas leves são praticadas diuturnamente diante da falibilidade humana”*. Na mesma linha, Nohara, Motta e Praxedes (2019, p. 24) definem *“apagão das canetas” como sendo o termo utilizado “para designar a paralisação de decisões, por causa do temor da responsabilização, perante a Administração Pública “do medo”, pois, em determinados casos, tendo em vista decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle”*.

<sup>7</sup> Tal possibilidade está prevista na Instrução Normativa TCU nº 91/2022, que trata de procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

<sup>8</sup> O termo, criado pelos autores, caracteriza a hipótese de desistência consensual da relicitação por meio de um acordo entre o Poder Concedente e o parceiro privado, nos termos do Acórdão TCU-Plenário nº 1.593/2023 (Brasil, 2023b). Nos termos do item 9.2.2, do referido Acórdão, *“uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação”*. A eventual nulidade do procedimento de relicitação, também indicada pelo TCU no item 9.2.3, do mesmo Acórdão, não se enquadra no conceito de “desrelicitação” apresentado pelos autores, limitando-se apenas à hipótese de desistência do procedimento por decisão consensual.



detalhamento legal no que diz respeito a modificações contratuais substanciais, resultando em aumento do nível de segurança jurídica às partes interessadas e em regras claras a respeito do funcionamento dos contratos de concessão em nível federal.

Entende-se que essa hipótese formulada estaria suportada nos motivos que ensejaram a própria edição da mencionada diretiva, que concluiu no mesmo sentido ao analisar o ambiente europeu, dando origem àquela norma (UE, 2011), bem como nas recentes evidências que apontam melhoria sensível no número médio anual de concessões realizadas após a introdução da Diretiva 2014/23/EU (UE, 2023).

Ou seja, o Brasil poderia valer-se da curva de aprendizado de países de maturidade regulatória mais acentuada e elevada reputação técnica para adaptar a própria legislação, aproveitando-se de externalidades positivas dessas experiências e introduzindo no ambiente jurídico nacional as medidas que foram mais efetivas alhures?

#### **1.4 Objetivos**

O objetivo geral do trabalho é investigar a necessidade de atualização do sistema legal, com foco em possíveis alterações na Lei nº 8.987/1995, de modo a prover diretrizes consistentes para as modificações de contratos de concessão, buscando harmonizá-la com as leis esparsas que tangenciam o tema, como a Lei nº 13.448/2017, que trata da relicitação, entre outras, e propor um *framework* eficaz como mecanismo de resolução de conflitos nas concessões de infraestrutura.

Para tanto, este trabalho pretende inicialmente explorar alguns dos fundamentos teóricos que conferem base legal, econômica e técnica a modificações de contratos de concessão no Brasil.

Na sequência, analisar-se-á como outros países com maior maturidade regulatória, e um maior número de experiências pretéritas, lidam com a questão afeta à renegociação de contratos de concessão e aos limites em relação à mutabilidade desses contratos, examinando-se quais são as diretrizes gerais estabelecidas para renegociá-los, incluindo o caso de relicitação (*re-tendering*), fazendo-se um paralelo com os usos do caso no Brasil (Lei nº 13.448/2017).

Posteriormente, far-se-á um estudo comparativo entre as condicionantes voltadas à renegociação contratual no pensamento do legislador da UE, confrontando-

as com as previsões legais e jurisprudenciais encontradas no Brasil. Após isso, serão criticados os instrumentos legais e consensuais hoje aplicáveis para os casos de infraestrutura de transportes em nosso país – mormente em razão de sua insuficiência para a resolução de casos mais críticos e que demandariam uma flexibilidade negocial maior.

Em seguida, serão analisadas particularidades enfrentadas em casos reais de prorrogação antecipada, relicitação e possível desrelicitação nos diferentes setores de transportes brasileiros (rodovia, ferrovia e aeroportos) para avaliar se efetivamente alterações legais poderiam de fato impactar positivamente a renegociação dos contratos de concessão, tornando-os mais céleres e aumentando a segurança jurídica envolvida para as partes contratantes. A análise também demonstrará a complexidade que tem sido enfrentada em casos brasileiros, de modo a ventilar inovações legais atentas às particularidades da infraestrutura doméstica, revelando ser fundamental um “olhar para fora” com as devidas ponderações.

Por fim, serão propostas sugestões para desenvolver um *framework* para as renegociações de contratos de concessão no Brasil mais aderente à realidade nos países desenvolvidos e às práticas observadas nas experiências recentes (“marco regulatório das renegociações de contratos de infraestrutura”).

## **1.5 Justificativa**

A relicitação foi concebida para ser um procedimento que viabilizasse destravar investimentos em contratos de infraestrutura rodoviária, aeroportuária e ferroviária já combalidos ou que dão indícios de inviabilidade, evitando assim a deterioração da qualidade dos serviços prestados no âmbito desses projetos, bem como a descontinuidade na prestação do serviço. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 13.448/2017, que tratou das questões atinentes às diretrizes gerais da relicitação em contratos de parceria, com as condições para sua realização.

Tem sido verificada relativa morosidade em casos concretos de concessões já existentes no tema, a exemplo do primeiro caso de relicitação que chegou efetivamente a ser relicitado – Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (Asga) –, que deve levar pelo menos cerca de 3 anos até a efetiva transição operacional do ativo para o novo operador, mostrando-se desejável oferecer uma visão sobre a razoabilidade desse prazo, em contrapartida ao prazo-paradigma da caducidade.

Destaque-se também que a operacionalização do procedimento de relicitação concorre com outras alternativas negociais, até mesmo durante o transcurso da relicitação propriamente dita, entre elas a possibilidade de um novo acordo de desfazimento da relicitação e mudança nas condições contratuais; neste último caso, com a participação do TCU como mediador na busca de uma solução consensual entre a agência reguladora e o concessionário para viabilizar o contrato de concessão.

Diante disso, cabe investigar os fundamentos teóricos que permearam a edição do normativo em questão em um contexto maior, e comparar esse procedimento previsto com os requisitos e práticas que vem sendo internacionalmente adotados como premissas no que se refere à renegociação de concessões, em especial na UE.

Também merece ser realizado um exercício comparativo da relicitação *versus* possibilidades negociais mais efetivas decorrentes de acordos, com ou sem mediação interposta, especialmente em relação a prazos estimados para solução das controvérsias, bem como a motivação necessária para que se inicie o processo, não permitindo que meras frustrações econômico-financeiras permitam devolver o ativo concedido e, por fim, os limites de mutabilidade que podem ser aceitos, a fim de não se desnaturar o contrato concedido.

Os aspectos acima descritos serão objeto prático de investigação em tópico destinado à análise de casos reais, no qual também serão analisadas algumas das escolhas feitas pela ANAC, pela ANTT e pelo Ministério da Infraestrutura<sup>9</sup> no âmbito de relicitações, de forma a entender em que medida as opções feitas puderam servir para aumentar ou reduzir a eficiência da via renegocial e, conseqüentemente, os custos de transação envolvidos.

## 2 METODOLOGIA

A primeira etapa consiste em interpretar os regramentos contidos nas normas da UE relacionados a modificações contratuais no âmbito de contratos de concessão, utilizando como diretriz central a Diretiva 2014/23/UE<sup>10</sup>, que trata de adjudicação de contratos de concessão nos países signatários daquele tratado.

---

<sup>9</sup> Atualmente o antigo Ministério da Infraestrutura foi desmembrado em dois: Ministério de Portos e Aeroportos e Ministério dos Transportes.

<sup>10</sup> Algumas disposições da Diretiva 2014/24/EU, relativa a contratos públicos, são também bastante semelhantes em alguns casos, podendo ser aproveitada bibliografia específica sobre esse assunto.

Na segunda etapa, buscar-se-á avaliar as diferenças contidas na legislação específica sobre o tema no Brasil em face do regramento da UE por meio do levantamento normativo no âmbito europeu e da comparação com a atual estrutura das normas que regem o processo de alterações contratuais nos contratos de concessão de serviço público na área de infraestrutura de transportes, incluindo fundamentalmente (mas não se limitando a) o exame da Lei nº 8.987/1995 e da Lei nº 11.079/2004, principais regramentos gerais sobre o tema, mas sem deixar de tecer considerações em relação a regramentos especiais que possibilitem uma visão mais abrangente sobre a discussão<sup>11</sup>, com base nas Leis nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), Lei nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação), Lei nº 13.848 (Lei das Agências Reguladoras), e Decreto-Lei nº 4.657 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Em uma terceira etapa, procurar-se-á realizar um exercício exploratório prático, verificando-se a viabilidade e a eficácia de aplicação de algumas das diretrizes europeias relativas a modificações contratuais para casos selecionados de concessões de infraestrutura no Brasil, com o objetivo de concluir empiricamente se esse arranjo normativo poderia facilitar uma resolução consensual do problema dessas concessões sem que as concessionárias tivessem de optar por institutos complementares, ou seja, mantendo sua operação regular<sup>12</sup>.

Posteriormente, com base nos resultados encontrados nas segunda e terceira etapas, será proposto um novo *framework* para endereçar na legislação pátria as questões atinentes a modificações contratuais, com fundamento nas oportunidades de melhoria identificadas, na forma de anteprojeto de lei (Apêndice A).

### **3 REFERENCIAL TEÓRICO**

#### **3.1 A inaplicabilidade da supremacia da Administração sobre o privado e de sua unilateralidade aos contratos de concessão**

---

<sup>11</sup> Diferentemente de outros países, o Brasil não optou por codificar sua legislação relativa a contratos de concessões em uma base única, sendo necessário o exame de várias leis e normas esparsas.

<sup>12</sup> Na relicitação, por exemplo, caso utilizada como método de resolução do problema contratual, os investimentos, em regra, ficam suspensos, limitando-se ao mínimo necessário – basicamente, operação.

Segundo Oliveira (2018), não mais se admite que a Administração, em todo e qualquer caso, atue de forma a impor a posição de supremacia em relação ao particular. Assim, a atuação eficiente da Administração vai muito além da possibilidade de rever unilateralmente os seus contratos, aplicar sanções ao particular e rescindi-los quando não mais lhe aprovarem. Para a autora, necessita-se de um gestor da coisa pública que leve em consideração: os riscos, o impacto econômico e a incompletude e mutabilidade de muitas das suas relações.

Segundo a autora, em se tratando de contratos de concessão, a racionalidade econômica demanda que em sua execução seja natural o advento de circunstâncias que irão demandar a sua modificação e aponta como fator determinante para afastar a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado o fato de que esses ajustes são complexos e envolvem fluxo de despesas e receitas variáveis ao longo do tempo, e que os investimentos não correspondem imediatamente à remuneração. O concessionário faz aportes vultosos em um primeiro momento, projetando a amortização no decorrer da exploração de acordo com uma previsão de demanda, o que também impacta a forma como se deve interpretar o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Na visão de Valle (2017), com o aumento de complexidade do fenômeno contratual administrativo, a unilateralidade, antes fundamento de legitimação da relação contratual, passa a ser enquadrada como desvantagem jurídica, uma vez que fragiliza o acordo com o particular e o desestabiliza, e como desvantagem econômica, na medida em que onera os pactos administrativos com a alocação de riscos pela instabilidade política.

Garcia (2019) entende que a incompletude dos contratos de longa duração demandam maior flexibilidade e elasticidade, a fim de justificar estruturas que dotem as partes de maior adaptabilidade às circunstâncias, aos eventos ou às contingências que não foram previstas na regulação contratual *ex ante*.

Marques Neto (2015) anota que o contrato de concessão é um exemplo do paradigma multipolar do Direito Administrativo contemporâneo.

Voltando à visão de Garcia (2019), a multilateralidade se explica em razão dos múltiplos interesses em jogo. O projeto e o contrato de concessão pressupõem distintos interesses que devem se articular harmonicamente para que os objetivos sejam atingidos. A partir do contrato de concessão, formam-se distintos vínculos jurídicos entre pessoas jurídicas de direito público e privado, mas que espriam seus

efeitos para os integrantes das demais relações contratuais interdependentes e coligadas na complexa teia que sustenta holisticamente o projeto.

### **3.2 Consensualismo e mutabilidade como filosofias contratuais necessárias para a sobrevivência da parceria**

Moreira Neto (2006) já apontava para uma tendência de adoção de formas consensuais, como forma de reduzir custos e aumentar a qualidade decisória, legitimando decisões tomadas. Nessa linha, Oliveira (2018) entende que, quando a Administração realiza parceria com o particular, por meio de concessão, para recuperação, melhoria, manutenção e expansão da malha rodoviária, realiza negócio jurídico bilateral e convencional para a exploração de uma utilidade pública.

Assim, o agir dos agentes diretamente envolvidos não se desenvolve com base na certeza da supremacia de uma das partes (o Estado), nem na verdade absoluta de um regime assimétrico. As soluções nesse campo dependem de modelos flexíveis que reconheçam a análise de resultados, ponderação entre custos e benefícios e consensualidade.

Nessa visão, o Poder Público passa a substituir mecanismos unilaterais por outros participativos, adequando-se a uma visão mais moderna do Direito Administrativo, em linha com a visão de Cassese (2017), que entende que o fortalecimento da negociação no ambiente da Administração Pública é feito por meio de mecanismos de consenso.

Nessa linha, para Valle (2017), os contratos multilaterais e relacionais possibilitam uma relação entre Poder Público contratante e contratado menos focada na colisão entre interesses públicos e privados e mais focado na visão de parceria.

A mutabilidade contratual é, portanto, assumida como uma característica intrínseca dos contratos de longo prazo, gênero em que se inserem os contratos de concessão. Se, por um lado, a alteração de condições contratuais significa, em tese, o afastamento da disciplina contida originalmente no instrumento convocatório, por outro lado, a exigência de absoluta fidelidade ao edital conduziria à total vedação de modificações contratuais, o que não é razoável diante da necessidade de se proteger, por exemplo, a atualidade do pacto e a continuidade do serviço, respeitados o interesse público e os ditames legais para todos os efeitos.

Todavia, o reconhecimento da mutabilidade não significa uma possibilidade infinita de mudanças nos contratos. Tampouco pode ser uma verdadeira *carte blanche* para alterações substanciais sem uma razão jurídica ou econômica que as fundamente. A análise perpassa necessariamente por uma ponderação entre princípios e diretrizes aplicáveis às concessões.

De um lado, colocam-se normas garantidoras da lisura do procedimento de escolha do agente privado que irá desempenhar o serviço público concedido e garantidoras também da execução contratual, a exemplo do princípio do dever de licitar; da isonomia; da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; da vinculação ao instrumento convocatório; da segurança jurídica e do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

De outro lado, apresentam-se princípios que orientam o aplicador do direito das concessões diante de casos de necessidade de flexibilização das regras contratuais, no curso da sua execução, em virtude da necessidade de adaptações a novas condições fáticas, em nome da continuidade do serviço público, da preservação da atualidade tecnológica dos contratos, da busca da eficiência, entre outros.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da segurança jurídica, que tem o fito de estabilizar as relações de direito no tempo, controlando expectativas e incertezas. De acordo com esse princípio, a alteração unilateral de regras previamente estabelecidas com caráter retroativo são, via de regra, rechaçadas, como forma de oferecer segurança aos interessados, diretos e indiretos, em uma relação de direito<sup>13</sup>.

Por outro lado, o próprio direito posto e a jurisprudência do STF reconhecem que mutabilidade e segurança jurídica caminham lado a lado quando o assunto se refere aos contratos de concessão, que são contratos de longo prazo, como se

---

<sup>13</sup> O princípio da segurança jurídica fundamenta-se no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e é tutelado no âmbito do direito público pelas regras do devido processo administrativo (Lei nº 9.784/1999) e também pela própria Lei nº 8.987/1995. Vejamos: Constituição Federal/1988 Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada \*\*\* Lei nº 9.784/1999 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. \*\*\* Lei nº 8.987/1995 Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

observou no caso do julgamento da constitucionalidade do art. 27, da Lei nº 8.987/1995, no bojo da ADIN 2.946/DF (Brasil, 2022c).

No julgamento, discutiu-se a transferência do contrato de concessão ou do controle societário da empresa concessionária, tendo-se chegado ao entendimento de que isso configura mudança inevitável e compatível com a gestão e execução dos contratos de concessão, que possuem prazos mais alongados<sup>14</sup>.

Na visão de Moreira (2022) acerca da aplicação do princípio em questão no âmbito dos contratos de concessão de serviço público, desestatizar os serviços públicos brasileiros por meio de concessões reclamam legislação específica não só como baliza técnica, mas também como condição de referência institucional para lidar com as necessidades dos usuários e do mercado, que variam substancialmente.

Além disso, a concessão terá de conviver, ao longo do tempo, com agentes públicos e governos diversos, que a cada mandato poderão ter percepção diferente de como as atividades devem ser organizadas e realizadas, seja pela mudança da demanda ou por nova compreensão política do mesmo problema.

Toda essa discussão conduz à característica relevante dos contratos de concessão, o que se costuma denominar na doutrina como sua mutabilidade, que na visão de Justen Filho (2016) se relaciona à margem de indeterminação que é impossível de ser eliminada. Nenhum planejamento, por mais satisfatório e perfeito que seja, é apto a prever a solução para todos os problemas que se consomem no mundo real. Portanto, a disparidade entre as projeções teóricas anteriores e as ocorrências reais futuras não decorrem necessariamente de falhas de planejamento. Apesar de ser característica inafastável e desejável dos contratos de concessão, contudo, a doutrina é unânime em afirmar que existem limites a serem observados. Não possui o Poder Público competência legal e constitucional para promover indiscriminadamente toda e qualquer alteração nesses ajustes, sob a justificativa de perseguir o interesse público.

---

<sup>14</sup> “5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza.”



O entendimento é acolhido até em precedentes do TCU, a exemplo do voto condutor do Acórdão nº 738/2017-TCU-Plenário:

uma das características mais marcantes dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração do seu objeto ou as condições da sua execução, para realizar da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração. Todavia, essa mutabilidade não é absoluta. Não se pode desprezar o interesse público que motivou sua celebração, muito menos desvirtuá-lo, a ponto de nele já não se reconhecer o que fora originalmente licitado (Brasil, 2017).

Garcia (2019), ao tratar dos limites materiais para a mutabilidade dos contratos de concessão, destaca o princípio da intangibilidade do objeto para dizer que a preservação do núcleo essencial do objeto é um parâmetro que deve ser observado independentemente da natureza da mutação. Mesmo alterações consensuais e bilaterais não encontram respaldo no ordenamento jurídico para transfigurar o objeto do contrato de concessão.

Pinto (2017) apresenta ainda outro ponto a ser observado na análise de custo-benefício — a questão temporal. Deve-se estimar quanto tempo levará para a satisfação da necessidade pública considerando-se todas as alternativas, inclusive uma nova licitação, e quais os prejuízos de eventual atraso. Essa reflexão deve ser tomada com base nos princípios da eficiência e da economicidade e compor a robusta motivação necessária para justificar a alteração pretendida.

Há, dessa maneira, preocupação em evitar que a modificação sirva para frustrar a eficácia da licitação, de maneira que não se admita alteração contratual que permita a fruição de vantagem reprovável, que gere ou amplie os benefícios originalmente previstos do contratado sem a correspondente contrapartida para o interesse público.

Isso mostra que existem condicionantes que precisam ser ponderadas para que se decida se uma alteração de contrato pode, ou não, ser autorizada, e somente a análise do caso concreto determinará a utilidade e a necessidade da medida, impondo-se a apresentação de uma motivação mediante a qual se demonstre que prorrogar a avença, quando possível, é mais vantajoso do que realizar a licitação.

Certo deve estar, portanto, que sempre haverá um traço de unilateralidade na alteração de contratos de concessão. Tal unilateralidade decorre do fato de que somente à Administração cabe verificar ou determinar, no caso concreto, se a modificação cogitada atende, ou não, aos interesses públicos perseguidos no ajuste.

Ocorre que essa unilateralidade, insista-se, não pode ser exercida desacompanhada da obrigação de motivar, adequadamente, as razões (de interesse geral) ensejadoras da mudança.

A autora portuguesa Suzana Tavares Silva nos lembra que a motivação dos atos jurídicos se apresenta como etapa essencial na elaboração de atos de qualquer natureza, servindo a um duplo propósito: permitir **(i)** aos interessados e destinatários do ato conhecer a sua motivação; e **(ii)** ao Tribunal Judicial ou Administrativo competente exercer o controle do respectivo ato praticado (Silva, 2010). Trata-se, pois, de elemento ligado diretamente à própria legitimidade do ato administrativo. Na perspectiva segundo a qual as alterações de contrato de concessão fundadas na mutabilidade contratual devem ser devidamente motivadas, é de se ressaltar que o entendimento do TCU é de que as alterações contratuais devem estar embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, nos quais reste caracterizada a superveniência dos fatos motivadores das alterações em relação à época da licitação<sup>15</sup>.

Assim, na linha do que defendem Vita e Guimarães (2023), contratos de concessão de serviços públicos são essencialmente multilaterais, aglutinando diversos negócios jurídicos ao redor de uma operação econômica central e gerando efeitos para sujeitos de direito que não são partes no ajuste concessionário.

Tal fato reclama que as crises em contratos de concessão sejam tratadas a partir de uma perspectiva mais ampla, que considere seus efeitos não apenas perante a concessionária e o poder concedente, mas também em relação aos sócios e aos empregados da concessionária, aos sujeitos subcontratados, aos agentes financeiros responsáveis por conceder os empréstimos que alavancaram o projeto e, principalmente, aos usuários do serviço concedido. Ou seja, os efeitos são sempre sistêmicos.

### **3.3 A evolução legislativa brasileira e o reconhecimento pelo legislador da necessidade de adoção do consensualismo nos contratos de concessão**

---

<sup>15</sup> Acórdão nº 170/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler.

Nos últimos dez anos, observa-se um amplo movimento legislativo no Brasil que culminou com a edição de diversos diplomas legais que reconheceram e fundamentaram o uso de instrumentos consensuais de resolução de conflitos no âmbito da administração pública.

Cumprir destacar, nessa evolução, por ordem histórica, o reconhecimento do uso da arbitragem, que é um instrumento de política pública apto a enfrentar a morosidade do Poder Judiciário na judicialização de problemas complexos, entre eles aqueles litígios decorrentes de contratos de concessão. É, assim, segundo Lemes (2007), um meio alternativo de composição de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, no qual as partes, por meio de um árbitro – ou Tribunal Arbitral – por elas escolhido, comprometem-se a cumprir fielmente a decisão arbitral, abstendo-se de submeter o assunto ao Poder Judiciário.

O instituto da arbitragem é hoje normatizado pela Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), que, com as alterações advindas da Lei nº 13.129/2015, passou a admitir expressamente o uso da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública (Brasil, 2015).

Chama-se a atenção também para a reforma da LINDB, que passou a prever em seu art. 26, *caput*, a possibilidade de que a autoridade administrativa possa celebrar acordos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público<sup>16</sup>.

Logo em seguida, a Lei das Agências Reguladoras de 2019<sup>17</sup> reconheceu a legalidade do uso dos TACs com pessoas físicas ou jurídicas no âmbito de suas competências regulatórias. Apesar de o reconhecimento por meio de lei ter se dado apenas em 2019, observa-se que as agências reguladoras já normatizavam o uso do instrumento<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Entre os dispositivos incluídos no mencionado Decreto-Lei, pode-se citar o art. 26, que expressamente autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos ou compromissos, com o objetivo de pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas.

<sup>17</sup> A Lei Federal nº 13.848/2019, que dispõe sobre o processo decisório nas agências reguladoras, prevê em seu art. 32, *caput* que, "para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória".

<sup>18</sup> Vide Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, posteriormente revogada pela Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, no âmbito da ANAC; Resolução-ANTAQ 3529/2014, posteriormente

A Lei das Agências Reguladoras, todavia, perdeu a oportunidade de dar um passo além quanto à utilização do instrumento, limitando-se a reconhecer a sua legalidade, não abordando, entretanto, aspectos fundamentais já discutidos em julgados do TCU quanto à sua eficácia<sup>19</sup>.

Os TACs, desse modo, são instrumentos que podem ser firmados pela própria agência reguladora no exercício das competências previstas nas respectivas leis de criação, o que pode conferir celeridade de tramitação e proximidade e conhecimento do órgão regulador no setor regulado. Todavia, o risco de captura da agência somado às fragilidades da regulamentação do instrumento pode conferir pouca força cogente em induzir comportamentos por parte dos concessionários.

Em junho de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.448/2017, trazendo diretrizes gerais sobre a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal, referentes ao Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), este criado pela Lei nº 13.334/2016.

A Lei de Relicitação, em seu art. 4º, inciso III, definiu a relicitação como “procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”.

A relicitação, como instrumento consensual por natureza, exige que haja acordo entre as partes, idealizado para assegurar a continuidade da prestação dos serviços, uma vez que a pessoa jurídica de direito privado contratada não mais atende – ou demonstra incapacidade de atender – as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

A relicitação surge como uma forma de extinção amigável do contrato de parceria, evitando-se, assim, medidas mais traumáticas de encerramento prematuro do contrato de concessão. Durante as discussões em audiências públicas, foram levantadas como vantagens para o concessionário a suspensão de eventual caducidade e a possibilidade de recebimento da indenização pelo novo contratado, e

---

revogada pela Revogado pela Resolução nº 92/2022-ANTAQ, de 15 de dezembro de 2022; e Resolução nº 5.823, de 12 de Junho de 2018, no âmbito da ANTT.

<sup>19</sup> O TC nº 019.494/2014-9 trata de representação contra possíveis irregularidades verificadas na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) entre a ANTT e concessionária da ferrovia Transnordestina. Foram apontadas fragilidades dos regulamentos, que de acordo com o relator do Acórdão nº 2.533/2017-TCU-Plenário, contribuíram para o fracasso dos acordos como a falta de previsão das respectivas sanções em caso de descumprimento de seus termos.

não por precatório – no caso de indenização a ser arcada pelo parceiro público. Ao Poder Público concedente, justificam-se os benefícios da garantia da continuidade dos serviços, do impedimento de possível recuperação judicial do concessionário, além da possibilidade de se corrigirem equívocos nas licitações e condições contratuais assumidas. É de se reconhecer, também, em alguma forma, alguns equívocos pelas partes, a exemplo de modelagens contratuais com ineficiências (Poder Público) ou otimismo exagerados no momento do leilão, o que invariavelmente leva à incapacidade de retorno do investimento (concessionário).

Diversamente do regime até então em vigor, que se fundamentava na lógica descumprimento/sanção, com o advento desse novo marco legal passa-se a admitir que o inadimplemento contratual leve à resolução amigável. Tal previsão é de extrema relevância para assegurar ao gestor a segurança jurídica necessária para optar pela solução consensual. Isso porque, mesmo antes da lei, já era possível defender que as partes entabulassem uma solução amigável diante de um problema contratual.

Ressalte-se, até mesmo, que a nova postura a ser adotada no âmbito de contratos pela Administração Pública está em linha com a mudança de paradigma reconhecida pela sociedade brasileira, ratificada por recentes e importantes marcos normativos, como as modificações na LINDB promovidas pela Lei nº 13.655/2018 e o sistema de Justiça multiportas estabelecido pelo § 2º do art. 3º do Código de Processo Civil em 2015, além das Leis de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, modificada pela Lei nº 13.129/2015) e de Mediação e Autocomposição Administrativa (Lei nº 13.140/2015).

No ano de 2021, um novo passo fundamental foi dado para a consolidação do emprego dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCS) pela Administração Pública, com a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) e a sua explicitação em capítulo específico sobre prevenção e resolução de controvérsias no âmbito das contratações públicas.

Há ainda de se mencionar outras iniciativas na Administração Pública, como a Instrução-Normativa TCU nº 91/2022, que trata de soluções consensuais no âmbito do TCU, órgão que criou uma Secretaria específica para mediar conflitos entre agentes públicos e privados (SecexConsenso); como também a proposta de criação

do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*) da ANTT (essa ainda em fase de audiência pública)<sup>20</sup>.

No caso da SecexConsenso, destaca-se o aspecto positivo de se poder realizar uma mediação com a participação do principal controlador da Administração Pública do país, economizando tempo em futuras análises a serem desenvolvidas em sede de controle *ex post* do conflito. Contudo, é de se reconhecer que a análise empreendida pelo TCU nesses casos trata de caso de controle *ex ante* (ou concomitante) e se consubstancia ainda de um mecanismo recente, sem experiências concretas e sem a conclusão de nenhum processo com trânsito em julgado<sup>21</sup>. Assim, é cedo para avaliar o impacto e a eficiência de suas decisões, apesar de se reconhecer a grande expectativa do setor de infraestrutura pela louvável iniciativa do TCU.

Uma síntese quanto aos prós e contras do uso de cada instrumento consensual acima mencionado é oferecida no Apêndice F.

## **4 DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA**

### **4.1 Dinâmica de provisões legais para renegociação de contratos de concessão no ambiente europeu**

No âmbito dos países-membros da UE<sup>22</sup>, a Diretiva 2014/23/UE atua como diretriz geral no que se refere a regras relacionadas à adjudicação de contratos de concessão. Essa norma foi proposta após uma série de discussões no âmbito da Comissão Europeia<sup>23</sup> visando eliminar incertezas legais que poderiam resultar em ineficiências, particularmente em relação à limitação de participação em oportunidades comerciais oferecidas no âmbito dos contratos de concessão, mas, além disso, também trouxe embutida maior segurança jurídica aos concessionários e

---

<sup>20</sup> Audiência Pública nº 6/2023, com o objetivo de tornar público, colher sugestões e contribuições à proposta de regulamentação do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*), para ser aplicado aos contratos de concessão de rodovias e ferrovias celebrados entre a ANTT e seus entes regulados.

<sup>21</sup> O mapeamento desses processos consta do Apêndice D de modo a sustentar essa afirmação.

<sup>22</sup> Nos termos do Tratado da União Europeia, são países-membros da EU: Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha e Suécia.

<sup>23</sup> (UE, 2011).

autoridades públicas, a exemplo do papel exercido pela Lei nº 8.987/1995 no contexto brasileiro, ainda que esta última se apresente como insuficiente em diversos aspectos.

Apesar de no direito europeu existir uma diferença técnica na aplicação de uma *regulation*<sup>24</sup> e uma *directive*, sendo apenas a primeira de caráter vinculativo (*binding legislative act*<sup>25</sup>), todos os países-membros sujeitos a esta última devem adaptar suas legislações de modo a atender aos princípios nela contidos<sup>26</sup>.

Relativamente às modificações<sup>27</sup> do contrato durante o seu curso, objetivo central do presente trabalho, são previstas algumas hipóteses justificadoras pelos europeus para alterações contratuais sem que haja a necessidade de um novo procedimento licitatório, as quais abordaremos nos parágrafos subsequentes.

### **1º caso – Existência prévia de cláusulas de revisão<sup>28</sup> explícitas<sup>29</sup>**

A primeira hipótese permite a realização de aditivos contratuais, independentemente do valor envolvido, sempre que as alterações sejam decorrentes de cláusulas preexistentes de revisão ou de opções<sup>30</sup> a serem exercidas por uma das partes, e desde que tais previsões constem de forma clara, precisa e inequívoca. Exige-se ainda que essas cláusulas possuam escopo e natureza, bem como expressem em quais condições podem ser utilizadas (UE, 2014).

Em qualquer caso, contudo, essas cláusulas que deram azo às modificações subsequentes não podem permitir alterações que desnaturem o contrato de concessão, ou seja, que lhe alterem a natureza global (UE, 2014).

Essa hipótese modificativa encontra-se parcialmente contemplada nos contratos de concessão no Brasil, por exemplo, nas cláusulas de reajuste tarifário, sendo estas até mesmo expressamente previstas no art. 18, VIII<sup>31</sup>, da Lei nº 8.987/1995. No entanto, no caso brasileiro essas mudanças no valor da tarifa

---

<sup>24</sup> Uma *regulation* versando sobre aquisições de bens e serviços não seria permitida pelo TFEU.

<sup>25</sup> Os tipos de legislação no âmbito da EU podem ser consultados em: [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_en). Acesso em: 20 jul. 2023.

<sup>26</sup> O mesmo ocorre em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que se refere à revisão e às adaptações necessárias às previsões contidas na Lei nº 8.987/1995 (art. 1º, parágrafo único).

<sup>27</sup> Artigo 43 da Diretiva 2014/23/EU.

<sup>28</sup> O termo também pode denotar o que se reconhece como reajuste, no caso brasileiro, que possui natureza ordinária, normalmente realizada em períodos anuais nos contratos de concessão.

<sup>29</sup> Artigo 43 (1) (a) da Diretiva 2014/23/EU.

<sup>30</sup> Uma opção representa um direito (mas não uma obrigação) de exercer determinada previsão contratual.

<sup>31</sup> Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: [...]

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

usualmente não se concretizam por meio de aditivos contratuais, mas, sim, por atos da agência reguladora que atua como Poder Concedente no âmbito do respectivo contrato.

Contudo, como não há uma vedação explícita, em termos legais, no caso brasileiro, às alterações contratuais que alterem a natureza da concessão ou do que isso significa exatamente na prática<sup>32</sup>, muito já se discutiu acerca da possibilidade de se valer das regras aplicáveis aos contratos regidos pelas normas gerais de contratos públicos<sup>33</sup>. Mas, ainda assim, é necessário o estudo dos precedentes judiciais e, principalmente, administrativos, notadamente do TCU, para que sejam compreendidos os limites práticos das modificações contratuais e seu impacto sobre a natureza do contrato.

Em se tratando de alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços, por exemplo, a jurisprudência do TCU tem apontado os seguintes parâmetros norteadores a serem observados<sup>34</sup>: (i) princípio da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade; (ii) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; (iii) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; (iv) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; (v) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; (vi) ser necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; (vii) demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra

---

<sup>32</sup> Na proposta de anteprojeto de lei contida no Apêndice A, será feita proposta para inserir um conceito legal para balizar conceitualmente a alteração do objeto concedido.

<sup>33</sup> Nos termos do art. 124, da Lei nº 8.666/1993, aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

<sup>34</sup> Vide Acórdão nº 50/2019-Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer; Acórdão nº 1826/2016-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman.



ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse, até mesmo quanto à sua urgência e emergência.

Em relação à quantificação da substancialidade da modificação, há também balizas tanto para as alterações contratuais quantitativas, que modificam a dimensão do objeto, quanto as unilaterais qualitativas, que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estando ambas sujeitas aos limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, de acordo com os precedentes do TCU<sup>35</sup>.

### **2º caso – Necessidade de obras e serviços adicionais<sup>36</sup>**

Uma segunda situação em que as modificações contratuais são aceitas diz respeito ao surgimento de situações em que se tornou necessário alterar o escopo da concessão para incluir obras e/ou serviços não previstos originalmente. Requer-se, nesse caso, que a troca da concessionária não possa ser feita por razões técnicas ou econômicas, ou ainda que, caso essa troca seja realizada, o resultado seria inconveniente ou implicaria duplicação de custos para a autoridade contratante.

Os europeus, no entanto, apontam que, tanto para a situação 1 quanto para a situação 2 ora abordadas, as modificações propostas não podem ser superiores a 50% ao valor da concessão original<sup>37</sup>, exceto no caso em que essas concessões sejam executadas por empresas públicas<sup>38</sup>. Diferentes modificações ao longo do tempo no contrato de concessão não poderiam ser somadas, no entanto, para fins de atingimento do citado percentual máximo, devendo cada modificação ser considerada individualmente.

Verifica-se aqui uma preocupação do legislador europeu em evitar o fracionamento indevido de novos investimentos no âmbito do contrato como meio de burlar esse limite percentual, podendo, no caso concreto, ser verificado se houve intenção deliberada nesse sentido pelas partes contratantes<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Acórdão nº 1.826/2016-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman.

<sup>36</sup> Artigo 43 (1) (b) da Diretiva 2014/23/EU.

<sup>37</sup> O valor estimado da concessão para fins da diretiva europeia expressa esse valor como a soma do volume de negócios gerado ao longo da concessão, sem impostos sobre o valor agregado. No Brasil, essa estimativa equivaleria à somatória da receita bruta estimada. A abordagem utilizada nos contratos de concessão do setor aeroportuário utiliza como parâmetro valorativo a soma a valor presente das outorgas ao longo do período de concessão.

<sup>38</sup> Essa provisão não é aplicável a todas as atividades objeto de contratos de concessão por empresas públicas, sendo direcionada às atividades dos setores de infraestrutura que atuam nos mercados de portos, aeroportos, ferrovias, entre outros, discriminadas no Anexo II da Diretiva 2014/23/UE.

<sup>39</sup> Artigo 43 (b) “[...] Where several successive modifications are made, that limitation shall apply to the value of each modification. Such consecutive modifications shall not be aimed at circumventing this Directive” (UE, 2014).

Entendemos que o contexto de aplicação pensado para esse 2º caso pode ser imaginado, por exemplo, na situação em que o contrato é baseado em investimentos prescritivos<sup>40</sup> (e não em obrigações-fim), ou no caso em que a concessão seja regulada por taxa de retorno – tal como ocorre no setor de transmissão –, e exista a necessidade de obrigação prévia pelo Poder Concedente para o *capex* relevante<sup>41</sup>.

### **3º caso – Surgimento de circunstância nova e inesperada**

Outra hipótese justificadora de modificação contratual diz respeito ao surgimento de circunstâncias que não poderiam ser diligentemente previstas quando da concepção do contrato, desde que essas modificações não alterem a essência da concessão (*overall nature*), e sejam limitadas a 50% do valor inicial da concessão.

A disposição normativa ora ressaltada diz respeito à aplicação da teoria da imprevisão em essência, que admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas à sua preservação. No entendimento jurisprudencial no âmbito do TCU, a aplicação da teoria da imprevisão guarda conexão com a noção de equilíbrio econômico-financeiro, pois se revela instrumental para tutelar a comutatividade e equidade das relações contratuais públicas. A questão até mesmo passou a dispor de expressa solução normativa com o advento da Lei Federal nº 14.133/2021, que, no seu art. 131, parágrafo único, passou a prever que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação.

### **4º caso – Substituição da concessionária**

Essa situação específica ocorre quando há uma troca de concessionário, como consequência de: (i) uma opção contratual expressa que permita essa troca; ou (ii) de sucessão (parcial ou total) da SPE; ou ainda (iii) no caso de evento em que a autoridade contratante, diretamente, ou por meio de empresa pública, venha a assumir obrigações da concessionária junto a subcontratados da concessionária.

A primeira hipótese aqui discutida se assemelha ao instituto da relicitação, onde há uma completa substituição do contrato original por um novo, decorrente de uma opção legal exercida pelo concessionário e materializada via aditivo contratual.

---

<sup>40</sup> Essa abordagem foi utilizada nas primeiras rodadas de concessões de aeroportos (Longo; Fonseca, 2022).

<sup>41</sup> No setor aeroportuário, por exemplo, isso ocorre no Aeroporto de Schipol – Amsterdã, onde o retorno permitido é calculado sobre uma base regulatória de ativos (Holanda, 2017).

Já a segunda hipótese está tipicamente associada a processos de fusões e aquisições (M&A) e reestruturações societárias<sup>42</sup> e requer que a mudança na composição societária da concessionária atenda aos critérios de seleção inicialmente estabelecidos e desde que não sejam simultaneamente endereçadas modificações substanciais no contrato de concessão.

A última hipótese trata de uma disposição que objetiva atender situações não usuais em que o escopo de um contrato de concessão possa estar sendo executado por uma subcontratada e, por algum motivo excepcional, tal como a existência de uma guerra e/ou a existência de sanções, como lembra Drago *et al.* (2023), o Poder Público necessite intervir como substituto do concessionário, por exemplo, em momento próximo ao término do contrato de concessão.

#### **5º caso – Modificações não substanciais**

Os contratos de concessão podem ainda ser modificados sem a necessidade de novo procedimento licitatório quando as alterações, independentemente do seu valor, não sejam consideradas substanciais<sup>43</sup>.

Para que seja considerada substancial a mudança deve necessariamente atender a pelo menos uma dessas condições<sup>44</sup>:

- a) introduzir mudança que poderia ter ocasionado a admissão de novos licitantes ou gerado uma proposta diferente no procedimento competitivo, ou ainda ter atraído licitantes adicionais para a disputa;
- b) mudar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da concessionária de uma forma não prevista originalmente no contrato;
- c) estender consideravelmente o escopo da concessão<sup>45</sup>; ou
- d) troca da concessionária em condições não admitidas pelo 4º caso.

#### **6º caso – Modificações imateriais**

---

<sup>42</sup> A exemplo do Grupo Light, atualmente em processo de recuperação judicial, em que se discutem trocas nos acionistas de referência e diversas alterações contratuais no sentido de resolver problemas crônicos da concessão associados a parâmetros regulatórios que não refletem a realidade operacional (Processo 0843430-58.2023.8.19.0001 na 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro).

<sup>43</sup> Artigo 43, (1) (e) da Diretiva 2014/23/EU.

<sup>44</sup> Além dessas condições, em regra, a Diretiva 2014/23/EU considera como substancial a troca do concessionário, requerendo, em regra, um novo procedimento competitivo cf. artigo 43 (4) (d).

<sup>45</sup> No caso brasileiro, tem se observado o contrário: uma diminuição do escopo da concessão, com a tentativa de retirada substancial de malhas concedidas, sejam elas rodoviárias ou ferroviárias.

O caso trata de uma regra objetiva e se mostra como uma exceção ao caso anteriormente mencionado, de forma que, caso os valores das modificações almejadas se situem em patamar inferior ao reputado como de interesse<sup>46</sup> para fins de concessão e também abaixo de 10% do valor inicial da concessão, permite-se que essas alterações ocorram sob circunstâncias que ordinariamente seriam vedadas por serem consideradas como de maior gravidade.

Nesse caso, presumem-se as alterações como inofensivas aos princípios norteadores da concessão. Ressalta-se que, apesar de certa liberdade concedida, continua sujeita à proibição de alteração da natureza global do contrato e os eventos modificativos devem ser considerados de forma conjunta para fins de cálculo do percentual.

Sintetizando-se todos esses casos, para facilitar a compreensão, apresenta-se, a seguir, o quadro-resumo.

**Quadro 1** – Hipóteses de alteração contratual sem a necessidade de promover nova licitação

Hipótese	Requisitos	Pressupostos
<b>Modificação contratualmente prevista (1º Caso)</b>	As cláusulas revisionais devem constar dos documentos jurídicos iniciais de forma clara, precisa e inequívoca, bem como declarar o escopo e a natureza das possíveis modificações	1) Não pode alterar a natureza global da concessão; 2) Não há limitação de valor monetário ou de percentual
<b>Serviços ou obras adicionais não incluídos originalmente na concessão (2º Caso)</b>	Impossibilidade de troca da concessionária por razões econômicas ou técnicas, ou ainda se a troca causar inconveniente substancial ou duplicação de custos para o contratante	1) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão; 2) Se várias modificações forem realizadas com base nessa hipótese, a limitação deve ser aplicada a cada modificação individualmente, desde que não tenham por objetivo contornar as regras aplicáveis
<b>Surgimento de circunstâncias novas e inesperadas (3º Caso)</b>	Ocorrência de circunstância imprevista	1) Não pode alterar a natureza global da concessão; 2) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão 3) Exame prévio e diligente pelo Poder Concedente, em relação a essas circunstâncias

<sup>46</sup> A norma europeia vem utilizando como parâmetro para o estabelecimento desse valor o piso indicativo no Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Internacional do Comércio.

<b>Substituição da concessionária (4º Caso)</b>	1) Existência de cláusula que permita a troca da SPE; ou 2) sSucessão societária decorrente de reestruturação corporativa; ou 3) Assunção pelo Poder Público das obrigações da concessionária perante seus subcontratados	A sucessão parcial ou total do concessionário deve manter os critérios de seleção iniciais do contrato e não implicar outras modificações substanciais do contrato, nem tem por objetivo burlar a aplicação das regras aplicáveis à concessão
<b>Modificação não substancial (5º Caso)</b>	Não tornar a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente	1) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão; 2) Não há limitação de valor monetário ou de percentual
<b>Modificação imaterial (6º Caso)</b>	A modificação deve ser inferior ao valor mínimo de interesse para concessões ou abaixo de 10% do valor inicial da concessão	Não pode alterar a natureza global da concessão. Se várias modificações forem realizadas com base nessa hipótese, a limitação aplicar-se-á à somatória líquida acumulada das várias modificações

Fonte: elaborado pelos autores.

## 4.2 Comparação entre as diretrizes para modificação de contratos de concessão nos ambientes europeu e brasileiro

Inicialmente, identificou-se que a maneira como foi proposta a Diretiva 2014/23/UE é similar ao caso brasileiro no que se refere a tratar em normas diferentes o conjunto de regras aplicáveis para contratos oriundos das licitações comuns<sup>47</sup> das regras específicas que tratam de contratos de concessão.

Entretanto, vale notar que o legislador estrangeiro procurou estabelecer uma convergência na legislação que trata de contratos públicos, dado que as provisões no que diz respeito a modificações contratuais durante o seu curso são praticamente idênticas em ambas as diretivas que tratam desses assuntos<sup>48</sup>.

Já no Brasil não se pode afirmar o mesmo, uma vez que o legislador optou por conferir tratamento legal estanque: de um lado, os contratos administrativos em geral (alcançados inicialmente pela Lei nº 8.666/1993 e mais recentemente pela Lei nº 14.133/2021); e de outro, os contratos de concessão (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/2004), denotando a ausência de uma codificação dos regramentos aplicáveis a contratos públicos. Isso trouxe uma paulatina consolidação da matéria afeta a contratos de concessão de serviço público em nível jurisprudencial, ao invés de

<sup>47</sup> O assunto é tratado na Diretiva 2014/24/EU.

<sup>48</sup> O conteúdo do art. 72 da Diretiva 2014/24/EU é praticamente igual ao texto contido no art. 43 da Diretiva 2014/23/EU.

caminhar convergentemente, como no caso do direito europeu, por via de norma geral.

O primeiro aspecto que chama a atenção diz respeito a como valorar um contrato de concessão, dado que sem a definição desse conceito não há como se pensar na aplicação de limites permitidos na Lei de Licitações para aditivação<sup>49</sup>, por exemplo, ante a inexistência de disposições limitativas similares na Lei nº 8.987/1995.

A despeito da previsão contida no art. 124 da Lei nº 8.666/1993 (depois estabelecida pelo art. 186 da Lei nº 14.133/2021), autores como Garcia (2019) e Barroso (2006) têm optado por defender a inaplicabilidade dos limites existentes na Lei nº 8.666/1993 a contratos de concessão<sup>50</sup>, opinião que perfilhamos, mas não por acreditar que não devam existir limites e que o assunto deva permanecer no campo da principiologia, mas, sim, porque o legislador não se preocupou em determinar qual é a base de referência de valor de que se deve partir. Favorece esse entendimento o fato de que a Lei de Concessões (1995) é posterior à norma geral de licitações (1993), o que leva a crer que a omissão legislativa foi proposital. É evidente que existe a possibilidade técnica de se fixar um valor inicial de contrato como base de cálculo, sendo este usualmente convencionado nos contratos de concessão de infraestrutura como a soma a valores correntes das receitas ao longo da concessão.

Essa é, em nosso entender, uma situação que merece atenção, já que nos contratos de concessão de infraestrutura o valor do contrato hoje tem efeito meramente indicativo<sup>51</sup>, ou seja, na prática não pode vir a ser utilizado como um verdadeiro balizador para que o Poder Concedente justifique alterar o contrato de concessão em algum aspecto relevante, sem que isso acenda um alerta em relação a eventual questionamento nos tribunais da decisão tomada pela agência reguladora.

Além disso, há práticas díspares: enquanto no setor aeroportuário tem-se observado estipulação do valor do contrato como a soma a valor presente das receitas estimadas pelo período projetado da concessão, excluídas as receitas dos anos de extensão de prazo contratual<sup>52</sup>; no setor rodoviário, uma amostra de concessões

---

<sup>49</sup> Esses limites previstos no art. 125 da Lei nº 8.666/1993 de acréscimos ou supressões da ordem de 25% do valor atualizado do contrato (podendo chegar a 50%) foram adotados também na Lei nº 14.133/2021, neste último caso absorvendo a jurisprudência pacífica do TCU sobre a matéria.

<sup>50</sup> As razões detalhadas para essa opinião são descritas também no trabalho de Garcia e Freitas (2013).

<sup>51</sup> Nesse sentido, não se pode utilizá-lo, por exemplo, para pleitear recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

<sup>52</sup> A exemplo do observado na minuta de contrato do Edital do Leilão nº 01/2023 da ANAC.

recentes<sup>53</sup> indicou que tal previsão nem mesmo consta nos contratos, prática também observada, em parte, no modal ferroviário<sup>54</sup>.

Chama a atenção ainda o fato de que, na Lei de PPPs, há uma previsão explícita de que esse tipo de contratação se dá somente a partir de um valor mínimo<sup>55</sup>, em linha com o *threshold* da diretiva europeia<sup>56</sup>, mas não há um dispositivo semelhante no que diz respeito às concessões regidas pela Lei nº 8.987/1995, aprovada na década de 1990 para dar início à redução do papel do Estado na economia.

Observa-se ainda que a Diretiva 2014/23/EU demonstra forte preocupação, diante da necessidade de alteração dos contratos, com a manutenção da natureza global do contrato de concessão, ponto esse que permeia diversas disposições relativas a modificações contratuais. Apesar de essa definição não ser clarificada pela norma, existem exemplos de circunstâncias que poderiam presumi-la na parte preambular da Diretiva 2014/23/EU, como no caso de (i) troca de investimentos ou serviços a serem realizados ou de (ii) mudança no tipo da concessão (e.g. contrato para construção e manutenção passa a englobar também a operação do ativo).

O princípio da manutenção da natureza global do contrato, no entanto, não está preconizado expressamente na Lei nº 8.987/95 nem na Lei nº 11.079/2004, sendo sua construção apenas baseada em jurisprudência<sup>57</sup> e em princípios, a exemplo da impessoalidade, da isonomia, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório. A Lei de concessões, além de não definir um “núcleo duro” do contrato que não poderia ser alterado, aponta no sentido de que há mais preocupação com a continuidade do serviço público concedido do que com uma essência contratual a ser mantida.

---

<sup>53</sup> Examinaram-se os contratos assinados com as concessionárias ViaSul (rodovias BR-101/290/386/448/RS) e Ecovias do Cerrado (BR-364/365/GO/MG), ambos de 2019.

<sup>54</sup> A prática foi observada nos documentos jurídicos dos seguintes projetos ferroviários: (i) Ferrovia Centro Atlântica (FCA) – Prorrogação Antecipada; (ii) Rumo Malha Oeste; e (iii) MRS Logística - Prorrogação Antecipada; sendo verificada, no entanto, no caso da Ferrogrão EF-170, a referência de valor contratual.

<sup>55</sup> É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00, nos termos do art. 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079/2004.

<sup>56</sup> Artigo 8 da Diretiva 2014/23/EU.

<sup>57</sup> Decisão-TCU nº 215/99 e, mais recentemente, Acórdão nº 1.593/2023-TCU-Plenário.

Entendemos ser esta última uma visão limitada do tema, considerando-se o precedente da ADI 5.991/DF<sup>58</sup>, oportunidade em que a Suprema Corte brasileira decidiu que as alterações contratuais devem respeitar os princípios constitucionais pertinentes, o que permite, em nosso entender, compreender como incluída nesse aspecto a isonomia<sup>59</sup>, que, no direito europeu, aplica-se com rigor não apenas no momento da seleção do parceiro privado, mas também durante o curso do contrato (Dragos *et al.*, 2023, p. 18).

Observou-se ainda que uma das intenções da Diretiva 2014/23/EU foi evitar a ocorrência de alterações virtualmente ilimitadas (seja pelo valor em si ou pela natureza da alteração contratual) – e isso se mostrou claramente repellido pelo direito europeu, como regra, dado que apesar de contratos de concessão possuírem prazos mais longos (tipicamente 20 a 30 anos) do que os regidos pelos contratos públicos comuns, o argumento racional que a norma estrangeira oferece é no sentido de que se isso fosse aceito como justificativa para alterações materialmente ilimitadas, então para tal nível de flexibilidade contratual não seria provavelmente o caso de concessão, mas sim de execução dos serviços públicos diretamente pelo Poder Público<sup>60 61</sup>.

O direito brasileiro, apesar de seguir essencialmente os mesmos princípios que os europeus, tais como o da isonomia (*equal treatment*), proporcionalidade (*proportionality*), transparência (*transparency*)<sup>62</sup> e competitividade

---

<sup>58</sup> “A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes. No investimento cruzado, não há alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequação do ajuste às necessidades mutáveis do interesse público” (Brasil, 2020).

<sup>59</sup> art. 37, “XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

<sup>60</sup> O art. 17 da Diretiva 2014/23/EU possui disposições específicas no caso de concessão gerida por uma entidade pública, prevendo a possibilidade de, nesse caso, excluí-la das disposições dessa diretiva, atendidas algumas condições, entre elas, em regra, a ausência de capital privado na SPE.

<sup>61</sup> Exemplo disso é a operação da Infraero em alguns aeroportos de sua rede, como o Santos Dumont, em que a operação se dá sem base contratual, mas tão somente por portaria de atribuição.

<sup>62</sup> Artigo 3 (1) da Diretiva 2014/23/EU: “Contracting authorities and contracting entities shall treat economic operators **equally** and without discrimination and shall act in a **transparent** and **proportionate** manner.” (UE, 2014, grifo nosso).



(*competition*)<sup>63,64</sup>, não internalizou requisitos norteadores para uma aplicação clara desses princípios nas questões associadas a alterações contratuais, de forma a assegurar a necessária flexibilidade ao longo do contrato, e, ao mesmo tempo, propiciar regras sobre os casos em que as condições de contorno da concessão não permitem uma modificação do contrato a partir de determinada magnitude.

Adentrando os casos discutidos no tópico anterior propriamente ditos, em relação ao 1º Caso – sobre a hipótese de modificação contratual prevista nos documentos jurídicos iniciais da concessão –, observa-se que o Capítulo VI (Do Contrato de Concessão) da Lei nº 8.987/1995 não tratou o tema com a profundidade merecida, inexistindo considerações a respeito no art. 23, que versa sobre as cláusulas essenciais do contrato de concessão e sobre as características mínimas que cláusulas modificativas devem possuir.

Entendemos que, na análise desse caso, há uma clara oportunidade de a Lei nº 8.987/1995 internalizar uma prática já consolidada no âmbito das licitações e contratos “comuns” no que diz respeito a exigir critérios de aceitabilidade das modificações contratuais fundadas em cláusulas revisionais de forma clara e precisa, tal como já requerido pelo TCU quando se trata genericamente das cláusulas dos contratos administrativos<sup>65</sup>.

O objetivo a ser perseguido é internalizar o entendimento de que cláusulas revisionais não dão ao Poder Concedente, a despeito do princípio da supremacia do

---

<sup>63</sup> Graells (2015, p. 131, tradução nossa) aponta que, apesar de o princípio concorrencial não ter sido mencionado na consolidação dos princípios gerais da Diretiva 2014/23/EU, permanece válido o princípio geral do artigo 106 (1) do TFEU. Neste trabalho, verificou-se ainda em diversos trechos, tanto preambulares (*recitals*) quanto da diretiva em si, preocupação em resguardar tal princípio.

<sup>64</sup> Art. 5º da Lei nº 14.133/2021: “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da **igualdade**, do planejamento, da **transparência**, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da **competitividade**, da **proporcionalidade**, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”. Este dispositivo pode ser aplicado subsidiariamente à Lei nº 8.987/1995, com base do art. 186 daquela lei.

<sup>65</sup> E.g. Acórdão nº 3.099/2011-1ª Câmara, Relator Min. Valmir Campelo; Acórdão nº 531/2007-Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar; Acórdão nº 2.917/2010-Plenário, Relator Min. Valmir Campelo; Acórdão 2326/2008-Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro; e Acórdão nº 1.172/2012-Plenário, Relator Min. José Mucio Monteiro.

interesse público, discricionariedade ilimitada<sup>66</sup>; devendo a ação estatal ser limitada em seu proceder aos termos inequívocos em que se convencionou o contrato.

O fato de exigirmos uma declaração legal expressa de escopo e extensão dessas cláusulas revisionais não conflita com o fato de o contrato de concessão ser incompleto devido à sua própria natureza. Nesse sentido, já foi rechaçada, por exemplo, previsão de reajuste contratual por meio de negociação entre as partes<sup>67,68</sup>.

Assim, há claramente um benefício gerado em negar a possibilidade de modificações contratuais que não sejam originadas de clausulado consistente com os requisitos do 1º Caso, de forma que a discricionariedade estatal seja contida na medida em que não apresente aderência com a norma geral – o que gera como efeito positivo desestimular a má prática de inclusão de cláusulas excessivamente generalistas no tocante a provisões de modificações contratuais.

Dito de outra forma, o contrato de concessão pode e deve adaptar-se a diferentes cenários ao longo do tempo, contanto que sejam reservadas disposições claras, precisas e inequívocas a esse respeito no contrato, de modo que modificações possam surgir não como resultado de uma interpretação fluida de uma cláusula revisional, mas como resultado de provisões formuladas em termos inequívocos<sup>69</sup>.

Posner (2004), em seu festejado artigo *The Law and Economics of Contract Interpretation*, alerta-nos ao apontar que os custos transacionais não se limitam à fase de negociação e redação do contrato e a eventuais disputadas litigiosas, mas também ocorrem no que denomina fase intermediária, isto é, nas discussões que podem

---

<sup>66</sup> Consta do *recital* 78 da Diretiva 2014/23/EU: “Contracting authorities and contracting entities should have the possibility to provide for modifications to a concession by way of review or option clauses, but **such clauses should not give them unlimited discretion**. [...]” (UE, 2014, grifo nosso).

<sup>67</sup> “A previsão de reajuste contratual indicando a possibilidade de negociação entre as partes não se coaduna com o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993” (Acórdão nº 2.247/2017-Plenário, Relator Min. Augusto Sherman).

<sup>68</sup> Entendemos, à luz do ordenamento vigente, que a possibilidade de negociação de reajustes em casos controversos pudesse ser admitida, desde que atendessem, em regra, aos mesmos requisitos indicados para modificações contratuais fundadas em cláusulas revisionais [como iremos sugerir mais adiante]. Nesse caso, por exemplo, nada impediria uma previsão contratual de que as partes, em determinadas condições bastante específicas, pudessem negociar esses reajustes, desde que as regras e diretrizes gerais referentes a essas negociações estivessem em sintonia com os requisitos do 1º Caso que delineamos no tópico anterior.

<sup>69</sup> De acordo com Bogdanowicz (2021, p. 86, tradução nossa) , sob o princípio do efeito direto da lei da EU, uma provisão ‘clara e precisa’ é aquela que é formulada de forma que não exija esforços interpretativos complexos para determinar a quem e ao que uma dada regulação se aplica.

ocorrer entre as partes sobre a interpretação de cláusulas contratuais, que trazem ainda implícito o custo reputacional para as entidades envolvidas<sup>70</sup>.

Aqui há ainda um problema gerado pelo vazio normativo relacionado à ausência de impedimento explícito de alteração da natureza global do contrato, restrição essa já reconhecida em precedente do TCU<sup>71</sup>. Segundo esse julgado, o TCU reputou como um dos núcleos do contrato a manutenção da essência do seu objeto original, de modo que não seria admitida “transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos” (Brasil, 1999).

Mais recentemente, em sede de consulta<sup>72</sup> envolvendo a possibilidade de alterações contratuais no âmbito de relidações, o TCU sinalizou, desta vez no âmbito de contratos de concessão, com a manutenção de entendimento semelhante ao já decidido no âmbito da Lei nº 8.666/1993. Nos termos do voto inicial e complementar proferidos pelo relator do caso<sup>73</sup>, entendeu-se pela existência de intangibilidade em relação a certos aspectos do contrato, por exemplo, no que dizia respeito ao objeto deste, ressaltando-se, contudo, que isso não conflitava com a necessidade de alterações subsequentes de necessidades da atualidade do serviço. Caracterizou-se inserida nesse contexto, por exemplo, a “modalidade técnica genérica”, segundo a qual o serviço seria prestado (Mello *apud* Brasil, 2023c).

Nesse sentido, ressaltamos que, em nosso entendimento, essa “modalidade técnica genérica” inclui (mas não se limita) a tipologia operacional da concessão<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> No original: “transaction costs in a broad sense-are incurred at only two stages: the negotiation and drafting of the contract, and the legal dispute that propels the interpretive issue into court or arbitration. **Actually there is an intermediate stage.** When a dispute over the contract's meaning arises, the parties will first try to resolve it themselves. They will do this not only because of the costs of litigation, but also because of the **reputation factor** that I discussed earlier: the party demonstrably in the wrong on the interpretive issue will hesitate to force the issue to litigation; he is likely to lose and in any event may acquire a reputation as someone who does not honor his commitments. The more carefully drafted the contract is, the easier it will be for the parties to resolve a dispute over its meaning when the dispute first arises, in other words at the prelitigation stage” (POSNER, 2004, p. 1614, grifo nosso).

<sup>71</sup> Esse reconhecimento se deu, inicialmente, pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário (Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi), em sede de consulta formulada quanto à possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.

<sup>72</sup> Processo TC nº 008.877/2023-8 (Relator Min. Vital do Rêgo).

<sup>73</sup> O relatório, voto e minuta de acórdão proferidos pelo Relator na sessão de 5/7/2023 podem ser consultados na íntegra na Ata nº 27 de 5 de Julho de 2023 (BRASIL, 2023c). A essência do voto proferido pelo Relator foi confirmada no Acórdão nº 1.593/2023-TCU-Plenário (BRASIL, 2023b).

<sup>74</sup> Há pelo menos dez formatos possíveis de concessões exemplificados por Bovis (2012, p. 437-438): Design-Build-Finance-Operate (DBFO); Build-own-operate (BOO); Build-develop-operate (BDO); Design-construct-manage-finance (DCMF); Buy-build-operate (BBO); Lease-develop-operate (LDO); Operate under Licence (OL); Build-operate-transfer (BOT); Build-own-operate-transfer (BOOT) e Build-lease-operate-transfer (BLOT).

Portanto, uma concessão para operação de um ativo não poderia, posteriormente, transformar-se em uma concessão para ampliação, manutenção e operação. Assim como não poderia também uma concessão de um ativo ferroviário ser alterada para incluir no seu objeto a construção de diversas rodovias que interligassem as estações no trecho ferroviário concedido a estradas já existentes. Em ambos os casos, essa mudança transmutaria a natureza original da avença.

Todavia, chama-se a atenção para a necessidade de que não apenas os casos de acréscimos de escopo sejam colocados em discussão, quando o assunto é tipologia operacional, mas também as eventuais reduções, de modo que uma concessão para “ampliação, manutenção e operação” não poderia, posteriormente, transformar-se em uma concessão para tão somente operação, sem sopesar os reflexos dessa mudança no princípio da isonomia – dado que não há dúvidas de que um escopo reduzido poderia ter atraído participantes diferentes, com perfil técnico semelhante ou melhor e com propostas mais vantajosas de contraprestação. Considerando que a licitação para uma concessão pública é uma competição “pelo” mercado, a natureza do objeto da concessão precisa ser imutável para evitar que essa competição não seja manipulada em prejuízo do interesse público.

Portanto, a preocupação aqui adotada é semelhante à norma europeia – evitar que sejam descaracterizadas as condições concorrenciais iniciais. Ou seja, o princípio da intangibilidade do objeto pode ser considerado como um consectário lógico do princípio da competitividade, já que, ao se alterar o núcleo fundamental ou a sua essência, desnatura-se o objeto originalmente licitado; a ideia é que a competição genuína se dá também na etapa contratual, de modo a reconhecer que a mutabilidade e a concorrência são princípios que se comunicam e devem coexistir durante a execução dos contratos de concessão de forma harmônica entre si.

Reconhecemos que, em razão de o conceito de natureza global do contrato ser caracterizado, em princípio, como um conceito jurídico indeterminado<sup>75</sup>, nada impede que circunstâncias específicas como as delineadas nos parágrafos precedentes sejam enraizadas no diploma geral de concessões pátrio.

Entendemos, ainda, ao realizar esse exercício comparativo com a norma estrangeira, que introduzir uma vedação legal à descaracterização do contrato acaba

---

<sup>75</sup> Apenas na parte preambular (*recitals*) da Diretiva 2014/23/EU, há exemplos de situações concretas que poderiam ensejar a desnaturação do contrato de concessão.

por mitigar o favorecimento de certos *players* oportunistas que apostem mais agressivamente em renegociações amplas do contrato<sup>76</sup>, de maneira que seja evidenciado que uma alteração da natureza global do contrato vai além de uma modificação substancial<sup>77</sup>, dado que esta última poderia ser autorizada sob certas circunstâncias.

Adentrando agora no 2º Caso, entendemos de suma importância também compreender o que está por trás do raciocínio europeu quando se trata de permitir obras ou serviços adicionais não previstos originalmente na concessão sem a necessidade de um novo procedimento competitivo. O fundamento, em nosso entender, que justifica esse tipo de provisão legal, está ligado à elaboração de uma regra prática para aplicação do princípio da proporcionalidade a esse tipo de evento, desde que demonstrados seus elementos centrais, que aqui destacamos:

- a) necessidade – o serviço ou obra adicional tornou-se imprescindível, por algum motivo, por exemplo, como resultado de uma nova política pública aplicável ao setor, o que não necessariamente se equipara a um fato imprevisível<sup>78</sup>;
- b) inexistência prévia de obrigação contratual – se obra ou serviço já é previsto no contrato, não pode ser aceito pagamento por aquilo que já está contemplado desde o início da avença.

Por óbvio, esse é um caso delicado e que muitas vezes envolve *trade-offs* sensíveis, principalmente no que diz respeito ao tempo de implementação do projeto *vis à vis* a necessidade de reabrir a competição para uma obra que se mostre futuramente necessária. Um exemplo que ilustra muito bem a questão: a inserção da obra do *Automated People Mover* (APM)<sup>79</sup> no Aeroporto de Guarulhos. Embora essa obra inequivocamente não se tratasse de uma obrigação original da concessionária,

---

<sup>76</sup> Essa problemática foi comentada em trabalho recente do IPEA (2022, p. 160-161), que cita, entre as consequências do modelo brasileiro adotado para o setor de infraestrutura, o surgimento de condições favoráveis a renegociações oportunistas de contratos e redistribuição de riscos em desfavor do Estado.

<sup>77</sup> Esse conceito foi explorado na apresentação do 5º Caso na seção anterior.

<sup>78</sup> A exemplo dos primeiros contratos de concessão do setor aeroportuário, que continham anexo de obras de responsabilidade do poder público, e nos quais nada poderia obstar, por exemplo, a transferência desses encargos *a posteriori* para a concessionária – sendo, nesse caso, a necessidade da obra conhecida de antemão.

<sup>79</sup> Essa obra, que tem como objetivo interligar a estação Aeroporto - Linha 13 Jade da CPTM a cada um dos terminais de passageiros do aeroporto, continua em andamento e vem sendo acompanhada pelo TCU no âmbito do TC nº 011.655/2020-8 (Rel. Min. Vital do Rêgo).

a sua implementação foi cercada de controvérsias, não apenas por conta do valor<sup>80</sup>, mas por deficiências iniciais na demonstração de uma análise custo-benefício clara para justificar o interesse público envolvido – já que o custo por passageiro dessa solução se mostrava superior a serviço similar que já vinha sendo prestado. Nesse caso, evidencia-se apenas um exemplo, de muitos existentes, em que a ausência de uma regra clara na lei resultou em morosidade no cronograma de implantação de um novo investimento contratual.

A situação só nos parece ter sido atendida pela Lei nº 8.987/1995 de forma bastante simplista, ao prever o requisito de atualidade no tocante à concessão, o que aumenta sobremaneira o esforço necessário para que o gestor público justifique modificações enquadráveis nesse caso específico, podendo ainda gerar situações indesejadas como a suspensão desses investimentos por órgãos de controle – caso do APM (Brasil, 2021).

Quanto ao 3º Caso, em se tratando de renegociação sob circunstâncias imprevistas, a situação da legislação concessória pátria não assegurou de forma absoluta o princípio concorrencial. Na Europa, nota-se também uma preferência em se aditivar o contrato à medida em que as circunstâncias assim o exijam, sendo o lançamento de uma nova licitação, em princípio, considerado uma medida desproporcional – até por imperativos de continuidade do serviço e custos de *re-tendering*. Essa escolha baseia-se no entendimento da comunidade europeia de que:

49. [...] modificações não enquadradas [nos documentos contratuais] apenas são aceitáveis quando se tornam necessárias devido a um acontecimento imprevisível, ou quando são justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. [...] (UE, 2004, tradução nossa)<sup>81</sup>.

Tal flexibilidade conferida ao 3º Caso, no entanto, não é ilimitada, dado que o tratamento preferencial ao concessionário, a partir de certo nível de alteração material, resulta em perda efetiva dos resultados assegurados originalmente pelo certame. Não

---

<sup>80</sup> O reequilíbrio contratual é da ordem de R\$ 376 milhões (data-base dez/2019) a título de *capex*, além de R\$ 15 milhões/ano em *opex* (BRASIL, 2022a).

<sup>81</sup> No original: “49. In general, changes made in the course of the execution of a PPP, if not covered in the contract documents, usually have the effect of calling into question the principle of equality of treatment of economic operators. [42] **Such unregulated modifications are therefore acceptable only if they are made necessary by an unforeseen circumstance, or if they are justified on grounds of public policy, public security or public health.** [43] In addition, any substantial modification relating to the actual subject-matter of the contract must be considered equivalent to the conclusion of a new contract, requiring a new competition. [44]” (UE, 2004, grifo nosso).

à toa, adota-se o mesmo percentual (50%) do caso anterior como limite material modificativo para cada alteração dessa natureza também.

O 4º Caso (substituição da concessionária) merece uma atenção especial pelos desdobramentos da matéria em nosso ordenamento. Usualmente, a regra geral é a de que o contrato de concessão possui caráter personalíssimo, e será executado pelo licitante a quem o objeto foi adjudicado.

No Brasil, apenas muito recentemente, o STF, ao analisar a constitucionalidade do art. 27, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.987/1995, no bojo da ADIn nº 2.946/DF, confirmou o entendimento já defendido por parte da doutrina nacional de que a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária é plenamente possível, reconhecendo a possibilidade de alteração contratual subjetiva, com base em elementos como a natureza incompleta do contrato e sua característica dinâmica, bem como no dever de continuidade na prestação do serviço (Brasil, 2022c).

Nesse aspecto, entendemos que a posição da Corte Suprema está em linha com a ideia trazida pela Diretiva 2014/23/EU de que deve ser admitido, principalmente quando se tratar de concessões operadas por consórcios empresariais que vêm desempenhando adequadamente o seu papel na execução do objeto, realizar modificações em sua estrutura interna sem que automaticamente seja exigida a realização de um novo procedimento competitivo<sup>82</sup>.

Tem-se observado em nosso país, como prática, a previsão de regras contratuais com uma série de condicionantes para a realização de qualquer modificação direta ou indireta no controle societário ou para a transferência da concessão nos contratos de infraestrutura, até mesmo com regras mais rígidas nos primeiros anos de operação<sup>83</sup> – tais como restrições à oferta pública de ações e à mudança na composição acionária sem mudança no controle societário.

---

<sup>82</sup> "(77) [...] the successful tenderer performing the concession should be able, in particular where the concession has been awarded to a group of economic operators, to undergo certain structural changes during the performance of the concession, such as purely internal reorganisations, takeovers, mergers and acquisitions or insolvency. Such structural changes should not automatically require new award procedures for the concession performed by that tenderer" (UE, 2014).

<sup>83</sup> Essas regras variam de acordo com as diversas gerações de contratos, porém observamos, de uma forma geral, que no setor aeroportuário usualmente o período mais restritivo se concentra nos cinco primeiros anos (e.g. Contratos da 7ª rodada - Blocos Aviação Geral, Norte II e SP/MS/PA/MG), enquanto no setor rodoviário esse período é de dois anos apenas (e.g. BR-101/ES/BA – "ECO-101"). No setor ferroviário, verificamos que em minutas contratuais recentes prazos mais restritivos não foram estipulados e a matéria não apresenta o mesmo nível de detalhamento como nos setores anteriormente mencionados (e.g. Ferrogrão – EF-170).

Entendemos, porém, que a prática não se mostrou uniforme em alguns setores analisados, como o ferroviário, em que alterações subjetivas desse tipo merecem ter suas disposições previstas de forma minimamente clara e precisa<sup>84</sup>, tal como se exige para as alterações que debatemos no 1º Caso (modificação contratualmente prevista), sugerindo a internalização no Brasil de regra similar à do Artigo 43 (1) (d) (i).

Um exemplo ilustra bem o ponto: no caso de determinados esforços de captação de recursos de terceiros se mostrarem em patamares desvantajosos e serem oferecidas melhores oportunidades para dispersar o capital da concessionária, sem necessariamente alterar o controle da concessão, imagina-se que a clareza na previsão do permissivo (ou não) para essa situação poderia contribuir efetivamente para a continuidade da estratégia de investimento da concessionária sem impactar a dinâmica na tomada de decisão dos administradores – não despertando insegurança quanto à possibilidade de executar tal estratégia perante o Poder Concedente<sup>85</sup>.

A previsão de que a nova concessionária, após a transferência da concessão ou do controle societário, deve atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço<sup>86</sup>; e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor<sup>87</sup> já atende razoavelmente o exigido pelo Artigo 43 (1) (d) (ii) da Diretiva 2014/23/EU.

Quanto a esse ponto, merece atenção especial o caso peculiar em que a proponente original do certame atendeu às condições de habilitação técnica por ser ela uma pessoa jurídica que utiliza um terceiro contratado que cumpre esses

---

<sup>84</sup> A possibilidade de vedação temporária da transferência da titularidade da concessão ou do controle acionário da concessionária é prevista, para o setor aeroportuário, no Decreto Federal nº 7.624/2011.

<sup>85</sup> Quando o mercado acionário abre janelas oportunas de captação, a concessionária pode beneficiar-se não apenas de mais uma alternativa de financiamento com volume e taxas atrativas, mas também de oportunidades geradas a partir destas, como posterior recompra e cancelamento dessas mesmas ações (gerando ganho em tesouraria, e maior IR a pagar ao Governo), além de planejar melhor seus incentivos podendo ceder participação na SPE para seus administradores.

<sup>86</sup> Essas exigências podem não ser exatamente as mesmas à época da licitação, inexistindo tal vinculação na lei.

<sup>87</sup> Vide art. 27, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.987/1995.



requisitos, ou seja, sem que a proponente opere diretamente infraestruturas semelhantes à do objeto licitado nas condições mínimas estipuladas no edital<sup>88,89</sup>.

Por último, quanto à última hipótese desse caso que trata de substituição da concessionária em razão da assunção de obrigações de pagamento pelo Poder Concedente junto a subcontratados da concessionária, trata-se de um caso muito particular que ocorre, por exemplo, durante o período em que a concessionária extingue seu relacionamento com o Poder Concedente (e.g. término do prazo contratual) e o escopo parcial ou total do contrato não pode ser interrompido<sup>90</sup>.

Quanto ao 5º Caso (modificação não substancial), a essência dessa hipótese permissiva é não tornar a concessão materialmente diferente daquela celebrada inicialmente, ainda que não haja um limite financeiro específico nesse caso. Aqui se trata de um conceito formulado essencialmente por exclusão, de forma que a alteração contratual sem a realização de novo certame fica autorizada sempre que não haja modificação material, sendo o contrato original utilizado como paradigma<sup>91</sup>.

Essa hipótese é fundada, portanto, em um conceito jurídico indeterminado, a despeito da previsão de algumas situações exemplificativas trazidas pela Diretiva 2014/23/EU<sup>92</sup>. A primeira delas diz respeito à mudança nas “regras do jogo”<sup>93</sup>, cuja aplicação prática exige um grau elevado de subjetividade e exercício de futurologia,

---

<sup>88</sup> Nesse sentido, o Edital do Leilão nº 1/2022 da Anac previu: “4.42.3. A Proponente que participe isoladamente ou sob a forma de Consórcio que não atenda aos requisitos dos itens 4.42.1 ou 4.42.2 deve apresentar [...] **Compromisso de Contratação de Assistência Técnica às Operações Aeroportuárias** [...]” (Brasil, 2022d, grifo nosso).

<sup>89</sup> Na visão dos autores, não deve existir um impedimento absoluto a esse tipo de permissão, considerando que há nesse caso evidências de melhorias em diversos indicadores operacionais, financeiros e de qualidade do serviço (Belsie, 2023). Em muitas concessões bem-sucedidas o sócio estratégico detém o capital necessário, mas não os requisitos técnicos, o que ocorre frequentemente com *players* como fundos de pensão, bancos de investimento e firmas de *private equity*, a exemplo da aquisição das ações do Aeroporto de Sydney por um consórcio de fundos de investimento em 2022.

<sup>90</sup> Em infraestruturas de transporte mais críticas, como aeroportos, esse é um item mais relevante; em rodovias, por exemplo, a criticidade é menor considerando a menor complexidade da operação.

<sup>91</sup> Nesse sentido, uma interpretação da utilização do contrato em sua versão imediatamente anterior à mudança que se postula pode ser questionável, não obstante no Caso C-298/15 da CJEU tenha sido firmado o precedente de que um contrato que sofreu modificações substanciais substitui o contrato original para fins de aplicação das regras de modificações contratuais de contratos de concessão [as regras incidentes à época dos fatos eram anteriores à introdução da Diretiva 2014/23/EU]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0298>. Acesso em: 31 jul. 2023.

<sup>92</sup> São as previstas no art. 43 (4) da Diretiva 2014/23/EU.

<sup>93</sup> “[...] uma modificação é considerada substancial se se verificar uma das seguintes condições:

a) A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceita, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;” (UE, 2014, tradução nossa).

deve-se reconhecer. Aqui é importante ilustrar uma questão recorrente, objeto de bastante controvérsia no caso brasileiro, que diz respeito à possibilidade de mudança na estruturação de pagamentos contratuais (ou outorgas)<sup>94</sup> para demonstrar que a aplicação da regra não é trivial.

Supondo-se que determinada concessionária, de forma consensual com o Poder Concedente, deseje introduzir em seu contrato uma estruturação de pagamentos de modo a incorporar práticas já utilizadas em uma safra de contratos de concessão mais atual, incorporando, por exemplo, carências e/ou pagamentos flexíveis que flutuem de acordo com a demanda efetiva do projeto, seria essa uma alteração que alteraria as “regras do jogo”? Entende-se que não há solução óbvia nesse caso, e é necessária uma análise com cautela para a aplicação dessa restrição.

O efeito de uma regra considerada mais benéfica ao longo do contrato pelos *players* interessados no ativo poderia, sim, permitir a admissão de outros candidatos, mas tem de ser sopesado em relação às demais alterações para uma visão do conjunto, do todo. A troca de uma outorga fixa e financiável ao longo do prazo de projeto por uma outorga paga em grande parte à vista no leilão e com estrutura de pagamento atrelada à demanda, por exemplo, pode ser desejável por manter um valor de pagamento estanque e invariável a flutuações da demanda; contudo, no momento do certame, esse fator pode ser o que propiciará a alavancagem necessária para eventual ágio oferecido no leilão. Sob essa ótica, a troca dessa estrutura de pagamentos poderia até ser considerada, de certa forma, mais restritiva em relação ao número de participantes que originalmente teriam participado do leilão de concessão, não obstante o fato de ser uma alteração relativamente significativa<sup>95</sup>.

Outra situação exemplificativa do 5º Caso seria o estabelecimento de um novo equilíbrio contratual, sem relação com o originalmente pactuado – ou seja, acordar um desequilíbrio permanente e alçá-lo ao patamar de situação de “equilíbrio”. No direito brasileiro, a objeção a tal modificação encontra-se razoavelmente prevista no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995, que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro **inicial**

---

<sup>94</sup> Alteração no cronograma de pagamento de outorgas nos contratos do setor aeroportuário já foram realizadas no passado recente, contudo, em regra, a experiência pretérita evidenciou uma preferência pelo uso de leis específicas como meio de prover firme suporte jurídico para essas modificações (e.g. Lei nº 13.499/2017 e Lei nº 14.034/2020).

<sup>95</sup> Essa visão é coerente com o Caso C-298/15 (“*Borta*”) da CJEU (v. parágrafo 74), em que se afirma que uma modificação pode ser, simultaneamente, significativa, mas não substancial (UE, 2017).

como parâmetro para o restabelecimento das condições de equilíbrio<sup>96</sup>. Um exemplo que ilustra bem o ponto seria a diminuição de obrigações contratuais de investimentos da concessionária sem a correspondente alteração em sua remuneração tarifária ou nas receitas devidas ao Poder Concedente<sup>97</sup>.

É importante ressaltar que algumas nuances sobre o tema vêm sendo interpretadas jurisprudencialmente, a despeito do permissivo do art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995, reconhecendo que nem toda alteração contratual, seja ela unilateral ou consensual, é admitida pelo ordenamento jurídico, ainda que respeitado o equilíbrio econômico-financeiro – o que poderia se configurar no caso de uma redução de escopo da concessão sem que haja falha na prestação do serviço ou no interesse público relevante e seja comprovado que se justifique tal medida excepcional (Brasil, 2023a).

Esse precedente do TCU ilustra uma vedação já firme na norma europeia que proíbe a alteração demasiada do escopo contratado<sup>98</sup>. Contudo, persiste algum espaço de discricionariedade criado para definir o que seria um aumento “considerável” no escopo contratual, reconhecendo-se, porém, que mudanças da ordem de 50% poderiam, em princípio, ser consideradas como tal (Olivera, 2015).

Temos ainda a situação da troca irregular da concessionária, o que se dá em todas as situações que não se enquadram nas hipóteses de substituição do 4º Caso. No caso brasileiro, frisamos que a relicitação não está inserida nesse contexto de substituição, mas, sim, de um novo contrato, já que a nova concessionária estará sujeita a um novo ajuste contratual, com diferentes obrigações de investimentos, regras e prazos. A hipótese de reestatização via transferência de controle acionário para empresa pública que desenvolva atividades compatíveis com o objeto concedido

---

<sup>96</sup> Verificamos a adoção desse entendimento pelo TCU ao refutar desequilíbrios econômico-financeiros em desfavor da União (e dos usuários) em diversos casos, notadamente no setor rodoviário (TCs 014.618/2015-0 e 036.417/2016-5 [Concebra - BR-060/153/262/DF/GO/MG], 023.240/2015-6 [Programa de Concessões Rodoviárias do Paraná], 010.370/2016-1 [Concepa], 010.482/2016-4 [Eco101 – BR-101/ES], 028.835/2016-6 [Concer – BR-040/RJ], 032.829/2016-7 [Transbrasiliana – BR 153/SP], 032.830/2016-5 [Rota do Oeste – BR-163/MT], entre outros).

<sup>97</sup> Existiriam ainda outras formas de reequilíbrio, tal como a alteração de prazo contratual ou substituição dos investimentos por outras obrigações contratuais.

<sup>98</sup> A Diretiva 2014/23/EU prevê uma vedação apenas no sentido da extensão considerável do escopo, isto é, no sentido de modificações que possam adicionar demasiado ao contrato. Não obstante, a CJEU reconheceu, no Caso C-549/14 (“*Finn Frogne*”), que a redução demasiada do escopo poderia ser encarada como uma alteração substancial, pois “uma alteração dos elementos de um contrato que consiste numa redução importante do seu objeto pode ter como consequência a sua colocação ao alcance de um mais amplo número de operadores econômicos” (UE, 2016, tradução nossa).

também não configura burla ao procedimento licitatório, havendo precedente de que essa situação pode ocorrer ainda quando o ente público controlador da empresa estatal for distinto da pessoa jurídica de direito público que atua como Poder Concedente (Brasil, 2022b).

Por fim, é relevante comentar que se prevê espaço na norma europeia para que certas mudanças que poderiam ser consideradas substanciais (1º a 4º casos) sejam realizadas, não engessando indevidamente a aditivação do contrato de modo que o critério da substancialidade da mudança não é encarado como algo absoluto para fins de modificação contratual.

O 6º Caso (modificação imaterial ou *de minimis*) traz uma previsão, em nosso entender, que trata de uma garantia de segurança jurídica de que, em face do valor, determinada alteração contratual possa ser implementada e aceita com base em uma espécie de “regra de bolso”. Ou seja, uma hipótese de obediência presumida ao princípio licitatório e concorrencial em face do valor.

Nesse caso, há dois valores-teto máximos que devem ser respeitados: (i) um valor de referência geral, aplicável a toda e qualquer concessão; e (ii) um percentual específico atrelado ao valor do contrato objeto da proposta de alteração. Assim, obedecidos esses tetos, e desde que não haja alteração da natureza global da concessão, a alteração poderia ser realizada, sendo até mesmo desnecessário verificar se a alteração pretendida seria, ou não, substancial.

Assim, ainda que venhamos a convergir e assimilar as práticas europeias em nosso contexto, manter-se-ia vedado em nosso ordenamento mudança indevida no equilíbrio econômico do contrato para o concessionário<sup>99</sup>.

### **4.3 Abordagem da Diretiva 2014/23/EU aplicada em casos reais no Brasil**

Objetivando uma aplicação de como funcionaria uma eventual transposição de algumas das disposições contidas nas diretrizes europeias para a normatização brasileira, mas sem ter a pretensão de esgotar todas as possibilidades de abordagem do tema discutidas anteriormente, selecionamos a seguir alguns casos nos setores

---

<sup>99</sup> Isso não obsta a redução de outorgas futuras por lei específica, como no caso da Lei nº 14.174/2021, que permitiu o acréscimo de 5 pontos percentuais à taxa de desconto aplicável às contribuições fixas vincendas, no caso de antecipação de pelo menos 50% do valor total das outorgas remanescentes.

rodoviário, aeroportuário e ferroviário, de modo a prover *insights* sobre o funcionamento dessas diretrizes e obter evidências de sua aplicabilidade ao Brasil.

#### 4.3.1 Setor Aeroportuário

As concessões de aeroportos foram severamente atingidas pela crise da Covid-19, o que demandou uma série de adequações contratuais naquele momento, e, posteriormente, muitas concessionárias, em especial as que tinham contratos de concessão mais antigos<sup>100</sup>, foram obrigadas a revisitar algumas premissas de projeto e conseqüentemente pleitear uma renegociação contratual.

Um caso que vale destacar é o do Aeroporto Internacional Tancredo Neves – Belo Horizonte/MG (“Confins”), ofertado em 2013 na 3ª rodada de concessões. Trata-se do 6º aeroporto mais movimentado do país, responsável por transportar aproximadamente 9,5 milhões de passageiros em 2022 e que possuía originalmente uma forte projeção de aumento de capacidade, motivo pelo qual foi prevista logo de início, como investimento contratual obrigatório, a construção de uma nova pista de pouso e respectivos sistemas associados até a demanda atingir 198.000 movimentos anuais ou até 31/12/2020<sup>101</sup> (*vide* Anexo I), o que ocorresse primeiro. Tratava-se, pois, de investimento prescritivo sem correlação com gatilhos de demanda, no caso de o período temporal ter ocorrido primeiro.

Esse investimento está sendo objeto de discussão desde 2018<sup>102</sup>, até via Poder Judiciário, tendo sido constatada a sua desnecessidade em razão principalmente da fraca expansão na demanda apresentada<sup>103</sup>, além de a movimentação estipulada contratualmente não se mostrar também factível em face das próprias projeções mais atualizadas do setor para Confins<sup>104</sup>. Após consulta à ANAC, o referido gatilho temporal foi então retirado<sup>105</sup> (mantendo-se os gatilhos atrelados à demanda), o que

---

<sup>100</sup> Até a 3ª rodada, havia pesados encargos fixos a título de outorga (Albuquerque, 2022, p. 26).

<sup>101</sup> A previsão do Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2014-SBCF era a seguinte: “8.4.1 Quando a demanda do sistema de pistas atingir 144.000 movimentos anuais, a Concessionária deverá apresentar à ANAC o anteprojeto e o cronograma detalhado de construção de uma pista de pouso e decolagem [...] **A pista deve ser construída e estar plenamente operacional antes de a demanda atingir 198.000 movimentos anuais ou até 31 de dezembro de 2020, o que ocorrer primeiro**” (grifo nosso).

<sup>102</sup> O EVTEA estimava um cronograma de 4 anos para a implantação da nova pista (EBP, 2013, p. 28).

<sup>103</sup> *Vide* Apêndice I.

<sup>104</sup> *Vide* Anexo II.

<sup>105</sup> Termo Aditivo nº 003/2019 ao Contrato de Concessão de Aeroportos nº 002/ANAC/2014-SBCF.

implicou reequilíbrio a favor do Poder Concedente da ordem de R\$ 421 milhões (data-base set./2022)<sup>106</sup>.

A despeito do termo aditivo firmado, a grande preocupação da concessionária nesse projeto gira em torno da necessidade de investimento para construção dessa nova pista no prazo contratual remanescente, o que poderia comprometer a viabilidade da concessão no seu período final.

Segundo estimativas dos autores, considerando o atingimento do patamar de movimentação pré-covid por Confins já em 2023, e adotando como taxa de crescimento a *CAGR* do cenário referencial do PAN 2022 (3,2% a.a.) até o término do prazo contratual, prevê-se que, até o final do contrato (2044), a demanda não atingirá os 198.000 movimentos tidos como limite para que a nova pista esteja operacional<sup>107</sup>.

Entretanto, no ano imediatamente seguinte (2045), esse patamar operacional seria alcançado, o que nos leva ao problema de possível ausência de prazo suficiente para amortização do que foi investido, vez que se trata de um vultoso investimento. Nesse caso, o contrato permitiria a extensão por um prazo adicional de até 5 anos<sup>108</sup>.

Essa obra foi estimada nos EVTEA à época em R\$ 194,96 milhões (EBP, 2013, p. 62) e correspondia a 3,8% do valor do contrato (e 7,2% do *capex* estimado), o que, sob o prisma das diretrizes europeias, não demonstra ser uma alteração material, considerando-se apenas o limite percentual<sup>109</sup>. Nesse caso, uma das peculiaridades apresentadas reside em definir se a redução dessa obra tem o condão de infringir o princípio da isonomia, dado que uma redução acentuada do escopo original poderia ter refletido na participação de operadores econômicos de menor porte, refletindo na esfera concorrencial. Entendemos não ser esse o caso, dado que a regra balizadora do leilão não exigia qualificação técnica específica relacionada à construção e/ou operação de determinado sistema de pistas, mas, sim, o processamento em si em um patamar compatível com a demanda inicial<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Decisão nº 561, de 03 de novembro de 2022, da Diretoria Colegiada da Anac.

<sup>107</sup> Vide Apêndice J.

<sup>108</sup> Outra alternativa seria o estudo de uma solução no sentido de viabilizar uma opção contratual pela redução do prazo contratual em até 5 anos nas etapas finais da concessão, de modo que a possibilidade de construção da nova pista seja remota, o que deve ser sopesado em relação aos aspectos de amortização dos demais investimentos já realizados e obrigações de pagamento aos credores do projeto.

<sup>109</sup> Em nosso estudo, será proposta, na seção seguinte, a adoção de um teto referencial fixo de aproximadamente R\$ 33,47 milhões para balizar o valor da limitação imaterial, simultaneamente aos 10% do valor do contrato, em linha com o Artigo 43 (2) (i) da Diretiva 2014/23/EU.

<sup>110</sup> Para maiores detalhes, vide o Acórdão nº 2.666/2013-TCU-Plenário.

#### 4.3.2 Setor Rodoviário

Um caso de interesse no setor rodoviário é o da concessão da BR-163/MT<sup>111</sup>. O contrato teve início em março de 2014 sob responsabilidade da Concessionária Rota do Oeste – CRO, compreendendo<sup>112</sup>. Já em 2017, a ANTT passou a constatar a inexecução de obras e serviços e a deterioração nas condições financeiras da concessionária<sup>113</sup>.

A concessionária alegou diversas razões para essa situação: a queda na demanda provocada pela crise econômica iniciada em 2014, a mudança na política de financiamento dos bancos públicos, o aumento no preço do componente asfáltico, a Lei dos Caminhoneiros<sup>114</sup>, bem como o envolvimento do grupo econômico ligado ao acionista controlador na Operação Lava Jato, entre outras.

Em 2021, a ANTT instaurou processo administrativo para avaliar a situação das obrigações contratuais, que culminou na instauração de processo de caducidade<sup>115</sup>. Diante desse cenário adverso, a concessionária ingressou com pedido de devolução amigável da concessão e sua consequente relicitação<sup>116</sup>. Outro fato relevante relativo ao caso foi a abertura de procedimento arbitral pela concessionária, pleiteando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por supostos prejuízos por ela suportados<sup>117</sup>.

Ainda nesta concessão, está em jogo a celebração de um TAC com as seguintes proposições na mesa:

- a) prazo de oito anos para saneamento das inexecuções contratuais;

---

<sup>111</sup> Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário (Brasil, 2022b).

<sup>112</sup> A rodovia passa ao longo de 19 municípios, cuja população representa quase a metade da população total do estado do Mato Grosso. Além disso, a rodovia é importante via de escoamento da produção de soja, milho e algodão, *commodities* que colocam o estado de Mato Grosso como um dos maiores exportadores dentre os estados brasileiros.

<sup>113</sup> No processo TC nº 019.064/2022-5, os relatórios técnicos apontaram que, passados mais de oito anos do início da concessão, os níveis de execução das obras são baixíssimos: dos 453 km de duplicação previstos, apenas 117 km foram executados (26%); e que situação similar de inexecução ocorre com as demais melhorias previstas: acessos, retornos, vias marginais etc.

<sup>114</sup> Lei nº 13.103/2015.

<sup>115</sup> Vide Deliberação-ANTT nº 346/2021.

<sup>116</sup> Após aprovação nas instâncias competentes, o empreendimento foi qualificado para fins de relicitação no âmbito do Programa de Parcerias de Investimento (PPI), por meio do Decreto nº 11.122/2022.

<sup>117</sup> No âmbito do Procedimento Arbitral CCI nº 23.960/GSS/PFF, vigora decisão cautelar que impede a realização de descontos tarifários, aplicação de penalidades e caducidade com fundamento nas questões em discussão pelas partes, limitando o poder fiscalizatório da ANTT.

- b) aporte de *equity* de R\$ 1,2 bilhão pela nova controladora;
- c) manutenção do patamar tarifário atual, acrescido do reajuste pelo IPCA;
- d) suspensão dos processos administrativos sancionadores em curso ou cujo fato gerador seja anterior à eficácia desse instrumento, com a suspensão do prazo prescricional, e, caso cumpridas as condições avençadas no TAC, extinção dos processos;
- e) suspensão dos processos no TCU: TC nº 032.830/2016-5, TC nº 023.217/2015-4 e TC nº 034.032/2017-7;
- f) extinção do passivo regulatório, caso haja o cumprimento integral do TAC; e
- g) renúncia, de forma definitiva e irrevogável, a todas as pretensões formuladas no procedimento arbitral CCI nº 23.960/GSS/PFF.

O caso da BR-163 apresenta ineditismo na discussão sobre a alterabilidade dos contratos de concessão, na medida em que está em jogo o fato de que uma entidade do estado de Mato Grosso assumira o controle da concessionária CRO, aportando recursos para permitir a realização de investimentos correspondentes às obrigações contratuais da concessionária. A entidade, no caso, é a MT Participações e Projetos S.A. (MT-PAR), sociedade de economia mista do estado de Mato Grosso, criada em 2012.

Há, desse modo, um caso de alteração do controle societário, o que, a princípio não é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 27, da Lei nº 8.987/1995), mas também se enquadraria no 4º Caso (substituição da concessionária) apresentado, que permitiria a substituição sem necessidade de nova licitação, desde que mantidos os critérios de seleção iniciais do contrato e não implique outras modificações substanciais do contrato.

Dessa maneira, caso houvesse critérios e mecanismos previstos contratualmente mais robustos e objetivos de alteração contratual, até para suspender, mesmo que temporariamente, obrigações em seu curso, o caso poderia ter sido endereçado consensualmente mais hábil e facilmente em um único processo negocial, para alteração bilateralmente do contrato pela própria agência reguladora.

Assim, do ponto de vista do enquadramento na diretiva europeia, a alteração do controle não parece ser o problema, mas, sim, a análise da substancialidade das alterações promovidas, a exemplo da proposta de alteração da matriz de risco, atrelando o novo projeto aos riscos de demanda oriundos da entrada em vigor de



novos projetos ferroviários concorrentes com a rodovia concedida, ainda que tenham sido autorizadas anteriormente à assinatura dos TACs.

Eis o sinal de alerta: o avanço nas negociações envolvidas nesse contrato pode ter sido facilitado em virtude de a transferência do controle envolver a entrada de uma entidade ligada a um ente federativo (estado do Mato Grosso), de modo que, se a alteração fosse realizada junto a uma empresa privada comum, a decisão poderia ter caminhado em outro sentido.

#### 4.3.3 Setor Ferroviário

Vale mencionar o único caso de relicitação no setor ferroviário até então, relacionado à Ferrovia Novoeste S.A., que obteve a concessão da Malha Oeste em leilão realizado no ano de 1996<sup>118</sup> para uma concessão com prazo contratual de 30 anos e com trecho sob concessão de aproximadamente 1.900 km<sup>119</sup>.

Em 21 de julho de 2020, a concessionária protocolou na ANTT pedido de adesão ao processo de relicitação<sup>120,121</sup>.

A infraestrutura da Malha Oeste, incluindo sua via permanente, encontra-se depreciada. Durante anos, a atual concessionária realizou investimentos em patamares insuficientes para a sua manutenção. O subinvestimento acarretou perda da capacidade de transporte e, atualmente, os trens trafegam com velocidades abaixo de seu potencial, e com um volume de carga transportada bastante limitado.

A nova licitação da concessão da Malha Oeste é a oportunidade para que uma nova concessionária, em um novo contrato de concessão, realize os investimentos para a modernização e ampliação da ferrovia. Além disso, um novo processo licitatório permitirá a atualização do contrato de concessão com base nas melhores práticas regulatórias vigentes.

---

<sup>118</sup> Em 2008, a ANTT aprovou a alteração do Estatuto Social da empresa Novoeste S.A., que passou a ser ALL – América Latina Logística Malha Oeste S.A. A partir de 2015, após um processo de fusão com a Rumo Logística, a empresa passou a ser controlada pela Rumo, que também detém as concessões das Malhas Paulista, Norte, Central e Sul, passando a denominar-se Rumo Malha Oeste.

<sup>119</sup> Informações geográficas da malha concedida, disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias/concessoes-ferroviarias/rumo-malha-oeste-s-a/mapa>. Acesso em: 29 nov. 2023.

<sup>120</sup> O Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos aprovou, em sua 14ª Reunião, realizada em 2 de dezembro de 2020, a qualificação para relicitação da Malha Oeste, por meio da Resolução de nº 146, publicada no DOU em 24 de dezembro de 2020. Essa resolução deu origem ao Decreto nº 10.633, de 18 de fevereiro de 2021.

<sup>121</sup> O processo de relicitação foi prorrogado por mais 24 meses, a partir de 19 de fevereiro de 2023, por meio da Resolução CPPI nº 264, de 13 de fevereiro de 2023.

O ponto-chave da alteração contratual pretendida com a relicitação está relacionada com a falta de atratividade demonstrada pela empresa Rumo do ramal de Ponta Porã, trecho que retira quase 400 km da malha originalmente concedida. Assim, a ANTT prevê a concessão da malha ferroviária apenas no ramal de Corumbá (MS) a Mairinque (SP).

A relicitação traz novas propostas de inovações para a Malha Oeste, como a modernização, ampliação e construção dos pátios de cruzamento; sinalização e Centro de Controle Operacional (CCO), que visam permitir a comunicação por satélite entre o CCO e os equipamentos de bordo; investimento em oficinas, instalações e aquisições de equipamentos de via; minimização de conflitos urbanos, por meio da instalação de 21 intervenções de integrada simples, 43 intervenções de integrada completa e 1 contorno ferroviário; melhoramento da frota, mediante a renovação e aquisição de novos veículos para que a empresa possa garantir a eficiência das operações.

Nenhum dos investimentos acima parece se enquadrar no conceito de alterações substanciais do contrato, atraindo a aplicação do 2º ou do 5º caso, com aplicação do limite de 50% do valor original da concessão.

#### **4.4 Proposta de *framework* para o caso brasileiro**

Com base no trabalho de Flyvbjerg, Holm e Buhl (2004) e de Flyvbjerg *et al.* (2018), que avaliaram uma grande amostra de projetos de infraestrutura (258 no total), para todos os tipos de projetos o sobrecusto médio foi da ordem de 28%<sup>122</sup>. Utilizando-se esse percentual como paradigma, pode-se afirmar que os referenciais europeus para limites de alterações de obras e serviços que dispensam novo procedimento competitivo atendem com folga ao sobrecusto médio verificado no referido trabalho.

Com relação ao limite-paradigma para alterações imateriais, esse também se enquadra bem abaixo do sobrecusto médio, o que sugere, com base no valor encontrado por Flyvbjerg, que o uso desses percentuais tende a guardar coerência com a prática do mundo real<sup>123</sup>. Propõe-se, para o caso de alterações desse tipo, de maneira similar à diretiva europeia, a utilização do referencial adotado no Acordo

---

<sup>122</sup> O nível de significância em relação a essa assertiva foi extremamente elevado ( $p\text{-value} < 0.001$ ).

<sup>123</sup> As análises constam dos Apêndices B, C e D.

sobre Contratações Públicas da OMC (5 milhões de *special drawing rights* - SDR), convertido para reais pela relação de troca vigente em 1º/06/2023 (R\$ 6,695680 = 1 SDR), resultando em um limite mínimo de R\$ 33.478.400,00. Entendemos que tal premissa é consistente com as negociações já iniciadas pelo governo brasileiro de aderir ao referido acordo apontadas por Jordão e Cunha (2021), e também pelo fato de que a Lei nº 8.987/1995 deve impor um piso para a celebração de contrato de concessão ou permissão, o que já existe para o caso de PPPs<sup>124</sup> (R\$10 milhões).

Assim, além dos aspectos qualitativos já avaliados na Seção 4.2, entendemos que os percentuais europeus podem ser adotados também como referência inicial para começar as discussões sobre modificações contratuais no caso brasileiro.

De forma a condensar todas as análises já realizadas, propomos, na forma do Apêndice A, uma série de alterações para aperfeiçoamento da base legal aplicável a contratos de concessões, no intuito de que essas sugestões sejam consideradas na apreciação do Projeto de Lei nº 7.063/2017 ou de outra iniciativa legislativa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como consequência da complexidade identificada nos contratos de longo prazo, como os contratos de concessão, e o consequente reconhecimento de que o quadro normativo vigente no Brasil é insuficiente para endereçar as situações mais críticas durante a execução contratual, o presente estudo procurou avaliar a necessidade de atualização das leis gerais que tratam de contratos de concessão em sentido amplo (Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004), com base na experiência de atualização das diretrizes europeias que tratam da adjudicação de contratos de concessão, com foco na discussão sobre limites para modificação de contratos durante a sua vigência e objetivando extrair elementos que aperfeiçoem a segurança jurídica para uma resolução consensual das alterações contratuais, sem a necessidade de pôr fim ao contrato vigente.

Com base nas constatações, avalia-se que a ausência de um regramento claro, no que diz respeito a limites para modificações de contratos de concessão inseridos em nossa base legal, enfraquece a concretização do princípio da isonomia e dá azo a

---

<sup>124</sup> Art. 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079/2004.

incertezas legais que redundarão no desenvolvimento de uma construção jurisprudencial do tema em detrimento de sua solidificação em bases objetivas na lei.

O direito das concessões atualmente posto caminha para adicionar complexidade ao sistema, inserindo atores e procedimentos intermediários, com a presença do TCU, de árbitros e de termos de ajuste; o que não significa que tais instrumentos não possuam a sua devida utilidade, mas tão somente aponta que se optou por deixar de investir em inovações legais que estabeleçam melhores condições de partida para que o Poder Concedente possa sentar à mesa com o particular para decidir, sem medo posterior de enfrentamento de suas decisões nos tribunais administrativos e judiciais. Ou seja, a lei deve conferir diretamente segurança para as partes negociarem, facilitando a adoção de soluções mais ousadas e sofisticadas caso o panorama legal assim passe a permitir. Isso não significa excluir outros atores, mas, ao contrário, permitirá encontrar soluções mais adequadas para as demandas complexas que vêm surgindo com a evolução dos contratos de concessão no Brasil.

Esse parece ser o entendimento do STF, como se pode extrair de trecho do Acórdão recentemente proferido no bojo da ADIn nº 2.946/DF, oportunidade em que se reconheceu que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos. Assim, considerando a dinâmica peculiar e complexa dessas concessões, é natural que o próprio regime das concessões públicas contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual.

Tanto a Lei de PPPs como a Lei Geral de Concessões necessitam de inovações jurídicas, não apenas para diminuir o custo regulatório para os *players* internacionais que já assimilaram as regras regulatórias no âmbito da UE ao iniciar suas operações no Brasil, como também para oferecer mais ferramentas aos gestores das agências reguladoras para lidar de forma segura e embasada com as modificações que vierem a aparecer ao longo do contrato.

Entendemos que assim procedendo se evita não apenas o conhecido problema do “apagão das canetas” apontado por diversos autores brasileiros, a exemplo de Sundfeld<sup>125</sup> (2022), decorrente da ausência de um *guidance* legal, mas também se

---

<sup>125</sup> De acordo com Carlos Ari Sundfeld, em sua festejada obra “Sanções em Direito Administrativo e a LINDB”, “[e]ssas posturas das instituições de controle, aliadas a um ambiente jurídico-institucional de significativa insegurança e de grande fragmentação política, gerou consequências. A expressão

evita uma hipertrofia de soluções consensuais via TCU e de celebração de TACs como *first choice* (ou *only choice*) do concessionário, fortalecendo o papel consensual no âmbito do contrato e na esfera da própria agência reguladora.

Embora tenhamos consciência de que a Diretiva 2014/23/EU não conseguirá abarcar a complexidade da realidade brasileira no tocante aos contratos de concessão, entendemos que as boas práticas ali identificadas representam um bom ponto de partida para integrar o debate que já vem sendo endereçado no Congresso<sup>126</sup>, de modo a robustecer a tímida previsão quanto à necessidade de reequilíbrio<sup>127</sup>, acrescentando-a de firmes parâmetros norteadores para lastrear aditivos.

Assim sendo, é fato que existe a necessidade de categorizar na lei as tipologias de modificações contratuais admitidas, traduzindo os princípios aplicáveis às concessões em um conjunto de regras minimamente coerentes, diminuindo o espaço para a criatividade, e dando lugar a um tratamento mais uniforme dessa temática. A lei deve se preocupar em prever disposições que uniformizem precedentes e práticas administrativas já testadas pelo tempo, além de boas práticas internacionais, até mesmo pelo fato de o tema merecer esse tratamento em face de uma exigência constitucional<sup>128</sup>.

Nesse cenário, a participação de órgãos de controle externo, a exemplo do TCU, será tão relevante quanto a atual, na medida em que a maior amplitude de discricionariedade administrativa a ser permitida por lei deverá ser objeto de análise com relação à sua aderência aos *standards* definidos legalmente. Por outro lado, reconhece-se que essas inovações legislativas conferirão soluções jurídicas não apenas mais sofisticadas, mas sobretudo mais alinhadas com o interesse público subjacente nas concessões públicas, mormente a prestação de serviço adequado e a continuidade do serviço público. De mais a mais, a presente proposição adicionará mais uma

---

‘apagão das canetas’, frequentemente usada nos debates político e acadêmico, resume a forte preocupação dos críticos: estaríamos vivendo o risco de produzir gestores apáticos e paralisados por conta do receio exacerbado de responsabilização.”.

<sup>126</sup> Projeto de Lei nº 7.063/2017 e seus apensados.

<sup>127</sup> Art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995: “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

<sup>128</sup> Art. 175, parágrafo único, da CRFB: “A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

solução possível entre as tantas já existentes, permitindo que a solução escolhida seja efetivamente aquela que apresente o maior número de externalidades positivas.

## REFERÊNCIAS

ABDELDAYEM, Marwan Mohamed; DULAIMI, Saeed Hameed AL. Privatisation as a Worldwide Tool of Economic Reform: A Literature Review. **International Journal of Social and Administrative Sciences**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 66-84, abr. 2019. ISSN(e): 2521-0556. DOI: 10.18488/journal.136.2019.42.66.84. Disponível em: <https://archive.aessweb.com/index.php/5051/article/view/72>. Acesso em: 5 jul. 2023.

ALBUQUERQUE, Gustavo Carneiro de. **Winner's curse: evidências da maldição do vencedor nos aeroportos em relicitação**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2022. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2614?subject\\_page=1](https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2614?subject_page=1). Acesso em: 2 jul. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37258>. Acesso em: 17 abr. 2023.

BELSIE, Laurent. Privatizing Infrastructure: Evidence from Airports. **The NBER Digest**. Cambridge (Estados Unidos), n. 1, jan. 2023. Disponível em: <https://www.nber.org/digest/20231/privatizing-infrastructure-evidence-airports>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. Londres: Penguin Books, 2011. ISBN: 9780141962016.

BOGDANOWICZ, Piotr. **Contract Modifications in EU Procurement Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2021. ISBN(e): 9781800379671. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781800379671>.

BOVIS, Christopher H. **EU Public Procurement Law**. 2 ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. ISBN: 9780857938411.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 215/1999 - Plenário**. Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei n. 8.666/93. Conhecimento. Esclarecimentos à autoridade consulente. Arquivamento. Consulente: Ministério do Meio Ambiente. Relator: Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo, 12 de maio de 1999. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-76584%22>. Acesso em: 23 jul. 2023.

Brasil. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 738/2017-TCU-Plenário**. Relatório de acompanhamento. Contrato de concessão da BR-040/MG-RJ. Duplicação da Nova Subida da Serra de Petrópolis. Significativa Ampliação de Investimentos que se encontravam subavaliados no programa de exploração da rodovia (PER). Autorização para início das obras sem que estivessem assegurados recursos orçamentários à conta da União para sua continuidade. [...] Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 12 de abril de 2017. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2170887%22>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar indeferida. Direito administrativo. Setor ferroviário. Prorrogação antecipada dos contratos de concessão. Alegada inconstitucionalidade do § 2º do inc. II do art. 6º, dos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da lei n. 13.448, de 5.6.2017. Ação direta julgada improcedente. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 07 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755270659>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.321/2021-TCU-Plenário**. Acompanhamento. Implementação de um sistema de conexão rápida – *Automated People Mover* (APM), entre estação de metrô e os terminais de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos. [...] Relator: Ministro Vital do Rêgo, 29 de setembro de 2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2512432%22>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 226/2022-TCU-Plenário**. Acompanhamento. Implementação de um sistema de conexão rápida, sistema *Automated People Mover* (APM), entre estação de metrô e os terminais de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos. Assinatura de termo aditivo antes do cumprimento de requisitos para justificar a viabilidade do projeto. [...] Relator: Ministro Vital do Rêgo, 09 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2521898%22>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.139/2022-TCU-Plenário**. Concessão da BR-163/MT. Proposta de Termo de Ajustamento de Conduta e transferência do controle acionário. Assunção do controle da concessão por sociedade de economia mista do estado do Mato Grosso. não identificação de óbices à celebração do TAC. Ciências e recomendações. Relator: Ministro Bruno Dantas, 28 de setembro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2555430%22>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946 – Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. [...] Relator: Min. Dias Toffoli, 09 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. **Edital do Leilão nº 01/2022**. Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos Aviação Geral, Norte II e SP/MS/PA/MG. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil, 2022. Disponível em:



<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/andamento/setima-rodada>. Acesso em: 19 jul. 2023, 2022d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10/2023-TCU-Plenário**. Leilão Aneel 2/2022. Concessão de prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica, por até 30 anos, referente à construção, operação e manutenção de instalações de transmissão que comporão a rede básica do Sistema Interligado Nacional (SIN). [...] Relator: Min. Antônio Anastasia, 18 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2558171%22>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1593/2023-TCU-Plenário**. Consulta. Interpretação dos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017. Conhecimento. Arquivamento. Relator: Min. Vital do Rêgo, 02 de agosto de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2592868%22>. Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Ata nº 27/2023 – Plenário**. Presidência: Ministro Bruno Dantas, 5 de julho de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/ata-sessao/%22ATA-SESSAO-272023001%22>. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. Estudos de Viabilidade. **Gov.br**, 15 de fevereiro de 2017. Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/concessao-galeao-e-confins/estudos-de-viabilidade>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Concessões e parcerias público-privadas**: políticas públicas para provisão de infraestrutura. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11401>. Acesso em: 12 jul. 2023.

CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. 1. ed. Global Law Press, 2017. ISBN: 9788494142635.

DRAGOS, Dacian C.; HALONEN, Kirsi-Maria; NEAMTU, Bogdana; TREUMER, Steen. **Contract Changes**: The dark side of EU Procurement Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2023. ISBN: 978-1800375581.

FLYVBJERG, Bent; ANSAR, Atif; BUDZIER, Alexander; BUHL, Søren; CANTARELLI, Chantal; GARBUIO, Massimo; GLENTING, Carsten; HOLM, Mette Skamris; LOVALLO, Dan; LUNN, Daniel; MOLIN, Eric; RØNNEST, Arne; STEWART, Allison; VAN WEE, Bert. Five things you should know about cost overrun. **Transportation Research Part A: Policy and Practice**, v. 118, p. 174-190, 2018. ISSN 0965-8564, DOI: 10.1016/j.tra.2018.07.013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0965856418309157?via%3Dihub>. Acesso em: 29 nov. 2023.

FLYVBJERG, Bent; HOLM, Mette K. Skamris; BUHL, Søren L. What Causes Cost Overrun in Transport Infrastructure Projects? **Transport Reviews**, Londres, v. 24, n. 1, p. 3-18, jan. 2004. DOI: 10.1080/0144164032000080494a. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0144164032000080494a>. Acesso em: 29 nov. 2023.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em: 12 jul. 2023.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. *In*: FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatiana Muniz S. (Coord.). **Licitações, contratos e convênios administrativos**: desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 165-191. ISBN: 9788577006427.

GRAELLS, Albert Sánchez. **Public Procurement and the EU Competition Rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. ISBN: 9781782259992.

HOLANDA. **Amsterdam Airport Schiphol Operation Decree 2017**. Amsterdam: The State Secretary for Infrastructure and the Environment, 2017. Disponível em: <https://www.schiphol.nl/en/download/b2b/1523624122/1T8kLVjBBmOiaKqOO4WC0K.pdf>. Acesso em: 5 ago. 023.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. A adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3, p. 137-159. dez. 2021. ISSN: 2236-1677. DOI: 10.5102/rbpp.v11i3.8045. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8045>. Acesso em: 29 nov. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. 2007.

LONGO, Daniel Ramos; FONSECA, Ricardo Sampaio. Evolução regulatória dos processos de concessão aeroportuária. *In*: SILVA, Mauro Santos (org.). **Concessões e Parcerias Público-Privadas**: políticas públicas para provisão de infraestrutura. Brasília: Ipea, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11401>. Acesso em: 9 jul. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. ISBN: 978-8545000402.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 9786555184334.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Renovar, 2006. ISBN: 9788571475366.

NETO, Dimas de Castro e Silva; CRUZ, Carlos Oliveira; RODRIGUES, Fernanda; SILVA, Paulo. Bibliometric Analysis of PPP and PFI Literature: overview of 25 years of research. **Journal of Construction Engineering and Management**. v. 142, n. 10, out. 2016. DOI: 10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0001163. Disponível em: <https://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%29CO.1943-7862.0001163>. Acesso em: 29 nov. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXEDES, Marco. Coleção soluções de direito administrativo: Leis Comentadas – Lei Geral das Agências Reguladoras. Volume 10. Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. Dissertação (Mestrado em Direito Regulatório) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/27347>. Acesso em: 22 jul. 2023.

OLIVERA, Rafael Domínguez. Modification of Public Contracts. **European Procurement & Public Private Partnership Law Review**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 35-49, 2015. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26695037>. Acesso em: 2 jul. 2023.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. **Revista Colunistas**, Rio de Janeiro, ano 2017, n. 369, jul. 2017. ISSN: 2525-4065.

POSNER, Richard A. The Law and Economics of Contract Interpretation. **Texas Law Review**. v. 83, p. 1581-1614, 2004. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2893&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2893&context=journal_articles). Acesso em: 13 ago. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2022. ISBN: 9786559910007.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direito Administrativo Europeu**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. ISBN: 9789892600611.

SONG, Jinbo; JIN, Lulu; ZHAO, Yunpeng; HU, Wenjin. Using bargaining-game model to negotiate compensation for the early termination of BOT highway projects. **Transportation Research Part A: policy and practice**, [s. l.], v. 105, p. 197-209, nov. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.tra.2017.06.017>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0965856416311132?via%3Dihub>. Acesso em: 29 de nov. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sanções em Direito Administrativo e a LINDB. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 9786555183368.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions**. Bruxelas, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327>. Acesso em: 15 jul. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the award of concession contracts**. 20 dez. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0897>. Acesso em: 6 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/23>. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Oitava Seção). **Caso C-549/14**. REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Højesteret (Supreme Court, Denmark), made by decision of 27 November 2014, received at the Court on 2 December 2014, in the proceedings. Relatoria: A. Calot Escobar, 07 de setembro de 2016. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=413731>. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Seção). **Caso C-298/15**. REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supreme Court, Lithuania), made by decision of 12 June 2015, received at the Court on 18 June 2015, in the proceedings. Relatoria: M. Aleksejev, Administrator, 05 de abril de 2017. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189626&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=409635>. Acesso em: 12 jul. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Commission staff working document**. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and on the impact on the internal market of the exclusions set out in Article 12. Bruxelas, 28 de julho de 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=SWD:2023:267:FIN>. Acesso em: 2 ago. 2023.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/53990>. Acesso em: 12 jul. 2023.

VITA, Pedro Henrique Braz de; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Uma análise crítica da relicitação na Lei nº 13.448/2017. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, ano 12, n. 22, p. 39-49, set. 2022/fev. 2023.

XIONG, Wei; ZHANG, Xueqing. Concession Renegotiation Models for Projects Developed through Public-Private Partnerships. **Journal of construction engineering and management**, v. 140, n. 5, maio 2014. DOI: 10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0000843. Disponível em: <https://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%29CO.1943-7862.0000843>. Acesso em: 29 nov. 2023.

ZHANG, Xueqing; XIONG, Wei. Renegotiation and Early-Termination in Public Private Partnerships. **International Journal of Architecture, Engineering and Construction**, v. 4, n. 4, p. 203-212, dez. 2015. DOI: 10.7492/IJAEC.2015.021. Disponível em: <https://repository.hkust.edu.hk/ir/Record/1783.1-78559>. Acesso em: 29 nov. 2023.

## APÊNDICE A – ANTEPROJETO DE LEI

### PROJETO DE LEI Nº, DE 2023

Acrescenta o inciso VI ao artigo 2º, o art. 2º-A, altera o artigo 23, bem como acrescenta os artigos 28-B, 28-C e 28-D, na Lei nº 8.987/1995; altera o art. 3º da Lei 11.079/2004

Art. 1º A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Capítulo VI

DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Seção I – Das normas gerais

Art. 2º ..... :

V – valor estimado do contrato de concessão – somatório das receitas tarifárias e não tarifárias estimadas para todo o prazo da concessão, descontadas a uma taxa apropriada, de acordo com a metodologia especificada pelo poder concedente;

VI – natureza global da concessão - especificação contratual em que se delinea o núcleo do contrato que não poderá ser alterado ao longo da vigência contratual, conforme definido no Contrato de Concessão.

Art. 2º-A. Toda concessão de serviços públicos pressupõe a transferência para o concessionário ou permissionário dos riscos ordinários de exploração associados à demanda e/ou à oferta, atrelados ao objeto do serviço, nos termos da matriz de riscos prevista no respectivo Contrato de Concessão.

§ 1º Considera-se que o concessionário ou permissionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, o arranjo contratual não prevê garantia de que haja recuperação dos investimentos efetuados ou das despesas suportadas no âmbito da exploração do serviço.

§ 2º Os riscos transferidos para o concessionário ou permissionário envolverão uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, de forma que não existirá garantia de que o concessionário ou permissionário poderá recuperar os investimentos e custos envolvidos no contrato, no qual perdas potenciais significantes possam ocorrer.

Art. 23.....

II - cláusulas de revisão ou de opções a serem exercidas por uma das partes, com a definição clara do escopo e natureza e ainda as condições que permitam sua utilização ao longo da execução do contrato;

....

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura

alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, bem como as hipóteses que permitem modificações da concessão durante a sua execução que não exijam um novo procedimento de licitação da concessão, observado o disposto no art. 28-B e 28-C desta lei;

....

XII – as condições para que sejam feitas adaptações da concessão que se tornem necessárias devido a dificuldades surgidas durante a utilização ou a manutenção do ativo, bem como para a prorrogação antecipada ou ao término do contrato;

...

XVI - o valor estimado do contrato.

§1º As modificações da concessão que resultem em alteração do valor do contrato de baixo impacto até os níveis estabelecidos no art. 28-B serão permitidos sem necessidade de abertura de procedimento visando a extinção do contrato.

§ 2º O contrato poderá prever quais investimentos poderão ser suspensos em casos de dificuldades técnicas comprovadas e quais intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade do serviço público.

§3º O contrato poderá prever mecanismos de boas práticas voltadas para lidar com a incapacidade de o concessionário realizar investimentos ou cumprir cláusulas contratuais diante de circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis, de modo a delimitar a assunção de riscos pelo concessionário.

## Seção II – Das modificações do contrato de concessão

Art. 28-B. As concessões podem ser modificadas sem que se implique na necessidade de novo procedimento licitatório, em qualquer dos seguintes casos:

I - quando as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão ou de opções contratuais que possam ser exercidas a critério do concessionário, e desde que tais cláusulas declarem o escopo e natureza das possíveis mudanças ou opções exercíveis de forma clara, precisa e inequívoca.

II - se houver a necessidade de obras ou serviços adicionais que não tenham sido incluídos na concessão inicial, e desde que a mudança do concessionário:

- a) não possa ser efetuada por razões econômicas ou técnicas, como requisitos de intercambialidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes adquiridas ao abrigo da concessão inicial; e
- b) seja considerada objetivamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para o poder concedente, sempre de forma motivada.

1 - em qualquer caso, os valores incrementais não devem exceder a 50% do valor estimado da concessão original;

2 – nos casos em que haja modificações sucessivas ao longo da concessão com base no disposto neste inciso, a limitação prevista no item anterior será considerada para cada caso individualmente, desde que não tenha por objeto contornar a aplicação do disposto nesta seção.

III - se se verificarem todas as seguintes condições:

a) a necessidade de modificação decorra de circunstâncias que não poderiam ser previstas anteriormente como resultado de uma avaliação diligente realizada pelo poder concedente;

b) a modificação não altera a natureza global da concessão;

c) o aumento dos valores não ultrapassa 50% do valor da concessão original.

IV – quando uma nova concessionária substituir, direta ou indiretamente, a concessionária que iniciou a execução do contrato, como consequência de uma das seguintes situações:

a) aplicação de cláusula de revisão ou exercício de opção contratual inequívoca, em conformidade com as exigências especificadas no inciso I do art. 28-B;

b) sucessão universal ou parcial da concessionária inicial, como resultado de operações de reestruturação empresarial, incluindo (mas não se limitando a) oferta pública de ações, operações de fusão e aquisição de outras companhias, ou de uma insolvência, para outro concessionário que atenda os critérios de habilitação originais, e desde que não sejam criadas concomitantemente outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação das regras estabelecidas nesta seção; ou

c) o poder concedente poderá, durante a transição entre concessionárias, em caráter excepcional, assumir as obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes que se façam necessárias à manutenção da continuidade do serviço pelo prazo que se fizer necessário;

V- se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais, nos termos do art. 28-C.

VI- se os valores a serem modificados são inferiores a 10% do valor da concessão, e desde que atendidos os seguintes requisitos:

a) a modificação não altere a natureza global da concessão;

b) no caso de modificações sucessivas com base neste inciso, sejam elas avaliadas cumulativamente para fins de atendimento ao percentual máximo estipulado na alínea anterior.



Art. 28-C. Uma alteração do contrato de concessão será considerada substancial sempre que tornar a concessão materialmente diferente daquela originalmente contratada entre as partes.

I – Sem prejuízo ao disposto no art. 28-B, uma modificação é considerada substancial caso verificada uma das seguintes condições<sup>129</sup>:

a) a modificação muda o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da concessionária de uma forma não prevista originalmente no contrato; ou

b) a modificação aumenta ou reduz consideravelmente o escopo da concessão, seja quanto ao seu objeto ou quanto ao seu prazo.

Art. 28-D. O Termo Aditivo de renegociação de que trata esta Lei deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União juntamente com todos os documentos e informações que motivaram a renegociação.

Parágrafo primeiro. O Termo Aditivo poderá conter cláusula de eficácia vinculando sua vigência à manifestação final do Tribunal de Contas da União, o que neste caso deverá ocorrer no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.

Parágrafo segundo. Transcorrido o prazo de que trata o parágrafo primeiro sem que tenha havido a manifestação conclusiva do Tribunal de Contas da União e havendo cláusula de eficácia, o Termo Aditivo de renegociação passará a vigor no primeiro dia útil subsequente ao prazo previsto no parágrafo primeiro.

Art. 2º A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se lhes adicionalmente o disposto nos arts. 2, 2-A, 21, 23, 28-B, 28-C, 28-D, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **JUSTIFICATIVA**

A legislação atual que rege o tema do direito dos contratos de concessão (especialmente a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2004) serviu adequadamente ao seu propósito e sustentou uma ampla gama de programas governamentais nas

---

<sup>129</sup> Além dessas condições, em regra, a norma europeia considera como substancial a troca do concessionário, requerendo, em regra, um novo procedimento competitivo (Artigo 43 (4) (d)).

diversas esferas de governo, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Todavia, o tempo e a complexidade das contratações públicas mais atuais demonstram a necessidade de sua revisão.

Com efeito, o tema da infraestrutura é bastante dinâmico e multifacetado, a exigir do gestor público a adoção de mecanismos contratuais e regulatórios sempre mais modernos, tendo o objetivo de realizar o interesse público, mas igualmente atrair investimentos com a máxima segurança jurídica possível e ainda permitir a atualização, modernização e aprimoramento da legislação hoje em vigor sobre concessões e infraestrutura.

Na ideia de permitir a mutabilidade dos contratos de longo prazo, bem como dirimir conflitos deles emergentes com o passar de sua vigência, não há dúvida de que houve um fracionamento da legislação que se estruturou a partir de vários mecanismos. Essa relativa desintegração da unidade do tratamento legal é um dos fatores estruturantes da insegurança jurídica no tema, tendo em vista que as regras e procedimentos não foram imaginados dentro de um senso de unidade e sistematicidade. É evidente que essa falta de unidade trouxe confusão na interpretação dessas várias leis, criando incentivos perversos e ineficazes para a estabilidade jurídica e para a celeridade de alterações necessárias aos concessionários de boa fé.

O PL, nessa linha, tentar caminhar e resolver a grande parte dessas questões, a começar por exigir regras claras, objetivas e uniformes sobre os limites para alteração de contratos de concessão. A existência de balizas objetivas proporciona maior segurança jurídica aos concessionários.

Os contratos de concessão normalmente envolvem complexos mecanismos técnicos e financeiros a longo prazo que estão muitas vezes sujeitos a circunstâncias variáveis. É por conseguinte necessário clarificar as condições em que podem ser feitas as modificações de uma concessão durante a sua execução, permitindo objetivamente alterações quantitativas nos contratos sem que haja a necessidade de se promover um novo procedimento licitatório.

As modificações da concessão que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado nível desse valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de concessão.

O presente projeto introduz na legislação balizas objetivas entre as quais não é necessário um novo procedimento licitatório.

As autoridades e concessionárias podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram a concessão, em especial quando a sua execução abrange um maior período de tempo. Nesses casos, é necessário ter flexibilidade para adaptar a concessão a essas circunstâncias. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a circunstâncias que não podiam ter sido previstas, apesar de a autoridade ou entidade contratante ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível.

Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de concessão, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado. No caso de concessões adjudicadas para efeitos de prosseguir uma atividade diferente, o aumento dos valores não poderá ultrapassar 50 % do valor da concessão original. Quando forem realizadas diversas modificações sucessivas, essa limitação aplicar-se-á ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não poderão ter por objetivo contornar as disposições da presente diretiva.

Deverá ser dada às autoridades e entidades adjudicantes a possibilidade de preverem modificações da concessão através de cláusulas de revisão ou opção, mas estas cláusulas não deverão dar-lhes um poder de apreciação ilimitado.

Deverá, por conseguinte, ser especificado que, em cláusulas de revisão previstas contratualmente e redigidas de forma suficientemente clara, poderão ser previstas situações, condições e regras para se promover as alterações.

Também deverá ser possível, em cláusulas suficientemente claras, prever as adaptações da concessão que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção. Convém também recordar que as concessões poderão, por exemplo, incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público.

**APÊNDICE B – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA  
2014/23/EU ÀS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS NO BRASIL<sup>130</sup>**

**Tabela 1** – limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões aeroportuárias no Brasil

<b>Aeroporto</b>	<b>Valor do contrato (em R\$ milhões)</b>	<b>Limite para obras/serviços adicionais<sup>131</sup></b>	<b>% Capex<sup>132</sup></b>	<b>Limite para alterações imateriais<sup>133</sup></b>	<b>% Capex</b>
<i>Natal/RN</i>	650	325,0	53%	65,0	11%
<i>Guarulhos/SP</i>	17.697	8.848,5	171%	1.769,7	34%
<i>Brasília/DF</i>	5.335	2.667,5	97%	533,5	19%
<i>Viracopos/SP</i>	12.984	6.492,0	65%	1.298,4	13%
<i>Galeão/RJ</i>	12.953	6.476,5	163%	1.295,3	33%
<i>Confins/MG</i>	5.117	2.558,5	103%	511,7	21%
<i>Fortaleza/CE</i>	3.503	1.751,5	183%	350,3	37%
<i>Salvador/BA</i>	4.561	2.280,5	134%	456,1	27%
<i>Florianópolis/SC</i>	2.269	1.134,5	118%	226,9	24%
<i>Porto Alegre/RS</i>	4.239	2.119,5	121%	423,9	24%
<i>Bloco Nordeste</i>	5.781	2.890,5	134%	578,1	27%
<i>Bloco Sudeste</i>	1.579	789,5	225%	157,9	45%
<i>Bloco Centro-Oeste</i>	1.433	716,5	93%	143,3	19%
<i>Bloco Sul</i>	7.452	3.726,0	130%	745,2	26%
<i>Bloco Central</i>	3.559	1.779,5	99%	355,9	20%
<i>Bloco Norte</i>	3.634	1.817,0	123%	363,4	25%
<i>Bloco SP/MS/PA/MG</i>	11.609	5.804,5	134%	1.160,9	27%
<i>Bloco Aviação Geral</i>	1.710	855,0	201%	171,0	40%
<i>Bloco Norte II</i>	1.932	966,0	176%	193,2	35%

<sup>130</sup> Valores arredondados para cima sempre que o algarismo da primeira casa decimal foi superior a 5.

<sup>131</sup> 50% do valor original da concessão.

<sup>132</sup> Valor do limite referencial em relação ao capex estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o capex consolidado, ou seja, englobando capex de desenvolvimento bem como capex de manutenção.

<sup>133</sup> Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao capex estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/2023/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato - considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

<b>Aeroporto</b>	<b>Valor do contrato (em R\$ milhões)</b>	<b>Limite para obras/serviços adicionais<sup>131</sup></b>	<b>% Capex<sup>132</sup></b>	<b>Limite para alterações imateriais<sup>133</sup></b>	<b>% Capex</b>
Natal/RN (Relicitação)	1.328	664,0	231%	132,8	46%
Viracopos/SP (Relicitação)	13.366	6683,0	165%	1336,6	33%
<b>Mediana</b>			121%		24%
<b>Desvio-padrão</b>			33%		7%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de capex estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>. Acesso em: 21 jul. 2023.

**APÊNDICE C – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA  
2014/23/EU ÀS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS NO BRASIL**

**Tabela 2** – limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões rodoviárias no Brasil

<i>Rodovia</i>	Valor do contrato <sup>134</sup> (em R\$ milhões)	Limite para obras/serviços adicionais <sup>135</sup>	% Capex <sup>136</sup>	Limite para alterações imateriais <sup>137</sup>	% Capex
<i>Autopista Fernão Dias</i>	5730	2865,0	213%	573,0	43%
<i>Autopista Fluminense</i>	4.009	2004,5	190%	400,9	38%
<i>Autopista Litoral Sul</i>	5.484	2742,0	199%	548,4	40%
<i>Autopista Planalto Sul</i>	3.219	1609,5	219%	321,9	44%
<i>Autopista Régis Bittencourt</i>	7.529	3764,5	198%	752,9	40%
<i>CCR Via Costeira</i>	11.573	5786,5	199%	1157,3	40%
<i>Ecoponte</i>	6.331	3165,5	247%	633,1	49%
<i>Ecovias do Araguaia</i>	25.232	12616,0	173%	2523,2	35%
<i>EcoRioMinas</i>	43.189	21594,5	197%	4318,9	39%
<i>Ecosul</i>	333	166,5	251%	33,3	50%
<i>Ecovias do Cerrado</i>	8.267	4133,5	201%	826,7	40%
<i>CCR RioSP</i>	59.350	29675,0	181%	5935,0	36%
<i>Rodovia do Aço</i>	2.391	1195,5	219%	239,1	44%
<b>Mediana</b>			<b>199%</b>		<b>40%</b>

<sup>134</sup> Nos casos em que os contratos não atribuíam um valor referencial, utilizou-se a somatória em valores correntes das receitas ao longo do período da concessão constante dos estudos de viabilidade ou da proposta comercial da proponente vencedora da Licitação.

<sup>135</sup> 50% do valor original da concessão.

<sup>136</sup> Valor do limite referencial em relação ao capex estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o capex consolidado, ou seja, englobando capex de desenvolvimento bem como capex de manutenção.

<sup>137</sup> Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao capex estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/2023/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato (com exceção da concessão da Ecosul) - considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

<i>Rodovia</i>	<b>Valor do contrato<sup>134</sup> (em R\$ milhões)</b>	<b>Limite para obras/serviços adicionais<sup>135</sup></b>	<b>% Capex<sup>136</sup></b>	<b>Limite para alterações imateriais<sup>137</sup></b>	<b>% Capex</b>
<b><i>Desvio-padrão</i></b>			23%		5%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de *capex* estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes>. Acesso em: 21 jul. 2023.

**APÊNDICE D – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA  
2014/23/EU ÀS CONCESSÕES FERROVIÁRIAS NO BRASIL**

**Tabela 3** – Limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões ferroviárias no Brasil

<i>Ferrovias</i>	Valor do contrato <sup>138</sup> (em R\$ milhões)	Limite para obras/serviços adicionais <sup>139</sup>	% <i>Capex</i> <sup>140</sup>	Limite para alterações imateriais <sup>141</sup>	% <i>Capex</i>
<i>MRS Logística</i>	5730	2865,0	213%	573,0	43%
<b>Mediana</b>			199%		40%
<b>Desvio-padrão</b>			23%		5%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de *capex* estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>138</sup> Nos casos em que os contratos não atribuíam um valor referencial, utilizou-se a somatória em valores correntes das receitas ao longo do período da concessão constante dos estudos de viabilidade ou da proposta comercial da proponente vencedora da Licitação.

<sup>139</sup> 50% do valor original da concessão.

<sup>140</sup> Valor do limite referencial em relação ao *capex* estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o *capex* consolidado, ou seja, englobando *capex* de desenvolvimento bem como *capex* de manutenção.

<sup>141</sup> Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao *capex* estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/2023/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato - considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.



## APÊNDICE E – PROCESSOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TCU

**Quadro 2 – Processos de solução consensual no TCU**

<b>Processos</b>	<b>Relator</b>	<b>Objeto / Empresa</b>	<b>Setor</b>
<b>000.853/2023-2</b>	A sortear <sup>142</sup>	Devolução de trechos ferroviários e respectivo cálculo de indenização / Rumo Malha Paulista	Ferrovias
<b>000.855/2023-5</b>	A sortear	Atualização do Caderno de Obrigações / Rumo Malha Paulista	Ferrovias
<b>006.223/2023-0</b>	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Rovema Energia S.A	Energia
<b>006.248/2023-3</b>	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Ambar Energia S.A.	Energia
<b>006.250/2023-8</b>	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Tradener Serviços em Energia LTDA.	Energia
<b>006.252/2023-0</b>	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Termelétrica Viana S.A. - Linhares Geração S.A. - Povoação Energia S.A.	Energia
<b>006.253/2023-7</b>	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Karpowership Brasil Energia LTDA.	Energia
<b>006.448/2023-2</b>	A sortear	Obrigações de investimento para adequação do sistema de pista do Aeroporto de Cuiabá / Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A.	Aeroportos
<b>006.449/2023-9</b>	A sortear	Construção da segunda pista de pouso no Aeroporto de Confins (MG) / Concessionária do Aeroporto de Confins S/A.	Aeroportos
<b>020.662/2023-8</b>	A sortear	Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).	Telecom

Fonte: elaboração própria.

<sup>142</sup> Nos termos do art. 9º da Instrução Normativa-TCU nº 91/2022, o Relator, em regra, só é sorteado apenas após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de solução consensual apresentada.

## APÊNDICE F – COMPARATIVO DE PRÓS E CONTRAS DAS VIAS CONSENSUAIS

**Quadro 3** – Comparativo de prós e contras das vias consensuais

Via	Pró	Contra
Arbitragem	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Especialização dos árbitros no assunto</li> <li>✓ Celeridade em face da judicialização do conflito</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Falta de celeridade em comparação com a resolução de conflitos no âmbito do próprio Poder Concedente</li> <li>✓ Altos custos processuais</li> </ul>
Mediação no TCU (Secex Consenso)	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Diminuição dos custos de transação e assimetria de informações junto ao órgão regulador</li> <li>✓ Diminuição do tempo total da resolução do conflito em comparação com a atuação do tribunal em sede de controle <i>ex post</i>.</li> <li>✓ Maturidade das unidades técnicas em matéria de controle de concessões de serviços públicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Fomento ao controle <i>ex ante</i></li> <li>✓ Desincentivo ao uso de câmaras de mediação e arbitragem como a do âmbito da AGU;</li> <li>✓ Falta de experiência do órgão em matéria de mediação na resolução de conflitos</li> <li>✓ Inexistência de precedentes para se analisar a qualidade do processo de mediação pretérito</li> </ul>
Relicitação	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Diminuição de desgaste para as partes em comparação com eventual caducidade da concessão</li> <li>✓ Manutenção de serviço público, mesmo que em condições mínimas</li> <li>✓ Consiste em uma alternativa viável diante de situação real de anormalidade que gera a inviabilidade contratual a ponto de impactar premissas e diretrizes regulatórias a serem aplicadas e a própria modelagem do ajuste;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Abertura excessiva da lei de relicitações para as hipóteses</li> <li>✓ Incentivo a comportamentos oportunistas das concessionárias</li> <li>✓ Existência de lacunas quanto à limitação das prorrogações dos termos aditivos celebrados entre o poder concedente e o concessionário que entrega a concessão</li> <li>✓ Insegurança jurídica em relação à quantificação das indenizações</li> </ul>
TAC	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Instrumento de correção mais célere e legítimo, haja vista que o concessionário infrator participa da construção da proposta negociada;</li> <li>✓ Agência pode melhor direcionar seus recursos, diminuindo o dispêndio de tempo na apuração e responsabilização das infrações</li> <li>✓ Atuação mais célere na identificação e correção de outras infrações de outras prestadoras</li> <li>✓ Oportunidade de direcionamento de investimentos, pois o poder público pode exigir contrapartidas não anteriormente previstas às novas condições do acordo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Risco de captura da agência reguladora</li> <li>✓ Falta de força cogente do instrumento em alguns aspectos</li> <li>✓ Limitação do escopo apto a integrar o TAC</li> </ul>

Fonte: elaboração própria.

## APÊNDICE G – PROCESSOS ENVOLVENDO APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RELICITAÇÃO NO TCU

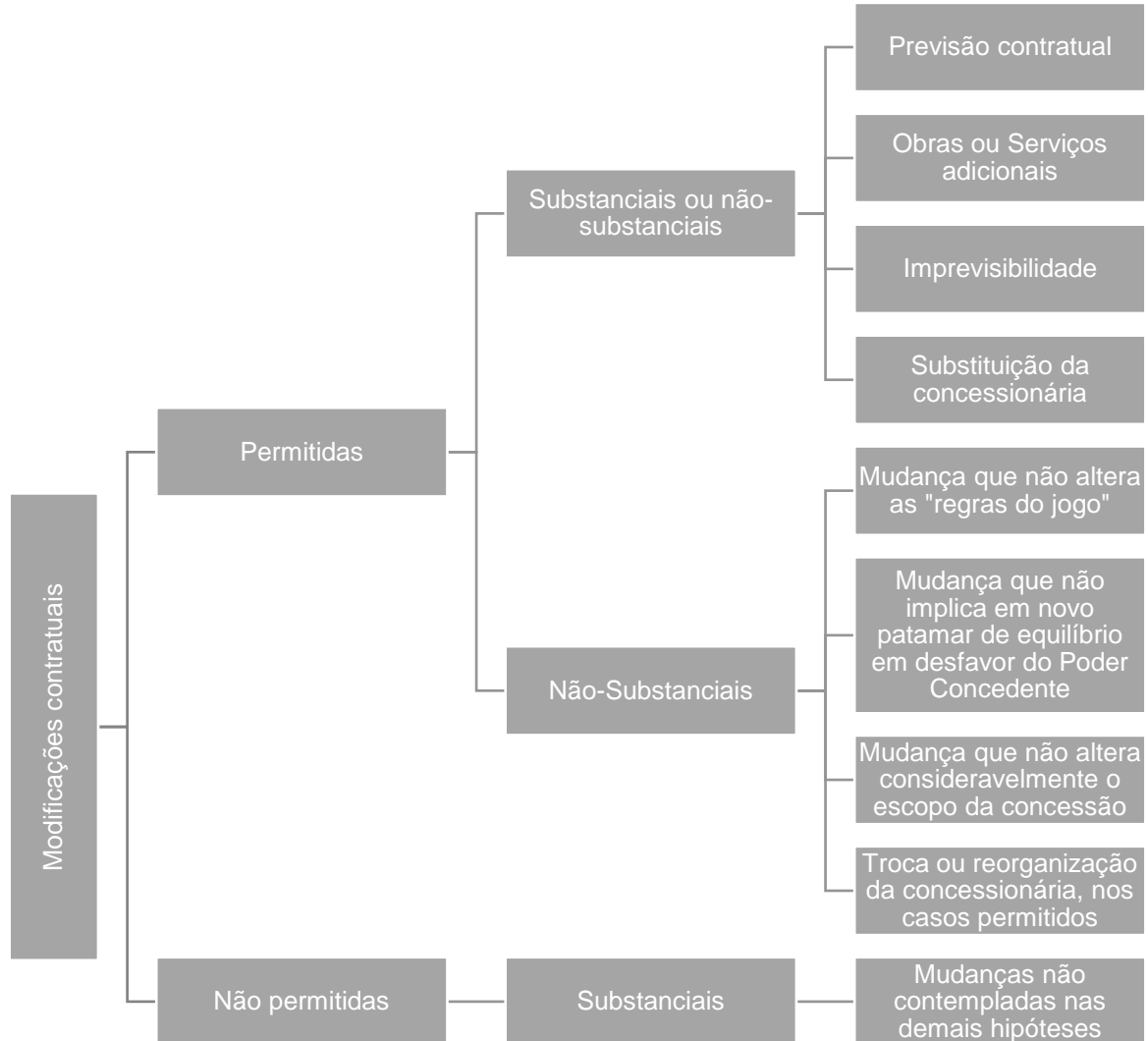
**Quadro 4** – Processos envolvendo aplicação do instituto da relicitação no TCU

Processo	Relator	Ativo	Setor
008.508/2020-8	JORGE OLIVEIRA	BR-040/DF/GO/MG - Trecho Brasília-DF - Juiz de Fora-MG	Rodoviário
009.470/2020-4	VITAL DO RÊGO	Aeroporto de Viracopos (VCP) instaurado pela ANAC	Aeroportuário
028.391/2020-9	AROLDO CEDRAZ	Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/RN (SBSG)	Aeroportuário
016.420/2021-7	AROLDO CEDRAZ	BR-163/MS - trecho entre a divisa com o estado do Mato Grosso e a divisa com o Paraná.	Rodoviário
005.373/2022-0	WALTON ALENCAR RODRIGUES	BR-060/153/262/DF/GO/MG.	Rodoviário
007.850/2023-9	AROLDO CEDRAZ	Conhecer e a avaliar a continuidade do processo de relicitação da Ferrovia Malha Oeste - trecho ferroviário com extensão total de 1.625,30 km e que intercepta os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul.	Ferrovário
008.877/2023-8	VITAL DO RÊGO	Relicitação nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário	Diversos
009.697/2023-3	AROLDO CEDRAZ	Relicitação da Malha Oeste	Ferrovário
014.498/2023-5	AUGUSTO NARDES	Relicitação do aeroporto do Galeão/RJ	Aeroportuário

Fonte: elaboração própria.

## APÊNDICE H – VISÃO GERAL ESQUEMÁTICA DA TIPOLOGIA DAS MODIFICAÇÕES CONTRATUAIS

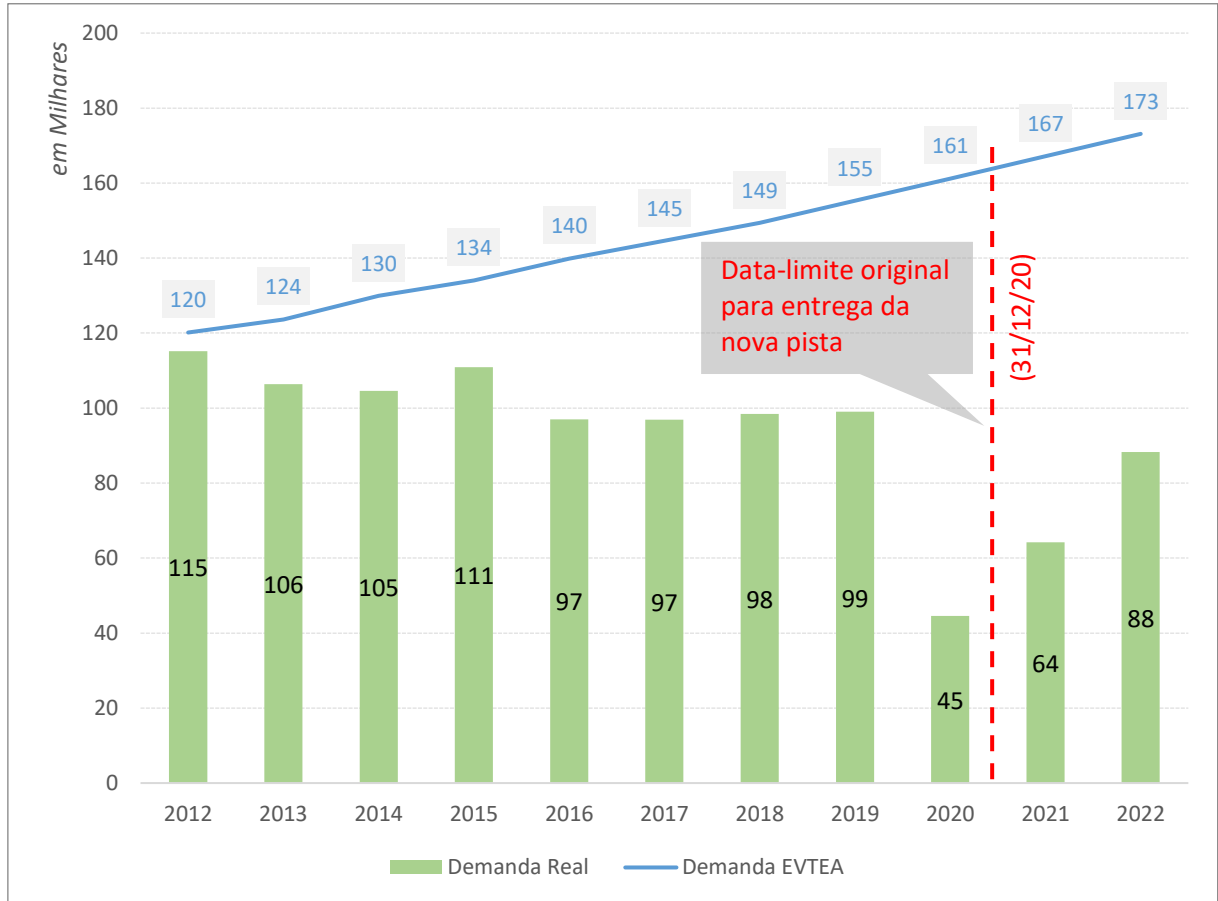
**Figura 1** – Visão geral esquemática da tipologia das modificações contratuais



Fonte: elaborado pelos autores.

## APÊNDICE I – COMPARATIVO ENTRE DEMANDA ESTIMADA E DEMANDA EFETIVADA NO AEROPORTO DE CONFINS

**Gráfico 1** – Comparativo entre demanda estimada e demanda efetivada no aeroporto de confins



Fonte: elaboração própria, a partir de dados consultados no Portal Hórus/SAC, disponível em: <https://horus.labtrans.ufsc.br/gerencial>. Acesso em: 7 ago. 2023.

## APÊNDICE J – ESTIMATIVAS DE CRESCIMENTO DA MOVIMENTAÇÃO ANUAL DE AERONAVES NO AEROPORTO DE CONFINIS

**Tabela 4** – Estimativas de crescimento da movimentação anual de aeronaves no aeroporto de confins

<b>Ano</b>	<b>Movimentos</b>
<b>2023</b>	99.029 <sup>143</sup>
<b>2024</b>	102.198
<b>2025</b>	105.468
<b>2026</b>	108.843
<b>2027</b>	112.326
<b>2028</b>	115.921
<b>2029</b>	119.630
<b>2030</b>	123.458
<b>2031</b>	127.409
<b>2032</b>	131.486
<b>2033</b>	135.694
<b>2034</b>	140.036
<b>2035</b>	144.517
<b>2036</b>	149.141
<b>2037</b>	153.914
<b>2038</b>	158.839
<b>2039</b>	163.922
<b>2040</b>	169.168
<b>2041</b>	174.581
<b>2042</b>	180.168
<b>2043</b>	185.933
<b>2044<sup>144</sup></b>	191.883
<b>2045</b>	198.023
<b>2046</b>	204.360
<b>2047</b>	210.899
<b>2048</b>	217.648
<b>2049<sup>145</sup></b>	224.613

Fonte: Elaboração própria

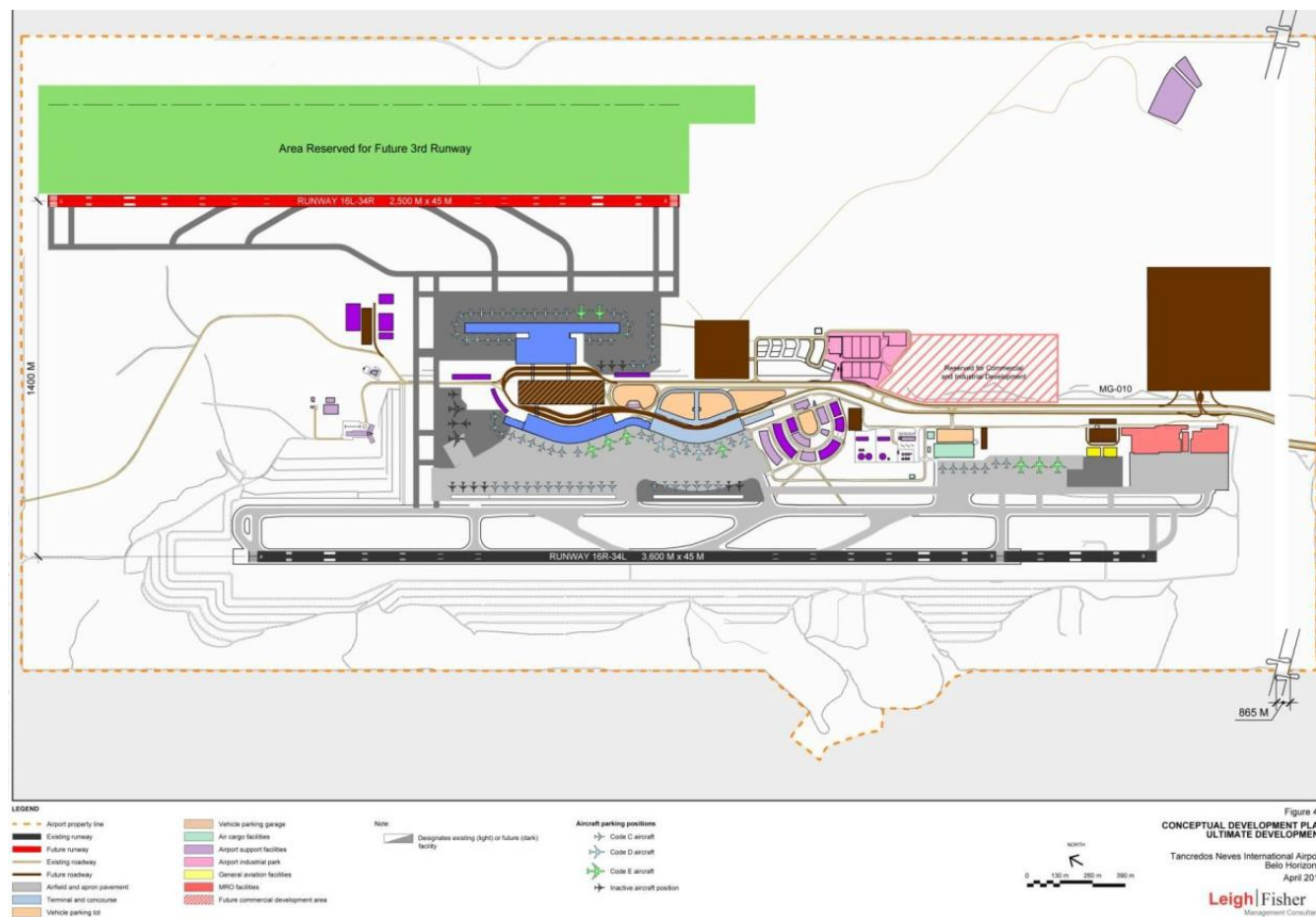
<sup>143</sup> Equivalente à demanda pré-Covid (ano de 2019), segundo dados do portal Hórus/SAC.

<sup>144</sup> Último ano previsto de contrato.

<sup>145</sup> Prazo final, se considerada a extensão contratual de prazo de até cinco anos.

## ANEXO I – PLANO CONCEITUAL DE DESENVOLVIMENTO – IMPLANTAÇÃO FINAL DO AEROPOTO DE CONFINS (2043)

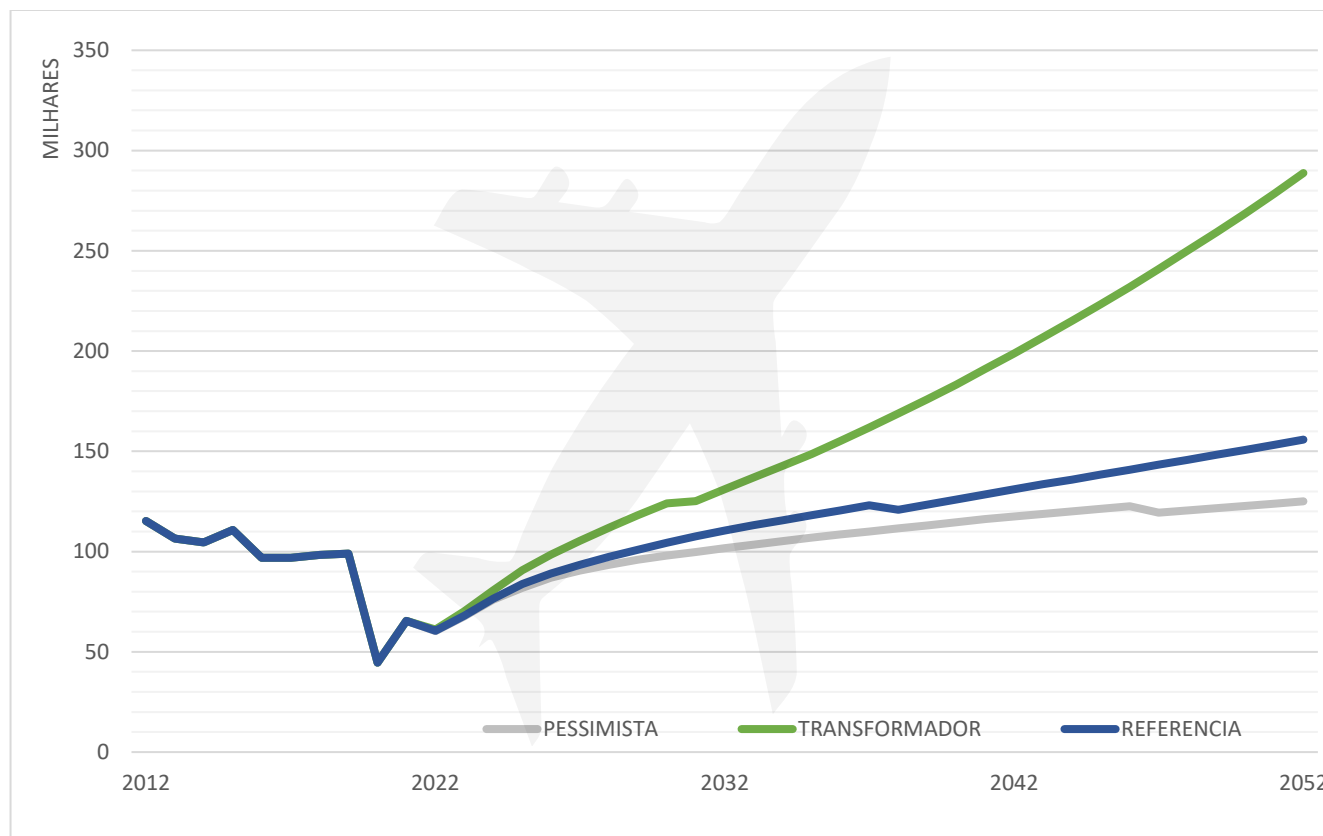
Figura 2 – Plano conceitual de desenvolvimento – Implantação final do Aeroporto de Confins (2043)



Fonte: EBP, 2013.

## ANEXO II – PROJEÇÕES DE MOVIMENTAÇÃO ANUAL DE AERONAVES NO AEROPORTO DE CONFINS (2012-2042)

**Gráfico 2** – Projeções de movimentação anual de aeronaves no Aeroporto de Confins (2012-2042)



Fonte: Apêndice I (Parte 1) do PAN 2022 (adaptado pelos autores). Disponível em:

<https://www.gov.br/participamaisbrasil/plano-aeroviario-nacional-2022>. Acesso em: 7 ago. 2023





PRÊMIO  
MINISTRO GUILHERME PALMEIRA

2023

2º LUGAR  
TRIBUNAIS DE CONTAS

VALIDADE JURÍDICA DO MODELO  
CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS:  
REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA DO  
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE  
MATO GROSSO

FLAVIA BORTOT SCARDINI



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



FLAVIA BORTOT SCARDINI

**VALIDADE JURÍDICA DO MODELO CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS:  
REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
DE MATO GROSSO**

2023

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da validade jurídica da adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos nos Tribunais de Contas, a partir da experiência do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE/MT). Pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: quais são os requisitos mínimos de validade a serem observados na celebração de acordos administrativos e as fragilidades e potencialidades da Mesa Técnica instituída no TCE/MT para a solução de conflitos administrativos. Para tanto, o estudo analisou a legislação federal, a mato-grossense e a doutrina que alicerça a atuação administrativa consensual, além dos requisitos mínimos de validade para a celebração de acordos administrativos. Ao final, foram apresentados os requisitos de finalidade, objeto, motivação, forma e eficácia para a celebração de acordos administrativos e concluiu-se que a Mesa Técnica é uma ferramenta adequada, com grande potencial para a resolução de conflitos, em especial de problemas estruturais, que envolvam a avaliação de políticas públicas e matérias de competência concorrente entre os entes federativos. Todavia, constatou-se que a resolução normativa que a regulamenta carece de melhor estruturação para contemplar todos os requisitos de validade, bem como procedimentos diversos para tratar os casos em que o objeto da Mesa for estabelecer consenso sobre temas e interpretação de normas, solucionar irregularidades e situações contenciosas, e problemas estruturais.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas; mesa técnica; acordos administrativos; requisitos.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to study the legal validity of the adoption of consensual methods of conflict resolution in the Courts of Auditors, based on the experience of the Court of Auditors of the State of Mato Grosso (TCE/MT). It is intended to answer the minimum validity requirements to be observed in the celebration of administrative agreements and the weaknesses and potential of the Technical Board established in the TCE/MT for the solution of administrative conflicts. Therefore, the study analyzed the federal and Mato Grosso legislation and the doctrine that underpins the consensual administrative action and the minimum validity requirements for the celebration of administrative agreements. In the end, the requirements of purpose, object, motivation, form and effectiveness for the conclusion of administrative agreements were presented and it was concluded that the Technical Board is an adequate tool, with great potential for conflict resolution, especially structural problems, which involve the evaluation of public policies and matters of concurrent competence between the federative entities. However, it was found that the normative resolution that regulates it lacks better structure to contemplate all the validity requirements, as well as different procedures to deal with cases in which the object of the Panel is to establish consensus on themes and interpretation of norms, resolve irregularities and contentious situations, and structural problems.

**Keywords:** Court of Auditors; technical table; administrative agreements; requirements.

## LISTA DE ABREVIATURAS

CE/MT	Constituição do Estado de Mato Grosso
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1998
CMC	Centro de Mediação e Conciliação
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPJUR	Comissão Permanente de Normas e Jurisprudência
CPC	Código de Processo Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOTCE/MT	Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
RITCE/MT	Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso
SNJUR	Secretaria de Normas e Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TAG	Termo de Ajustamento de Gestão
TCE/MT	Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso
UPF/MT	Unidade Padrão Fiscal de Mato Grosso

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2. MICROSSISTEMA NORMATIVO CONSENSUAL .....</b>	<b>8</b>
<b>3. COMPATIBILIDADE ENTRE A CONSENSUALIDADE E OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO .....</b>	<b>16</b>
<b>4. REQUISITOS MÍNIMOS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>20</b>
<b>5. INSTRUMENTOS CONSENSUAIS PREVISTOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO TRIBUNAL DE CONTAS DE MATO GROSSO .....</b>	<b>24</b>
<b>6. REFLEXÕES SOBRE AS FRAGILIDADES E POTENCIALIDADES DA FERRAMENTA .....</b>	<b>29</b>
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>36</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As competências outorgadas pela Constituição da República (CF/88) aos Tribunais de Contas para promoverem a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes da federação, avaliando a legalidade, a legitimidade e a economicidade os inserem no centro de diversos conflitos na Administração Pública.

O alto volume de recursos envolvidos e o objeto dessas fiscalizações relevam conflitos complexos, cuja resolução nem sempre é célere e demanda a conciliação de objetivos e interesses, especialmente diante de problemas estruturais que envolvem a avaliação da efetividade da execução de políticas públicas.

A utilização de ferramentas consensuais nos processos de controle externo dos Tribunais de Contas pode contribuir para a resolução mais adequada e eficiente dos conflitos administrativos que são submetidos a sua apreciação, até mesmo com economia de recursos públicos.

Nesse sentido, em 23 de novembro de 2021, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE/MT) aprovou a Resolução Normativa nº 12/2021, que instituiu a Mesa Técnica, com a finalidade de promover o consensualismo, a eficiência e o pluralismo na solução de temas controvertidos relacionados à Administração Pública e ao controle externo.

De acordo com a normativa, as hipóteses de cabimento da Mesa Técnica não são taxativas, sendo um ambiente estabelecido para a construção de consenso sobre temas e normas afetas ao controle externo, solução de matéria controvertida em processo de fiscalização, apoio à construção de solução técnico-jurídica em projetos de interesse dos fiscalizados que possam atrair a competência fiscalizatória da Corte de Contas, além de mediação da autocomposição entre a Administração Pública e particulares, quando já houver vínculo entre as partes formalizado em contratos ou instrumentos congêneres.

A ferramenta inovadora, inspirada na experiência histórica do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM/SP), potencializou o uso da consensualidade existente de forma tímida no Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), adotado há anos por muitos Tribunais de Contas brasileiros.

A adoção de métodos consensuais para a solução de conflitos no âmbito da Administração Pública brasileira sedimentou-se a partir da releitura dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público, bem como se fortificou com a edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que previu a possibilidade de os entes da federação se valerem da autocomposição para a resolução de conflitos administrativos, e do Código de Processo Civil, publicado por intermédio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, cujo artigo 174 incentiva a utilização de métodos de solução consensual de conflitos, até na seara da Administração Pública.

Seguindo essa tendência, a nova lei de licitações e contratos administrativos – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – trouxe um capítulo dedicado exclusivamente aos meios alternativos de resolução de controvérsias. De acordo com o parágrafo único do art. 151, eles serão aplicados às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. O artigo 153 prevê, até mesmo, o aditamento de contratos para permitir a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos.

A partir da edição da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), houve uma grande mudança no ordenamento jurídico, que estabeleceu o permissivo autorizativo genérico à Administração Pública para a celebração de acordos, no artigo 26.

Nesse contexto, o trabalho foi dedicado ao estudo da validade jurídica de adoção do modelo consensual de resolução de conflitos nas Cortes de Contas, a partir da experiência do TCE/MT.

O problema de pesquisa do presente trabalho é, portanto, responder às seguintes questões: Quais os requisitos mínimos de validade a serem observados na celebração de acordos administrativos? A Mesa Técnica pode ser considerada uma ferramenta adequada para a solução de conflitos administrativos nos Tribunais de Contas?

Para tanto, serão apresentados os dispositivos legais consensuais previstos na legislação federal e mato-grossense, que alicerçam a utilização de ferramentas consensuais pela Administração Pública e pelo TCE/MT.

Em seguida, o trabalho se debruçará sobre a compatibilidade da atuação consensual da Administração Pública com os princípios da supremacia e da



indisponibilidade do interesse público, os quais já foram considerados impeditivos do direito de transacionar da Administração Pública.

Com base nessas premissas, serão extraídos os requisitos mínimos de validade para a celebração de acordos administrativos, a partir dos quais será efetuada uma avaliação da ferramenta concebida pelo TCE/MT.

Para o desenvolvimento deste trabalho, partindo-se do problema de pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em livros e trabalhos acadêmicos, bem como de pesquisa documental em legislação, especialmente as pertinentes ao TCE/MT.

## **2. MICROSSISTEMA NORMATIVO CONSENSUAL**

O dispositivo mais antigo de que se tem notícia na legislação federal brasileira acerca da atuação consensual na seara administrativa é o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, cujo artigo 10 previu a possibilidade de efetivação de desapropriação mediante acordo (Justino; Schwanka, 2009, p. 318).

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), muito utilizado pelos Tribunais de Contas, é originário do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211, da Lei nº 8.069/1990), do Código do Consumidor (art. 113, da Lei nº 8.078/1990) e da Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985) que disciplinam a responsabilidade por danos morais e patrimoniais. Nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, o TAC possui eficácia de título executivo extrajudicial e pode ser celebrado pelo Ministério Público, Defensoria Pública, bem como União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista.

Esse instrumento também passou a ser utilizado de forma ostensiva nos órgãos correccionais como uma alternativa ao processo administrativo disciplinar (PAD) e à sindicância, para os casos em que o dano ou extravio de bem público for de pequeno valor. Como exemplo, citam-se as Instruções Normativas nº 4/2009 e 17/2019 da Controladoria-Geral da União.

Em 1994, a Lei nº 8.884, de 11 de junho, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, trouxe, em seu artigo 53, a possibilidade de celebração de termo de compromisso de cessação de prática

sob investigação. A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou a normativa, ratificou as hipóteses de celebração de termo de compromisso (art. 85) e instituiu a celebração de acordos de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 a 2/3 da penalidade aplicável a pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica (art. 86).

Na seara das contratações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, lançou em seu arcabouço a possibilidade de alteração de contratos administrativos e rescisão por acordo das partes (arts. 66 e 79, II). A Lei nº 9.897, de 13 de fevereiro de 1995, estendeu a possibilidade de acordos para as concessões e permissões de prestação de serviços públicos, e a Lei nº 11.079, de dezembro de 2004, ao instituir as parcerias público-privadas, avançou na tendência de uma postura consensual por parte da Administração Pública em suas relações com os particulares. Nesse mesmo sentido, caminhou a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que tratou dos consórcios públicos.

Em 1998, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho, introduziu os contratos de gestão no âmbito da Administração Pública (artigo 37, § 8º), a fim de ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta.

A grande mudança veio em 2015, com a introdução de um novo Código de Processo Civil (CPC), mediante a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e logo em seguida, pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que regulamentou de forma expressa a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

O artigo 174 do CPC estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Pública; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A Lei nº 13.140/2015 trouxe um capítulo dedicado à autocomposição de conflitos de que for parte pessoa jurídica de direito público. Em sintonia com o que foi estabelecido no CPC, o artigo 32 estipula que os entes da federação poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos entre particulares e pessoa jurídica de direito público, como também entre órgãos e entidades da

Administração Pública. O artigo 35 foi categórico e não deixou qualquer dúvida sobre a possibilidade de as controvérsias jurídicas que envolverem a Administração Pública serem objeto de transação.

O artigo 43 da Lei nº 13.140/2015 prevê, ainda, a possibilidade de os órgãos e entidades da Administração Pública poderem criar câmaras para a resolução de conflitos, entre particulares, que versem sobre atividades por eles regulamentadas ou supervisionadas.

A arbitragem foi introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, porém, foi a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que a Administração Pública foi autorizada, de forma expressa, a utilizá-la para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais (art. 1º, § 1º).

Nessa direção, foram introduzidas alterações na Lei do Regime Diferenciado de Contratação, mediante a Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015, que passou a admitir o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos contratos decorrentes dessa lei (art. 44-A).

A legislação avançou com a edição da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de dezembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o artigo 26, o qual previu expressamente a possibilidade de celebração de compromissos, até mesmo como substitutivos de sanção. Confira-se:

Art. 26 Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Para Guerra e Palma (2020, p. 140), o artigo 26 da Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro (LINDB) consubstancia-se no permissivo genérico para a Administração Pública transacionar e inaugura um novo regime jurídico à

consensualidade administrativa, cujas características fundamentais são: propiciar segurança jurídica à celebração de acordos administrativos, a partir do endereçamento de dúvidas jurídicas e distorções em sua prática, e garantir compromissos mais eficientes à sociedade como um todo, e não apenas aos celebrantes, satisfazendo interesses gerais.

Assim, a partir da edição do artigo 26 da LINDB, a autoridade administrativa encontra-se autorizada para firmar termos de compromisso e acordos e, portanto, não há mais que se falar em exigência de edição de lei ou em qualquer outro normativo autorizador. A edição do permissivo genérico não veda, porém, a edição de leis especiais com a finalidade de tratar de instrumentos específicos, a exemplo das mencionadas anteriormente.

Nesse sentido, Peixoto (2021, p. 73) defende o potencial de centro normativo do art. 26 da LINDB ao qual os demais dispositivos devem se reportar para que haja unidade e harmonia na realização de acordos:

em sendo admitida a possibilidade da existência de um microssistema de autocomposição da administração pública, o art. 26 da LINDB tem nítido potencial de atuar como uma espécie de centro normativo ao qual os demais dispositivos se reportam para que haja alguma espécie de unidade e harmonia na realização de acordos. Como se viu no item anterior, há um considerável número de previsões normativas sobre a realização de acordos pelos entes públicos, mas, por diversas vezes, tais dispositivos são lacunosos, apenas prevendo a possibilidade de realização do acordo em relação a um aspecto específico do direito material, ou mesmo remetendo a elaboração de legislação específica. Essa não foi a escolha do novo dispositivo legal, que trata de forma genérica das possibilidades de acordo, mas vai além, impondo requisitos procedimentais que visam a conceder maior segurança a atuação da administração pública no contexto da autocomposição.

Para demonstrar a lógica da atuação do artigo 26 como permissivo genérico, o autor utiliza-se do seguinte caso hipotético:

a título exemplificativo, tem-se a autorização do art. 8º, da Lei 12.153 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública), que permite a celebração de acordos “nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da federação”. Esse artigo parece ter sido revogado pelo art. 26 da LINDB, que altera a relação do poder público com a autocomposição, prevendo, de forma genérica, a possibilidade do acordo, desde que obedecidos os seus requisitos. Assim, seria possível a uma autoridade administrativa a celebração de acordo em processo judicial, desde que satisfeitos os requisitos do art. 26 da LINDB e art. 10 do Decreto 9.830/2019, atuando eventual lei local como eventual limitadora ou disciplinadora para a celebração dos acordos para aquele ente específico. Portanto, haveria uma permissão genérica para a celebração de acordos a partir do art. 26 da LINDB, atuando a lei local como eventual limitadora ao exercício desse poder pelas autoridades administrativas.

Em 2021, houve a edição de uma nova Lei de Licitações. A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, destinou um capítulo para os meios alternativos de resolução de controvérsias. O artigo 151 autoriza a sua utilização nas contratações firmadas pela Administração Pública, notadamente da conciliação, mediação, arbitragem e do comitê de resolução de disputas. O parágrafo único evidencia a possibilidade do uso de soluções consensuais em controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como o restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o inadimplemento de obrigações contratuais e o cálculo de indenizações.

Para reforçar o uso desses mecanismos, o artigo 153 da nova Lei de Licitações possibilitou o aditamento de contratos para permitir a adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias.

Seguindo a direção da consensualidade, o sistema jurídico brasileiro passou a contar com a colaboração premiada e os acordos de não persecução penal e cível, até mesmo em ações de improbidade administrativa, a partir da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime).

O artigo 17 da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para dispor sobre improbidade administrativa, determina que o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenha, ao menos, o integral ressarcimento do dano ou a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. Como se nota, nas ações de improbidade, o objetivo maior não é a punição do agente envolvido, mas, sim, a recomposição do dano ocasionado ao erário.

Ainda no cenário nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, desde 2010, a Portaria nº 125, de 29 de novembro de 2010, para dispor sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, incentivando a adoção de métodos consensuais para a resolução de conflitos. O normativo acompanhou a evolução da legislação nacional e, em 2022, foi editada a Portaria nº 142, de 29 de abril de 2022, por meio da qual foi criado o Comitê de Resolução de Disputas Judiciais de Infraestrutura (CRD-Infra), responsável pelo tratamento adequado de conflitos judiciais referentes a projetos qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) previsto na Lei nº 13.334/2016.

A Portaria nº 142/2022 destina-se ao tratamento e solução de conflitos que envolvam empreendimentos de grande relevância e impacto para a sociedade. Sob o aspecto da parceria privada, o propósito é criar um ambiente de negócio estável e seguro para atrair investidores. O primeiro caso que se encontra sob exame do CRD-Infra é a obra de ampliação da BR-163, que liga o Estado do Mato Grosso ao Pará, objeto de ação civil pública.

Com base na Política Judiciária estabelecida pelo CNJ, o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou a Resolução nº 697, de 6 agosto de 2020, que criou o Centro de Mediação e Conciliação (CMC), responsável pela busca e implementação de soluções consensuais. Segundo o artigo 2º, o CMC visa solucionar conflitos pré-processuais e processuais de questões sujeitas à competência do STF.

No âmbito do Estado de Mato Grosso, foi criado o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, sucedido pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, vinculados à estrutura do Tribunal de Justiça, conforme Leis nº 9.853/2012 e nº 10.648/2017. Em 2021, por meio da Lei nº 11.638/2021, foi instituído o Núcleo Gestor da Justiça Restaurativa, voltado para a resolução de conflito caracterizado como crime.

Em pesquisa efetuada no sistema de busca da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, foi possível localizar a Lei nº 10.861, de 25 de março de 2019, que instituiu o Programa de Parcerias entre a Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil.

Na Lei Complementar nº 146, de 29 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, está prevista a competência para promover extrajudicialmente conciliação entre partes em conflito de interesse.

Recentemente, foi editada a Lei Complementar Estadual nº 727, de 1º de abril de 2022, que alterou a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso (LC nº 111/2022) e criou uma Central de Conciliação, a ser regulamentada por lei específica, “que visa estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam o Estado de Mato Grosso”.

Apesar das louváveis iniciativas, no âmbito da Administração Pública do Estado de Mato Grosso, até a finalização do presente trabalho, não houve a criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos prevista no CPC, nem

a instituição de comitês de resolução de disputas da Nova Lei de Licitações. A Lei Estadual nº 7.692/2002, que regula o processo no âmbito da Administração de Mato Grosso, também não conta com nenhum dispositivo acerca da consensualidade. Desse modo, a legislação federal é o alicerce primordial autorizador do emprego de ferramentas consensuais pelos órgãos e entidades da Administração Pública mato-grossense.

Voltando-se para a competência do TCE/MT, a Lei Complementar Estadual nº 486/2013 alterou a Lei Orgânica do TCE/MT e instituiu a competência específica para a celebração de TAGs.

De acordo com Bordin (2020, p. 393-402), a competência dos Tribunais de Contas para a celebração de TAGs advém do inciso IX do artigo 71 da CF/88, cujo teor dispõe que compete a eles assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. O artigo 26 da LINDB reafirmou essa competência e expandiu o rol de possibilidade de atuação concertada para os Tribunais de Contas. Desse modo, o autor conclui de forma assertiva:

A atuação dos Tribunais de contas na determinação, na homologação, na celebração ou na intermediação de Termos e Ajustamento de Gestão encontra amparo constitucional e na legislação infraconstitucional, a qual tem valorizado métodos de solução consensual de controvérsias que propiciem o incremento do diálogo, do consenso e da bilateralidade, em detrimento da determinação, da imperatividade e da unilateralidade, aspectos esses que restam resguardados para utilização subsidiária.

No âmbito dos Tribunais de Contas, embora sempre tenha havido margem constitucional para celebração de acordo voltado à adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, em caso de verificação de ilegalidade, o advento da Lei Federal n.º 13.655/2018 não apenas explicitou referida possibilidade, como também ampliou a margem negocial para a busca de segurança na aplicação do direito público.

Nesse aspecto, não haveria a necessidade de Leis Orgânicas das Cortes de Contas expressamente disporem a respeito dos Termos de Ajustamento de Gestão. Em decorrência dessa maior abertura ao diálogo, poderá haver o reforço da atuação orientadora e colaborativa dos Tribunais de Contas junto à gestão governamental na implementação eficaz de políticas públicas.

Partindo dessa premissa, é possível afirmar que, todas as vezes que o TCE/MT, no exercício do controle externo, se deparar com uma irregularidade de sua esfera de competência, tem legitimidade para assinalar um prazo para a sua correção, o que também implica aceitar a possibilidade de que essa medida corretiva seja adotada de forma consensual, independentemente de previsão expressa em qualquer outra norma infraconstitucional.

Nesse sentido, em novembro de 2021, o TCE/MT editou a Resolução Normativa nº 12/2021, que instituiu a Mesa Técnica, visando promover o consensualismo, a eficiência e o pluralismo na solução de temas controvertidos relacionados à Administração Pública e ao controle externo.

Até 2022 não havia nenhuma legislação no Estado de Mato Grosso que tratasse especificamente desse instrumento ou que o tivesse inserido de forma expressa entre as competências do TCE/MT estabelecidas na Lei Orgânica. Todavia, compreende-se que a inexistência de previsão em lei específica não se consubstancia em óbice a sua utilização. A competência conferida no artigo 71 da CF/88 ao TCE/MT e o permissivo genérico do artigo 26 da LINDB são suficientes para assegurar a legalidade da celebração de acordos, até mediante o instrumento da Mesa Técnica.

Ademais, em 19 de dezembro de 2022, foi instituído o Código de Processo de Controle Externo, cujo inciso IV do artigo 2º estabelece como normas fundamentais do processo perante o Tribunal de Contas a promoção, quando for o caso, de soluções consensuais ou autocompositivas, até mesmo com uso da mediação e celebração de negócios jurídicos processuais.

Nessa linha, o artigo 55 prevê que o Tribunal de Contas poderá instituir procedimentos ou instrumentos destinados a promover o consensualismo, a autocomposição, a mediação, a eficiência e o pluralismo na solução de temas controvertidos relacionados à Administração Pública e ao controle externo.

Ao tratar da articulação institucional no capítulo XV, o Código fixa o dever de recíproca cooperação mediante a elaboração de normas, acordos, consensos, projetos, termos e respostas a consultas em matérias que também envolvam a atribuição de outros entes administrativos, para fins do disposto no art. 30 da LINDB (art. 90, § 3º, II, b).

As disposições do inédito Código de Processo de Controle Externo vão ao encontro do permissivo genérico da LINDB e amparam o uso de ferramentas consensuais pela Corte de Contas do Estado de Mato Grosso para a resolução de conflitos instaurados nos processos de controle externo de sua competência.

### **3. COMPATIBILIDADE ENTRE A CONSENSUALIDADE E OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**



A evolução legislativa demonstrada no tópico anterior reflete a transformação do papel do Estado em meio a uma sociedade pós-moderna com diversos anseios e interesses a serem conciliados e atendidos de forma célere e eficiente. Oliveira e Schwanka (2009, p. 48) realçam a importância da substituição do modelo de atuação imperativa para consensual por parte da Administração Pública:

nas últimas três décadas, os movimentos transformadores do Estado contemporâneo visaram não somente à reavaliação dos fins do Estado, mas também ao reexame das funções típicas do modelo estatal providencialista e da forma como tais funções eram comumente desempenhadas. Com a ascensão de fenômenos como o Estado em rede e a Governança Pública, emerge uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração. Assim, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica, avessa à utilização de mecanismos comunicacionais internos e externos à organização administrativa.

Trata-se da Administração Consensual, a qual marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade). Sua disseminação tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos.

A noção clássica de interesse público, que surgiu com a Revolução Francesa e foi introduzida no direito brasileiro como um dos pilares do regime jurídico-administrativo, a fim de impedir que o Estado atuasse em favor de interesses privados em vez de compatibilizar interesses existentes na sociedade (Ribeiro, 2010, p. 113/114).

Ademais, segundo a crítica de Aragão (2013, p. 84), a doutrina clássica, mesmo sem previsão legal ou constitucional expressa, afirmou a supremacia do interesse público sobre o privado como um princípio geral do Direito Administrativo. Contudo, doutrinadores contemporâneos, a exemplo de Moreira Neto, Medauar e Ávila, passaram a defender a inexistência dessa prevalência, especialmente em razão dos múltiplos interesses públicos e privados e da contradição entre o caráter supremo desse princípio e a ponderação que os princípios jurídicos exigem na aplicação ao caso concreto.

Palma (2015, p. 172) explica com clareza os motivos pelos quais a negociação de prerrogativas públicas para celebração de acordos administrativos não afronta o princípio da supremacia do interesse público:

o ato consensual pode ele próprio ser considerado o interesse público perseguido pelo Estado e (ii) a funcionalidade do princípio da supremacia corresponde à legitimação de limitação a direitos individuais, bem como de conferência de prerrogativas exorbitantes ao estado, de forma que essa função não impede a celebração de acordos pela Administração. Porém, a concepção mais tradicional do princípio da supremacia não se coaduna com a dinâmica consensual, na medida em que tolhe o exercício da função de composição de interesses pela Administração. O princípio da supremacia não contém valor metodológico na seara da consensualidade, pois (i) o cenário de fragmentação social e da conseqüente pluralidade de interesses impede o reconhecimento de um interesse público uniforme na sociedade e definível em abstrato, (ii) o interesse estatal mais corresponde ao interesse público, e (iii) é insuficiente a fundamentação do provimento administrativo pelo princípio da supremacia, sendo imprescindível a explicitação no processo administrativo do critério para determinar a prevalência de um interesse em detrimento de outros.

Assim, diante da pluralidade de interesses, caberá à Administração demonstrar quais foram os contemplados no acordo, podendo haver uma negociação bilateral (administrador – administrado) ou plurilateral (diversos interessados).

Binenbojm (2019, p. 2) defende a profunda incompatibilidade da noção de supremacia do interesse público com o constitucionalismo democrático, o qual pressupõe a ideia de conformação possível entre direitos individuais e metas coletivas, em virtude de três motivos:

- i. a proteção de posições jurídicas individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, particularmente, da dignidade da pessoa humana;
- ii. a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais sobre metas ou aspirações coletivas, ainda quando admitida a ponderação proporcional pela sistemática constitucional;
- iii. a polivalência da ideia de interesse público, que pode abarcar, em seu conteúdo semântico, tanto a preservação de direitos individuais como a persecução de objetivos transindividuais, que, de resto, se encontram invariavelmente conjugados ou imbricados. Portanto, não há sentido útil em aludir-se abstratamente à supremacia do interesse coletivo sobre o individual ou do público sobre o privado.

Com base na doutrina exposta, compreende-se que a ideia da existência de uma supremacia geral e plena em favor do Estado não se sustenta à frente de um sistema de direitos fundamentais em que há uma multiplicidade de interesses a serem contemplados, inclusive o da pacificação social mediante a consensualidade. Por conseguinte, caberá ao administrador público efetuar o exame, no caso concreto, de quais interesses deverão prevalecer.

De igual modo, a indisponibilidade do interesse público foi por muito tempo compreendida como um empecilho à possibilidade de transação por parte da Administração Pública, permanecendo restrita a interesses públicos de natureza

apenas patrimonial ou financeira, considerados interesses públicos secundários ou disponíveis.

Nesse sentido, Aragão (2013, p. 87) realça o entendimento de Alfonso de que as atividades vinculadas admitem a consensualidade para dispor do seu próprio exercício ou, em hipóteses excepcionais de afastamento de regras legais, em razão de sua aplicação em determinado caso concreto ser contrária aos princípios da proporcionalidade e da eficiência. Caberá ao administrador, portanto, no caso concreto, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da eficiência, examinar os limites da sua margem de manobra.

Vale mencionar que, desde 2002, o STF, no Recurso Extraordinário nº 253.885/MG, da Relatora Ministra Ellen Gracie, contava com posicionamento favorável ao reconhecimento da consensualidade como instituto de maximização do interesse público:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 253885, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796)

Para Medauar (2020, p. 139), o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional.

Grego-Santos (2019, p. 284) afirma que a realização desse novo interesse público está vinculada a um processo de abandono gradual de posicionamentos adotados por atos unilaterais em favor de soluções construídas dialogicamente com os interessados, a fim de atingir o direito fundamental à boa Administração Pública. Ademais, essa visão também decorre da multiplicidade de interesses na sociedade:

assim como na passagem do ato para o processo administrativo, a nova visão acerca do interesse público implica no reconhecimento de que a administração pública não repousa sozinha na posição de protagonista e artífice da definição unilateral do interesse público a ser promovido por si,

mesmo porque o estado atual da sociedade implica na multiplicidade de interesses aos quais pode se aposto tal rótulo e aplicada a proteção dele consequente.

Assim, a regra geral é a possibilidade de transação de qualquer objeto na seara administrativa, sendo vedada apenas nos casos em que a lei expressamente vedar à Administração negociar determinado direito (Palma, 2015, p. 187).

Destaca-se que esse entendimento vai ao encontro da evolução legislativa apresentada no tópico anterior e do permissivo genérico estabelecido no artigo 26 da LINDB, passando a regra geral a ser a admissão da consensualidade na Administração Pública como ferramenta de promoção dos mais diversos interesses públicos presentes na sociedade.

Nesse ponto, sustenta-se que a resolução consensual de conflitos é, por si só, um direito fundamental vinculado à ideia de um Estado Democrático de Direito e constitui um dos objetivos fundamentais de uma República que almeja construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, CF/88).

#### **4. REQUISITOS MÍNIMOS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS**

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, a solução de um conflito na seara administrativa por meios consensuais encontra amparo em diversos dispositivos legais, bem como potencializa a consecução do interesse público. No entanto, questiona-se quais requisitos mínimos devem ser observados no momento da celebração, para conferir validade ao compromisso a ser firmado.

Até a edição do permissivo autorizativo genérico do artigo 26 da LINDB, havia divergências doutrinárias e insegurança jurídica quanto ao conteúdo mínimo a ser respeitado, utilizando-se como premissa o artigo 104 do Código Civil brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que estabelece como requisito geral para a celebração de qualquer negócio jurídico: i) agente capaz; ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; iii) forma prescrita e não defesa em lei.

Com a entrada em vigor da LINDB, o *caput* e § 1º do artigo 26 fixaram os requisitos mínimos necessários à validade dos compromissos a serem firmados pela Administração Pública, conferindo clareza e segurança aos administradores públicos

e às demais partes compromissárias. Nesse sentido são as lições de Guerra e Palma (2018):

reconhecendo a insegurança jurídica no tratamento de acordos administrativos, apesar da profusão de normas regulamentares dispondo sobre acordos especiais, a LINDB buscou conferir o *mínimo regulamentar* ao compromisso nela previsto na tentativa de conferir clareza e previsibilidade sobre o regime jurídico aplicável. Em seu art. 26, §1º, são previstos requisitos de validade, vedações e cláusulas obrigatórias aos compromissos, tornando não apenas mais certa a dinâmica de celebração desses acordos e de sua margem de negociação, mas principalmente permitindo uma modelagem de maior qualidade, como se demonstrará. Ao menos para os fins do compromisso da LINDB, toda a discussão doutrinária passa a ser obsoleta.

Como se verá a seguir, as condicionantes da LINDB vão ao encontro da regra geral do Código Civil e trazem outras especificidades.

No que diz respeito à extensão do termo “direito público” utilizado no *caput* do artigo 26, para delimitar o campo de atuação, Peixoto (2021, p. 74) explica que, para parcela da doutrina, a norma seria aplicável apenas ao direito administrativo, porém, na sua visão, o dispositivo faz referência ao direito público, o qual não se limita ao direito administrativo, sendo aplicável ao direito tributário, ambiental, a infraestrutura etc. O autor defende que o único termo restritivo é “autoridade administrativa” que deve ser interpretado como um elemento para “limitar os agentes públicos que podem realizar essa espécie de autocomposição, como apenas aqueles que possuem poder de decisão, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.784/1999.

A autoridade legítima para celebrar o termo de compromisso é, portanto, aquela dotada de competência para deliberar sobre a questão envolvida.

O *caput* do artigo 26 da LINDB delimitou a possibilidade de pactuação segundo a finalidade a ser alcançada. Desse modo, a celebração de determinado acordo pela Administração Pública está condicionada à existência de uma das três situações: a) irregularidade; b) incerteza jurídica ou c) situação contenciosa.

Assim, presente uma das situações acima discriminadas, a regra geral dispõe que a autoridade administrativa poderá celebrar o compromisso, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral. A oitiva do órgão jurídico é requisito condicionante de validade expresso na norma e a sua inobservância consubstancia-se em vício no procedimento.

Por outro lado, foi facultado ao administrador utilizar a consulta pública como instrumento de convalidação do interesse público. Desse modo, caberá ao administrador demonstrar os interesses presentes na pactuação do compromisso.

Nesse ponto, destaca-se a importância da motivação. Caberá ao administrador consignar as razões de relevante interesse geral que justificam a construção da solução consensual e que atestam ser ela a via mais adequada para o seu atendimento.

O Decreto Federal nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta os artigos de 20 a 30 da LINDB no âmbito da União, reafirmou a essencialidade da motivação e fixou os elementos mínimos do seu conteúdo nos parágrafos do artigo 2º:

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

O *caput* do artigo 26 da LINDB exige, ainda, a observância de outras disposições legais, a exemplo das específicas apresentadas no primeiro tópico desse capítulo. A regra geral será a possibilidade de celebração de acordos, mediante o cumprimento dos requisitos mínimos estabelecidos no § 1º. Contudo, caso haja uma norma especial que regule a celebração do acordo, por exemplo, a lei da arbitragem, deverão ser respeitadas as regras estabelecidas naquela legislação aplicável.

A publicação oficial do compromisso é outra condição imposta de forma expressa no dispositivo da LINDB para a produção de efeitos. A publicidade, além de ser uma condição de eficácia dos atos administrativos, promove a transparência e propicia o controle da atuação do administrador público.

Os incisos I, II e IV do § 1º do artigo 26 da LINDB traçaram, ainda, o conteúdo, as vedações e as cláusulas obrigatórias do compromisso a ser celebrado pelo administrador público.

Quanto ao conteúdo, em sintonia com o *caput* do artigo, o primeiro inciso reforça a necessidade de a solução atender ao interesse público, além de ser

juridicamente possível, proporcional, equânime, eficiente. Novamente, frisa-se a imprescindibilidade de o administrador público evidenciar as razões que fundamentam a escolha da solução consensual acordada, explicitando os interesses que serão contemplados.

Guerra e Palma (2018, p.162/163) alertam que a proporcionalidade da decisão do administrador está intimamente ligada com a negociação para a melhor solução jurídica e expõem com clareza o teste a ser efetuado para aferição da presença das condicionantes no caso concreto:

primeiramente, depreende-se que toda e qualquer obrigação contida no compromisso *deve ser endereçada ao caso concreto*. O compromisso perde sua validade quando deixa de se votar às circunstâncias práticas que determinaram a sua celebração, considerando a relação finalística que a LINDB apresenta. Desse modo, a solução jurídica deve não apenas servir à satisfação do plano do compromisso, mas trabalhar do modo mais eficiente para a efetiva eliminação da irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. No caso concreto, é oportuno se valer das subregras da proporcionalidade para construir o seguinte teste: (i) a obrigação desenhada deve se relacionar com o problema jurídico – *adequação*; (ii) deve ser a menos onerosa dentre as suas alternativas – *necessidade*; e (iii) ser a que melhor traduz e potencializa o plano do compromisso – *proporcionalidade em sentido estrito*.

As sub-regras da proporcionalidade relacionam-se de forma subsidiária. A sub-regra da necessidade somente será exigível após a análise da adequação, assim como o exame da proporcionalidade em sentido estrito prescinde do exame da adequação e necessidade (Silva, 2012, p. 15).

Portanto, o ponto de partida será avaliar se a solução construída contribui para dirimir o problema e alcançar o objetivo almejado. Caso a resposta seja positiva, deverá ser verificada a existência de outras medidas igualmente eficazes. E, por fim, diante de duas ou mais possibilidades, deverá ser escolhida a que melhor promove o objetivo com o menor impacto restritivo sobre outros direitos e interesses.

O segundo inciso veda a possibilidade de o acordo estabelecer a desoneração permanente de um dever ou a efetivação de direitos. A celebração do instrumento não pode impor, por exemplo, que a Administração renuncie ao exercício de competência fiscalizatória em relação ao compromissário ou que este renuncie ao direito de petição.

O último dispositivo define o conteúdo mínimo obrigatório do termo a ser celebrado: obrigações das partes, prazo para o seu cumprimento e sanções aplicáveis em caso de descumprimento. A delimitação desse conteúdo é fundamental para o

acompanhamento e a medição dos resultados, bem como para garantir a conformidade do comportamento dos compromissários aos termos pactuados, desestimulando condutas contrárias aos interesses públicos elegidos como relevantes na solução consensual. Ademais, em caso de inadimplemento, compreende-se que ele é importante para assegurar a adequada responsabilização.

Com base no exposto, de forma resumida, os requisitos mínimos estabelecidos na LINDB para a celebração de acordos envolvendo a Administração Pública podem ser sistematizados de acordo com a finalidade, objeto, motivação, forma e eficácia.

A finalidade deve ser eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. O objeto se traduz na construção de uma solução jurídica que seja proporcional, equânime, eficiente e compatível com o interesse público, e não ocasione a desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral. A motivação sobressai nas razões de relevante interesse que fundamentam a atuação consensual e as soluções construídas, explicitando os interesses que serão contemplados. Quanto à forma, o compromisso deve ser aprovado pelo órgão jurídico e dispor com clareza as obrigações das partes, o prazo para o seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. A eficácia, por sua vez, está condicionada à publicação oficial do acordo.

Apesar de não estar explícito no texto da norma, é imperioso que o acordo tenha a forma escrita e que as partes sejam capazes e legitimadas para transacionar sobre a questão.

## **5. INSTRUMENTOS CONSENSUAIS PREVISTOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO TCE/MT**

O Regimento Interno do TCE/MT (RITCE/MT) prevê de forma expressa dois instrumentos de consensualidade para as suas demandas, quais sejam: o TAG e a Mesa Técnica. O TAG foi inspirado no TAC, celebrado com o Ministério Público Estadual em caso de ameaça ou lesão a um direito coletivo. Ferraz (2020, p. 227) evidencia que a ferramenta foi criada dentro de um contexto de busca de instrumentos alternativos de controle, baseados na consensualidade:

o TAG é instrumento de controle afinado com a moderna tendência da Administração Pública e do direito administrativo, menos autoritários e mais



convencionais, imbuídos do espírito de ser a consensualidade alternativa preferível à imperatividade sempre que possível ou, em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo.

Desde então, compreendeu-se como juridicamente viável a adoção, pelos tribunais de contas e pelos órgãos de controle interno de instrumentos que objetivassem “contratar” com os administradores públicos, alternativas e metas para a melhoria do desempenho dos órgãos, entidades e programas.

Bordin (2020, p. 401/402) afirma que a celebração de TAG valoriza o incremento do diálogo, do consenso e da bilateralidade, bem como a atuação orientadora e colaborativa dos Tribunais de Contas perante a gestão governamental na implementação eficaz de políticas públicas.

A Lei Complementar Estadual nº 486/2013 alterou a Lei Orgânica do TCE/MT e inseriu no artigo 1º, no inciso XIX, a competência para a celebração de TAGs. Logo, não se trata de uma novidade no âmbito do controle externo.

De acordo com o artigo 227 do RITCE/MT, o TAG pode ser firmado com autoridades competentes visando o desfazimento ou saneamento de ato ou negócio jurídico impugnado. No curso de um processo de controle externo, diante da detecção de irregularidades, os membros do Tribunal e os titulares de Poderes e de órgãos públicos possuem legitimidade para propor um acordo com a finalidade de regularizá-las (art. 228, § 1º c/c 231, *caput*, e § 1º, RITCE/MT).

O artigo 228 do RITCE/MT dispõe que o TAG deverá conter no mínimo: i) a identificação precisa da obrigação ajustada e da autoridade responsável pelo seu cumprimento; ii) a fixação de prazo para o cumprimento da obrigação e comprovação junto ao Tribunal de Contas; iii) a expressa adesão, de todos os signatários, aos TAGs; iv) as sanções cabíveis no caso de descumprimento do termo.

De acordo com o § 3º do art. 227 do RITCE/MT, constituem fases do procedimento: a apresentação do TAG ao Plenário, instruída com a cópia do termo de adesão ao ajustamento de gestão, devidamente assinado; a homologação do TAG pelo Plenário e publicação no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas; a execução e fiscalização do TAG; a quitação ou rescisão do TAG pelo Plenário; e a aplicação de sanção, no caso de rescisão do TAG.

O TAG passa a ter validade somente depois de homologado e publicado, constituindo-se em título executivo e, enquanto em execução, suspende a aplicação de novas sanções sobre o mesmo ato ou fato (art. 228, §§ 3º e 4º, RITCE/MT). A execução será permanentemente monitorada pelo Tribunal, cabendo ao Relator original acompanhar todas as suas etapas até o final, ficando sob sua relatoria todos

os atos posteriores relacionados diretamente ao objeto do TAG ou que derivem do seu cumprimento (art. 229, RITCE/MT).

A eventual rescisão do TAG possibilita a aplicação das sanções de multa de até 1.000 vezes a Unidade Padrão Fiscal de Mato Grosso (UPF/MT), determinação de restituição de valores, declaração de inidoneidade e inabilitação para o exercício de cargos em comissão ou função de confiança (art. 228, § 6º, RITCE/MT).

É importante registrar que o Regimento Interno (art. 228, § 5º, RITCE/MT) veda a celebração de TAG quando o ato ou o fato impugnado configurar ato doloso de improbidade administrativa ou de desvio de recursos públicos; quando o ajustamento implicar renúncia de receita pública; e nos casos em que já houver decisão irrecorrível do Tribunal de Contas sobre o ato ou o fato impugnado (coisa julgada).

O TAG foi a primeira ferramenta consensual introduzida no Regimento Interno do TCE/MT e pressupõe a existência de um ato ou negócio jurídico a ser desfeito ou saneado. O seu campo de atuação limitado às situações que não envolvam desvio de recursos públicos ou renúncia de receitas reflete os conceitos de supremacia e indisponibilidade do interesse público vigentes à época, que não mais se sustentam, o que será objeto de estudo no próximo capítulo.

Em relação aos casos que compreendam atos de improbidade, destaca-se que a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, introduziu o artigo 17-B na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), a partir do qual passou-se a admitir a celebração de acordos, desde que deles advenha, ao menos, o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. Logo, se a própria lei que trata da improbidade administrativa admite a possibilidade de acordo até quando tiver havido dano ao erário, não há motivo para manter-se essa vedação.

Vale acrescentar que a exigência de verificação de dolo na prática do ato é complexa no processo de controle externo, em especial diante das limitações probatórias dos processos de controle externo.

Com a evolução da consensualidade no campo do Direito Administrativo, concebeu-se a Mesa Técnica, que é utilizada para consenso, estudo ou solução sobre temas controvertidos, relevantes e complexos relacionados à Administração Pública e ao controle externo (art. 237, RITCE/MT).

A ferramenta foi inspirada na experiência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (Resolução nº 2/2020-TCM/SP) e se assemelha com as audiências

judiciais, embora não apresente finalidade conciliatória, conforme impressões de Bordin e Monteiro (2021, p. 47-48):

ao mesmo tempo, os próprios jurisdicionados têm esclarecidas as principais problemáticas apontadas pelo TCMSP, ocorrendo, não raro, de se comprometerem a suspender procedimentos licitatórios para adequação – dispensando-se, assim, o exercício do poder cautelar pelo Tribunal de Contas.

As discussões havidas nas Mesas Técnicas também permitem aos jurisdicionados o aprimoramento dos esclarecimentos a serem posteriormente formalizados, por escrito, ao Tribunal de Contas, em decorrência da melhor assimilação das problemáticas técnicas verificadas no processo de fiscalização; bem como o aperfeiçoamento de editais eivados de irregularidades e de impropriedades. Nessa perspectiva, as Mesas Técnicas são espécies de “diálogos público-públicos” (SCHIE-FLER, 2016, p. 286), voltadas que estão a esclarecimentos recíprocos entre distintos órgãos e entes estatais a respeito de matérias constantes do processo de fiscalização, do que resulta o paulatino aperfeiçoamento da gestão pública – finalidade última dos Tribunais de Contas.

De acordo com os autores, a iniciativa atende à segurança jurídica e valoriza o diálogo institucional que deve haver entre diferentes órgãos e entes estatais, especialmente em prol do aperfeiçoamento da gestão municipal e da adequada destinação dos recursos públicos.

No âmbito do TCE/MT, a Mesa Técnica foi criada e regulamentada pela Resolução Normativa nº 12/2021. Posteriormente, com a publicação da Resolução Normativa nº 16/2021, a sua previsão foi incorporada no RI TCE/MT.

Segundo o § 1º do artigo 237 do RITCE/MT, são objetivos da Mesa Técnica realizar um controle externo mais célere, preferencialmente preventivo e orientado para procedimentos que prestigiem o consensualismo, o diálogo e a cooperação.

O procedimento da Mesa Técnica é conduzido pela Comissão Permanente de Normas e Jurisprudência e regulamentado pela Resolução Normativa nº 12/2021-TP, cujo § 1º do artigo 1º reafirma os seus objetivos:

I – realizar um controle externo mais simples, menos solene, mais célere, mais versátil e mais próximo das preocupações cotidianas dos gestores públicos, auxiliando-os na identificação de soluções mais eficientes e seguras, em prol do cidadão;

II – promover procedimentos de controle externo que prestigiem o diálogo e a cooperação ao invés da unilateralidade, legitimando o processo decisório e ampliando a segurança jurídica aos fiscalizados;

III – privilegiar ações de controle externo preventivo antes de processos sancionadores.

A realização da Mesa Técnica poderá ser proposta por Conselheiros, Procurador-Geral de Contas, Secretário-Geral da Presidência, Secretário-Geral de

Controle Externo e o Secretário de Normas e Jurisprudência, e também por provocação de gestores públicos ou particulares interessados e dos secretários das unidades técnicas do TCE/MT (art. 2º, *caput* e § 1º, RN 12/2021).

De acordo com o § 3º do artigo 1º da Resolução Normativa nº 12/2021, a Mesa Técnica tem por objetivo estabelecer consenso sobre temas definidos pelo TCE/MT, objetos de consultas formais, normas a serem expedidas pelo TCE/MT com efeitos externos; esclarecer e/ou solucionar matéria controvertida em processo de fiscalização; apoiar a construção de solução técnico-jurídica em projetos de interesse dos fiscalizados que possam atrair a competência fiscalizatória do TCE/MT; bem como mediar a autocomposição entre a Administração Pública e particulares, quando já houver vínculo entre eles, formalizado em contratos ou instrumentos congêneres.

Desse modo, além de serem relacionados à competência do TCE/MT, os temas e questões a serem submetidos à Mesa Técnica devem ser relevantes, complexos e/ou de grande repercussão sobre a Administração Pública e a sociedade (art. 1º, § 2º, RN 2/2021).

O § 5º do art. 1º da Resolução Normativa prevê a utilização das técnicas de conciliação e mediação, preferencialmente, na condução de Mesa Técnica. Os consensos, estudos e outros encaminhamentos estabelecidos poderão ser, a critério do Presidente da Mesa Técnica, encaminhados ao Relator ou Presidente do Tribunal para homologação em Plenário ou outras medidas necessárias (art. 237, § 2º, RITCE/MT).

Ressalta-se que o § 2º do artigo 228 do RITCE/MT estabelece a possibilidade de o Presidente da Comissão Permanente de Normas e Jurisprudência propor ao final a celebração de TAG. No entanto, conforme mencionado, as regras relativas ao TAG encontram-se defasadas e limitam a sua utilização para a correção de um ato ou negócio jurídico impugnado que não envolva ato de improbidade, desvio ou renúncia de recursos.

A Mesa Técnica é uma ferramenta mais moderna, que visa a construção de consensos e a promoção de segurança jurídica e não pressupõe a existência de um processo de fiscalização ou a imputação de uma situação irregular para a sua realização. Por outro lado, é destinada aos casos de maior complexidade, permanecendo uma lacuna no RITCE/MT acerca da utilização de ferramentas consensuais nos casos de menor complexidade e que não admitam a celebração de TAG.

## **6. REFLEXÕES SOBRE AS FRAGILIDADES E POTENCIALIDADES DA FERRAMENTA**

A Mesa Técnica é uma ferramenta com grande potencial para a resolução de conflitos, porém a sua regulamentação carece de melhorias. Atualmente, a Resolução Normativa nº 12/2021 conta com apenas seis artigos, dos quais quatro prescrevem de forma tímida um único procedimento para todas as demandas que lhe são submetidas. Todavia, compreende-se necessário um tratamento diferenciado entre os casos de a) consenso sobre temas e interpretação de normas, b) resolução de irregularidades e situações contenciosas, e c) problemas estruturais.

Além disso, é essencial que os requisitos mínimos de validade estabelecidos no artigo 26 da LINDB sejam incorporados ao procedimento de forma clara, a exemplo de falta de previsão de oitiva do órgão jurídico do jurisdicionado, o que pode vir a ocasionar a nulidade da Mesa Técnica.

Em relação à previsão de obrigações das partes, ao prazo para o seu cumprimento e às sanções do inciso III do art. 26 da LINDB, compreende-se que ela não é aplicável ao primeiro caso – consenso sobre temas e interpretação de normas – como regra geral, à exceção de alterações de orientações que exijam regras de transição, a exemplo do que ocorre na modulação de efeitos em ações judiciais.

Não há dúvidas de que a Mesa Técnica é uma ferramenta de grande utilidade e permite criar um ambiente de cooperação e diálogo entre o órgão de controle, a Administração Pública e demais atores envolvidos em torno de alguma temática que atraia a competência do TCE/MT.

Considerando-se que os Tribunais de Contas exercem um vasto controle sobre os atos administrativos, há uma evidente potencialidade de utilização desse espaço para a harmonização de entendimentos e a celebração de acordos, até mesmo com a participação de instituições diversas de controle, para a resolução de conflitos administrativos, além de problemas estruturais.

A discussão sobre a possibilidade de estabelecimento de um balcão ou guichê único surgiu no âmbito dos acordos de leniência em virtude da pluralidade de órgãos de diferentes esferas jurisdicionais autônomos e competentes para atuarem na negociação e da incerteza quanto a aceitação ou recusa em cada uma dessas esferas (Macedo; Sant'Ana, 2019, p. 30-33).

O sistema constitucional brasileiro exigiria uma mudança profunda para a implantação de um balcão único de negociação. Todavia, compreende-se que é possível a participação de outras instituições de controle na construção das soluções para problemas complexos, desde que elas possuam competência e interesse para tratar da questão, bastando a sincronização da atuação, articulação e cooperação institucional.

Recentemente, o TCE/MT celebrou uma Mesa Técnica com a participação da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Federal, das Secretarias de Estado de Infraestrutura e Logística e Meio Ambiente, do Governador do Estado e da Procuradoria-Geral do Estado e da empresa Rumo S/A para a resolução de um impasse quanto à consulta livre aos povos indígenas para a continuidade da obra do Sistema Ferroviário Rondonópolis-Cuiabá-Lucas do Rio Verde, referente ao Contrato de Adesão nº 021/2021. O acordo, celebrado no âmbito do TCE/MT, foi submetido ao juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Rondonópolis, em que tramitava uma ação civil pública com o mesmo objeto, e devidamente homologado.

Para exemplificar, um litígio sobre determinado contrato administrativo pode ser objeto de denúncia ou representação no Tribunal de Contas e, ao mesmo tempo, de processo na justiça estadual, em virtude da independência das jurisdições. Assim, a judicialização não tem o condão de afastar a atuação do órgão de controle externo, e vice-versa. Contudo, os processos podem vir a ser julgados em momentos e formas distintos, ocasionando conflitos e insegurança.

A situação torna-se mais complexa e demanda maior articulação diante de situações que envolvem a execução de políticas públicas e matérias de competência concorrente entre os entes da federação, a exemplo das relacionadas à Saúde, cuja gestão é tripartite.

Quando se está diante de um problema que não pode ser resolvido com um único ato, isto é, que admite mais de uma solução e exige tempo e providências para a reestruturação de uma situação, esse problema é classificado como um problema estrutural.

A ideia de um processo estruturante advém do direito norte-americano, a partir de casos que exigiam a reestruturação de um sistema, a exemplo do sistema educacional e do penitenciário. Trata-se de um processo que tem por finalidade solucionar um estado de desconformidade estrutural, que exige a adoção de uma série de providências para se atingir um estado ideal de coisas. Didier Jr., Zaneti e

Oliveira (2020, p. 33) explicam que o processo estrutural envolve diversos polos de interesses, problemas coletivos e com mais de uma solução possível, e elenca cinco características essenciais:

- (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada;
- (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada;
- (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido;
- (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária;
- (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).

A solução de um conflito social complexo exige também flexibilidade e consensualidade. A flexibilidade no procedimento revela-se no fracionamento da resolução do mérito em duas etapas, à semelhança do que ocorre no processo de recuperação judicial e de falência, nos termos do parágrafo único do artigo 354 e do artigo 356 do CPC.

A primeira fase é destinada à constatação do estado de desconformidade e à definição do estado a ser alcançado. A segunda fase é reservada à implementação de ações para atingir o estado ideal previamente definido. Assim, o processo de mudança da realidade desconforme demandará que sejam percorridas as fases de diagnóstico, elaboração de um plano de ação e, não menos importante, de implementação e acompanhamento.

As auditorias operacionais realizadas pelos Tribunais de Contas aproximam-se dessa ideia, visto que têm por finalidade identificar as fragilidades do desempenho da Administração Pública e exigir a apresentação de um plano de ação para implementação de melhorias.

A auditoria operacional realizada pelo TCE/MT com o objetivo de avaliar a efetividade e a governança da estrutura e organização do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de Mato Grosso (Processo nº 371734/2018) é um bom exemplo. Neste processo, foram propostas recomendações para a melhoria do programa, com determinação para que o Governo do Estado elaborasse um plano de ação, o qual seria objeto de monitoramento por parte do controle externo.

No entanto, ressalta-se que não houve uma discussão prévia sobre o estado ideal a ser alcançado, nem um espaço de consensualidade para o debate sobre as soluções mais adequadas para a reestruturação da política de desestatização ou da organização das atividades do órgão jurisdicionado. Ao contrário, as determinações e recomendações foram elaboradas de forma unilateral e expedidas pelo órgão de controle externo ao jurisdicionado.

Para a reestruturação de uma instituição ou política pública, é preciso que haja certa flexibilidade, de modo que o administrador público — aquele que conhece os problemas, os obstáculos e as limitações da gestão — tenha condições de modificar o que foi proposto, razão pela qual a consensualidade e a cooperação entre os atores envolvidos são essenciais, em especial devido ao esforço maior demandado pelos problemas complexos, que admitem mais de um caminho/solução.

A criação de um ambiente de cooperação comprometido com a resolução de problemas vai ao encontro da boa governança, que exige do administrador público que o processo decisório e a gestão se baseiem na fixação de metas e na identificação dos meios para alcançá-las. De igual modo, a colaboração de diversos atores e a possibilidade de realização de audiência pública cria um espaço de verdadeiro exercício da cidadania e vai ao encontro da democracia participativa.

A natureza complexa dessas demandas não pode representar um óbice ou empecilho para o seu enfrentamento. Cabe ao processo de controle externo desenvolver ferramentas e utilizar-se das melhores práticas, a exemplo das previstas no CPC, para estruturar os meios de resolução de conflitos na seara administrativa.

## **7. CONCLUSÃO**

A consensualidade foi introduzida nos procedimentos do TCE/MT em 2013 por meio da possibilidade de celebração de TAG. O seu campo de atuação limitado às situações que não envolvam desvio de recursos públicos ou renúncia de receitas reflete os conceitos de supremacia e indisponibilidade do interesse público e a tímida legislação vigentes à época.

A evolução da consensualidade no campo do Direito Administrativo e a introdução de normas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a partir de 2015 com o CPC, fortaleceram a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos.



A grande mudança veio com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo artigo 26 introduziu o permissivo genérico para a celebração de acordos administrativos. A regra geral, portanto, é transformada para admitir a celebração de acordos pela Administração Pública, sendo vedada apenas nos casos em que a lei expressamente dispõe em sentido contrário.

A norma também estabeleceu requisitos mínimos para a celebração de acordos envolvendo a Administração Pública, sistematizados segundo finalidade, o objeto, motivação, forma e eficácia.

A finalidade deve ser eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. O objeto se traduz na construção de uma solução jurídica que seja proporcional, equânime, eficiente e compatível com o interesse público, e não ocasione desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral. A motivação sobressai nas razões de relevante interesse que fundamentam a atuação consensual e as soluções construídas, explicitando os interesses que serão contemplados.

Quanto à forma, o compromisso deve ser aprovado pelo órgão jurídico e dispor com clareza as obrigações das partes, o prazo para o seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. A eficácia, por sua vez, está condicionada à publicação oficial do acordo, que deve ter a forma escrita e ser assinado pelas partes capazes e legitimadas para transacionar sobre a questão.

Nesse contexto, a Mesa Técnica foi concebida pelo TCE/MT como uma ferramenta mais moderna, que visa estabelecer consenso sobre temas, objetos de consultas formais e normas a serem expedidas pelo TCE/MT com efeitos externos; esclarecer e/ou solucionar matéria controvertida em processo de fiscalização; apoiar a construção de solução técnico-jurídica em projetos de interesse dos fiscalizados que possam atrair a competência fiscalizatória do TCE/MT; bem como mediar a autocomposição entre a Administração Pública e particulares, quando já houver vínculo entre eles, formalizado em contratos ou instrumentos congêneres (art. 1º, § 3º, Resolução Normativa nº 12/2021-TCE/MT).

A inexistência de previsão da ferramenta em lei específica até 2022 não se consubstanciava em óbice a sua utilização, diante do permissivo genérico da LINDB — suficiente para fundamentar a celebração de acordos em situações de baixa complexidade, os quais não são objeto da Mesa Técnica.

O permissivo genérico somado à competência assegurada pela Constituição da República ao TCE/MT para assinalar prazo para a correção de ilegalidades (art. 71, IX, CF/88) e as recentes disposições introduzidas na legislação mato-grossense pelo Código de Processo de Controle Externo alicerçam a promoção de acordos nos processos finalísticos do TCE/MT. Para tanto, deverão ser observados os requisitos mínimos impostos no artigo 26 da LINDB.

Além da grande utilidade para a solução de problemas complexos, a ferramenta tem o potencial de promover a segurança jurídica, mediante o envolvimento de outras instituições de controle na construção de consensos e soluções, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Outro potencial da ferramenta está na sua utilização para a solução de problemas estruturais, que abrangem a avaliação da execução de políticas públicas, bem como de matérias de competência concorrente dos entes da federação, os quais envolvem uma série de atores e demandam a confecção de um plano de solução de longo prazo a partir de um diagnóstico.

A despeito de ser uma ferramenta adequada para dirimir conflitos administrativos, a norma que regulamenta a Mesa Técnica carece de melhor estruturação do procedimento, concedendo um tratamento diferenciado entre os casos de: a) consenso sobre temas e interpretação de normas, b) resolução de irregularidades e situações contenciosas, e c) problemas estruturais.

Outrossim, é essencial que os requisitos mínimos de validade estabelecidos no artigo 26 da LINDB sejam incorporados ao procedimento de forma clara, a exemplo da falta de previsão de oitiva do órgão jurídico do jurisdicionado, o que pode vir a ocasionar a nulidade da Mesa Técnica.

Em relação à previsão de obrigações das partes, prazo para o seu cumprimento e sanções do inciso III do art. 26 da LINDB, compreende-se que ela não é aplicável ao primeiro caso como regra geral, à exceção de alterações de orientações que exijam regras de transição (art. 23, LINDB), a exemplo do que ocorre na modulação de efeitos em ações judiciais.

As conclusões e sugestões extraídas da recente e pioneira experiência do TCE/MT tem por propósito fortalecer a ideia de que a utilização de métodos consensuais pelas Cortes de Contas está amparada na legislação e na doutrina, assegura a promoção dos mais diversos interesses presentes na sociedade e constitui salvaguarda do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, G. Ainda a supremacia do interesse público. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-4, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/68>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Disponível em: Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Instrução Normativa nº 17, de 20 de dezembro de 2019. Disciplina no âmbito do Poder Executivo Federal a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo. **Diário Oficial da União**. Seção 1. Brasília: CGU, 2019. Disponível em: [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33689/14/IN\\_CGU\\_17\\_2019.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33689/14/IN_CGU_17_2019.pdf). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 142, de 29 de abril de 2022**. Cria o Comitê de Resolução de Disputas Judiciais de Infraestrutura (CRD-Infra), responsável pelo tratamento adequado de conflitos judiciais referentes a projetos qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), previsto na Lei nº 13.334/2016, e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4513>. Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá

outras providências. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm). Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 24 set. 2022

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2011]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 24 set. 2022

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Brasília: Presidência da República, [2022].

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 24 set. 2022

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral [...]. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015**. Altera as Leis nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13190.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13190.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 697, de 6 agosto de 2020**. Dispõe sobre a criação do Centro de Mediação e Conciliação, responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao697-2020.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

BORDIN, Newton Antônio Pinto. Da viabilidade jurídica da utilização de Termos de Ajustamento de Gestão (TAG) por Tribunais de Contas. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75/artigo-das-pags-101-136>. Acesso em: 1 dez 2022.

MONTEIRO, Egle dos Santos; BORDIN, Newton Antônio Pinto. Mesas Técnicas em Tribunais de Contas. **Simetria**, v. 1, n. 7, p. 46-50, 2021.

FARIA, Flávia Bortot Scardini. **Métodos Consensuais de Solução de Conflitos nos Tribunais de Contas**: análise da primeira Mesa Técnica realizada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2022.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em: 30 set. 2022.

GUERRA, Evandro Martins. **Controle externo da Administração Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GREGO-SANTOS, Bruno. **Transação extrajudicial na administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Balcão Único para negociação de Acordos de Leniência no Brasil. **SSRN Electronic Journal**, v. 23529, p. 1-36, 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3424277](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424277). Acesso em: 8 dez. 2022.

MATO GROSSO. **Constituição do Estado de Mato Grosso de 1989**. Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/norma-juridica/>. Acesso em: 2 set. 2022.

MATO GROSSO. **Lei Complementar nº 486, de 7 de janeiro de 2013**. Altera a Lei Complementar nº 269/2007. Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/norma-juridica/lei-complementar/486/2013>. Acesso em: 1º set. 2022.

MATO GROSSO. **Lei Complementar Estadual nº 269, de 22 de janeiro de 2007**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Cuiabá: Tribunal de Contas, 2007. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/legislacoes/lei-organica-tce-lc-26907>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MATO GROSSO. **Lei Complementar Estadual nº 752, de 19 de dezembro de 2022**. Código de Processo de Controle externo do Estado de Mato Grosso. Cuiabá: Tribunal de Contas MT, 2022. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/legislacoes/codigo-de-processo-de-controle-externo>. Acesso em: 15 ago. 2023.

MATO GROSSO. **Resolução Normativa nº 12, de 23 de novembro de 2021**. Institui a Mesa Técnica no TCE/MT, visando promover o consensualismo, a eficiência e o pluralismo na solução de temas controvertidos relacionados à administração pública e ao controle externo, e dá outras providências. Cuiabá: Tribunal de Contas MT, 2021. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/legislacoes/resolucao-normativa>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MATO GROSSO. **Resolução Normativa nº 16, de 4 de dezembro de 2021**. Regimento Interno do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Cuiabá: Tribunal de Contas MT, 2021. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/legislacoes/regimento-interno>. Acesso em: 10 jun. 2022.

TCE-MT propõe criação de Termo de Ajustamento de Gestão. **TCE MT**, 22 ago. 2012. Notícias. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/noticias/tce-mt-propoe-criacao-de-termo-de-ajustamento-de-gestao/33614>. Acesso em: 1 set. 2022.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 01-24, jan./mar. 2001. DOI: 10.12660/rda.v223.2001.48309. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48309>. Acesso em: 4 out. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 23 set. 2022.

PEIXOTO, Ravi. O art. 26 da LINDB como cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública: uma análise dos limites e possibilidades. **Civil Procedure Review**, Salvador, v. 12, n. 3, p. 67-92, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/241>. Acesso em: 9 out. 2022.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. A. Interesse Público: um conceito jurídico indeterminável. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Altas, 2010.

SÃO PAULO. **Resolução nº 2/2020**. Dispõe sobre a realização de mesas técnicas de trabalho com os jurisdicionados, no âmbito do Tribunal de contas do Município de São Paulo. São Paulo: TCM SP, 2020. Disponível em: <https://portal.tcm.sp.gov.br/Pagina/8768>. Acesso em: 4 set. 2022.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2022.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: [https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_S%C3%89RIO\\_PROCESSO ESTRUTURAL\\_PROCESSO\\_COLETIVO\\_PROCESSO ESTRAT%C3%89GICO\\_E\\_SUAS\\_DIFEREN%C3%87AS?rom=cover\\_page](https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS?rom=cover_page). Acesso em: 02 dez. 2022.





PRÊMIO  
MINISTRO GUILHERME PALMEIRA

2023

3º LUGAR  
TRIBUNAIS DE CONTAS

A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS  
NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

UADSON ULISSES MARQUES MARTINS



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

UADSON ULISSES MARQUES MARTINS

**A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO TRIBUNAL DE CONTAS DA  
UNIÃO**

2023

## RESUMO

A solução de controvérsias e a prevenção de conflitos vêm assumindo papel relevante nas relações do poder público com a sociedade disseminando uma cultura de pacificação. Este trabalho tem o objetivo de demonstrar como o Tribunal de Contas da União (TCU) organizou o processo de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares no campo do controle externo. Realizou-se pesquisa exploratória na forma de estudo de caso, em que se procedeu a análise documental de normas legais obtidas nos portais institucionais e a revisão bibliográfica dentro de uma abordagem qualitativa. Verificou-se que o Tribunal de Contas da União elaborou, no final do ano de 2022, a Instrução Normativa nº 91/2022, instituindo procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como criou, em sua estrutura organizacional, por meio da Resolução nº 347/2022, a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos para tratar da temática. Conclui-se que o Tribunal de Contas da União alinhou-se à moderna tendência de pacificação nas relações com os jurisdicionados e estabeleceu procedimento que propicia segurança jurídica às partes envolvidas, induzindo melhorias na gestão pública e possibilitando a construção participativa, negociada, consensual e cooperativa para solução de controvérsias e prevenção de conflitos envolvendo temas relevantes.

**Palavras-chave:** solução de controvérsias; prevenção de conflitos; controle externo; cultura de pacificação.

## ABSTRACT

The solution of controversies and conflict prevention have been assuming an important role in public power relations with society, disseminating a culture of pacification. This work aims to demonstrate how the Brazilian Federal Court of Accounts organized the process of consensual resolution of controversies and conflict prevention related to control agency, public and private managers in the field of external control. Exploratory research was carried out in the form of a case study, where a documentary analysis of legal norms obtained from public website and a bibliographical review within a qualitative approach were carried out. It was found that the Brazilian Federal Court of Accounts prepared, at the end of 2022, Normative Instruction nº 91/2022, establishing procedures for the consensual resolution of relevant disputes and conflict prevention affecting institutions and entities of the Federal Public Administration, as well as created, in its organizational structure, through Resolution nº 347/2022, the Secretary for External Control of Consensual Solution and Conflict Prevention to deal with the issue. It is concluded that the Brazilian Federal Court of Accounts has aligned itself with the modern trend of pacification in relations with those under jurisdiction and has established a procedure that provides legal certainty to the parties involved, inducing improvements in public management and enabling participatory, negotiated, consensual and cooperative construction for dispute resolution and conflict prevention involving relevant issues.

**Keywords:** controversy resolution; conflict prevention; external control; culture of pacification.

## LISTA DE FIGURA

Figura 1 – Solicitação de Solução Consensual no TCU.....	35
--	----

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ATRICON	Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CGU	Controladoria-Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COOPERA	Programa especial de atuação no enfrentamento à crise da Covid-19
CPC	Código de Processo Civil
CSC	Comissão de Solução Consensual
FCFP	Fiscalização Contínua da Folha de Pagamento
IN	Instrução Normativa
INTOSAI	Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores
ISC	Instituições Superiores de Controle
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
RAIS	Relatório Anual de Informações Sociais
SecexConsenso	Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos
SEGECEX	Secretaria-Geral de Controle Externo
SIAPE	Sistema Integrado de Administração de Pessoal
SSC	Solicitação de Solução Consensual
TAC	Termo de Ajuste de Conduta
TAG	Termo de Ajustamento de Gestão
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCM	Tribunal de Contas do Município
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 Problema.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 Justificativa.....</b>	<b>9</b>
<b>1.3 Objetivos.....</b>	<b>9</b>
1.3.1 Objetivo final.....	9
1.3.2 Objetivos específicos.....	10
<b>2. DESENVOLVIMENTO.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 Marco teórico-legal da solução de conflitos no âmbito da Administração Pública.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Melhorias e boas práticas advindas de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do controle externo.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3 O processo de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do TCU.....</b>	<b>27</b>
<b>3. METODOLOGIA.....</b>	<b>38</b>
<b>3.1 Coleta e análise de dados.....</b>	<b>38</b>
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>42</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O surgimento de novas tecnologias, a demanda ascendente por bens e serviços, a evolução da sociedade, sempre pleiteando maiores direitos e liberdades, têm provocado uma intensa produção legislativa tornando o ordenamento jurídico brasileiro mais aderente a essas especificidades.

Diante da multiplicidade de direitos e liberdades é “curial” a ocorrência de controvérsias entre particulares, entre particulares e órgãos públicos e entre os órgãos públicos em seu exercício.

Tradicionalmente, o Estado, com o seu poder de império, é o responsável por dirimir as lides, até mesmo exercendo o seu papel sancionador-coercitivo, e emprega as prerrogativas e os meios legais para cumprimento de suas decisões.

Todavia, a máquina estatal foi se tornando menos eficiente, quando as demandas por solução de conflitos passaram a ser progressivamente maiores que a capacidade operacional para sua resolução, gerando elevado quantitativo de processos, maior tempo para solução meritória da lide e insatisfação da sociedade com a atuação do poder público em razão do excesso de burocracia.

Todas essas contingências levaram a Administração Pública a encontrar meios para solução consensual das controvérsias e prevenção de conflitos, notadamente no Poder Judiciário, em razão de criação e alteração da legislação de regência das situações de solução de contencioso jurídico.

O movimento veio a se expandir alcançando a Administração Pública para resolução dos conflitos do chamado contencioso administrativo.

No âmbito do controle externo, alguns tribunais de contas dos estados alteraram seu ordenamento jurídico instituindo o termo de ajustamento de gestão (TAG), envolvendo ações a serem implementadas pelos jurisdicionados para solução de controvérsias e prevenção de conflitos.

Nesta monografia, será apresentada a formalização do instituto da resolução de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), adequando a atuação da Corte de Contas às modernas práticas internacionais, o que contribuirá para induzir melhorias na gestão pública e atender de maneira efetiva as necessidades públicas.



## **1.1 Problema**

Como está organizada a solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares no âmbito do TCU?

## **1.2 Justificativa**

A solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do TCU é uma temática relevante, pois tem sido um meio utilizado internacionalmente para reduzir a quantidade de processos litigiosos, direcionar os agentes públicos liberados desses processos para atuar em outras atividades necessárias na busca de fomentar a efetividade na administração pública e gerar valor agregado para a sociedade.

Embora o TCU já venha executando diversas ações de interlocução com gestores e particulares com vistas a exercer o seu papel pedagógico e orientador, a fim de colaborar com a geração de alternativas para a solução de problemas de interesse da Administração Pública, faltava o estabelecimento normativo interno que definisse, entre outros, os legitimados para pleitear e deliberar, a admissibilidade, os prazos envolvidos, a estrutura de controle externo para atuar e o rito processual propriamente dito.

Com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do tema no âmbito do TCU, a monografia relaciona os normativos utilizados pela Administração Pública na solução pacífica de conflitos, apresenta as melhorias e boas práticas advindas da implementação da temática e, por fim, demonstra a ritualística estabelecida pela Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022.

## **1.3 Objetivos**

### **1.3.1 Objetivo geral**

Demonstrar como o TCU organizou o processo de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares no campo do controle externo.

### 1.3.2 Objetivos específicos

A monografia apresenta três objetivos específicos para responder à problemática deste estudo:

- a) levantar o marco teórico-legal da solução de conflitos no âmbito da administração pública;
- b) identificar melhorias e boas práticas advindas de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do controle externo para fomentar a eficiência na administração pública federal; e
- c) demonstrar o processo de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do TCU.

## 2 DESENVOLVIMENTO

As transformações sociais decorrentes do processo evolutivo vêm motivando a produção legislativa para elaborar novos institutos e atualizar a legislação vigente diante dos cenários que se desenvolvem para adequar as normas à realidade e às demandas da sociedade.

Esse cenário fortalece o surgimento de direitos e obrigações, cabendo ao Estado garantir a sua proteção e assegurar seu restabelecimento, no caso de violações.

Os conflitos decorrentes de violações acabam, em sua maioria, “desaguando” no Poder Judiciário, o qual tem a função jurisdicional de realizar a heterocomposição e colocar o fim na lide.

Para fomentar a solução pacífica de conflitos e conseqüentemente reduzir o número de processos que tramitam no Poder Judiciário, a legislação brasileira autoriza os instrumentos autocompositivos da negociação, da conciliação e da mediação, e o instrumento heterocompositivo da arbitragem.

No âmbito da Administração Pública, o contencioso administrativo nas relações envolvendo o poder público e os particulares, as empresas e as pessoas naturais, ou entre órgãos públicos ou entre entidades públicas necessitou evoluir para possibilitar também a resolução consensual das controvérsias e a prevenção de conflitos.

Esse cenário de transformação da Administração Pública precisou ser acompanhado pelos órgãos de controle externo, evoluindo para quebra do paradigma da imposição sancionadora, para adotar também medidas de implementação da política da consensualidade, movimento esse que tem que ir além das perspectivas jurídica e normativa para alcançar a perspectiva cultural do órgão.

## **2.1 Marco teórico-legal da solução de conflitos no âmbito da Administração Pública**

A atuação da Administração Pública tem a finalidade de alcançar o interesse público, ou seja, ofertar bens e serviços públicos que atendam às necessidades da sociedade.

Neste sentido, Medauar (2015, p. 62) considera a Administração Pública sob o aspecto funcional e o aspecto organizacional:

no aspecto funcional, Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população [...] Sob o ângulo organizacional, a Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo [...].

O sentido da existência da Administração Pública e dos órgãos e das entidades que dela fazem parte se justifica pela atuação voltada para o interesse público, ou seja, sua finalidade é o bem comum.

Para que a Administração Pública alcance a sua missão institucional, precisa desenvolver ferramentas para fortalecer a governança a fim de fomentar mecanismos para que seus procedimentos sejam céleres, eficientes e atinjam os resultados estabelecidos em seu planejamento.

A governança passou a ter relevo nas práticas administrativas a partir da positivação, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, do princípio da eficiência, inserido no rol de princípios do *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988 (CF/88):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Destaque-se que, desde a reforma administrativa de 1985, já se apregoava a eficiência como elemento necessário na atuação da Administração Pública, consignando evolução da administração pública burocrática para a administração pública gerencial.

Neste diapasão, a Administração Pública evoluiu paulatinamente para processos de trabalhos voltados para a concretização de soluções eficazes e satisfatórias para atendimento do interesse público nos mais variados campos de sua atuação, e a governança pública assumiu papel central na mudança do paradigma burocrático focado em objetivos internos para atuação voltada ao atendimento das necessidades da sociedade.

O Referencial de Governança do TCU apresenta de forma cristalina o propósito da governança pública, que deve ser a diretriz da atuação dos órgãos e das entidades públicas na busca do bem comum (Brasil, 2020b):

o propósito da governança não é, nem poderia ser, a criação de mais controles e de mais burocracia. Ao contrário, a governança provê formas de descobrir oportunidades de remover controles desnecessários, que se tornam empecilhos à entrega de resultados, pois seu objetivo é a melhoria do desempenho da organização para a geração de valor [...]. Por isso, a mera adoção burocrática de práticas, sem foco nos resultados, não conduz à boa governança e nem condiz com ela. Todas as práticas de governança servem para criar contextos favoráveis à entrega dos resultados esperados pelos cidadãos, com sustentabilidade.

Esse movimento desencadeou a institucionalização da administração pública consensual como um mecanismo de agregar valor social para as ações desenvolvidas pelo poder público na busca de alcançar o interesse público.

A Administração Pública começou valorizar e privilegiar a gestão focada na associação, coordenação, cooperação, colaboração e em meios de solução pacífica de conflitos com os instrumentos de acordo, negociação, conciliação, transação e termo de ajuste de conduta (TAC).

A atuação da administração consensual influenciou e foi influenciada pelos métodos de solução pacífica de conflitos resultantes de normas elaboradas no âmbito do Poder Legislativo que modernizaram as relações entre o poder público e os particulares, deixando o Poder Judiciário de ser a única opção para pacificar eventuais controvérsias ou colocar termo nos conflitos existentes na sociedade, sem prejuízo de acesso aos órgãos jurisdicionais nos casos de solução não amigável.

Vale destacar que o Preâmbulo da CF/88 já exteriorizava a vontade política do constituinte de que existisse uma sociedade fundada na harmonia e comprometida na ordem, interna e internacional, com a solução pacífica de conflitos (Brasil, 1988).

Ainda, ao elencar os princípios que norteiam as relações internacionais do Estado brasileiro, a Carta Constitucional positiva a solução pacífica dos conflitos no art. 4º, inciso VII.

No tocante à Administração Pública, a pacificação de conflitos relaciona-se com o próprio princípio da eficiência, estatuído no artigo 37 da CF/88, considerando que o poder público deve utilizar os meios razoáveis necessários para atingir os resultados esperados, com maior produtividade, menor tempo e menor custo dos serviços ofertados para população.

Nessa seara de busca pela pacificação, cita-se que a evolução nas normas infraconstitucionais proporcionou a criação de diversos mecanismos para prevenir e solucionar consensualmente os conflitos. A seguir, elencam-se essas normas.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, foi recepcionada pela CF/88 para autorizar, em seu art. 5.º, § 6.º, a instituição do TAC, para solução pacífica dos conflitos envolvendo a responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sendo, posteriormente, acrescentados os danos relativos a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, e ao patrimônio público e social (Brasil, 1985).

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes de violação dos princípios da administração pública, de enriquecimento ilícito e de dano ao erário (Brasil, 1992a).

A citada lei não admitia transação, conciliação e acordo nas ações perpetradas em face dos responsáveis. Com a evolução da legislação no sentido de soluções não adversariais, a norma passou por alterações e atualmente permite a celebração de acordo para não persecução civil, nos termos da redação dada ao art. 17 e da inclusão do art. 17-B pela Lei nº 14.230/2021 (Brasil, 2021b).

O normativo, em seu art. 17-B, § 3º, estabelece a necessidade de oitiva do Tribunal de Contas competente para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido.

No âmbito do TCU, a Resolução TCU nº 350, de 23 de dezembro de 2022, alterou a Resolução TCU nº 259, de 7 de maio de 2014, e incluiu, no rol de solicitações dispostas em seu art. 59, as solicitações de apuração de dano para fins de celebração de acordo de não persecução civil, formalizando o procedimento no âmbito do TCU (Brasil, 2023b).

Nesse caso, deve ser feita solicitação de apuração de dano para fins de celebração de acordo de não persecução civil ao TCU, nas ocorrências que envolvem recursos federais, nos termos disciplinados pela Resolução TCU nº 259/2014, segundo as alterações realizadas, devendo a Corte de Contas manifestar-se com indicação dos parâmetros utilizados no prazo de 90 (noventa) dias.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, em seu art. 53 estabeleceu que o poder público poderia celebrar compromisso de cessação de prática sob investigação dessas infrações pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), condicionando que o representado deveria cessar a prática investigada no prazo pactuado (Brasil, 1994).

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da CF/88, autoriza a utilização de mecanismos de solução pacífica de conflitos no seu art. 23, inciso XV, estabelecendo a necessidade de cláusula essencial de solução amigável de conflitos nos contratos de concessão (Brasil, 1995).

Em novembro de 2015, foi incluído o art. 23-A, por meio da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, possibilitando que nesses contratos poderão ser previstos o emprego de instrumentos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, disciplina o procedimento de arbitragem para solução pacífica dos conflitos (Brasil, 1996a). Vale destacar que a partir do final de julho de 2015, a administração pública direta e indireta passou a ter a faculdade para utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em razão da alteração feita pela Lei nº 13.129/2015.

A Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, autorizava a realização de acordos e transações para colocar fim aos litígios judiciais, dentro de limites fixados para o valor da causa estabelecidos nessa lei. A partir de 2010, foi autorizada a realização de TAC, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses em que envolvesse interesse público

da União, de suas autarquias e fundações (Art. 4º-A.). A norma foi novamente atualizada em 2015, desta vez autorizando a realização de acordos e transações no âmbito administrativo e judicial sem fixação de limite de causa (Brasil, 1997a).

O Código Civil de 2002, formalizado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, autoriza a utilização de meios consensuais para resolução conflitos decorrentes de direito material e até envolvendo interesse público (Martins, 2019).

O Código Civil de 2002 considera “lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” (artigo 840) e permite a transação no tocante a “direitos patrimoniais de caráter privado” (artigo 841), o que, com o aporte da legislação e da doutrina, não mais é inaplicável, em tese, a situações que envolvam interesses indisponíveis e interesse público.

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou a Lei nº 8.884/1994, manteve em seu art. 85, a possibilidade de o CADE tomar do representado o compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, considerar que atende aos interesses protegidos por lei (Brasil, 2011b).

A Lei nº 12.529/2011 inovou com a criação do programa de leniência, estabelecendo, em seu art. 86, que o CADE poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, chamada de Lei Anticorrupção, possibilitou a realização de acordo de leniência nos processos que tratem de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, nos termos de seu artigo 16 e 17 (Brasil, 2013):

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...]

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

O Código de Processo Civil (CPC), formalizado nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em seus artigos 3º, 6º, 174 e 175, autoriza a realização de solução pacífica de conflitos (Brasil, 2015a) e traz elementos para realizar procedimentos mais céleres e instrumentos para incentivar a solução pacífica de conflitos, a fim de reduzir a quantidade de processos que ingressam no Poder Judiciário.

O Poder Judiciário deve se libertar do excesso de demandas, dedicando-se a processos efetivamente relevantes para a pacificação social. Nesse sentido, Franco (2015) arremata:

apesar das críticas e das dificuldades da prática, o novo Código de Processo Civil, quanto ao intuito de promover a composição da lide, está alinhado com as mudanças que precisam acontecer urgentemente no país. A sociedade brasileira atual precisa de um poder judiciário ágil, eficaz e em conformidade com o judiciário de grandes economias mundiais. Muitas vezes os processos são desnecessários e uma conciliação tem o poder de colocar fim a uma longa demanda, cabendo a cada um fazer sua parte.

A Lei nº 13.140/2015 versa sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, na qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, com competência para (Brasil, 2015b):

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e

III - promover a celebração de TAC.

O normativo faculta, então, ao poder público estabelecer estrutura para atuar na prevenção e resolução administrativa de conflitos, até mesmo entre órgãos da própria Administração Pública, representando evolução da cultura da litigiosidade para a cultura da pacificação.

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, chamado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), acrescentou o artigo 26, autorizando a celebração de compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (Brasil, 2018).



A alteração modernizou a LINDB, que passa sugerir a adoção de meios para fomentar a consensualidade nas relações jurídicas que envolvam aplicação do direito público.

O Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou o disposto nos arts. de 20 a 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, detalhou os procedimentos para formalização do compromisso com interessados, em seu art. 10 e facultou a celebração de TAG entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral (art. 11) (Brasil, 2019a).

O regulamento vedou a possibilidade celebração de TAG nas situações de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

A Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019, alterou o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, chamada de Lei Geral das Desapropriações, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública (Brasil, 2019b).

Estes mecanismos possibilitam solução consensual, evitando que a situação litigiosa se estenda por longo período no Poder Judiciário. Todavia, para que o instituto seja alcançado, é necessário que a entidade pública e o particular desapropriado tenham possibilidade de fazer concessões recíprocas, sob pena de frustração do procedimento de solução consensual.

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, chamada de Nova Lei de Licitações e Contratos, estabelece em seus artigos 151-154 a possibilidade da utilização dos meios alternativos para resolução de controvérsias (Brasil, 2021a).

A norma prevê a utilização de conciliação, de mediação, de comitê de resolução de disputas e da arbitragem nas controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, a exemplo do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, do inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e do cálculo de indenizações.

A possibilidade da utilização desses meios consensuais de solução de controvérsias nas contratações públicas fundamentadas na Nova Lei de Licitações e

Contratos exige mudança na cultura da Administração Pública contratante e capacitação dos agentes públicos para atuarem diante desse novo paradigma.

No âmbito do Direito Regulatório, a legislação que criou as agências reguladoras estabelece a possibilidade da solução de controvérsias no âmbito administrativo das eventuais situações adversariais surgidas na realização de suas atividades.

A título exemplificativo, citam-se estas normas que autorizam medidas de solução consensual de conflitos no campo administrativo, tendentes a reduzir demandas judiciais no campo regulatório: art. 3º, V, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) (Brasil, 1996b); artigo 19, XVII, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (Brasil, 1997b); artigo 20 e 43, X, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que constituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP) (Brasil, 1997c); artigo 35, inciso XVI, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) (Brasil, 2001).

Para organizar, uniformizar e disseminar os mecanismos de solução pacífica de conflitos no Poder Judiciário, o CNJ editou a Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010 (Brasil, 2010), considerando a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento de mecanismos consensuais.

Essa norma trata a conciliação, a mediação e outros métodos consensuais como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de demandas, visto serem aptos a reduzir a judicialização, a interposição de recursos e a execução de sentença (Martins, 2019).

A partir da vigência dessa resolução, a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos passou a servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria, tendo por objetivo, entre outros, reduzir o quantitativo de demandas litigiosas no Poder Judiciário.

Cabe destaque a iniciativa do CNJ, que realiza, anualmente, desde 2006, a Semana da Conciliação, que é uma campanha em prol da conciliação, envolvendo os Tribunais de Justiça, Tribunais do Trabalho e Tribunais Federais. A XVIII Semana da Conciliação ocorrerá de 6 a 10 de novembro de 2023, em que serão selecionados

processos passíveis de conciliação judicial amigável, intimando-se as partes para participar da negociação e solucionar as lides de forma consensual (Brasil, 2023d).

No bojo do artigo 16 da Lei nº 12.527/2011, chamada de Lei de Acesso à informação, foi atribuída competência à Controladoria-Geral da União (CGU) para dirimir, em grau de recurso administrativo, os litígios acerca da negativa de acesso pelos órgãos aos demandantes nas situações de transparência passiva (Brasil, 2011a).

A CGU passou a adotar a resolução pacífica de conflitos em recursos a ela direcionados, utilizando as técnicas de resolução facilitada e resolução negociada.

A resolução negociada:

[...] ocorre quando na avaliação preliminar de uma reclamação ou de um recurso é possível demonstrar que o órgão falhou em cumprir com seu dever legal. Se o órgão concorda em remediar tal falha antes de uma decisão formal, esse procedimento é normalmente chamado de resolução negociada (Brasil, 2015c, p. 5).

Nesse caso, após a formalização do processo de recurso junto à CGU, o auditor do órgão de controle interno analisa a situação e entra em contato com o órgão litigante informando o provável desfecho da questão. O órgão pode reavaliar sua posição acerca da tomada de decisão equivocada sobre o acesso à transparência passiva questionada e solucionar a demanda pacificamente.

A resolução facilitada, por sua vez,

[...] é um processo mais complexo. Ela depende principalmente da ação do auditor, que colhe informações de ambas as partes em conflito e identifica uma oportunidade para resolver o caso sem uma decisão vinculante quanto ao mérito da questão. Difere do que ocorre na mediação, na qual o mediador não toma posições quanto ao caso e cabe a ele apenas aproximar as partes a fim de que explorem e troquem impressões sobre as soluções propostas. Ao contrário disso, a resolução facilitada é avaliativa, e se fundamenta na habilidade do auditor de persuadir as partes a aceitar a solução proposta (Brasil, 2015c, p. 6).

Nessa sistemática, o auditor do órgão de controle interno assume posição ativa no sentido de convencer as partes a aceitar a solução proposta. Para que haja desempenho exitoso, ele deve possuir habilidades de negociação e resolução de conflitos.

A Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) emitiu a Resolução nº 02/2014, que trouxe novas diretrizes e orientações acerca do controle externo concomitante, referindo-se explicitamente aos T AGs (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, 2014).

A resolução acima remetia à regulamentação dos termos de ajuste de gestão aos Tribunais de Contas, tendo por objetivo:

- dar regularidade à execução de atos administrativos de execução continuada e que se encontrem com irregularidades passíveis de correção;
- suspender a aplicação de penalidades para a correção do procedimento administrativo;
- impedir a ocorrência de novas ilegalidades em razão de equivocado entendimento quanto à aplicabilidade da legislação referente a procedimentos licitatórios e à celebração de contratos administrativos, entre outros. (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, 2014, Resolução nº 02/2014, Anexo Único, p. 9).

Por meio da Nota Recomendatória nº 02/2022, a Atricon, considerando que as ações de controle consensual vinham alcançado notória relevância no âmbito de atuação dos Tribunais de Contas, especialmente os denominados TAGs e as Mesas Técnicas, recomendou aos Tribunais de Contas que adotassem instrumentos de solução consensual de conflitos nos processos de controle externo (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, 2022):

RECOMENDA aos Tribunais de Contas brasileiros que:

1. dentro de uma perspectiva de atuação marcada pela consensualidade, considerem, sempre que possível e nos termos do ordenamento jurídico, a adoção e a implementação de normas voltadas à solução consensual de conflitos quando do enfrentamento de temas controvertidos relacionados à Administração Pública e ao controle externo, com o objetivo de efetivar os princípios da eficácia e da eficiência, de forma a prestigiar ações de controle punitivo e preventivo;
2. diante da importância de compatibilizar seu funcionamento ao espectro de consensualidade e à modernização dos mecanismos de controle, aprimorem a estrutura de acordos nos processos de controle externo, bem como prossigam incrementando uma relação dialógica e de colaboração, priorizando a resolução consensual de controvérsias; e
3. frente à necessidade de se interpretar de forma abrangente a garantia da ampla defesa, considerem a possibilidade de criação e regulamentação de procedimentos processuais de audiência, com ou sem a finalidade conciliatória, de forma a buscar a abrangente participação das partes envolvidas, segurança jurídica, transparência e economia de tempo, proporcionando ainda maior adequação das decisões às especificidades das situações e a correção de inconformidades e de irregularidades de forma célere e eficaz.

O TAG é o compromisso que os gestores públicos responsáveis pelas entidades ou pelos órgãos fiscalizados assumem perante a Corte de Contas e que deve ser cumprido, sendo o próprio termo o instrumento de controle dos procedimentos e de correção de irregularidades e impropriedades. Assim, o TAG tem por objetivo a regularização voluntária de atos e/ou procedimentos administrativos considerados irregulares.

A legislação aplicável a cada Tribunal de Contas estabelece o procedimento, a admissibilidade, a legitimidade e o alcance desses instrumentos de solução pacífica de conflitos junto ao controle externo.

A título ilustrativo, a Deliberação TCE-RJ n° 329, de 22 de setembro de 2021, alterou o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de regular o TAG naquela Corte de Contas. Entre os requisitos para celebração de TAG, devem ficar demonstradas a exequibilidade das metas a serem pactuadas nos prazos fixados, quando aplicável, a boa-fé do jurisdicionado e a inocorrência de dano (Rio de Janeiro, 2021).

No mesmo sentido, a Instrução Normativa TCE-TO n° 01/2019 instituiu, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, o TAG buscando alinhar a atividade do controle externo com uma gestão moderna na busca da solução de conflitos (Aguilar, 2019):

a Instrução Normativa que apresenta o TAG nasceu da constatação da necessidade de modernização das atividades do Tribunal de Contas e busca pelo apoio à governança, mostrando que o TCE está à serviço da população, acompanhando de perto a gestão do dinheiro público no percurso das ações e não apenas se posicionando como uma Corte de julgamentos e punições, mas de instituição fiscalizadora aberta às necessidades da população e ao seu patrimônio, possibilitando, inclusive, que o cidadão faça parte desse trabalho.

Cita-se, de forma não exauriente, os Tribunais de Contas dos Estados do Amazonas, Espírito Santo, de Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, do Paraná, de Pernambuco, do Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, de Rondônia, Sergipe e Tocantins que instituíram o instituto do TAG.

As Mesas Técnicas, por sua vez, são reuniões técnicas de trabalho formalmente institucionalizadas, para discussão sobre problemáticas identificadas em processo de fiscalização específico, ou a respeito de temática que poderá ser objeto de fiscalização, podendo delas participarem o relator, seu gabinete, servidores da área técnica do Tribunal e os gestores e técnicos envolvidos das unidades jurisdicionadas.

Essas reuniões não têm a finalidade conciliatória, uma vez que buscam informações e esclarecimentos sobre um objeto de controle. Todavia, no decorrer dos trabalhos, pode surgir proposta de solução das eventuais irregularidades, resultando na celebração de TAG entre o gestor responsável e o Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo instituiu os procedimentos das Mesas de Trabalho por meio da Resolução TCM-SP n° 02/2020, estabelecendo seus

objetivos, os legitimados para sua convocação, as atribuições do presidente da Mesa Técnica, os prazos e a formalização do resultado dos trabalhos (São Paulo, 2020).

Toda essa evolução legislativa, que envolve prevenção e solução pacífica dos conflitos na Administração Pública, e, notadamente nas Cortes de Contas, vai ao encontro da Agenda 2030 das Nações Unidas e da Declaração de Moscou, de 2019, adotada no âmbito da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), buscando promover maior proximidade entre o órgão controlador e seus jurisdicionados e alcançar cooperação para atender ao interesse público.

## **2.2 Melhorias e boas práticas advindas de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do controle externo**

Os Tribunais de Contas, no exercício da competência constitucional estabelecida pelos artigos 71 e 75 da CF/88, têm buscado o aprimoramento constante de suas funções institucionais, por meio de iniciativas que corroboram para efetividade do controle externo e conseqüente atendimento do interesse público tutelado.

A evolução da legislação, para formalizar e introduzir mecanismos de prevenção e solução de controvérsias de forma consensual mitigando o ingresso de demandas judiciais, assumiu contornos modernizantes e foi sendo paulatinamente disseminada na Administração Pública.

Paralelamente a esse processo formal, surgiram também melhorias e boas práticas para prevenção e solução de controvérsias no âmbito do controle externo, especialmente decorrentes da atuação pedagógica e orientadora dos Tribunais de Contas.

As boas práticas no âmbito dos Tribunais de Contas decorrem de *benchmarking* de procedimentos formais adotados por outras Cortes de Contas, considerando-se que a segurança jurídica e a legitimidade de sua atuação junto aos jurisdicionados está fundamentada na legislação legal ou infralegal.

Como dito, a prática formal de determinada sistemática que alcance maior eficiência, efetividade e resultados para melhoria da atuação do órgão e fomento do interesse público serve de inspiração para sua adoção em outros órgãos de controle externo.

Nesse sentido, as boas práticas devem ser aprendidas, compartilhadas e multiplicadas na busca do aperfeiçoamento do controle externo, sendo essa a máxima

do 1º Laboratório de Boas Práticas de Controle Externo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (Lima; Castro, 2018).

Cabe destacar que a atuação pedagógica e orientadora do Tribunal de Contas da União não se confunde com intervenção na seara da conveniência e discricionariedade do gestor público na tomada de decisão sobre a produção ou não dos atos administrativos.

O TCU não é instância consultiva de situações que envolvem caso concreto, já que compete à Advocacia-Geral da União, no exercício de suas funções consultiva e de assessoramento e orientação às autoridades e dirigentes do Poder Executivo, dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados.

A atuação pedagógica e orientadora se insere no estabelecimento e na divulgação de boas práticas, bem como no posicionamento jurisprudencial do Tribunal acerca de determinado tema, que serve de direcionamento para que o gestor tome decisões de acordo com a legislação e a jurisprudência pacificada.

No Tribunal de Contas da União existem práticas que fomentam a prevenção de controvérsias de possíveis irregularidades ou impropriedades, as quais serão listadas a seguir, de forma não exauriente.

Inicialmente, reporta-se ao instituto do Diálogo Público, que se iniciou em 2003, decorrente do convênio celebrado entre o TCU e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com o objetivo de modernizar sua gestão, aproximando-se de seus interlocutores e aperfeiçoando o controle externo, de modo a induzir melhorias no país.

Os Diálogos Públicos eram eventos realizados nos Estados, em que se abordavam temáticas como transferências de recursos, licitações e contratos, convênios e controle social, nos quais se apresentavam para gestores, servidores e sociedade as principais irregularidades encontradas pelo TCU e a jurisprudência envolvida. Também os órgãos de controle e jurisdicionados levavam para os debates temas relevantes.

Essa atuação servia para prevenir possíveis ocorrências em função do papel pedagógico e orientador do Tribunal juntamente com a ação participativa e colaboradora dos demais órgãos e entidades envolvidos, e ainda fomentava o controle social.

Na página institucional do TCU, disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/eventos/dialogo-publico/eventos/>, consta relação dos eventos com os documentos e apresentações produzidos ao longo desse período.

A iniciativa do TCU buscou modernizar sua gestão, aproximando-se de seus interlocutores, a fim de aperfeiçoar o controle externo e induzir melhorias na Administração Pública, além de desenvolver a atuação do controle social.

Outro mecanismo que tem sido utilizado pelo TCU para solucionar controvérsias é a apresentação, em reunião, para os gestores fiscalizados, da Matriz de Achados das ocorrências apuradas pelas auditorias (Brasil, 2020c, p. 119). A ferramenta possibilita ao gestor conhecer previamente as falhas detectadas pelo órgão de controle externo e sua correção, quando, possível, o que evita ou mitiga a aplicação de medidas sancionadoras.

Da mesma forma, antes da elaboração do relatório final de auditoria, a equipe de fiscalização encaminha o relatório preliminar para comentários do gestor sobre as ocorrências, o que possibilita o esclarecimento de pontos obscuros, a correção de informações imprecisas ou inconsistentes, o aperfeiçoamento das medidas propostas de determinações ou recomendações, bem como o conhecimento das ações corretivas que pretende adotar (Brasil, 2020c, p. 143).

Os processos que não sejam de fiscalização, mas cuja proposta envolva recomendações ou determinações, também devem ser submetidos a comentários do gestor. A medida não será adotada, nos termos do art. 14, § 2º, da Resolução TCU nº 315/2020, quando (Brasil, 2020e):

- I - as circunstâncias do processo permitirem antecipar a possível proposta de encaminhamento, facultando à unidade jurisdicionada manifestar-se sobre as informações previstas no caput na etapa de contraditório ou na reunião de encerramento dos trabalhos;
- II- o prévio conhecimento da proposta pelos gestores colocar em risco o alcance dos objetivos da ação de controle.

Tanto na reunião da apresentação da Matriz de Achados quanto no envio do relatório preliminar para comentários do gestor, busca-se a colaboração do órgão auditado na solução das controvérsias, evitando-se o surgimento de processos de responsabilização que perduram, às vezes, por anos, bem como a atuação regular da Administração Pública no cumprimento de suas funções, a fim de atender as necessidades públicas.



Outro mecanismo utilizado pelo TCU que também tem conteúdo preventivo de controvérsias é o uso de métodos digitais de análise de editais licitatórios mediante sistemas de inteligência artificial.

A título ilustrativo, o robô de inteligência artificial Alice, acrônimo para Análise de Licitações e Editais, coleta, desde 2017, informações no Diário Oficial e no sistema Comprasnet sobre editais de licitação e atas de registro de preços publicados por órgãos e entidades da Administração Pública Federal e de alguns órgãos estaduais (Minas Gerais, 2022).

Com os dados obtidos diante de uma parametrização previamente estabelecida como potenciais causas de irregularidades, chamada de trilha de auditoria, o Alice dispara diariamente *e-mails* para as unidades técnicas do TCU.

Diante de critérios de materialidade, relevância e risco, os alertas do Alice são analisados pelos auditores, que podem solicitar informações e realizar reuniões com as unidades jurisdicionadas demandantes dos procedimentos licitatórios para que sejam apresentados esclarecimentos ou complemento de informações.

Havendo constatação de falhas nos editais e nas atas de registro de preços, os gestores podem, espontaneamente, corrigi-las e dar seguimento à licitação. Nesse caso, ocorre a prevenção da ocorrência da irregularidade e da instauração de um processo para apuração de responsabilidade e de danos no âmbito do Tribunal.

Não havendo a regularização da situação, o Tribunal pode determinar a suspensão do procedimento licitatório em processo de representação. Contudo, o que se almeja é que o processo licitatório seja regular e atenda às necessidades para as quais foi instaurado. Se a correção da controvérsia ocorrer de forma consensual, a cooperação da unidade jurisdicionada com o TCU e com o interesse público estará alinhada, evitando-se atrasos na execução do objeto licitado, desperdícios de recursos públicos e demandas de contencioso administrativo.

A tecnologia da informação também é utilizada para realização de auditorias na folha de pagamento da Administração Pública Federal. Desde 2015, o Tribunal de Contas da União vem realizando Fiscalização Contínua da Folha de Pagamento (FCFP).

Os dados são coletados em três bases principais: o Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape); o Extra-Siape, que contempla a base de dados das folhas de pagamento de entes da União que não usam o Siape; e o Relatório Anual de Informações Sociais (Rais). Também podem ser utilizadas informações estaduais

e municipais obtidas por meio de acordo de cooperação com órgãos de controle nessas esferas.

Após a análise dos dados, os indícios de irregularidades levantados, tais como pagamentos indevidos e acúmulo de cargos, são levados ao conhecimento das unidades jurisdicionadas para que elas possam esclarecer os fatos ou tomar medidas corretivas. Essa ação possibilita a prevenção de controvérsias e, ao mesmo tempo, a solução, de forma consensual, de conflitos detectados na folha de pagamento.

A iniciativa do TCU foi transformada em uma nota técnica elaborada pelo BID, servindo de referência para instituições superiores de controle (ISC) de outros países que buscam combater fraudes e corrupção (Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2022).

Em abril de 2020, o TCU lançou o Programa especial de atuação no enfrentamento à crise da Covid-19 (Coopera), instrumento que contribuiu para a legitimidade dos atos e para a segurança dos gestores na tomada de decisão, bem como para dar transparência à sociedade sobre a destinação do dinheiro público alocado para o enfrentamento da crise provocada pelo novo coronavírus.

O TCU acompanhou ações desenvolvidas no âmbito de vários ministérios. O trabalho não tinha a finalidade de prevenir controvérsias e solucionar conflitos, porém a atuação concomitante e pedagógica da Corte de Contas contribuiu para que eventuais conflitos fossem mitigados (Brasil, 2020d).

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União promoveu reuniões estratégicas com os gestores com o objetivo de debater questões de relevância para a sociedade, tais como medidas emergenciais para a saúde do ambiente de negócios, reequilíbrios econômico-financeiros e adaptações contratuais (Brasil, 2020d).

Vale destacar que o Tribunal de Contas da União também atua em acompanhamento de TACs firmados por órgãos da administração pública com particulares.

A título ilustrativo, o TCU avaliou o processo de celebração de TAC entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a empresa Algar relativo aos temas licenciamento, direitos e garantias dos usuários e interrupções. Na oportunidade, a empresa se comprometeu a melhorar os serviços de telefonia oferecidos a seus clientes, em vez de pagar R\$ 76 milhões em multas (Brasil, 2020a).

Nessa seara, o TAC tem o objetivo de impedir ou cessar a continuidade de uma situação irregular na prestação de determinado serviço, sendo um acordo, substitutivo ou suspensivo, de um processo sancionador.

Essas práticas, decorrentes da normatização interna ou de ações pedagógicas e orientadoras de procedimentos de auditoria ou de análise de processos de controle externos, mitigam a ocorrência de controvérsias entre os órgãos jurisdicionados e o TCU, bem como possibilitam a construção participativa das deliberações, resultando no atingimento do interesse público tutelado.

### **2.3 O processo de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do TCU**

A CF/88 outorgou, nos artigos 71; 72, § 1º; 74, § 2º; e 161, parágrafo único, competências ao TCU para o exercício da atividade de controle externo em auxílio ao Congresso Nacional (Brasil, 1988).

Para cumprimento de sua missão institucional, o TCU exerce as funções judicante, fiscalizadora, corretiva, sancionadora, informativa, normativa e consultiva, nos termos da CF/88 e de sua lei orgânica, Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Brasil, 1992b).

Controvérsias e conflitos podem se instaurar no exercício dessas funções, exceto as orientações das funções normativa, informativa e consultiva, em razão da natureza orientadora, esclarecedora e pedagógica que permeia os conteúdos envolvidos.

De forma geral, o exercício da função judicante que atribui ao TCU a competência para julgar as contas dos gestores públicos que executam despesas orçamentárias com recursos federais pode suscitar conflitos, quando ocorre julgamento pela irregularidade das contas.

No uso da função fiscalizadora, as auditorias do TCU podem gerar propostas de realização de audiências por irregularidades sem débito e até instauração de tomada de contas especial, por irregularidades com débito, todas com potencial elevado para conflitos em processos adversariais.

No mesmo sentido, a utilização da função corretiva com determinações e fixação de prazos para correção de irregularidades pode provocar medidas conflituosas junto a órgãos e entidades demandados.

Por fim, a função sancionadora, quando cabe ao Tribunal, com amparo na CF/88 e da legislação infraconstitucional, aplicar aos responsáveis sanções por irregularidades cometidas, de forma isolada ou cumulativamente, a saber:

a) aplicação de multa proporcional ao valor do prejuízo causado ao erário ao agente público (art. 57 da Lei nº 8.443/1992);

b) multa ao responsável por contas julgadas irregulares, por ato irregular, ilegítimo ou antieconômico, ou quando ocorrer o não atendimento de diligência ou determinação do TCU, por obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias (art. 58 da Lei nº 8.443/1992);

c) inabilitação de responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública (art. 60 da Lei nº 8.443/1992);

d) declaração de inidoneidade do responsável, por fraude em licitação, para participar, por até cinco anos, de certames licitatórios promovidos pela Administração Pública (art. 46 da Lei nº 8.443/1992);

e) afastamento provisório do cargo quando obstruir a realização de auditorias ou inspeções (art. 44 da Lei nº 8.443/1992); e

f) decretação de indisponibilidade de bens art. 44, § 2º, da Lei nº 8.443/1992).

Cada uma dessas sanções tem o condão de provocar conflitos, pois atinge diretamente gestores, servidores e empresas no aspecto patrimonial e nas relações de trabalho e de contrato com o poder público.

Para evitar ou mitigar a ocorrência de controvérsias e conflitos no âmbito da Administração Pública Federal, o TCU, alinhado às necessidades públicas e às melhores práticas internacionais para prevenção e solução de conflitos, elaborou a Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, que versa sobre o processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC), para a solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública Federal (Brasil, 2023a).

A normatização do procedimento permite a abertura de um canal específico e autônomo para solução amigável de controvérsias sujeitas à jurisdição do TCU, mitigando as dificuldades procedimentais impostas à autocomposição no âmbito dos processos de controle externo em trâmite no Tribunal.

A regulamentação do processo de SSC pelo TCU, por meio da IN TCU nº 91/2022, promove segurança jurídica e eficiência, sendo aplicados os chamados métodos alternativos de resolução de litígios pelos órgãos de controle.

A sistemática previne a ocorrência de controvérsias e a perpetuação de situações conflituosas e prejudiciais ao interesse público, possibilitando a construção de soluções participativas (TCU e jurisdicionado) e a geração de resultados práticos vantajosos às necessidades da sociedade.

A iniciativa do TCU vai ao encontro da Nota Recomendatória nº 2/2022 da Atricon, que recomendou aos Tribunais de Contas brasileiros que adotassem medidas de solução consensual de conflitos nos processos de controle externo (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, 2022).

A SSC)tem os seguintes legitimados, de acordo com o art. 2º da IN TCU nº 91/2022 (Brasil, 2023a):

- I - autoridades legitimadas para formulação de consultas junto ao TCU;
- II - dirigentes máximos das agências reguladoras; e
- III - relator de processo em tramitação no TCU.

De acordo com o Regimento Interno do TCU, são legitimados para formular consultas junto ao Tribunal (Brasil, 2002):

Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:  
I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal;  
II – Procurador-Geral da República;  
III – Advogado-Geral da União;  
IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas;  
V – presidentes de tribunais superiores;  
VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente;  
VII – comandantes das Forças Armadas.

A norma não prevê a prerrogativa da formulação da solução consensual pela iniciativa privada, a exemplo de empresas licitantes e contratadas, apesar de se envolverem em controvérsias solidariamente com agentes públicos em matéria cujo objeto seja contratação e execução de obras, serviços ou compras.

A SSC deve especificar a materialidade, o risco e a relevância do objeto da busca da solução consensual, indicar os particulares e as unidades jurisdicionadas envolvidos, a existência de processo no Tribunal sobre a matéria, e a manifestação de interesse na solução do conflito, quando o legitimado na composição for relator de processo em trâmite no TCU. Ainda, o processo de solicitação de solução consensual deve ser instruído com pareceres técnico e jurídico, especificando as dificuldades para a solução do conflito.

Compete ao Presidente do TCU, após análise prévia da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual, levando em consideração, conforme o art. 5º da IN TCU nº 91/2022, com redação da Instrução Normativa TCU nº 92, de 25 de janeiro de 2023 (Brasil, 2023a):

- I - a competência do TCU para tratar da matéria;
- II - a relevância e a urgência da matéria;
- III - a quantidade de processos de SSC em andamento; e
- IV - a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos processos de SSC.

A SecexConsenso, integrante da estrutura da Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), foi criada pelo art. 39 da Resolução TCU nº 347, de 12 de dezembro de 2022, que definiu a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades da Secretaria do TCU com a finalidade de contribuir para a solução consensual de controvérsias relevantes afetas a órgãos e entidades da Administração Pública Federal (Brasil, 2022).

De acordo com o normativo, compete a essa unidade técnica:

Art. 40. Compete à SecexConsenso, além das competências previstas no art. 36 desta Resolução:

- I - desenvolver, propor, sistematizar, avaliar e disseminar diretrizes para solução consensual de controvérsias afetas ao processo de controle externo;
- II - instruir, em conjunto com as demais secretarias de controle externo, os processos que tratem da busca de solução consensual de controvérsias;
- III - instruir, em conjunto com as demais secretarias de controle externo, processos que tratem da possibilidade de o TCU celebrar acordos;
- IV - acompanhar e instruir os processos relacionados à fase de negociação dos acordos de leniência a que se refere a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 [...];
- V - instruir os processos relevantes de acordo de não persecução civil previstos no § 3º do art. 17-B da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e propor à Segecex a redistribuição dos processos que impactem a capacidade operacional da unidade para instrução pelas demais secretarias de controle externo;
- VI - interagir com o Ministério Público da União sobre processos em andamento no TCU que possam ser objeto de acordo de não persecução civil;
- VII - apoiar as demais secretarias de controle externo no que concerne ao emprego de métodos e técnicas para solução consensual de controvérsias;
- VIII - realizar intercâmbio com instituições e especialistas a fim de manter métodos e técnicas de solução consensual alinhados com as normas de referência e as melhores práticas existentes;
- IX - coordenar a articulação com tribunais de contas brasileiros e com as respectivas entidades representativas para a definição de estratégias de trabalhos cooperativos definidos pela Segecex;
- X - planejar, de modo articulado com as demais secretarias de controle externo, e coordenar a execução da estratégia de participação cidadã no âmbito da Segecex; e

XI - desenvolver outras atividades inerentes à sua finalidade.

A Instrução Normativa TCU nº 91/2022, em seu art. 6º, estabeleceu que, caso exista no Tribunal processo tramitando sobre o objeto da solicitação de solução consensual, o Presidente do Tribunal fará o juízo de admissibilidade e, em sendo favorável, o processo de SSC será encaminhado ao relator do processo originário para ratificar ou não a manifestação (Brasil, 2023a).

Recebida a SSC pelo relator e havendo sua ratificação, o processo originário será suspenso no tocante à matéria objeto da solicitação. Se não houver ratificação, o processo de SSC será arquivado.

Aqui cabe reflexão acerca do normativo sob o aspecto procedimental.

Na primeira hipótese, se o Presidente do Tribunal não admitir o processo de solicitação de solução consensual, quando já tramite processo sobre a matéria, o processo original seguirá o seu curso e a SSC será arquivada.

Na segunda hipótese, se o Presidente do Tribunal admitir o processo de solicitação de solução consensual e o relator não ratificar a decisão, também seguirá o seu curso o processo originário e a SSC será arquivada.

Nas duas hipóteses, o juízo de admissibilidade deveria ser do relator do processo original. Na primeira hipótese, por possuir informações mais detalhadas e específicas do processo de sua relatoria. E, na segunda hipótese, não parece produtora o Presidente do Tribunal admitir o processo de solicitação de solução consensual e o relator não ratificar a decisão, gerando, guardadas as devidas proporções, uma controvérsia interna em um processo de solicitação de solução consensual.

Uma vez admitido, o processo de SSC será conduzido por uma Comissão de Solução Consensual (CSC) composta por representantes da SecexConsenso, da unidade de auditoria especializada e unidades jurisdicionadas envolvidas, na forma preconizada pelo art. 7º da Instrução Normativa TCU nº 91/2022 (Brasil, 2023a).

A comissão não é paritária, pois dela participam dois representantes do Tribunal (servidor da SecexConsenso e outro da unidade de auditoria especializada) e um membro da unidade jurisdicionada interessada.

Para equilibrar essa comissão, poderia ser reconhecido o direito subjetivo dos particulares diretamente afetados de participarem da comissão do processo de SSC,

especialmente quando envolvesse controvérsias ou conflitos sobre licitação e contrato.

A fim de mitigar essa falta de legitimidade formal e ampliar o alcance de obtenção de solução amigável, a norma prevê a possibilidade de participação dos representantes de particulares envolvidos na controvérsia, devendo a Segecex avaliar as circunstâncias envolvidas na SSC. Como dito antes, não é um direito subjetivo, pois a participação de representantes de particulares no processo de SSC fica à mercê de pronunciamento favorável desse órgão de controle externo (art. 7º, § 2º, da Instrução Normativa TCU nº 91/2022).

A SSC admite também a participação de especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia, na qualidade de colaboradores, quando por unanimidade convocados pela CSC.

Tanto o representante de particulares envolvidos na controvérsia quanto os especialistas convocados não têm direito a voto, mas participam das discussões da construção da solução consensual apresentando o posicionamento das empresas envolvidas e as informações e os documentos técnicos relativos ao objeto da SSC.

Cabe destacar que, apesar de a IN TCU nº 91/2022 não especificar, o representante do jurisdicionado deve ter poderes para atuar em nome do órgão ou da entidade que representa, considerando-se que os termos ajustados para se chegar à solução consensual devem ser cumpridos. Ainda, os termos aceitos consensualmente devem ter anuência do dirigente máximo do órgão ou da entidade jurisdicionada para serem submetidos à deliberação do Tribunal, salvo se no documento de representação já constem poderes dessa natureza.

A CSC deverá elaborar uma proposta de solução em até 90 dias, prorrogáveis por mais 30. Não conseguindo elaborar a proposta, será dada ciência ao Presidente do Tribunal, que determinará o arquivamento do processo de SSC.

Elaborada proposta de solução de conflito, o processo de SSC será encaminhado para o Ministério Público junto ao Tribunal, que terá quinze dias para se manifestar. O Parquet de Contas emitirá parecer anuindo ou não à proposta, podendo sugerir alterações.

Após a manifestação do Ministério Público, o processo de SSC será encaminhado à Presidência do Tribunal para sorteio de relator entre os ministros. A tecnicidade aqui adotada vai ao encontro do princípio da impessoalidade, uma vez



que o relator da SSC não é o mesmo do processo originário, o qual pode proceder à análise sem a influência dos embates nos procedimentos anteriores do processo originário. É certo que terá o conhecimento dos embates prévios, mas não teve o envolvimento direto, fato que pode propiciar ganhos na busca da solução do conflito.

O relator do processo de SSC terá 30 dias para submeter a proposta ao Plenário, podendo solicitar deste a dilação por, no máximo, mais 30 dias.

O Plenário, por meio de acórdão, pode sugerir alterações na proposta de solução de conflito, acatá-la integralmente, ou recusá-la.

No caso de alterações, os membros da Comissão de Solução Consensual terão 15 dias para se manifestar. Se não houver concordância dos representantes da unidade jurisdicionada, o processo de SSC será arquivado por decisão do relator, com ciência ao Plenário.

A formalização da solução será realizada por meio de termo firmado pelo Presidente do TCU e pelo respectivo dirigente máximo dos órgãos e das entidades que solicitaram a solução de conflito, em até 30 dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que aprovar a referida solução.

Nos termos do art. 13 da Instrução Normativa TCU nº 91/2022, o cumprimento do termo será feito por meio de monitoramento realizado por unidade técnica do Tribunal (Brasil, 2023a).

No caso de descumprimento do termo, a norma não estabelece os procedimentos a serem adotados. Todavia, fazendo-se uma interpretação sistêmica, o descumprimento deve ser avaliado pelo Tribunal, ouvidos os envolvidos, e poderia ser feita nova conciliação, dependendo da situação no caso concreto, avaliando-se a materialidade, o risco envolvido, a relevância da matéria e as informações produzidas pelo jurisdicionado.

Não parece razoável, verificado o descumprimento, voltar de imediato toda a situação litigiosa que se procurou pacificar dentro do processo de SSC.

Ainda sobre o monitoramento do termo de solução consensual, a atuação do TCU na verificação de seu cumprimento deve ser proativa e, em dada medida, concomitante, uma vez que os processos submetidos a esse procedimento são específicos e relevantes, devendo ser tratados de forma diferenciada, para se verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os estabelecidos, propiciando, ao final, ganhos na prestação dos serviços para a sociedade e melhoria na atividade administrativa.

O que não parece razoável é o TCU, após anos, ser tomado de surpresa pelo não cumprimento do termo de solução consensual do conflito, sem ter intervindo preventivamente no curso da situação.

A Instrução Normativa TCU nº 91/2022 estabeleceu que não será admitido processo de SSC quando haja processo originário com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual.

Nesse ponto, a norma estabeleceu uma limitação para solução consensual nos processos em trâmite no Tribunal, fixando como marco temporal para busca amigável e consensual antes da Corte de Contas deliberar decisão meritória sobre matéria, mostrando-se coerente com a técnica jurídica, uma vez que a decisão meritória só pode ser alterada por meio de recurso ou desconstituída, nos casos previstos na legislação, pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma, a norma não autoriza a utilização de recurso das decisões que forem proferidas nos autos de SSC, tendo em vista a natureza dialógica desses processos, nos quais foi construída proposta de solução consensual de forma participativa, colaborativa e consensual no âmbito da CSC, não admitindo contraditório ou contrarrazões das deliberações produzidas pelo TCU.

A utilização de recurso nas decisões de processos de SSC criaria uma controvérsia dentro de um procedimento que foi autuado para prevenir controvérsias e dirimir conflitos pela solução consensual, afigurando-se um verdadeiro contrassenso.

Todavia, existem decisões monocráticas adotadas pelo Presidente do Tribunal e pelo relator que poderiam ser submetidas ao Plenário para serem referendadas. Como visto antes, compete ao Presidente do Tribunal decidir por critério de conveniência e oportunidade sobre a admissibilidade do processo de SSC, e ao relator referendar ou não a admissibilidade decidida pela Presidente do Tribunal sobre processos que estão tramitando na Corte de Contas.

Ainda, o normativo do Tribunal não traz autorização de incentivo à instituição de um período de tempo para promover a conciliação para solução pacífica de processos elegíveis para esse procedimento, o que poderia ser uma boa prática para reduzir o volume de processos adversariais que tramitam na Corte de Contas, colocando termo a essas demandas.

Como visto antes, o CNJ incentiva a prática da semana de conciliação desde 2006, o que reduz quantidade significativa de processos na Justiça do Trabalho, Justiça Federal e Justiça Estadual (Brasil, 2023d).

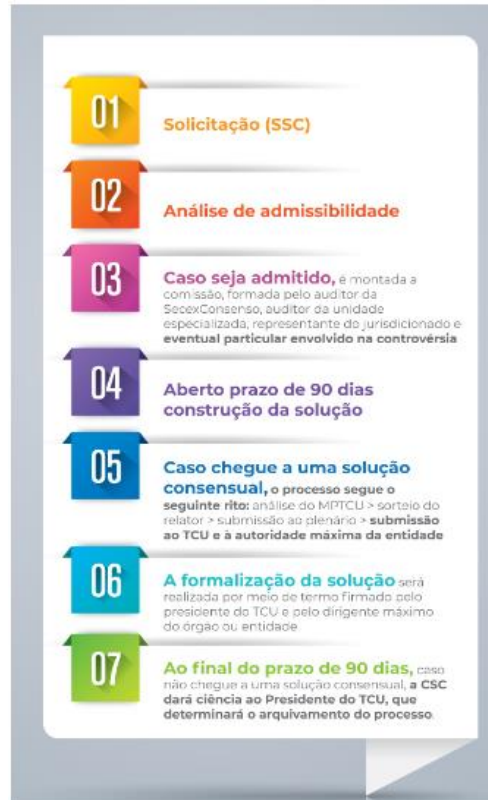
Tal procedimento não foi instituído pela IN TCU nº 91/2022, uma vez que considerou os processos relevantes caracterizados pela sua materialidade, risco e relevância do objeto. Contudo, como forma de boas práticas e melhoria na sistemática, poderia ser feita alteração normativa possibilitando solução consensual de controvérsias em processos agrupados por determinados parâmetros, a exemplo de valor, objeto, tempo de trâmite, e se buscaria conciliação em certos períodos do ano.

Cabe destacar que a Resolução TCU nº 350, de 23 de dezembro de 2022, alterou a Resolução TCU nº 259, de 7 de maio de 2014, incluindo, em seu art. 59, a SSC no âmbito do TCU (Brasil, 2023b).

Dessa forma, o procedimento de Solicitação de Solução Consensual foi formalmente organizado e criada unidade técnica com a competência de analisar os processos dessa natureza que transitam no âmbito do TCU .

A título de ilustração, a Figura 1 abaixo apresenta o passo a passo da SSC no TCU:

**Figura 1 – Solicitação de Solução Consensual no TCU**



Fonte: TCU (Brasil, 2023c)

As primeiras solicitações de solução consensual (SSC) que ingressaram no TCU foram pleiteadas pela ANTT, e versavam sobre controvérsias envolvendo a malha ferroviária (Brasil, 2023c):

Os primeiros processos a tramitar na nova unidade do TCU são de proposta da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que entrou com duas Solicitações de Solução Consensual (SSC): uma para devolução do trecho ferroviário entre Presidente Prudente (SP) e Presidente Epitácio/SP, localizado na Malha Sul, e outra para atualização do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista (RMP), pactuado por ocasião da prorrogação antecipada do contrato de concessão.

O processo que trata da devolução do trecho ferroviário entre Presidente Prudente (SP) e Presidente Epitácio (SP) tem como objetivo dar nova destinação ao segmento, o que possibilitaria evitar fatores de antieconomicidade, degradação e ociosidade. A controvérsia diz respeito à metodologia de cálculo dos passivos patrimoniais decorrentes da ausência de manutenção e conservação por parte das concessionárias e subconcessionárias ferroviárias, para fins de indenização do trecho a ser devolvido.

Já o processo que trata da atualização do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista discute a possibilidade de alteração de parte dos investimentos previstos, com nova alocação dentro da malha ferroviária ou mesmo via investimento cruzado, o que manteria as vantagens das condições da prorrogação. As alterações propostas são da ordem de R\$ 363,2 milhões em valor de outorga, dos R\$ 2,96 bilhões de investimentos previstos na renovação antecipada, aproximadamente 15% do total de investimentos. [...]

A IN TCU nº 91/2022, no intuito de avaliar e melhorar a sistemática adotada pelo TCU na solução consensual de conflitos no âmbito do controle externo, criou, no bojo do art. 14, a Comissão Temporária de Acompanhamento, pelo prazo de 360 dias contados da publicação desse normativo, com o objetivo de acompanhar a implementação dos procedimentos de SSC e resultados dela advindos (Brasil, 2023a).

A Comissão é formada pelos ministros designados: Vital do Rêgo, Antonio Anastasia e Benjamin Zymler, que possuem a incumbência de encaminhar à Presidência do TCU relatório de suas atividades, o qual deverá conter proposta de torná-la definitiva ou de extingui-la, além de apresentar medidas de aperfeiçoamento do procedimento de solução consensual (Brasil, 2023c).

O procedimento adotado pelo TCU traz segurança jurídica para as demandas envolvidas nas SSCs, possibilitando a construção participativa com os envolvidos dentro de um processo transparente para solução de controvérsias sobre temas relevantes.

Percebe-se que o procedimento pode sofrer melhorias e o próprio TCU antecipou-se, criando a Comissão Temporária de Acompanhamento, que tem, entre suas funções, a de sugerir ajustes no procedimento a depender das avaliações que venha a produzir sobre as medidas processuais e resultados envolvidos.

A sistemática adotada pelo TCU passa a ser indutora de outras ações no âmbito do controle externo exercido pelos demais Tribunais de Contas brasileiros e da própria Administração Pública, considerando a sistemática empregada para mitigar as controvérsias e solucionar os conflitos no âmbito administrativo.

Apesar do avanço da medida, não se pode deixar de lado que a sistemática necessita da mudança da cultura sancionadora para uma cultura pacificadora, envolvendo membros e servidores das Cortes de Contas, servidores e gestores da Administração Pública e demais partes envolvidas.

Nesse diapasão, a SecexConsenso, como unidade técnica especializada, assume papel de relevância na mudança de paradigma, uma vez que deve desenvolver, propor, sistematizar, avaliar e disseminar diretrizes para solução consensual de controvérsias afetas ao processo de controle externo, integrando-se com as demais unidades do Tribunal e com outras instituições e especialistas.

Cabe destacar que o procedimento estabelecido pela IN TCU nº 91/2022 envolve, além da SecexConsenso, as unidades técnicas especializadas na temática objeto das controvérsias e o Ministério Público junto ao Tribunal, que, como visto

antes, atuam de acordo com suas competências e com o que foi estabelecido pela norma mencionada.

A sistemática não é um ajustamento de conduta, uma vez que não decorre da construção unilateral, pelo TCU, de ações e procedimentos que devem ser adotados pelos jurisdicionados.

A construção participativa envolvendo o órgão de controle externo e o jurisdicionado contempla o que pode ser feito, de acordo com os princípios da Administração Pública e das normas infraconstitucionais, considerando a boa e regular execução dos recursos públicos.

Jurisdicionados e particulares, quando cabível, devem apresentar as possibilidades para prevenir conflitos e solucionar as controvérsias diante dos temas relevantes submetidos à SSC junto ao TCU.

A discussão de temas relevantes dentro de um processo de SSC possibilita que o bom gestor apresente o cenário e as alternativas para atingir os objetivos da Administração Pública e, por sua vez, que o Tribunal conheça os fatos, as possibilidades, as alternativas e os objetivos. A negociação e a solução consensual das demandas partem do conhecimento desses fatos, ouvidos, quando necessário, os particulares envolvidos e especialistas na matéria.

O sucesso da SSC passa pela construção participativa e negociada dos atores envolvidos e pelo acompanhamento da execução do termo firmado para solução consensual, cabendo ao TCU atuar de forma proativa nesse processo, para evitar e possibilitar correção de eventuais desvios do que foi pactuado.

### **3 METODOLOGIA**

Para responder ao problema, realizou-se uma pesquisa exploratória na forma de estudo de caso, uma vez que o instituto da solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos no âmbito do TCU foi disciplinado recentemente pela IN TCU nº 91/2022, e que a unidade de controle externo responsável pelas demandas do tema foi criada pela Resolução TCU nº 347, de 12 de dezembro de 2022, passando a funcionar a partir do início do exercício de 2023.

#### **3.1 Coleta e análise de dados**

As técnicas utilizadas para coleta de dados para responder ao problema foram a análise documental de normas legais obtidas nos portais institucionais, e a revisão bibliográfica, para conhecer como a temática vem sendo estudada no campo doutrinário.

A pesquisa foi realizada por meio de uma abordagem qualitativa, a partir da análise de dados disponibilizados nos normativos de instituição do instituto solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos, levantando-se informações sobre a sua construção até chegar aos órgãos de controle externo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste trabalho, verificou-se uma evolução da Administração Pública na adoção de meios de prevenção de controvérsias e solução pacífica de conflitos entre particulares, entre particulares e o poder público e entre os órgãos públicos.

A consensualidade celebrada em acordos formais vem ganhando espaço significativo na esfera do Direito Administrativo, pois fomenta alternativa para a prevenção de controvérsias e solução de conflitos.

A cultura das medidas unilaterais e imperativas vem paulatinamente cedendo espaço à cultura do consenso, da boa prática, da cooperação, da participação, buscando-se solução mais adequada para evitar ou mitigar o contencioso administrativo e até o ingresso de demandas judiciais.

O fenômeno da consensualidade na Administração Pública foi crescendo, amparado em normas jurídicas que dão o arcabouço da segurança jurídica para sua utilização no âmbito dos Poderes Judiciário e Executivo, bem como no Poder Legislativo, quando do exercício de suas funções administrativas.

A atuação pedagógica e orientadora das Cortes de Contas provocada por diversas ações institucionais, a exemplo do Diálogo Público, de iniciativa do TCU, sinalizava para o exercício de práticas não adversariais no âmbito do controle externo.

A consensualidade foi objeto de recomendação pela Atricon e os Tribunais de Contas dos estados passaram a instituir mecanismos, como o TAC e as Mesas técnicas, para alinhamento de seus procedimentos a esse paradigma.

O TCU, por meio da IN TCU nº 91/2022, estabeleceu procedimento interno disciplinando a sistemática do ingresso das SSC para prevenir controvérsias e solucionar consensualmente conflitos no âmbito da Administração Pública Federal.

A institucionalização de meios para prevenção de controvérsias e solução de conflitos no controle externo não tem o condão de suprimir ou colocar em segundo plano as funções julgadora, fiscalizadora, sancionadora e corretiva das Cortes de Contas, uma vez que foram outorgadas pela própria CF/88 para proteger o interesse público.

A pacificação nas relações privilegia a cooperação, a participação, a governança, a boa gestão, para que venha atingir o interesse público satisfazendo as necessidades públicas, sendo a outra face do controle externo para tutelar a boa e regular aplicação dos recursos públicos.

Significa dizer que esse movimento deve ser realizado envolvendo os órgãos e as entidades públicas, as entidades privadas e o controle externo, para construção de uma solução consensual tendo por finalidade maior o bem comum da sociedade.

A boa governança deve ser buscada e exercitada pela Administração Pública, e a contribuição para produção de soluções pacificadoras, colaborativas, construtivas e fundamentadas no interesse público alinha-se intrinsecamente com esse movimento de modernização na gestão pública.

A prestação de serviços de qualidade, a eficiência dos processos, a boa e regular aplicação dos recursos públicos, a geração de valor para a sociedade, decorrente da execução das funções públicas, como saúde, educação, justiça, segurança, devem ser objetivos e direcionamentos da governança, e o controle externo deve participar desse processo de forma proativa, aproximando-se da gestão para induzir mudanças nessa direção.

Essa aproximação entre jurisdicionado e órgão controlador deve mitigar as irregularidades na prestação dos serviços públicos, de forma que ocorram ganhos qualitativos e quantitativos na execução de obras e serviços e nas aquisições públicas.

A mudança introduzida pela IN TCU nº 91/2022 representa o alinhamento do TCU às modernas práticas internacionais de auditoria, em especial à Agenda 2030 das Nações Unidas e da Declaração de Moscou, de 2019, adotada no âmbito da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), objetivando promover maior proximidade entre o órgão controlador e seus jurisdicionados para melhoria dos serviços prestados.

O processo de trabalho formalizado pelo TCU possivelmente sofrerá melhorias a partir da disseminação da sistemática, do potencial de ganhos sociais e de gestão e de elementos novos que possam subsidiar o aperfeiçoamento do procedimento,



cabendo à Comissão Temporária de Acompanhamento analisar a implantação e os resultados da aplicação e provocar os ajustes necessários.

Por fim, a sistemática adotada pelo TCU reflete o esforço da direção em implantar e consolidar a cultura consensual na atuação dessa Corte de Contas, a fim de colaborar e induzir melhorias nas políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Severiano. **Termo de Ajustamento de Gestão é uma ferramenta de modernização coragem.** Instituto Rui Barbosa, 2019. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/termo-de-ajustamento-de-gestao-e-uma-ferramenta-de-modernizacao-que-exige-coragem/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Resolução Atricon nº 2, de agosto de 2014.** Aprova as diretrizes de controle externo Atricon 3202/2014 relacionadas à temática “Controle Externo Concomitante” integrante do anexo único. Fortaleza: Atricon, 2014. Disponível em: [https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ResolucaoAtricon\\_02-2014\\_DCE3202-2014\\_Concomitante.pdf](https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ResolucaoAtricon_02-2014_DCE3202-2014_Concomitante.pdf). Acesso em: 2 jun. 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Nota Recomendatória Atricon nº 2, de 24 de agosto de 2022.** Recomendação aos Tribunais de Contas brasileiros para que, observado o regime jurídico-administrativo, adotem instrumentos de solução consensual de conflitos, aprimorando essa dimensão nos processos de controle externo. Brasília: Atricon, 2022. Disponível em: <https://atricon.org.br/wp-content/uploads/2022/08/Nota-Tecnica-Atricon-no002-2022.pdf>. Acesso em: 2 maio 2023.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Inovação digital baseada em dados para fortalecer a integridade:** fiscalização, realizada pelo TCU, de folhas de pagamento da Administração Pública Federal no Brasil. WETZEL, Deborah; CARTAXO, Fátima; POPPI, Ricardo; LAFUENTE, Mariano (org.). Brasília, nov. 2022. Disponível em: [https://publications.iadb.org/pt/inovacao-digital-baseada-em-dados-para-fortalecer-integridade-fiscalizacao-realizada-pelo-tcu-de#:~:text=Esta%20iniciativa%20usa%20ferramentas%20digitais,\(US%24%20515%20milhes\)](https://publications.iadb.org/pt/inovacao-digital-baseada-em-dados-para-fortalecer-integridade-fiscalizacao-realizada-pelo-tcu-de#:~:text=Esta%20iniciativa%20usa%20ferramentas%20digitais,(US%24%20515%20milhes).). Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico [da] República Federativa do Brasil.** Brasília: CNJ, 1 dez. 2010. Republicado em 1 mar. 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Semana Nacional de Conciliação.** Brasília: CNJ, [2023d]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm). Acesso em: 9 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8884.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm). Acesso em: 1º abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9427cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm). Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9469.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9469.htm). Acesso em: 3 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm). Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm). Acesso em: 4 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10233.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm). Acesso em: 6 jun. 2001.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de

conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/civil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13867.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13867.htm). Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm). Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. **A Resolução Pacífica de Conflitos em Recursos à CGU**. Cartilha. Brasília: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU); Ouvidoria-Geral da União (OGU), 2015. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/29796>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. **BTCU Especial**, Brasília, ano 42, n. 3, jan. 2023. Disponível em: <https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/72729378>. Acesso em: 9 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 618/2020 – Plenário**. Relatório de acompanhamento de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) relativos aos temas “Licenciamento”, “Direitos e Garantias dos Usuários” e “Interrupções”. Relator: Bruno Dantas, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3835520191.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NU%2520MACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=0c9ed0d0-702f-11ea-a8ab-89c7b44a3167>. Acesso em: 26 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU / Tribunal de Contas da União**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-de-governanca/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual\\_auditoria\\_operacional\\_4\\_edicao.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf). Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU nº 315, de 22 de abril de 2020**. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução – TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Brasília, 2020. BTCU Deliberações dos Colegiados do TCU e dos Relatores, ano 3, n. 75, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/transparencia/btcu/>. Acesso em: 8 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução-TCU nº 347, de 12 de dezembro de 2022**. Define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades da Secretaria do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2022. Disponível em: <https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/72598724>. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília: TCU, 31 jan. 2023. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=31/01/2023&jornal=515&pagina=41&totalArquivos=48>. Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU nº 350, de 23 de dezembro de 2022**. Altera a Resolução-TCU nº 259, de 7 de maio de 2014, que estabelece procedimentos para constituição, organização e tramitação de processos e documentos relativos à área de controle externo. Brasília: TCU, 31 jan. 2023. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=31/01/2023&jornal=515&pagina=41&totalArquivos=48>. Acesso em: 2 maio 2023.

COMO os robôs Alice, Sofia e Mônica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. **Auditoria Interna**, Belo Horizonte, 4 mar. 2022. Notícia. Disponível em: <https://www.audit.cefetmg.br/2022/03/04/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes/>. Acesso em: 17 maio 2023.

FRANCO, Cíntia. A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil. **DireitoNet**. São Paulo, 22 mar. 2015. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 27 abr. 2023.

LIMA, Luiz Henrique; CASTRO, Risodalva Beata de Castro (org.). **Aprender, compartilhar e multiplicar**: síntese da apresentação do 1º laboratório de boas práticas do controle externo. PubliContas: Cuiabá, 2018. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/uploads/flipbook/AprendCompMult1ED/4/index.html#zoom=z>. Acesso em: 14 abr. 2023.

MARTINS, Humberto. Pensar sobre os métodos consensuais de solução de conflitos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/direito-civil-atual-pensar-metodos-consensuais-solucao-conflitos>. Acesso em: 27 abr. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. **Deliberação TCE-RJ nº 329, de 22 de setembro de 2021**. Altera o Regimento Interno com o objetivo de regular o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: TCE-RJ, 2021. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/cadastro-publicacoes/public/deliberacoes>. Acesso: em 7 jun. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Resolução TCM-SP nº 02, de 4 de março de 2020. Dispõe sobre a realização de mesas técnicas de trabalho com os jurisdicionados, no âmbito do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, e dá outras providências. **Diário Oficial de Contas**. São Paulo, 7 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.tcm.sp.gov.br/Pagina/18947#:~:text=Ementa,Paulo%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias>. Acesso em: 15 abr. 2023.

TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. **Portal TCU**, 19 fev. 2023. Notícia. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 27 de abr. 2023.

TCU lança o Coopera - Programa especial de atuação no enfrentamento à crise da Covid 19. **Portal TCU**, 24 abr. 2020. Notícia. Brasília. 2020d. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-lanca-o-coopera-programa-especial-de-atuacao-no-enfrentamento-a-crise-da-covid-19.htm>. Acesso em: 19 maio 2023.



— PRÊMIO —  
**MINISTRO GUILHERME PALMEIRA**

2023

**MENÇÃO HONROSA  
TRIBUNAIS DE CONTAS**

**O MARCO REGULATÓRIO  
DA AUTOCOMPOSIÇÃO  
NO TRIBUNAL DE CONTAS  
DA UNIÃO - TCU**

---

**ERIVALDO GONÇALVES DE MENEZES**



**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**



ERIVALDO GONÇALVES DE MENEZES

**O MARCO REGULATÓRIO DA AUTOCOMPOSIÇÃO  
NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU**

Monografia submetida ao Prêmio  
Guilherme Palmeira.

....

2023

## RESUMO

Este trabalho tem como tema O marco regulatório da autocomposição no Tribunal de Contas da União (TCU). Entende-se que a atual norma que regula os procedimentos de autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública e particulares, sob o gerenciamento do TCU (Instrução Normativa nº 91 de 22 de dezembro de 2022) é boa, mas pode melhorar, desde que contemple dispositivos que ampliem a importância política e técnica da instituição responsável pela mediação dos acordos e aumentem a adoção dos princípios democráticos e isonômicos entre os atores diretamente interessados, fundamentais para construção de soluções efetivas. Os objetivos do trabalho são abordar e analisar a literatura sobre os acordos de solução de controvérsias e de alguns casos que tiveram a participação do TCU e fundamentar propostas de ajustes na norma de regência com sugestão da criação do Centro de Mediação e Arbitragem no TCU, com foco no interesse público e na participação mais efetiva dos envolvidos nas questões a serem resolvidas. A metodologia utilizada foi exploratória com foco em pesquisas bibliográficas e consultas à processo da Corte de Contas e explicativa no tocante à reflexão sobre os dispositivos da atual instrução regulatória. As pesquisas realizadas e estudos dos casos que tiveram a participação do TCU aliados à análise dos termos da INTCU Nº 91/2022 permitiram demonstrar a necessidade dos ajustes propostos que se consideram fundamentais para melhorar a supervisão, o gerenciamento e a operacionalização democrática dos conflitos pelo TCU envolvendo a Administração Pública e os particulares.

**Palavras-chave:** ajuste; marco regulatório; acordos consensuais; gerenciamento democrático; Tribunal de Contas da União.

## ABSTRACT

This work addresses the regulatory framework of self-composition at the Court of Audit of the Union (TCU). It is understood that the current norm that governs the procedures of conflict self-composition involving the Public Administration and private individuals under TCU's management (Normative Instruction No. 91 of December 22, 2022) is good but can be improved by incorporating provisions that enhance the political and technical importance of the institution responsible for mediating agreements and increase the adoption of democratic and isonomic principles among the directly interested parties, which are fundamental for building effective solutions. The objectives of this work are to explore and analyze the literature on dispute resolution agreements and some cases involving TCU's participation and to provide the basis for proposed adjustments to the governing norm, including the suggestion of creating the Mediation and Arbitration Center at TCU, with a focus on public interest and more active involvement of the parties in the issues to be resolved. The method employed was exploratory, based on bibliographic research and consultation of the Court of Audit's processes, and explanatory, about the reflection on the provisions of the current regulatory instruction. The conducted research and studies of cases involving TCU's participation, combined with an analysis of the terms of Normative Instruction No. 91/2022, proved the need for the proposed adjustments, which are considered essential to enhance the supervision, management, and democratic handling of conflicts between the Public Administration and private individuals by TCU.

**Keywords:** adjustment; regulatory framework; consensual agreements; democratic management; Court of Auditors of the Union.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 LITERATURA DE ACORDOS CONSENSUAIS APLICÁVEIS AO TCU .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 O Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal e o Manual de Mediação Judicial .....</b>	<b>8</b>
<b>2.2 Algumas análises da atuação do TCU na supervisão dos TACs.....</b>	<b>14</b>
2.1.1 Um caso complexo de arbitragem de acordo gerenciado pelo TCU.	14
2.2.2 Outras considerações sobre o TCU, as Agências Reguladoras e os TACs.....	17
<b>2.3 Estudos sobre os Acórdãos do TCU nº 2.121/2017, nº 716/2019 e nº 548/2020 .....</b>	<b>20</b>
2.3.1 Acórdãos do TCU nº 2.121/2017, nº 716/2019 e nº 548/2020 .....	20
2.3.2 O Acórdão TCU nº 2.121/17 na visão de outros pesquisadores.....	22
<b>2.4 Proposta de implantação do processo de mediação no TCU .....</b>	<b>24</b>
<b>2.5 Um Processo de denúncia no TCU e a supervisão de Solução Judicial .....</b>	<b>28</b>
<b>2.6 Primeiro processo de solução de controvérsias e a INTCU nº 91/2022 .....</b>	<b>30</b>
<b>3 PROPOSTA DE AJUSTE NA NORMA DOS ACORDOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TCU COM FOCO NO INTERESSE PÚBLICO E PARTICULAR .....</b>	<b>35</b>
<b>3.1 Ajuste na redação do atual art. 1º da INTCU nº 91/2022 .....</b>	<b>36</b>
<b>3.2 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 2º .....</b>	<b>37</b>
<b>3.3 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 3º .....</b>	<b>38</b>
<b>3.4 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 4º .....</b>	<b>39</b>
<b>3.5 Separar os casos de solicitação de solução consensual (proposta art. 5º) com inserção de um inciso sobre formulação de solicitação e dois §§ sobre representação dos casos sobre consulta (proposta art. 6º) em substituição ao atual art. 2º da IN.....</b>	<b>40</b>
<b>3.6 Renumeração do art. 3º, <i>caput</i> da IN, para art. 7º, e modificação da redação dos incisos III e V do atual art. 3º da IN .....</b>	<b>42</b>

3.7 Modificação da redação do atual art. 4º quanto ao termo Solicitação de Solução Consensual (SSC) para Processo de Solução Consensual (PSC) e renumeração para art. 8º .....	43
3.8 Renumerar o art. 5º para 9º, trocar SSC por PSC e acrescentar os §§ 3º e 4º .....	44
3.9 Renumerar o art. 6º para art. 10, fazer ajuste no <i>caput</i> e no § 1º trocando SSC por PSC e acrescentar um parágrafo (§ 3º) e renumerar o atual § 3º para § 4º.....	45
3.10 Renumerar o atual art. 7º para art. 11 e alterar o conteúdo.....	45
3.11 Considerando-se que a proposta relativa ao art. 10, inciso I e do art. 8º, § 3º serem aceitas então há necessidade de ajustes nas redações dos atuais artigos 8º e 9º, além das renumerações, respectivamente para art. 13 e 14. ....	49
3.12 Renumeração do atual art. 10 para o art. 15 e ajustar a redação do <i>caput</i> , mudando a sigla de SSC para PSC – Processo de Solução Consensual.....	51
3.13 Renumeração do art. 11 para o art. 16 e fazer ajustes na redação quanto às siglas de CSC para NuMATCU e quanto ao conteúdo dos §§ 1º, 2º e 3º .....	52
3.14 Renumeração do atual art. 12 para 17 e ajustes pelas razões expostas .....	52
3.15 Apenas a renumeração do atual art. 13 para o art. 18, mantendo-se o texto original. ....	53
3.16 Manutenção dos termos do atual art. 14 sem contemplação no texto da proposta de Instrução apresentada (Apêndice A) .....	53
3.17 Renumeração do atual art. 15 para 19 e ajuste no <i>caput</i> .....	53
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	55
REFERÊNCIAS.....	58
APÊNDICE A – PROPOSTA DA VERSÃO ADAPTADA DA INTCU nº 91/2022 .....	60
ANEXO A – INSTRUÇÃO NORMATIVA-TCU Nº 91, de 22/1/2022.....	66

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.105/2015, art. 174 autorizou a criação pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo e a Lei nº 13.140/2015, art. 32 facultou a esses entes a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos por meio da autocomposição, em que for parte Pessoa Jurídica de Direito Público.

Inserindo-se nesse contexto o Tribunal de Contas da União (TCU) está oficialmente iniciando as suas atividades de supervisão, gerenciamento e operacionalização de solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares com fundamento nos dispositivos da Instrução Normativa-TCU nº 91/2022 (INTCU 91/2022).

Buscando contribuir para a implantação na Corte de Contas de uma forma de resolução de conflitos por meio de acordo promovido pelas partes diretamente envolvidas, reduzindo a intervenção de mediadores e especialmente de árbitros, é que se apresentam sugestões de ajustes no marco regulatório da autocomposição no TCU. É razoável admitir que essa tarefa não será fácil haja vista que o órgão de controle não deve perder o foco no interesse público enquanto gerencia os interesses entre a Administração Pública e os particulares.

O trabalho não contemplará propostas quanto à prevenção de conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares, processos esses que se entende devam ter o mesmo tratamento aplicado às consultas formuladas pelas autoridades nomeados no Regimento Interno do TCU, o foco será os processos de solução de controvérsias.

As propostas a serem apresentadas têm o objetivo de tornar o marco regulatório dos acordos consensuais de controvérsias no TCU mais isonômico, inclusivo, acessível e abrangente do que se observa ao se analisar os atuais dispositivos da INTCU 91/2022, acrescentando maior importância política e técnica para o agente supervisor, gerente e operador dos mecanismos de solução consensual de controvérsias e mais democrático, contribuindo para o diálogo entre

órgãos/entidades da Administração Pública e entre esses e os particulares e a promoção da segurança jurídica e da efetividade dos acordos consensuais.

O marco regulatório necessita focar prioritariamente na busca pela solução do problema que dificulta as relações entre as partes, e o agente que se apresenta para colaborar com a solução do problema deve se preocupar em fazer seu trabalho com o objetivo de contribuir para que se encontre uma solução que não necessita ser a ideal, mas sim que deva ser a melhor para as circunstâncias do momento. É muito importante que o TCU atue mais como mediador do que como árbitro, possibilitando a efetiva participação dos atores diretamente envolvidos na controvérsia e limitando-se às intervenções arbitrais apenas àquelas situações nas quais o interesse público esteja efetivamente ameaçado e cujos danos aos cofres públicos possam ocorrer em intensidade superior realizando-se a solução consensual do que se o problema persistir.

Para alcançar esses objetivos, a metodologia a ser utilizada será exploratória com foco em pesquisas bibliográficas em manuais da Justiça, em estudos realizados por autores nacionais sobre mediação e arbitragem e sobre a atuação do TCU relacionada aos Termos de Ajuste de Conduta entre Agências Reguladoras e particulares; e explicativa no tocante à reflexão sobre os dispositivos da INTCU 91/2022.

No capítulo 2 (Literatura de acordos consensuais aplicáveis ao TCU) apresentam-se análises de material fundamental para embasamento das propostas formuladas no capítulo 3 (Proposta de ajuste na norma dos acordos de solução), tais como: alguns fundamentos sobre meios consensuais de solução de conflito, contidos em manuais da Justiça Federal (2.1); sobre trabalhos que trataram da atuação do TCU no trato dos Termos de Ajuste de Conduta (TACs), envolvendo Agência Reguladora (2.2.1 e 2.2.2) incluindo-se análise dos Acórdãos produzidos (2.3.1 e 2.3.2); estudo sobre proposta de implantação de acordos consensuais no TCU (2.4); um caso de supervisão pelo TCU de execução de um acordo judicial em execução, cujo foco da controvérsia era objeto de processo de denúncia (2.5); e sobre o primeiro caso de participação do TCU em acordo consensual de controvérsia tratado com fundamento na INTCU nº 91/2022 (2.6).

No capítulo 3 apresentam-se sugestões, a partir da reflexão realizada sobre os fundamentos teóricos contidos no capítulo 2, confrontadas com o atual texto da INTCU

91/2022 (Anexo A), produzindo-se então a proposta de ajuste nos dispositivos do marco regulatório dos acordos de controvérsias a serem supervisionados, gerenciados e operacionalizados pelo TCU de maneira mais democrática e efetiva (Apêndice A).

## **2 LITERATURA DE ACORDOS CONSENSUAIS APLICÁVEIS AO TCU**

### **2.1 O Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal e o Manual de Mediação Judicial**

O Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal (Brasil, 2019, p. 16, 60), cujo objetivo, segundo seus organizadores, é oferecer instrumentos necessários para o avanço qualitativo dos meios consensuais de solução de conflito, enfatiza que a negociação é realizada diretamente entre as partes, enquanto na conciliação e na mediação há a participação de um terceiro, que procura promover diálogo mais eficiente e que proporcione a melhor compreensão do conflito e dos interesses subjacentes, dessa forma, com base na INTCU 91/2022 que regula a solução controvérsias intermediadas pelo TCU, esse órgão figuraria como Conciliador ou Mediador.

Para entender se o TCU seria conciliador ou mediador, recorrendo-se ainda às orientações do supracitado Manual (Brasil, 2019, p. 61), tem-se que é comum que a conciliação e a mediação sejam diferenciadas a partir da postura do terceiro (TCU) e das características do conflito a ser tratado. Dessa forma, segundo esse manual, associa-se ao conciliador uma postura mais propositiva direcionada para disputas de cunho objetivo em que não haja, preferencialmente, um vínculo anterior entre as partes e o foco do conciliado. Portanto, é a resolução amigável da disputa, contemplando-se os interesses das partes e as possibilidades concretas de acordo enquanto o mediador atuaria em casos nos quais se verifique a existência de um relacionamento prévio entre as partes, havendo, portanto, maiores subjetividades a serem trabalhadas. Assim sendo, o mediador objetivaria promover o aprimoramento da comunicação entre as partes para melhor compreensão de seus interesses, sentimentos e necessidades.



Pode-se afirmar, com base nessas premissas que quando o TCU atuar nos moldes do art. 8º na INTCU 91/2022, abaixo transcrito, ele atuará como Mediador, haja vista que, no geral, existe um relacionamento prévio entre as partes e o objetivo do TCU é promover o aprimoramento da comunicação entre elas para melhor compreensão de seus interesses, sentimentos e necessidades.

Art. 8º Havendo concordância de todos os membros da CSC com a proposta de solução apresentada, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para que, no prazo de até quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta (Brasil, 2022).

Interessante destacar que o Mediador (TCU) terá não apenas que procurar lidar e conciliar interesses, sentimentos e necessidades das partes diretamente envolvidas na controvérsia, mas também atentar para que o interesse de outro personagem que se apresenta na cena, qual seja a sociedade (interesse público) muito especialmente se houver risco, de a solução da controvérsia trazer risco de danos aos cofres públicos da União. Ao tratar da possibilidade de aplicação de meios consensuais em situações que envolvem improbidade administrativa, situações não raras nas questões enfrentadas pelos Tribunais de Contas, o Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal (Brasil, 2019, p. 112) tece as seguintes considerações:

[...], a solução consensual nas ações de improbidade administrativa não destoa do interesse público em proteger a sociedade de condutas lesivas, desde que respeitados certos parâmetros. Apesar de haver discussões sobre quais seriam tais limites, seria possível cogitar ao menos as seguintes situações em que os meios consensuais poderiam ser empregados: a) ajustes secundários para fins de reparação do dano e ressarcimento do erário; b) a tutela preventiva do patrimônio público; c) atos de menor potencial ofensivo.

Nas duas primeiras hipóteses, não há propriamente concessões, mas apenas composições que possuem como objetivo justamente preservar o interesse público e a própria probidade administrativa. De fato, a reparação do dano ou o ressarcimento ao erário são sanções da Lei de Improbidade Administrativa que provocam reflexos patrimoniais e, assim, seria possível existir ajustes secundários, como em relação ao local, à forma e ao prazo de pagamento. Por sua vez, na tutela preventiva do patrimônio público, o ato de improbidade nem sequer ocorreu, nada impedindo, por isso, que a solução consensual seja utilizada. Imagine-se, por exemplo, que seja assinado pelo prefeito um edital de concurso público que deixe de observar o limite de vagas para deficiente ou que imponha um grau de escolaridade que não seria exigível ao cargo. Se o ilícito ainda não ocorreu (por exemplo, o prazo de inscrições para o concurso ainda não se iniciou), o uso de meios consensuais para a tutela preventiva pode-se mostrar recomendável.

A terceira hipótese, relativa ao uso de meios consensuais para o tratamento de atos de improbidade de menor potencial ofensivo, encontra maiores resistências. Isso porque, nesse caso, o ato de improbidade foi praticado, não se tratando de tutela preventiva, nem se está diante de simples ajustes secundários. Os que defendem essa possibilidade entendem que a

tutela do patrimônio público, inerente à proteção dada pela Lei de Improbidade Administrativa, pode ser mais bem-preserveda, em certas situações, por meio da consensualidade (Brasil, 2019, p. 112).

Levar-se-á em conta as supracitadas considerações, aliadas às referências sugeridas no esquema elucidativo das características dos processos de solução de conflitos constante de outro documento muito importante, o Manual de Mediação Judicial (Brasil, 2016, p. 19), os quais serão de grande ajuda na elaboração das sugestões que se apresentarão, no capítulo 3, para ajustes na INTCU 91/2022. Isso porque a presunção que se tem dos comandos desse regulamento até o art. 10<sup>1</sup>, momento em que o relator do processo de SSC submete a proposta de solução à apreciação do Plenário do TCU, é que a instituição estaria atuando como Mediador.

Contudo, de acordo com o comportamento adotado pelo Plenário do TCU, por meio de acórdão, conforme autorizado pelo art. 11, em especial o § 1<sup>02</sup> da INTCU 91/2022, ter-se-á algum dos seguintes cenários, se:

- a) sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela Comissão de Solução Consensual (CSC) e se essas alterações forem aceitas pelas partes interessadas na solução das controvérsias e passarem a fazer parte da nova versão do acordo a ser firmado então o TCU terá atuado como Árbitro;
- b) sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC e se algum membro dessa Comissão não concordar com as alterações sugeridas pelo Plenário do TCU, então o Relator do processo determinará o arquivamento dos autos e nesse caso o TCU terá atuado como Juiz;
- c) acatar a proposta de solução elaborada pela CSC e se o acordo for concretizado então o TCU terá atuado como Mediador; e
- d) recusar a proposta de solução elaborada pela CSC, embora não tenha sido abordada as consequenciais e o destino do processo, o que será objeto de análise no tópico 3, deverá ser determinado o arquivamento do processo e então o TCU terá atuado como Juiz.

Conforme já destacado, outro dispositivo orientador dos acordos consensuais é o Manual de Mediação Judicial (Brasil, 2016, p. 20-25). Com o auxílio desse Manual, realiza-se uma análise das principais características dos processos de solução de controvérsias que se oferecem, buscando verificar em quais delas a solução

---

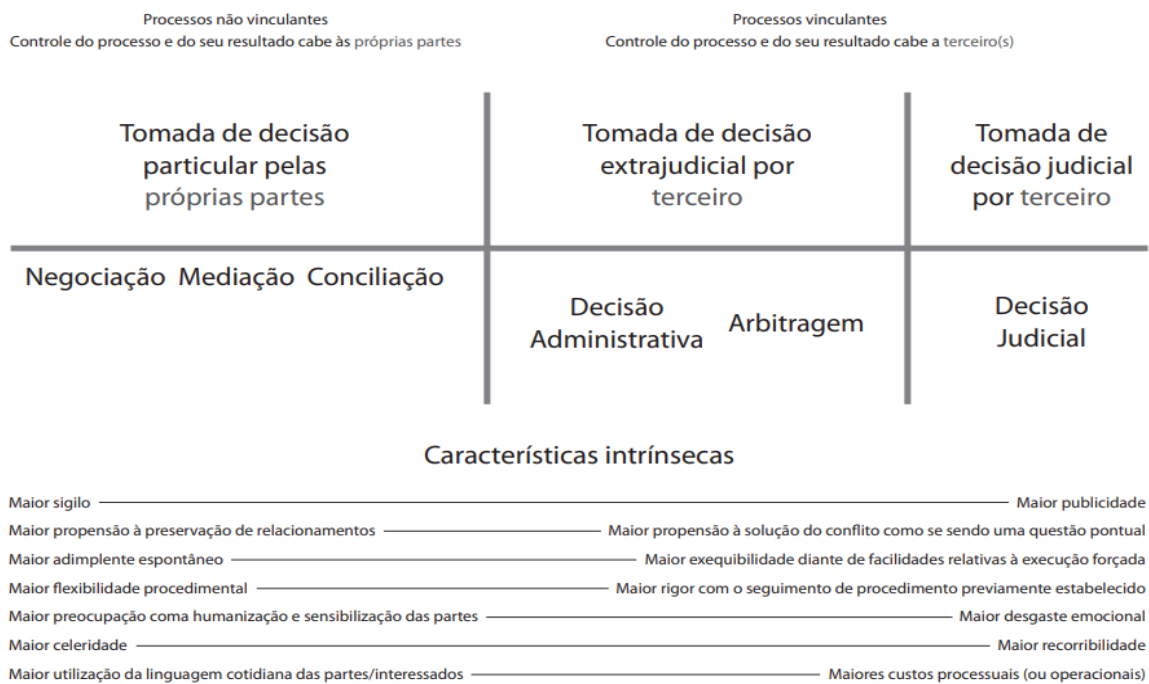
<sup>1</sup> Art. 10 (Anexo A, p. 69).

<sup>2</sup> Art. 11 (Anexo A, p. 69).

consensual intermediada pelo TCU se encaixaria, e qual seria a forma mais adequada de ser regulada processualmente.

Segundo o Manual (Brasil, 2016, p. 18), uma forma de compreender a série de métodos de Resolução Adequada de Disputas (RADs) é organizá-los em um gráfico (Figura 1), que resume as características e resultados, no qual a negociação e o processo judicial se encontram em extremidades opostas, os quais servirão de base para se analisar em quais situações deverão se enquadrar a atuação do TCU.

**Figura 1 — Processo ou Métodos de Resolução de Conflitos**



Fonte: Brasil, 2016, p. 19.

**a) Negociação**

À extrema esquerda do gráfico, encontra-se a negociação – definida como uma comunicação voltada à persuasão. Em uma negociação simples e direta, as partes têm, como regra, total controle sobre o processo e seu resultado. Assim, em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação [...]; [...]; iv) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; v) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado. [...]. Assim, todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis (Brasil, 2016, p. 20).

Os termos atuais da INTCU 91/2022, como será demonstrado no tópico 3, estão distantes das características da Negociação, em especial das selecionadas na citação reproduzidas anteriormente (itens i, iv e v) com foco nas partes terem controle sobre o processo e seu resultado e sim pelo TCU, portanto o processo de solução de controvérsia no TCU está longe de ser Negociação.

**b) Mediação**

A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (Brasil, 2016, p. 20).

Numa análise inicial da INTCU 91/2022, que será aprofundada no tópico 3, observa-se que os procedimentos regulados por ela se trata de um Processo de Mediação, haja vista que o TCU, por intermédio da atuação da sua área técnica, é o responsável pelo gerenciamento e operacionalização das negociações. Contudo, de acordo com alguns estudiosos, e conforme o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 20) a mediação é “um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa **são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito** ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição” (grifo do autor). A partir desse destaque, pode-se inferir que ainda que o TCU não modifique pontos da proposta de solução elaborada pela CSC, por sugestão do Plenário, não se pode a rigor assegurar que em todas as situações a Comissão mediadora foi neutra ou não teve interesse na causa, haja vista que não se entende possível que os atores pertencentes ao quadro institucional deixem de tentar influenciar as partes envolvidas à modificarem suas posições nas situações em que se apresentem ameaças ao interesse público e de riscos de danos aos cofres públicos.

**c) Conciliação**

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo (Brasil, 2016, p. 21).

Pelas mesmas razões apresentadas em relação à mediação também se julga claro que não pode ser considerada Conciliação a forma como o TCU lidará com os acordos consensuais sob os critérios fundamentados na INTCU 91/2022, nos moldes das características apresentadas na Figura 1.

**d) Arbitragem**

[...] Trata-se de um processo, em regra, vinculante, em que ambas as partes são colocadas diante de um árbitro ou um grupo de árbitros. [...] A característica principal da arbitragem é sua coercibilidade e capacidade de pôr fim ao conflito. De fato, é mais finalizadora do que o próprio processo judicial, porque não há recurso na arbitragem. [...] Havendo consenso entre as partes quanto ao procedimento, a liberdade de escolha estende-se inclusive ao direito e a possibilidade de julgamento por equidade pelo árbitro. » A arbitragem é conhecida por ser mais sigilosa e célere que o processo judicial na maior parte dos casos. A menos que estejam limitadas por regras acordadas anteriormente, as partes e seus advogados podem controlar o processo e agilizá-lo drasticamente, reduzindo custos e tempo (Brasil, 2016, p. 23-24).

Como vimos, com suporte nas características apresentadas na Figura 1 e pela análise preliminar dos termos da INTCU 91/2022 os processos consensuais do TCU estão distantes dos princípios da negociação, da mediação e da conciliação.

A figura processual mais próxima do procedimento por hora adotado pelo TCU é a arbitragem a despeito de o Manual (Brasil, 2016, p. 23) considerar a arbitragem “um processo eminentemente privado”.

Importante também destacar neste ponto a característica que se evidencia na arbitragem, qual seja a “coercibilidade e capacidade de pôr fim ao conflito” e o fato de ser “mais finalizadora do que o próprio processo judicial, porque não há recurso na arbitragem” (Brasil, 2016, p. 24). Destaque-se que referido recurso considerado incabível se refere à pretensão de algum envolvido na solução arbitral tentar modificar um procedimento já formalmente acordado e não em relação a momentos anteriores à assinatura do acordo, diferentemente da hipótese de não cabimento de recurso contemplada atualmente na INTCU 91/2022, art. 15<sup>3</sup>, situação essa que será tratada com detalhes no tópico 3.

Apresenta-se, em seguida, um método de resolução de conflito previsto no Manual de referência que se enquadra como uma situação, conforme será tratado no tópico 3, que poderá ocorrer atualmente nos procedimentos de autocomposição no âmbito do TCU regido pela atual INTCU 91/2022. Trata-se dos casos nos quais o Plenário do TCU, atuando como árbitro, determine alterações de cláusulas do pretense acordo a ser firmado que lhe fora submetido, alterando a proposta mediadora apresentada inicialmente pelo setor responsável pelo gerenciamento das ações e que se pressupõe tenham sido ajustadas em consenso entre as partes diretamente interessadas, trata-se do tipo de processo intitulado de Med-Arb (Brasil, 2016, p. 24).

---

<sup>3</sup> Art. 15 (Anexo A, p. 64).

e) [...]

A med-arb consiste em um processo híbrido no qual se inicia com uma mediação e, na eventualidade de não se conseguir alcançar um consenso, segue-se para uma arbitragem. Originalmente concebida na década de 80, a medarb valia-se do mesmo profissional para atuar como mediador e árbitro. Posteriormente, considerando-se tratar de procedimentos bastante distintos, passou-se a indicar profissionais distintos para as duas etapas desse processo híbrido. Naturalmente, para haver uma medarb, faz-se necessária uma convenção ou cláusula denominada de 'escalonada' por haver a previsão da referida hibridação. De igual forma, a cláusula contratual ou o compromisso de resolução de disputas pode contemplar uma fase anterior à mediação que consiste em negociação direta de gestores ou diretores. Nesse caso, denomina-se o processo de negmedarb, por se tratar de uma negociação, seguida de uma mediação e, na hipótese de ausência de sucesso das duas fases preliminares, segue-se para uma arbitragem (Brasil, 2016, p. 24).

Importante enfatizar que essa situação, entretanto, somente se configuraria caso evidentemente as partes interessadas tenham atuado diretamente nas negociações para a solução compositiva, o que pode não acontecer, no caso em que a Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU não admita a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia, consoante a hipótese prevista no art. 7º, § 2º da INTCU 91/2022.

Os manuais apresentados nesse tópico 2.1 auxiliaram, aliados à contribuição dos trabalhos que se apresentarão nos tópicos 2.2 ao 2.6, na formulação das propostas de ajustes desenvolvidas no tópico 3, ocasião na qual se oferecerá adaptações nos termos da INTCU 91/2022.

## **2.2 Algumas análises da atuação do TCU na supervisão dos TACs**

### **2.1.1 Um caso complexo de arbitragem de acordo gerenciado pelo TCU**

Importante apresentar algumas considerações produzidas por Neto e Palma, que auxiliarão tanto no tocante à reflexão sobre uma análise crítica da atuação do TCU quanto como subsídio à proposta de ajuste dos termos da INTCU 91/2022.

O estudo teve como objetivo,

[...] analisar os fatores determinantes da complexidade do controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União com competências operacionais, notadamente o fato de ambas as instituições serem estranhas ao projeto constituinte (Neto e Palma, 2020, p. 203).

---

<sup>4</sup> Art. 7º (Anexo A, p. 61-62).

e, para tanto, analisam e tentam responder algumas questões por eles formuladas, dentre as quais se selecionou algumas a seguir reproduzidas, cujos temas interessam diretamente ao estudo que se faz sobre a atuação da Corte de Contas no gerenciamento, operacionalização e supervisão dos acordos consensuais, envolvendo a Administração Pública, em particular as Agências Reguladoras:

[...]

Pode o TCU emitir recomendações às Agências Reguladoras? E determinações? [...] Pode determinar a inclusão em novos contratos de cláusula que defina metodologia de cálculo de indenizações relativas a bens reversíveis, não amortizados? A Constituição Federal lhe confere competência para impedir assinatura de termos de ajustamento de conduta por Agência Reguladora? [...] Pode determinar que lhe remeta manifestação da Agência sobre a repactuação do equilíbrio econômico-financeiro em contratos? (Neto e Palma, 2020, p. 226).

Entende-se que as respostas para algumas perguntas feitas por Neto e Palma, que podem ser aproveitadas para este trabalho, podem ser formuladas com base já se aproveitando o teor da introdução da produção apresentada por eles, abaixo transcrita

Neste artigo argumentamos que duas instituições de primeira grandeza para o Direito Administrativo ficaram de fora do projeto Constituinte de construção institucional e, principalmente por essa razão, terminam por estabelecer um diálogo fora de esquadro. O TCU operacional e as Agências Reguladoras são estranhos desconhecidos da Constituinte. Porém, são reais e interagem. O diálogo institucional entre TCU e Agências Reguladoras é aqui caracterizado como “fora de esquadro”, pois embora o controle se dê dentro da ordem constitucional, jamais o enquadramento constitucional foi arquitetado considerando a dinâmica de controle entre uma Agência Reguladora dotada de autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo e um TCU com competência operacional. Isso traz consequências concretas à dinâmica de controle para além do natural complexidade e incerteza jurídica (Neto e Palma, 2020, p. 206).

Se o controle das agências reguladoras pelo TCU, como sinalizado pelos estudiosos, se dá dentro da ordem constitucional, tese que se concorda, haja vista a combinação do *caput* dos artigos 70 e 71 da Constituição, resta, *a priori*, verificar, conforme o teor da introdução supratranscrita, se

[...] jamais o enquadramento constitucional foi arquitetado considerando a dinâmica de controle entre uma Agência Reguladora dotada de autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo e um TCU com competência operacional (Neto e Palma, 2020, p. 206).

Entende-se, com o devido respeito, que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) está arquitetada considerando a dinâmica de controle das

Agências Reguladoras, apesar de sua autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo, frente ao TCU (independente de quaisquer dos poderes, inclusive do Executivo), com competência autorizada constitucionalmente para exercer o controle externo, em auxílio ao Congresso Nacional, inclusive operacional, dos atos praticados pela Administração Pública, inclusive os das referidas Agências, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Assim sendo, pode-se responder às perguntas formuladas por Neto e Palma (2020, p. 203) e, ao mesmo tempo, aproveitar para sinalizar quanto às competências do TCU ao lidar com as situações que venha a deparar no trato com os acordos consensuais:

a) O TCU pode emitir recomendações às Agências Reguladoras, assim como aos demais integrantes da Administração Pública, em várias situações e em particular e com grande propriedade no trato dos acordos consensuais;

b) Também pode o TCU realizar determinações, em situações outras que não interessam diretamente ao estudo deste trabalho, mas entende-se que não no que se refere ao relacionamento com os acordos consensuais;

c) O TCU pode determinar a inclusão em novos contratos de cláusula que defina metodologia de cálculo de indenizações relativas a bens reversíveis, não amortizados, haja vista a sua competência prevista na Constituição, art. 70, em particular quanto às questões contábeis, financeira e patrimonial, e em especial quanto à legitimidade e economicidade. Essa hipótese entende-se cabível até mesmo no trato dos acordos consensuais que possam afetar interesse público e de risco evidente de danos ao erário, embora essa possibilidade não se mostre evidente de acordo com a INTCU 91/2022. Isso não significa que os atores diretamente envolvidos na controvérsia sejam obrigados a cumprirem as determinações. Se eles concordarem, o acordo gerenciado pelo TCU terá prosseguimento, sem caso negativo simplesmente o processo do acordo será arquivado. Importante deixar claro que o normativo mencionado, que cuida dos acordos consensuais no TCU, contempla apenas o instituto da recomendação, com a qual se concorda, exceto se, como destacado, houver evidência de fundamentada afronta ao interesse público e/ou de risco evidente de danos ao erário. Isso porque considera-se que a recomendação não recepcionada pelos interessados na solução consensual, nos casos dos acordos



consensuais, não deveria ser motivo para extinção do processo consensual diferentemente das hipóteses que ensejem a determinação que necessariamente deve ser motivo de extinção do processo sem acordo consensual.

d) Quanto à pergunta se a CRFB confere competência ao TCU para impedir assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) por Agência Reguladora, a resposta serve não apenas para essa situação, mas para os casos de acordos consensuais em geral em que figurem a Administração Pública e a resposta além de se constituir de um fato novo ainda pode se aproveitar do que se apontou na alínea “c”, dessa forma a resposta é:

d.1 Se o ajuste for produzido fora da gestão do TCU a resposta é:

d.1.1 NÃO porque não se observa na CRFB a competência do TCU para impedir alguma coisa, que ainda não existe, como uma minuta de TAC, que pode ser considerado ato em iminência de ser formalizado, mas não se trata de ato (TAC) efetivamente formalizado e assinado;

d.1.2 SIM, com respaldo nas circunstâncias e na faculdade estabelecidas no § 2º do art. 71 da CRFB, observando-se os ritos contidos particularmente nos seus incisos II, na parte final, IX e X, embora haja possibilidade de que os interessados recorram ao Poder Judiciário contra a Decisão.

d.2. Já no caso dos acordos consensuais supervisionados, gerenciados e operacionalizados pelo TCU, nos moldes da IN-TCU 91/2022, a resposta é:

d.2.1. Sim, se o TCU ao exercer a verificação do cumprimento do termo, conforme estabelecido no art. 13 da citada IN, constatar o descumprimento por parte do(s) integrante(s) com respaldo nessas circunstâncias e pela faculdade estabelecidas no § 2º do art. 71 da CRFB, observando-se os ritos contidos nos seus incisos II, IX e X;

d.2.1. Não, em conformidade com o art. 15 da citada IN, no caso do encerramento do processo com a homologação do acordo, haja vista que se presume que a vedação de recurso vale para todos interessados, e muito mais para o TCU, que terá sido Mediador ou Árbitro.

2.2.2 Outras considerações sobre o TCU, as Agências Reguladoras e os TACs

Excelente análise realiza Carvalho (2021, p. 10) quanto a posição do TCU acerca de seu papel na fiscalização dos acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais, no tocante às possibilidades e limites de sua fiscalização referente ao Termos de Ajuste de Conduta, chamando a atenção para potenciais consequências da posição externada, concluindo, em síntese que:

No Brasil, as agências reguladoras protagonizaram o movimento em direção à utilização da consensualidade, inclusive no âmbito de sua competência sancionatória.

[...]

A medida em que sua utilização foi se alargando, os acordos em matéria sancionatória passaram a fazer parte da pauta de fiscalização do Tribunal de Contas da União, órgão de controle indispensável para o aperfeiçoamento da administração pública brasileira. Foram adotadas iniciativas pela Corte de Contas na fiscalização da celebração dos referidos instrumentos por agências reguladoras federais.

Como consequência natural do cenário, surgiram as dúvidas e debates acerca das possibilidades e limites da atuação do Tribunal de Contas da União naquele campo (Carvalho, 2021, p. 10).

Destaca Carvalho (2021, p. 10), que os trabalhos da Assembleia Geral Constituinte foram marcados por investidas de representantes dos Tribunais de Contas do País, especialmente o da União, para a ampliação e reforço de sua competência e autonomia, algumas delas formalizadas por meio de anteprojeto apresentado na Assembleia e que esse debate se projeta para o tema do papel do Tribunal de Contas na União na fiscalização dos acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras e destaca seu ponto de vista quanto à contribuição dessa Corte, no sentido de que:

A jurisprudência da Corte não ajuda a apaziguar as discussões. Em análise de decisões da Corte envolvendo a ANTT e ANATEL, proferidos em dois casos paradigmáticos, percebe-se uma tentativa de preservar o espaço de decisão do gestor no uso do instrumento, mas, contraditoriamente, a Corte de Contas Federal finca o seu dever-poder de avaliar se a escolha do agente atende ao “interesse público primário”. O uso de expressões com conceitos indeterminados, criadas por mão própria do Tribunal, a exemplo do “controle de segunda ordem”, também prejudica a clareza quanto ao papel que entende ter na fiscalização dos acordos (Carvalho, 2021, p. 10).

Entende-se que nesse sentido é importante que o Tribunal de Contas da União defina claramente qual a sua participação nos acordos consensuais envolvendo essas entidades, haja vista que tem atuado, como nesses casos citados pela autora, bem como nos casos que serão tratados nos tópicos em 2.3.1 e 2.3.2, como árbitro e,

posteriormente, como juiz revisor dos procedimentos, nesse sentido acrescenta Carvalho (2021, p. 10):

O salutar debate entre a academia, julgadores e equipe técnica do Tribunal de Contas da União pode auxiliar a conferir maior segurança jurídica àqueles que negociam um acordo substitutivo. Isso não dispensa, contudo, que a Corte de Contas Federal busque em sua jurisprudência catalisar esse processo, delimitando com a maior precisão possível o seu campo de atuação. Se reconhece serem os acordos substitutivos instrumentos válidos e úteis para o cumprimento das funções atribuídas às agências reguladoras, deve se posicionar de forma clara sobre as possibilidades e limites de sua atuação na fiscalização da celebração e conteúdo dos instrumentos. Isso não significa o dever de atender à crítica da doutrina no sentido de que estaria exorbitando a sua competência constitucional, restringido sua atuação, ou tampouco de ampliá-la com base em atos internos de seu corpo. Quer dizer apenas que não deve almejar ou contribuir para uma plasticidade de seu papel na fiscalização dos acordos celebrados pelas agências reguladoras em matéria sancionatória.

Por fim, sinaliza Carvalho (2021, p. 10) que não se trata aqui de diminuir o controle. Este tem se mostrado cada vez mais essencial ao bom funcionamento e aperfeiçoamento da administração pública brasileira. Mas é importante o esforço do Tribunal para aclarar o tema em sua jurisprudência, sob pena de limitar a utilização dos acordos substitutivos.

Pode-se inferir, a partir das análises e conclusões realizadas por Silva, Neto e Palma, e Carvalho, que o TCU deve estar sempre reavaliando os seus procedimentos institucionais relativamente à atuação da Corte de Contas no trato de procedimentos consensuais, razão porque se oferecerá sugestões para que elabore processo de classificação da forma que deverá atuar, se como mediador, conciliador ou árbitro não apenas tendo como parâmetro a relevância do conflito em que seja solicitado em atuar ou mesmo que venha à propor que a Administração Pública esteja envolvida, mas também de que leve em consideração a natureza jurídica da parte pública envolvida.

Considera-se que para lidar com probabilidade de que se formalizem acordos consensuais com maior chance de sucesso, o TCU deve convocar os interessados para discutirem as regras e cláusulas dos acordos que lhes sejam submetidos, atuando inicialmente como Mediador, de forma que se tornem maiores as chances de formalização de acordos mais efetivos e de forma a evitar que sejam feitas determinações que venham a inviabilizar a solução das controvérsias, podendo acontecer que os possíveis interessados se abstenham de recorrer ao TCU e busquem resolver os conflitos pela via judicial.

## 2.3 Estudos sobre os Acórdãos do TCU nº 2.121/2017, nº 716/2019 e nº 548/2020

### 2.3.1 Acórdãos do TCU nº 2.121/2017, nº 716/2019 e nº 548/2020

A análise de Silva (2021, p. 1-26) sobre as consequências apresentadas a seguir demonstram a imensa responsabilidade em que se coloca o TCU no trato com os acordos consensuais, como se terá oportunidade de perceber a seguir, vendo-se que num primeiro momento o TCU nem mesmo iniciou sua atuação como Mediador tentando convencer os interessados na solução da controvérsia, e sim como Árbitro e ainda relacionando-se apenas com uma das partes interessadas, haja vista que fez determinações direcionadas à Agência que afetariam cláusulas do acórdão que lhe fora submetido.

Destaca Silva ao analisar os Acórdãos nº 2.121/2017, nº 716/2019 e nº 548/2020 do Plenário do TCU (2021, p. 12) que na oportunidade do julgamento do Acórdão nº 2121/2017 o Tribunal registrou não haver óbices à celebração do TAC, porém, condicionou sua regularidade ao atendimento de determinações que acarretaram o desenrolar de outras fases processuais<sup>5</sup> e, conseqüentemente, de outros dois acórdãos: o Acórdão nº 716/2019 consequência do monitoramento de cumprimento das determinações do Acórdão nº 2121/2017 e o Acórdão nº 548/2020 que acompanhou a celebração de outro TAC, distinto do TAC com a empresa Telefônica Brasil S/A, agora entre a Anatel e o Grupo TIM, que além de outras condicionantes, caberia a observância dos comandos proferidos nos outros dois *leading cases*. Acrescenta ainda Silva (2021, p. 13) que:

A importância histórica dos acórdãos não reside apenas na constatação de que os precedentes significam a validação pelo órgão controlador da atuação administrativa consensual em um grande caso de substituição de sanção (imperatividade) por obrigação de fazer (realização de investimentos), mas, também, de que possíveis ingerências do controle externo, mesmo que indiretas e supostamente justificadas no interesse público, podem ter contribuído, na prática, para derrocada de acordos celebrados entre as agências reguladoras no chamado ciclo regulatório.

É notório que com a publicação da decisão proferida no Acórdão nº 2121/2017, a Telefônica Brasil S/A desistiu de celebrar o acordo com a Anatel. Sabe-se que a desistência da empresa em celebrar o TAC se deveu

---

<sup>5</sup> Nota original do autor: “O TAC da empresa Telefônica Brasil S/A em agosto de 2016 era de R\$ 1,7 bilhão e se encontrava, no momento de publicação do Acórdão n. 2121/2017, em R\$ 2,8 bilhões”.

a um conjunto de fatores que aumentaram consideravelmente a complexidade da decisão final da Anatel sobre o acordo administrativo:

Primeiramente, outras operadoras de pequeno e médio porte se insurgiram ao TAC da Telefônica, considerando que o mapa geográfico de investimento gerava um favorecimento competitivo à empresa em detrimento dos demais pequenos fornecedores de internet. Em segundo lugar, muito embora o TCU tenha reconhecido a validade jurídica do TAC, terminou por fazer uma série de determinações sobre a atividade-fim do acordo e exigiu posterior reapresentação do TAC contemplando as determinações. A aprovação final do acordo, nesses novos termos, pela Agência tomou tempo considerável e, no dia 8 de março de 2018, o Conselho Diretor decidiu aplicar multa no valor de R\$ 370 milhões em processos contemplados no TAC, mas que iriam prescrever em abril. Todos eles diziam respeito a questões regulatórias polêmicas, datadas ou de endereçamento pela regulação normativa, como o não desligamento por solicitação, o não desbloqueio do aparelho dentro do prazo regulamentar ou a demora no conserto de TUPs. Juntamente com outras multas previstas no valor de R\$ 30 milhões em processos também próximos à prescrição, o valor atualizado corresponderia a R\$ 700 milhões. Nesse interim, a ANATEL sinalizou que não mudaria a metodologia do TAC, possivelmente porque isso implicaria em novo controle pelo TCU.

Ainda segundo Silva (2021, p. 13-14), o monitoramento de cumprimento das providências ficou por conta do procedimento que culminou no Acórdão nº 716/2019, sendo nele transcrita a determinação bastante controversa por adentrar seara regulatória e por conter vício de contradição, reconhecido e corrigido posteriormente pelo relator: encaminhe a este Tribunal a minuta do próximo TAC cuja proposta final for submetida ao Conselho Diretor da Agência, previamente à aprovação por esse colegiado, acompanhada de elementos de fundamentação técnica que entender pertinentes”<sup>6</sup>. Continua Silva acrescentando que:

[...]

A referida previsão foi objeto de embargos de declaração por parte da Anatel, visto que a exigência de apresentação de minuta do próximo TAC antes mesmo à aprovação pelo Conselho Diretor da Agência, contrastaria com determinações contidas no Acórdão nº 2121/2017 que possibilitava a aprovação das medidas pelo órgão máximo da entidade sem a necessidade de controle prévio por parte do TCU.

Acolhidos os embargos de declaração, o Relator Ministro Bruno Dantas atribuiu efeitos infringentes ao recurso para substituir o subitem 9.2.5 do Acórdão 716/2019, mantendo-se as exigências descritas no Acórdão nº 2121/2017 quanto a possibilidade de apreciação pelo Conselho Diretor da Agência da minuta do acordo a ser celebrado antes do encaminhamento ao TCU.

Assim sendo, mesmo reconhecendo a frustração do primeiro TAC que seria celebrado pela Anatel com a Telefônica Brasil S/A, o TCU manteve a exigências procedimentais do Acórdão nº 2121/2017 para os novos acordos substitutivos de sanção a serem celebrados pela Anatel. Situação que nos leva ao último julgamento analisado que diz respeito ao TAC celebrado pela Agência com o Grupo TIM.

---

<sup>6</sup> Nota do original: “Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAOCOMPLETO-2340522%22>”.

O Acórdão nº 548/2020 é objeto do Relatório de Acompanhamento de TAC quanto aos temas: direitos e garantias dos usuários, qualidade, ampliação do acesso e fiscalização, tratativas acompanhadas pelo Tribunal de forma ampla e irrestrita, sendo, inclusive, apresentadas minuta do TAC ao TCU que avaliou a negociação empreendida sob os aspectos da legalidade, da economicidade, da legitimidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade, concluindo não haver óbices à celebração imediata do referido acordo administrativo.

[...]

Nesse cenário, percebe-se que os precedentes mesmo conferindo maior segurança jurídica para os futuros acordos substitutivos, haja vista o reconhecimento da juridicidade dos acordos, [...] e, em tese, viabilizaria novos projetos que liquidem passivos sancionatórios de vultosos valores, merecem críticas, uma vez que o Tribunal adentrou sobre as atividades-fim da Agência extrapolando suas competências constitucionais e, conseqüentemente, agravando as dificuldades naturais para celebração dessas avenças (Silva, 2021, p. 13-14).

### 2.3.2 O Acórdão TCU nº 2.121/17 na visão de outros pesquisadores

Neto e Palma (2018, p. 2 e 3) se apresentam mais uma vez, desta feita para analisarem também o Acórdão TCU 2.121/17, começando por destacar:

[...]

Paralelamente ao desenvolvimento normativo e aos exemplos práticos recolhidos, a agenda de pesquisa sobre a consensualidade avançou consideravelmente e conseguiu conferir maior conforto decisório nas hipóteses em que o gestor preferir a via consensual à imperativa. O pragmatismo dos acordos administrativos explica o seu sucesso: são mecanismos instrumentais de resolução do caso concreto do modo ótimo no limite das disponibilidades negociais de cada uma das partes. Contudo, estaria o modelo de acordo administrativos sedimentado? Essa pergunta mostra-se fundamental porque ela remete à segurança jurídica para celebração de acordos no lugar da tradicional atividade imperativa por meio de ato, o lugar comum da administração sancionatória. Estaria o gestor público incorrendo em risco de responsabilização pessoal caso preferisse a consensualidade ao invés de prosseguir com o processo sancionador e, se fosse o caso, aplicasse a sanção?

Essa dúvida pode ocorrer tanto ao dirigentes da Administração Pública quando cogitarem resolver controvérsias com particulares, o mesmo sendo razoável admitir que aconteça também deparando-se o TCU com o gerenciamento e operacionalização dos acordos consensuais daí a necessidade de regras claras, democráticas e justas e também de sabedoria ao se deparar com propostas já trazidas por entidade como no caso em análise, que deu origem ao Acórdão TCU nº 2.121/17 explicam Neto e Palma (2020, p. 3), destacando que no dia 27 de setembro de 2017, o TCU reconheceu a juridicidade do TAC da Telefônica, servindo de grande

precedente para se afirmar a validade da dinâmica de consensualidade, segundo os estudiosos, pela perspectiva do controlador, nestes termos:

[...]

*“Este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acórdão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU; Não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário; Tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento”* Neto e Palma (p. 3).

Ainda segundo os autores, o Acórdão TCU nº 2.121/17 é o precedente controlador esperado em um grande caso de conversão de multas por investimentos pela via do consenso, capaz de conferir segurança jurídica para que os acordos substitutivos viabilizem projetos e liquidem passivos sancionatórios de vultosos valores. Contudo, no dia 9 de março de 2018 a Telefônica desistiu de celebrar o TAC com a Anatel.

Após balizada análise sobre a legalidade, legitimidade e efeitos práticos da atuação do órgão de controle externo vinculado ao TAC envolvendo a Telefônica Brasil S/A Neto e Palma (2018, p. 60), apresentam as seguintes conclusões:

Todas as multas em negociação no presente TAC somam R\$ 2.862.880.319,20. Como analisado, elas dificilmente seriam revertidas em benefícios direto ao setor, viabilizando serviços de maior qualidade e mais acessíveis aos usuários potenciais e efetivos das telecomunicações. Os compromissos definidos no acordo substitutivo, como bem apresentado na análise do Conselheiro da ANATEL IGOR VILAS BOAS DE FREITAS, viabiliza a execução de projetos de investimentos por parte da empresa compromissária que se voltam, dentre outras melhorias, à *“ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações, direcionada ao atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, [contribuindo] para a redução das diferenças regionais”*. Considerando os compromissos adicionais, os valores estimados de investimento superam os R\$ 2,86 bilhões devidos de multa.

O TAC a ser firmado entre a ANATEL e a Telefônica recebeu a chancela do TCU, porém, questiona os autores, se seria isso suficiente para garantir o nível de segurança jurídica necessário para que novos acordos substitutivos sejam

formalizados e sinalizam (Neto e Palma, 2018, p. 60-61), que o TCU determinou à ANATEL que:

[...]

(1) analisasse especificamente cada um dos Pados a ser incluído no TAC; (2) mesurasse o impacto de cada Pado, isoladamente, sobre o valor do TAC; (3) estabelecesse metas intermediárias para cada indicador ou índice; (4) garanta que o valor da multa por descumprimento seja superior ao montante de investimento; (5) estabeleça em cada minuta definitiva de TAC ou na norma de acompanhamento e fiscalização as condições iniciais necessárias para o acompanhamento dos compromissos pactuados, que devem necessariamente conter a relação final de Pados, a situação atualizada de cada compromisso no momento da assinatura e as metas e os marcos temporais de avaliação; (6) delimite de modo claro e prévio o objetivo do TAC; (7) não admita ações, atividades e investimentos já realizados ou em andamento; (8) abstenha-se de liberar as garantias em editais de licitação específicos; e (9) no prazo de 30 dias, apresente ao TCU as medidas que pretende adotar para assegurar que os projetos executivos em cada município sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico e submeta as minutas ajustadas para nova aprovação pelo Conselho Diretor da ANATEL. Além dessas determinações, foram previstas recomendações e oitiva da Agência para esclarecimentos.

E acrescentam, ainda, os autores, com uma pergunta e tecendo críticas que jugaram pertinentes, muito importante para reflexão:

Todas essas determinações referem-se à atividade-fim negocial. Aliás, várias delas tocam em compromissos fundantes da natureza do acordo e determinantes de seu sucesso, como o método de seleção dos processos sancionadores, os incentivos para cumprimento da avença e a delimitação do escopo do acordo. Seria esse o papel do controlador?

No caso em análise, perdeu-se oportunidade única de investimento direto em infraestrutura. Diante do quadro de determinações no caso, que incentivo terão as empresas e a própria ANATEL em celebrar novos TACs? Conforme indica a própria unidade técnica do TCU, há 37 pedidos de celebração de TAC em curso contemplando Pados cujas estimativas de multa pode alcançar o valor de R\$ 9,1 bilhões. Estamos diante de uma revolução de investimentos no setor de telecomunicações com a janela de oportunidade de conversão de multas (não recolhidas e não investidas) em investimentos diretos para a modernização das redes de telecomunicações.

Aceitar a consensualidade não se limita a indicar que o instrumento é juridicamente viável. É preciso que se reconheça o espaço da gestão pública e seja aceita a ampla margem de discricionariedade necessária à negociação de acordos. O controle da atividade-fim negocial não apenas acarreta distorções regulatórias, chegando a inviabilizar por completo negociações, mas tem o mais indesejado dos efeitos: cria incentivos negativos à consensualidade (Neto e Palma, 2018, p. 61)

## 2.4 Proposta de implantação do processo de mediação no TCU



Nesse espaço do presente trabalho, apresenta-se alguns comentários sobre a obra realizada por Dantas (2020, p. 261), cujo objetivo se apresenta como de demonstrar o aporte teórico necessário para a implementação de um centro de mediação no TCU e também de demonstrar que a mediação é uma técnica que resulta de um amplo movimento de rompimento com o teor vertical que marca o direito administrativo clássico, sendo a sua utilização no setor público imprescindível para a concretização de uma série de objetivos e valores constitucionais.

Após leitura atenta do estudo em análise, apresenta-se uma parte importante que se extrai após considerações conceituais e históricas formuladas pelo autor que serviram de base para a fundamentação do referido estudo e que se utiliza como suporte para o trabalho que se empreende, destaca Dantas (2020, p. 267):

Apesar da diversidade, todas essas iniciativas são conjugadas entre si, traduzindo, como anota Chevallier (2003, p. 206), uma verdadeira ideologia gerencial que se pautou, entre outras, nas seguintes diretrizes: (i) resolução de conflitos e erradicação de antagonismos irreduzíveis; (ii) rompimento com a lógica do poder, pois as escolhas coletivas passam a não ser mais uma questão só de política, mas de técnica; (iii) mitigação da supremacia unilateral do Estado, que seria apenas mais um ator entre tantos outros envolvidos e capazes de tomar parte nas soluções; e (iv) a possibilidade de acordar certas regras do jogo

Inspirado nos tópicos da citação apresentada por Dantas, supratranscritos, formulam-se os seguintes itens que servirão, junto a outros com fundamento noutras fontes, como base para a elaboração da proposta que se fundamentará no tópica 3 deste trabalho:

- a) Resolver conflitos em que figurem como interessados tanto a Administração Pública quanto particulares;
- b) Possibilitar a efetiva participação de particulares nas relações com a Administração Pública não apenas por delegação, a partir do voto, mas efetivamente por ocasião de ter que resolver uma controvérsia que lhe afete diretamente, participando efetivamente das regras do jogo desde discussões iniciais sobre os termos dos acordos a serem firmados;
- c) Separação do Estado Mediador ou Árbitro do Estado representado pela Administração Pública diretamente interessada na solução da controvérsia, que nessa condição deve ter deveres e direitos isonômicos com os particulares.

Dantas apresenta fundamentos teóricos do consensualismo e da inserção da mediação na Administração Pública visando, segundo o autor, à promoção da

eficiência e pluralismo administrativo, dos quais selecionam-se os trechos (Dantas, 2020, p. 269- 270) em seguida, importantes para este trabalho:

É em sentido diametralmente oposto a esse modelo que surge o consensualismo, por sua vez designando o “emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas” (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008, p. 19). Imbuída de uma tônica semelhante àquela que vem sendo empregada no âmbito jurisdicional (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2008), a condução da ação pública por meio de técnicas consensuais deve ser visualizada não como mera solução alternativa, como se decorresse apenas de uma necessidade circunstancial imperiosa, mas como uma solução preferencial, que opera a administração da justiça sob a dupla dimensão de uma boa administração: a dimensão econômica, para a eficiência, e a dimensão social, para a equidade (DI SALVO, 2018, p. 38).

A boa administração da justiça, destaca Di Salvo: [...] não impõe um dever-ser que cede às pressões de resultados quantitativos, aliás, a boa administração da justiça concentra-se sobretudo nos meios de distribuição da justiça e na obtenção de resultado segundo um parâmetro de qualidade. (2018, p. 38-39).

[...]

Isso se traduz na reprovação à garantia de eficiência a qualquer custo, à revelia da participação do administrado, quando se mostra razoável inseri-lo no processo decisório: a aspiração não é só por resultados quantitativos, mas também qualitativos. Há que se buscar uma efetiva inclusão, tanto porque se lhe exige a democracia administrativa, quanto porque, se o poder, de fato, acha-se difuso em redes, a participação colaborativa no processo decisório clareia o caminho para que o titular da palavra final possa optar pela melhor (e, portanto, mais eficiente) solução.

Com o devido respeito, consideram-se os pontos de vista supratranscritos filosoficamente perfeitos, mas de operacionalização delicada nos casos de solução de controvérsias a serem submetidos ao crivo do TCU, haja vista que a IN-TCU nº 91/2022, com os termos que estão estabelecidos, tem como foco “procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes” (Brasil, 2022), e, portanto, contemplarão casos especiais, cujas soluções consensuais decorrem de necessidades circunstanciais e não como solução preferencial.

No tocante à participação “do administrado” no processo decisório de forma a que “possa optar pela melhor (e, portanto, mais eficiente) solução” (Dantas, 2020, p. 269, 270) da controvérsia é relativamente fácil quando a controvérsia é entre particulares e administrada pelo Poder Público, situação mais complexa se verifica quando um dos interessados integra a Administração Pública cuja solução será gerenciada pelo TCU. Observa-se essa dificuldade já na constituição da INTCU Nº 91, ART. 7º, inciso § 2º que remete à competência da Secretaria Geral de Controle Externo do TCU de “admitir, a partir de avaliação de determinadas circunstâncias, a

participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia” fazer parte de Comissão que elaborará a “proposta de solução” (Brasil, 2022).

E Dantas assevera em seguida (2020, p. 271):

É nesse sentido a irretocável síntese feita por Odete Medauar (2003, p. 211): A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesse entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Menos complexa será o gerenciamento dos acordos consensuais quando a atuação da Administração Pública tiver que conciliar apenas interesses particulares, cujos atores podem livremente ou por sugestões de terceiros abrir mão de parcelas dos direitos e bens em favor uns dos outros visando resolver a controvérsia, nessa hipótese concorda-se que “A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesse entre várias partes”, contudo diferente será a empreitada quando o conflito for entre particulares e a Administração. Nessa hipótese será fundamental a capacidade de convencimento e habilidade a ser efetivada pelo mediador que venham a convencer o particular e evitar afetar o interesse público e o elevado espírito de cessão por parte dos particulares para que se dê o acordo, e não serão raras as situações em que o mediador passe à rigor a ser árbitro.

Muito importante para facilitar a condução das soluções consensuais entre particulares e a Administração Pública são as considerações oferecidas por Dantas no tópico “4 Transação no Poder Público vs. Indisponibilidade do interesse público” do seu trabalho (2020, p. 272) que podem contribuir para auxiliar o TCU a enfrentar conflitos em que estejam em jogo interesses particulares e Interesse Público geral e/ou particular (do órgão/entidade), dentre as quais destacam-se os seguintes trechos:

[...]

A perquirição do conteúdo do interesse público nos leva à clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Melo (2009), formulada a partir das lições colhidas na obra de Alessi, que o divide em interesse público primário e secundário, identificando-se o primeiro com o interesse social, o interesse

da sociedade ou da comunidade, e o último com o interesse tão só do aparelho estatal como uma entidade personalizada.

O interesse público a ser confrontado pela hipótese não pode ignorar a dupla aceção de sua natureza. Sendo assim, a indisponibilidade do interesse público não pode vedar a renúncia a determinadas posições jurídicas, nem o reconhecimento de direitos legítimos ou trocas bilaterais entre Administração e administrado quando estas se revelarem desejáveis ao interesse público primário. A sociedade tem interesse legítimo no atendimento a suas demandas com a celeridade, economia e qualidade que, em alguns casos, podem ser atingidas por meio de acordos. Transigir, em muitas hipóteses, não significa abrir mão do interesse público, mas atingi-lo de forma mais expedita (DALLARI, 2002, p. 24).

[...]

É preciso, nas precisas lições de Dallari (2002, p. 23), “superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência” (2020, p. 272).

Concorda-se com a opinião apresentada por Dantas, contudo, para que supracitadas premissas sejam efetivamente aplicadas nos procedimentos a serem conduzidos pelo TCU, entende-se ser necessário que se realizem ajustes nos dispositivos da atual Instrução Normativa (IN) e que se prepare psicologicamente e tecnicamente os responsáveis pela supervisão, gerenciamento e operacionalização dos procedimentos de soluções consensuais nessa instituição, de forma a alterarem os paradigmas atualmente ainda vigentes e que se promovam a especialização dos profissionais que tratarão dos processos de solução de controvérsias em matéria de acordos consensuais, além de incentivos ao aprofundamento no tocante às áreas específicas objeto da busca por solução, de forma que o TCU seja mais Mediador do que Árbitro. No item 3 serão apresentadas sugestões com esses objetivos. O tópico a seguir oferece uma amostra da atuação do TCU como supervisor do interesse público com foco em um acordo judicial entre União e uma Concessionária.

## **2.5 Um Processo de denúncia no TCU e a supervisão de Solução Judicial**

Apresenta-se a seguir uma amostra da possibilidade de a Corte de Contas também lidar, com se verá no exemplo que se apresentará, com acordos consensuais mesmo realizados pela via judicial, exercendo a função de supervisão da proteção do interesse público, nos moldes das possibilidades sugeridas por Dantas, conforme destacado no tópico anterior.

Destaca-se nesse ponto um caso enfrentado pelo TCU a partir de denúncia “formulada por entes nacionais, em face da edição da Resolução ANTT nº 4.131/2013,

editada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por meio da qual são noticiadas possíveis irregularidades na autorização concedida à empresa Ferrovia Centro Atlântica S.A. (FCA), Concessionária da Malha Centro-Leste, para proceder a desativação e a devolução de trechos ferroviários considerados antieconômicos e economicamente viáveis” (Acórdão nº 1366/2023 – TCU – Plenário, p. 1). Ao longo da condução do processo de denúncia entre a proposta apresentada pela unidade técnica do TCU, em 4/9/2013 (Brasil, 2023, p. 2), solicitando a oitiva da Agência, para manifestação acerca dos indícios de irregularidade contidos na instrução e o momento em que se realizou a publicação do Acórdão, 5/7/2023, dispendioso, mas necessário trabalho foi realizado como se pode verificar da leitura atenta de todo o material que deu como resultado o referido Acórdão.

Segundo o teor do Voto do Ministro Relator os autos trataram “de denúncia a respeito de supostas irregularidades na Resolução ANTT nº 4.131/2013, que autorizou a concessionária Ferrovia Centro-Atlântica S.A. (FCA) a desativar e devolver trechos ferroviários antieconômicos, mediante pagamento de indenização à União na forma de investimentos na malha ferroviária” e como se observa ainda pelo extrato do referido Voto após o envio do processo ao gabinete do Relator ocorreu a celebração de “acordo judicial entre União e Concessionária a fim de solucionar ações civis públicas relacionadas aos trechos devolvidos e ao cumprimento das disposições contidas na Resolução ANTT 4.131/2013”, em que teria ficado ajustado que a Concessionária realizaria pagamento de indenização em espécie, no valor de R\$ 1,2 bilhão de reais, no prazo de cinco anos.

Observe-se que a Resolução ANTT nº 4.131/2013 potencialmente surgiu como um “acordo consensual” entre a ANTT e a Ferrovia Centro-Atlântica S.A. (FCA), que segundo a denúncia “teria autorizado a concessionária Ferrovia Centro-Atlântica S.A. (FCA) a desativar e devolver trechos ferroviários antieconômicos, mediante pagamento de indenização à União na forma de investimentos na malha ferroviária”.

Transcorridos quase 10 anos até a publicação do Acórdão nº 1366/2023 – TCU, desde a instrução técnica do TCU de 4/9/2013 sobre a denúncia de possível afetação ao interesse público e da iminência de danos ao erário, em decorrência de possíveis irregularidades na Resolução ANTT nº 4.131/2013, de 3/7/2013, apresenta-se como mais importante para destacar o acordo judicial assinado em 28/11/2019 entre o Ministério Público Federal (MPF) e a União, o Departamento Nacional de

Infraestrutura de Transportes (DNIT), a ANTT com a FCA, para a solução da questão e não como pretendido em 3/7/2013 com a produção da Resolução ANTT nº 4.131/2013.

O Acórdão nº 1366/2023 – TCU – Plenário realizou várias determinações e recomendações com vista à preservação do interesse público primário e secundário, contudo, se transcreve a seguir a parte que tem relação com a solução judicial consensual da controvérsia em que o TCU exerce a sua função supervisora atendo-se tão somente quanto aos aspectos referentes ao cumprimento das obrigações de forma a proteger o patrimônio público:

9.6. ordenar à AudPortoFerrovia que promova o acompanhamento:

[...]

9.6.2. dos recolhimentos que vêm sendo efetuados pela empresa Ferrovia Centro-Atlântica S.A. (FCA) em atenção às Cláusulas Segunda, subitem 2.5.1, e Terceira do acordo judicial assinado em 28/11/2019 entre o Ministério Público Federal (MPF) e a União, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a referida concessionária;

9.6.3. do destino que vem sendo ou que será conferido aos valores oriundos dos recolhimentos oriundos da FCA, considerando o disposto na Cláusula Segunda, subitem 2.2.2 do acordo judicial; (Brasil, 2023).

Como se pode observar da leitura do item 9.6 e subitens 9.6.2 e 9.6.3 do Acórdão nº 1366/2023 – TCU – Plenário, a Corte de Contas passou a partir de 5 de julho de 2023 (data da publicação do Acórdão) a realizar a fiscalização da execução do acordo judicial assinado em 28 de novembro de 2019. É razoável admitir que desde a assinatura do acordo judicial e o início da fiscalização a ser implementada, a fiscalização já se vão mais de três anos. Contudo esse caso envolveu objeto em que o TCU já atuava pela via do processo de denúncia, servindo como um alerta para as situações em que ocorram acordos judiciais, ainda relacionados à competência do TCU, mas que, todavia, não sejam levados a seu conhecimento. Nesses casos poder-se-ia incluir no texto da INTCU nº 91/2022 (*vide* tópico 3) a possibilidade de que o Ministério Público junto ao TCU ou de sua área técnica possa realizar Representação à Corte de Contas para provocar a sua atuação como fiscal.

## **2.6 Primeiro processo de solução de controvérsias e a INTCU nº 91/2022**

Em recente atuação do TCU aplicando os dispositivos da INTCU nº 91/2022, apresentou-se oportunidade para o exercício do Controle Externo, todavia o exemplo

que se passará a destacar ainda não é o caso em que os interessados trazem livremente proposta de solução de controvérsias e sim de solicitação de consulta formulada pela Administração Pública e sobre a possibilidade de utilização da solução de controvérsias para resolver situação em curso com particulares, ainda desta feita se cuida de assunto objeto de processo em curso na Corte de Contas.

Trata-se de Solicitação de Solução Consensual (TC nº 006.253/2023-7) cujos interessados são a Agência Nacional de Energia Elétrica; o Ministério de Minas e Energia e Karpowership Brasil Energia Ltda formulada pelo Ministro de Minas e Energia, em face das controvérsias enfrentadas nos Contratos de Energia de Reserva (CER) decorrentes do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) nº 01/2021, relativos às usinas da Karpowership Brasil Energia Ltda (KPS), situação essa em que existe conexão do objeto da proposta de consenso, com o TC nº 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do Acórdão nº 2.699/2022 – Plenário.

Da leitura dos autos do TC nº 031.368/2022-0, em consulta realizada em 12/7/2023 à base de dados do site do TCU, extraiu-se parcela do conteúdo (Brasil, 2023, p. 15-16)<sup>7</sup> do Relatório do Ministro Relator dos autos (item 3, p. 10 a 17), que transcreve Manifestação da SecexConsenso, com proposta da primeira solicitação de solução consensual com fundamento na INTCU nº 91/2022, no tocante ao interesse deste trabalho como foco no acordo consensual a ser firmado, tais como a aspectos relacionados à segurança jurídica para as partes envolvidas; o interesse público, delimitação do período de validade do acordo; a atuação da SecexConsenso como mediadora das tratativas:

Os contratos do PCS foram celebrados para execução durante 44 meses e, nos termos originais, faltariam apenas 31 meses para sua conclusão. 60. Sem a construção de uma ação coordenada envolvendo MME, Aneel e KPS, entende-se que a execução do contrato nos termos atuais importará, no âmbito no SIN, pagamentos que poderiam ser realizados de forma menos onerosa ao consumidor.

70. Destacam-se dois principais benefícios da presente ação de controle.

71. Primeiro, nesta etapa processual, benefícios quantitativos potenciais de R\$ 579.823.107,62 (peça 50, p. 15), em decorrência da redução de custos da Coner como resultado dos mecanismos previstos no termo de autocomposição. Além disso, há benefícios qualitativos, também potenciais, em relação ao aumento da segurança jurídica do processo de tomada de decisão em soluções consensuais de disputas no âmbito da Administração Pública Federal.

72. Entende-se que os benefícios quantitativos potenciais serão convertidos em benefícios efetivos com a assinatura e a operacionalização do termo de

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 15-16. Observação: essa Manifestação consta do Relatório do Ministro Relator dos autos cujo conteúdo está nas páginas 10-17.

autocomposição, enquanto a conversão dos benefícios qualitativos se dará com a consolidação do mecanismo de desenvolvimento de soluções consensuais, previsto na IN-TCU 91/2021.

Ainda relativamente à análise técnica realizada pela SecexConsenso, segundo o relatório do relator (Brasil, 2023, p. 17) observa-se uma preocupação com aspectos relacionados aos benefícios decorrentes da ação do Controle Externo, fato esse que se considera que não deveria ser motivo de perseguição na atuação do TCU na condução mediadora dos conflitos, cujo foco deve se concentrar na busca da solução da controvérsia:

[..]

77. A ação coordenada entre MME, Aneel e KPS permitirá, entre 1/7/2023 e 31/12/2023, a redução de R\$ 579 milhões de custos da Coner, além de fornecer segurança jurídica para continuidade das discussões da CSC.

[...]

79. Por fim, destaca-se que não há, por parte da União e dos consumidores de energia, renúncia de recebíveis nem assunção de novas obrigações financeiras em função a solução proposta. Além disso, a implementação do termo de autocomposição permitirá a utilização mais eficiente dos recursos de energia atualmente disponíveis, sem comprometer a segurança jurídica da operação.

Após a atuação da SecexConsenso os autos foram encaminhados ao Ministério Público junto ao TCU que se manifestou, consoante o Relatório do Ministro Relator dos autos<sup>8</sup>, de cujo conteúdo se extraiu a conclusão que se apresenta (Brasil, 2023, p. 21):

[..]

29. Ante o exposto, esta representante do Ministério Público manifesta-se de acordo o encaminhamento proposto pela unidade técnica às peças 51-53, no sentido de que seja aprovada a proposta contida no relatório da Comissão de Solução Consensual, aproveitando a oportunidade para enaltecer a atuação dos representantes da SecexConsenso e da SecexEnergia que se empenharam na concretização desse desfecho.”

[..]

Do Voto do Relator<sup>9</sup> extraiu-se as partes selecionadas, a seguir transcritas, destacando-se já do preâmbulo uma observação sobre a definição do ministro relator do processo de solução de controvérsia cuja fundamentação poderia estar contida na INTCU nº 91/2022, razão devido a qual se apresentará proposta, no tópico 3, de ajuste

<sup>8</sup> Observação: a Manifestação do Ministério Público junto ao TCU está transcrita no item 4 (p. 17 a 21) do Relatório do Ministro Relator.

<sup>9</sup> Observação: o Voto do Ministro Relator dos autos se constitui dos itens 1-87 distribuídos no documento de referência iniciando na página 22, considerando-se a paginação sequencial logo em seguida à página 21, onde finalizou o Relatório do Ministro e se encerrando na página 37.



da norma para que os processos desse tipo sejam relatados pelo mesmo ministro que trata do processo em curso que verse sobre objeto da controvérsia.

Trata-se de solicitação de solução consensual, prevista na IN-TCU 91/2022, formulada pelo Exmo. Sr. Min. Alexandre Silveira, Ministro de Minas e Energia, em face das controvérsias enfrentadas nos Contratos de Energia de Reserva (CER) decorrentes do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) 01/2021, relativos às usinas da Karpowership Brasil Energia Ltda (KPS).

Esclareço que relato estes autos com base na Questão de Ordem 2/2023 exarada por este Plenário, que estendeu a regra prevista no art. 18 da Resolução-TCU nº 346, de 30/11/2022, para a definição da relatoria das Solicitações de Solução Consensual (SSC) quando a situação objeto da controvérsia estiver sendo tratada em processo em tramitação nesta Corte de Contas (vide peça 45, em despacho da Presidência).

No presente caso, existe conexão estreita do objeto da proposta de consenso, ora em análise, com o TC 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do Acórdão 2.699/2022- Plenário (Brasil, 2023, p. 22).

Destaca-se, ainda, em especial quanto à proposta de mérito sugerido para o Plenário, quanto aos argumentos com o fito de justificar a atuação da Corte de Contas e da segurança jurídica dos atos praticados, seja por essa instituição seja pelos atos praticados pelos participantes do acordo como o que viria a ser firmado (Brasil, 2023, p. 35 e 36), que dão suporte legal à sua atuação, embora entenda-se que seria dispensável se a norma reguladora da instituição já contemplasse a existência de um Centro de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União (CMATCU) criado nos termos de Resolução e com fundamento estabelecido no Regimento Interno do TCU – RITCU, constituído pela área de supervisão a ser exercida pelo Plenário do TCU e pela área de gerenciamento e operacionalização a ser exercida pelo Núcleo de Mediação e Arbitragem, conforme destacado no tópico 3

[...]

70. Caso homologado por este Plenário, as condições pleiteadas, a formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo Presidente do TCU e pelos respectivos dirigentes máximos do MME, da Aneel e representante da KPS, em até trinta dias contados desta sessão (arts. 10 a 12 da IN 91/2022).

[...]

74. A análise de legalidade e motivação impetrada também conforma o disposto no art. 24 do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB), na medida em que, ao menos no que se refere à esfera controladora, materializa, ao tempo da decisão e de acordo com as nuances do caso concreto, as orientações gerais da época, servindo de marco para eventual análise posterior de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado.

75. Justamente por esse motivo é que entendo legítima a disposição das cláusulas 1.3 e 1.4 do Termo de Autocomposição (Anexo I do relatório à peça 50):

“1.3 Os agentes públicos envolvidos no processo negocial deste TERMO, tanto na Comissão de Solução Consensual, como na estrutura decisória de governança das Partes, não estarão sujeitos à responsabilização em processos de controle externo perante o TCU pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais, salvo em casos de fraude ou dolo;

1.4 Os processos de controle externo em tramitação no TCU cujo objeto em apuração for tratado e objetivamente consensuado entre as partes serão arquivados por perda de objeto, nos termos do art. 168, inciso III do Regimento Interno do TCU, salvo em casos de fraude ou dolo.” (grifou-se)

76. Sobre a Cláusula 1.3, além do paralelismo com o termo de cooperação técnica pactuado por esta Corte com a CGU, AGU, MJ e STF, para a feita dos acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção, o texto conforma, no meu entender, o previsto no art. 24 da LINDB que mencionei.

77. Quanto à Cláusula 1.4, no caso concreto, o seu efeito se dará no âmbito do TC 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do Acórdão 2.699/2022-Plenário. [...].

Mais uma vez surge nos autos, desta feita pelo Voto do Relator, a preocupação em justificar a atuação da Corte de Contas na concretização do acordo consensual que coube conduzir e submeter ao Plenário, no tocante à sinalização dos benefícios financeiros potencialmente estimados para a sociedade ao longo do período de seis meses. Contudo, arrisca-se a considerar que, ainda que não houvesse esses possíveis ganhos pela coletividade, só o fato de o acordo evitar aumento de despesa por parte do consumidor já seria razão suficiente para a formalização do acordo, evitando, pelo menos temporariamente, como se depreende da natureza do acordo firmado, que o interesse público viesse a ser afetado, se esse acordo, que se pode considerar como cautelar, não se concretizasse.

Observa-se, na leitura do item a seguir transcrito, uma possibilidade de certa forma insólita, construída por um acordo mediado pelo TCU, que deveria buscar a efetividade, haja vista que se tem um ator que não participa do acordo consensual (os consumidores) que se presumem serão beneficiados enquanto que no tocante às partes diretamente envolvidas no acordo ou o próprio TCU se vislumbra a possibilidade de situações negativas, haja vista que se apresenta a hipótese de, ao se verificar futuramente a inviabilidade de levar a cabo os demais termos negociados e ainda pela impossibilidade de consenso dos demais itens em discussão, conforme o que se entende do subitem 84 (Brasil, 2023, p. 37)

84. Sublinhe-se, aliás, considerando a vigência do acordo – suficiente para produzir a economia milionária aos consumidores –, que nada impede que posteriormente, em face de verificação futura de inviabilidade de levar a cabo os demais termos negociados, que as próprias partes ou esta Corte entendam pela impossibilidade de consenso dos demais itens em discussão.

Essas possibilidades citadas não se coadunam com os princípios que norteiam os acordos consensuais, haja vista que não se apresentam revestidas de segurança quanto aos efetivos efeitos razoavelmente benéficos para as partes diretamente interessadas, não parecendo razoável se visar a um interesse público que se estima potencialmente ocorrente, mas que devido a esse mesmo benefício recebido venha a se inviabilizar uma solução mais efetiva e duradoura.

E a Corte de Contas produziu o Acórdão nº 1130/2023 – TCU – Plenário, (Brasil, 2023, p. 17) referente ao primeiro processo administrativo de solução consensual de controvérsia submetido à sua apreciação com fundamento nos atuais termos da INTCU nº 91/2022 a seguir transcrito:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

9.1. aprovar, nos termos dos arts. 11 e 12 da Instrução Normativa 91/2022, a proposta de solução consensual objeto deste processo, autorizando a assinatura, pela Presidência do TCU, do “Termo de Autocomposição”, juntada no Anexo I da peça 50 destes autos;

[...]

9.3. autorizar a realização de monitoramento da execução do “Termo de Autocomposição”, objeto do subitem 9.1 supra, conforme previsão do art. 13 da IN 91/2022;

### **3 PROPOSTA DE AJUSTE NA NORMA DOS ACORDOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TCU COM FOCO NO INTERESSE PÚBLICO E PARTICULAR**

Após a consulta e análise de muitos trabalhos versando sobre acordos consensuais no geral e, nos casos particulares, em especial aqueles que contaram com a participação do TCU de alguma forma, dos quais apresentou-se no tópico 2 uma amostra muito pequena, passa-se a realizar neste tópico 3 uma proposta de ajuste nos termos da INTCU nº 91/2022, a partir de reflexões feitas com base na literatura pesquisada visando melhorar a qualidade do trabalho do TCU no trato com os acordos de solução consensual de controvérsias.

O Objetivo das sugestões a seguir oferecidas é a tentativa de contribuir para que os procedimentos consensuais no âmbito do TCU se tornem uma opção efetiva de prevenir ou solucionar situações de conflito que envolvam a Administração Pública, seja em questões vinculadas aos interesses e atividades das próprias instituições integrantes de sua estrutura, seja na relação com particulares (Pessoas Jurídicas Privadas e Pessoas Físicas). Serão feitas propostas de acréscimos de alguns artigos,

incisos e parágrafos e a consequente renumeração, além de ajustes na redação do *caput* de alguns artigos. O Anexo A é a atual versão da INTCU nº 91, de 22/1/2022 e o Apêndice A é a proposta do texto da versão adaptada da INTCU nº 91/2022.

### **3.1 Ajuste na redação do atual art. 1º da INTCU nº 91/2022<sup>10</sup>**

Art. 1º A realização de procedimentos, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), voltados para a solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em matéria sujeita à competência do TCU, observará o disposto nesta Instrução Normativa (IN).

Propõe-se a alteração da redação do *caput* do art. 1º para ficar claro que se está diante de situações distintas, o que implicaria em se definir quais os procedimentos seriam observados em cada uma das situações, o que impõe a necessidade de que sejam separados os critérios que se consideram relevantes nos casos das controvérsias a serem objeto de apreciação pelo TCU, daqueles procedimentos cujo objetivo seja a “prevenção de conflitos”.

Nos casos em que se buscam soluções consensuais, pressupõe-se que já existe uma situação de direito e de fato que caracterizam o objeto da controvérsia entre a Administração Pública e uma segunda pessoa (Jurídica ou Física) ou mesmo apenas entre integrantes da Administração Pública e, então, os procedimentos a serem adotados devem ocorrer, em tese, nos moldes já inseridos na IN em análise, com os ajustes que vierem a ser propostos.

Nos casos em que se pretende realizar a prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em matéria sujeita à competência do TCU, os procedimentos a serem adotados devem ser diferentes daqueles que estão no bojo da IN em análise, haja vista que neste caso, em tese, a Corte de Contas estaria diante de uma hipotética situação de potencial ocorrência de “uma controvérsia”, porque, se já estivesse em andamento algo que se caracterizasse efetivamente atos irregulares, então não deveriam ser objeto de consulta para prevenir, mas, sim, de consulta para efetivação do acordo consensual para a solução ou de elaboração de Termo de Ajuste de Conduta.

---

<sup>10</sup> Texto completo da INTCU nº 91/2022 disponível no Anexo A, p. 66 a 69 deste trabalho.

Dessa forma, entende-se razoável que a Corte de Contas realize um ajuste na redação do artigo 1º, para então incluir as naturezas dos processos que serão realizados, sugerindo-se que a redação do artigo 1º se apresente desta forma:

Art. 1º. A realização de procedimentos, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), voltados para a solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos afetos à órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em matéria sujeita à competência do TCU ocorrerão por meio de processos que tratarão de acordos consensuais e de consultas e observará o disposto nesta Instrução Normativa (IN)<sup>11</sup>.

Além disso, entende-se importante que a Corte de Contas avalie a conveniência e utilidade, de antes de cuidar de explicitar sobre a competência, para solicitar a apreciação pelo TCU da solução consensual a da prevenção, feitas pelo atual artigo 2º da IN, de inserir 3 (três) artigos (2º, 3º e 4º), após o art. 1º proposto, a inserção nesse dispositivo, com a finalidade de identificar quem supervisionará e quem gerenciará e operacionalizará os procedimentos e quais serão as suas competências e os tipos de procedimentos, em que se propõe o:

- a) Art. 2º – que definirá quem gerenciará as soluções consensuais de controvérsias e das prevenções de conflitos;
- b) Art. 3º – que estabelecerá o rol das competências de quem gerenciará a as soluções consensuais de controvérsias e das prevenções de conflitos; e
- c) Art. 4º – que instituirá os tipos de processos administrativos que formalizarão as soluções consensuais de controvérsias e das prevenções de conflitos.

Dessa forma, as sugestões para inserção na atual IN, dos três artigos supracitados, serão expostos nos itens 3.2, 3.3 e 3.4.

### **3.2 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 2º**

O objetivo da proposta da criação do artigo é de definir para o público interno e externo a respeito de quem realizará a supervisão, o gerenciamento e a operacionalização das soluções consensuais de controvérsias no âmbito do TCU.

Para atender às simples consultas a respeito de possíveis realizações de acordos consensuais, não necessita o TCU de procedimentos e estrutura muito

---

<sup>11</sup> Texto completo da proposta substitutiva da INTCU nº 91/2022 está disponível no Apêndice A, p. 60-65 deste trabalho.

diferentes das quais já dispõe, conforme se pode constatar nos termos do Regimento Interno do TCU – RITCU<sup>12</sup>, art. 1º, inciso XXV; 15, alínea o; 105, inciso III; 168, § 9º, 170; 183, inciso I; 264 e 265, contudo, diferente serão os procedimentos e a formatação da estrutura quando tiver que tratar dos casos que sejam demandados à Corte sua participação como supervisor, gerente e operador dos procedimentos de acordos de solução de controvérsias.

Para essa supracitada atuação, é necessário que o TCU, além de ter uma IN que discipline matéria que envolva sua atuação junto à pessoa física, órgão ou entidade sujeita à sua jurisdição, organize uma estrutura politicamente e tecnicamente robusta, por meio de Resolução, nos termos do RITCU, art. 67, inciso II, alínea “a”, capaz de sinalizar para si mesmo e para a sociedade que valoriza efetivamente o instituto da solução consensual de controvérsias.

Nesse sentido, sugere-se que a Corte de Contas institua seu CMATCU constituído basicamente pelo Plenário como instância permanente de supervisão dos processos de soluções e de uma instância provisória, que se sugere seja batizada como Núcleo de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União (NuMATCU), cuja constituição será dependente dos casos a serem enfrentados, responsável pelo gerenciamento e operacionalização dos procedimentos consensuais.

Proposta:

Art. 2º. A solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflito será realizada pelo CMATCU criado nos termos de Resolução, com fundamento estabelecido no Regimento Interno do TCU – RITCU, art. 67, inciso II, alínea a, constituído pela área de supervisão a ser exercida pelo Plenário do TCU e pela área de gerenciamento e operacionalização a ser exercida pelo Núcleo de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União – NuMATCU composto de acordo com o art. 11, e funcionará nos termos desta Instrução Normativa.

### **3.3 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 3º**

---

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, 2023. 210 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023

Entende-se que incluir na IN reguladora dos acordos consensuais que passem pelo crivo do TCU de competências autorizadas pela Lei nº 13.140/2015<sup>13</sup>, art. 32 sinaliza autoridade legalmente constituída para a atuação do CMATCU e NuMATCU, que deve ser internalizada e externalizada.

Art. 3º. A solução consensual de que trata esta IN será gerenciada e operacionalizada no âmbito da Corte de Contas da União pelos serviços de mediação e arbitragem a serem realizados pelo NuMATCU, com competência para:

[...]

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;  
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de Termo de ajustamento de conduta.

§ 1º Havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 2º Não se incluem na competência do Tribunal de Contas da União as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 3º Compreendem-se na competência do Núcleo de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

### **3.4 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 4º**

Entende-se didática a apresentação tanto para o público interno quanto externo sobre os tipos de processos administrativos que formalizarão as soluções consensuais de controvérsias e das prevenções de conflitos.

Sugere-se a separação em dois tipos básico de processos: a) Processos de solução administrativa consensual de controvérsias, sendo: a.1) envolvendo a Administração Pública e particulares e a.2) envolvendo órgãos/entidades da Administração Pulica; e b) Processo de consulta para prevenção de conflitos.

Os tipos a.1 e a.2 com objetivos concretos de tentar solucionar questões em curso com peculiaridades diferentes envolvendo, no primeiro caso, interesses públicos primários e secundários e interesses privados, e, no segundo caso, envolvendo, em

<sup>13</sup> BRASIL. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República. Acesso em: 29 jun. 2015. Disponível em: L13140 (planalto.gov.br).

tese, apenas interesses públicos primários e secundários, enquanto o tipo b, com objetivos subjetivos de se procurar entender a razoabilidade de se adotar um possível acordo para solucionar problemas que se presumem potenciais.

Art. 4º. A solução administrativa consensual de controvérsias e a prevenção administrativa de conflitos de que tratam esta IN serão processadas no âmbito da Corte de Contas União pelos serviços de mediação a serem realizados pelo NuMATCU, utilizando-se os seguintes tipos de Processos de Solução Consensual – PSC e de Processo de Consulta - PC:

[...]

I – Processo de Solução Administrativa Consensual de Controvérsias (PSACC) com o objetivo de avaliar a admissibilidade dos pedidos de solução de controvérsias, por meio de composição, entre particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC;

II – Processo de Solução Administrativa Consensual de Controvérsias Jurídicas (PSACCJ), com o objetivo de avaliar a admissibilidade dos pedidos de solução de controvérsias, por meio de composição, entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública; e promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC;

III – Processo de Consulta para Prevenção de Conflitos (PCPC) com o objetivo de avaliar a admissibilidade dos pedidos de adesão à procedimentos para prevenção de conflitos, afetos aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal; e promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC envolvendo esses atores.

### **3.5 Separar os casos de solicitação de solução consensual (proposta art. 5º) com inserção de um inciso sobre formulação de solicitação e dois §§ sobre representação dos casos sobre consulta (proposta art. 6º) em substituição ao atual art. 2º da IN**

[...]

Art. 2º A solicitação de solução consensual de que trata esta IN poderá ser formulada:

[...]

III - por relator de processo em tramitação no TCU. [...].

Quanto ao teor do atual artigo 2º da IN, que cuida dos atores competentes para solicitar a solução consensual objeto dessa norma, não se entende razoável excluir o particular (Pessoa Jurídica ou Pessoa Física) diretamente interessada na solução da controvérsia que estaria enfrentando, tendo como a outra parte a Administração Pública.



Essa exclusão do particular, já na origem do procedimento “consensual” não pressupõe que se esteja exercendo os princípios originais tão amplamente citados pela mídia e incontáveis articulistas, qual seja, a isonomia entre as partes, mesmo na situação em que o procedimento ainda não tenha sido aberto ao particular. A isonomia deve anteceder à formalidade processual.

Para que os procedimentos de solução sejam efetivamente democráticos, devem ter como fundamento na sua norma regulamentar, no âmbito da Corte de Contas, a possibilidade de que tal instituto possa também ser pleiteado por Pessoa Jurídica de direito público ou privado e por Pessoa envolvida na questão a ser solucionada, de forma a se adequar ao espírito da Lei nº 13.140/2015<sup>14</sup>, art. 2º, inciso II, que regula os procedimentos consensuais.

Para evitar demanda de particulares numa quantidade que tornaria o trabalho do TCU ante econômico, embora se admita se afigurar limitação ao princípio da isonomia, contudo, com respaldo no princípio da razoabilidade e da eficiência haveria necessidade de se criar um limite às solicitações dos particulares com um parâmetro mínimo do valor estimado envolvido da questão, todavia, seria salutar incluir-se particulares na solicitação de solução consensual, nos termos que se apresenta, desta feita alterando o atual art. 2º da IN para incluir o inciso IV.

Além disso, entende-se que outra possibilidade que deve ser admitida é a de o Ministério Público junto ao TCU poder exercer a sua competência prevista na LC nº 75/93, art. 6º, inciso XVIII, alínea c de representar ao TCU, por ocasião de conhecimento de processo em tramitação no TCU que considere possível a hipótese de solução consensual, assim como representação pela Unidade Técnica nos termos do art. 246 do RITCU, submetendo, no primeiro caso, a manifestação, e, no segundo caso, o parecer técnico conclusivo, ao relator dos autos que se encarregará de formalizar a solicitação, podendo o 5º ser nestes termos:

[...]  
 Art. 5º A solicitação de solução consensual de que trata esta IN poderá ser formulada:  
 [...]  
 IV – por Pessoa Jurídica de Direito Privado ou Pessoa Física diretamente envolvida na questão objeto da pretendida solução consensual,

<sup>14</sup> BRASIL. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República. Acesso em: 29 jun. 2015. Disponível em: L13140 (planalto.gov.br).

desde que o montante de recursos objeto da contenda seja igual ou superior a R\$ 10.000,000,00<sup>15</sup>

§ 1º O Ministério Público junto ao TCU poderá representar ao TCU, por ocasião de conhecimento de processo em tramitação na Corte de Contas, que considere possível a hipótese de solução consensual, submetendo a manifestação ao relator dos autos que se encarregará de formalizar a solicitação;

§ 2º No curso de fiscalização, se verificada a possibilidade de procedimento de solução consensual de controvérsia que possa evitar danos ao erário ou corrigir irregularidade grave, a equipe representará, desde logo, com suporte em elementos concretos e convincentes, ao dirigente da unidade técnica, submetendo a matéria ao respectivo relator, com parecer conclusivo, o qual se encarregará de formalizar a solicitação.

Diferentemente da situação anterior onde se busca a solução consensual, em se tratando apenas de consulta sobre a possibilidade de aplicação desse procedimento o tratamento a ser aplicado deve ser o mesmo em vigor nos termos do Regimento Interno do TCU – RITCU, art. 1º, inciso XXV; 15, alínea o; 105, inciso III; 168, § 9º, 170; 183, inciso I; 264 e 265 e importante a proposta de inclusão na IN em análise, do art. 6º:

Art. 6º A solicitação de consulta sobre solução consensual de que trata o inciso III do art. 4º desta IN terá tratamento previsto nos termos do Regimento Interno do TCU – RITCU, art. 1º, inciso XXV; 15, alínea o; 105, inciso III; 168, § 9º, 170; 183, inciso I; 264 e 265 poderá ser formulada:

- [...]
- I - pelas autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU;
  - II - pelos dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no art. 2º da Lei nº 13.848<sup>16</sup>, de 25 de junho de 2019.

### **3.6 Renumeração do art. 3º, *caput* da IN, para art. 7º, e modificação da redação dos incisos III e V do atual art. 3º da IN**

Art. 3º A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- [...]
- III - indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia;
  - [...]
  - IV - indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual;

<sup>15</sup> Esse valor hipotético deverá ser objeto de definição pela Corte de Contas e periodicamente atualizado, nos moldes do que se faz quanto aos valores de danos ao erário apurados pelos Tomadores de Contas Especial, a partir dos quais os processos são encaminhados ao TCU.

<sup>16</sup> BRASIL. LEI Nº 13.848, DE 25 DE JUNHO DE 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Considerando-se que os processos de consultas seguem, conforme proposto, o rito aplicado aos processos de consultas ordinariamente constituídos para tratar de outras situações, então o foco do artigo proposto para a realização de solução de controvérsias será o art. 7º que deve ter necessariamente desde a petição inicial a participação e a manifestação de todos os envolvidos, aplicando-se assim os princípios democráticos e isonômicos.

Assim sendo, na solicitação deve constar necessariamente todos os particulares e outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia que estejam enfrentando dificuldades para resolver determinada questão, então a redação do atual inciso III do art. 3º deve ser de acordo com o proposto.

Os mesmos argumentos que embasaram a proposta de alteração do inciso III também servem para ajuste no atual inciso V do art. 3º, considerando o princípio isonômico e democrático do direito, independente da autoridade que formule a solicitação, que devem ser seguidos desde o momento em que as pretensões de consenso sejam apresentadas ao TCU. Todas as partes devem manifestar estarem conscientes, aceitarem e concordarem em levar o pleito à apreciação da Corte de Contas, portanto assim deve ser o art. 7º:

Art. 7º A solicitação a que se refere o art. 4º, incisos I e II desta IN deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- [...]
- III - indicação de todos os particulares e de órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia
- [...]
- V - manifestação de interesse na solução consensual de todos os órgãos e entidades da administração pública federal e de particulares envolvidos na controvérsia.

### **3.7 Modificação da redação do atual art. 4º quanto ao termo Solicitação de Solução Consensual (SSC) para Processo de Solução Consensual (PSC) e renumeração para art. 8º**

Art. 4º A solicitação a que se refere [...], o qual deverá ser encaminhado à SecexConsenso, para fins de análise prévia de admissibilidade.

A análise prévia de admissibilidade deve ser realizada seja para os casos de apresentação de propostas de solução de controvérsias cujo rito é proposto nesta IN

seja para os casos de solicitação de consulta cujo rito é proposto que venha a ocorrer nos termos do previstos no RITCU, art. 1º, inciso XXV; 15, alínea o; 105, inciso III; 168, § 9º, 170; 183, inciso I; 264 e 265. E a sugestão para o art. 8º é:

Art. 8º A solicitação a que se refere o art. 4º, incisos I e II desta IN será autuada como Processos de Solução Consensual – PSC e a que se refere o art. 4º, incisos III desta IN será autuada como Processo de Consulta para Prevenção de Conflitos (PCPC) os quais deverão ser encaminhados à SecexConsenso, para fins de análise prévia de admissibilidade.

### **3.8 Renumerar o art. 5º para 9º, trocar SSC por PSC e acrescentar os §§ 3º e 4º**

Art. 5º Compete ao Presidente do TCU, [...], levando em consideração:

[...]

§ 2º Na hipótese de a solicitação não ser admitida pelo Presidente do TCU, o respectivo processo será arquivado.

Entende-se razoável que tendo o presidente do TCU atuado nos autos de solicitação consensual e considerado conveniente e oportuna a sua admissibilidade que os autos estarão a partir de então adequados à prosseguirem nos procedimentos de formalização do acordo consensual à ser submetidos ao crivo da instância supervisora e decisória do Plenário do TCU e, portanto, a INTCU nº 91/2022, com nova redação deva estabelecer que o processo seja encaminhado (redação proposta: art. 11) por intermédio da Secretaria Geral de Controle Externo ao NuMATCU, área responsável pelo gerenciamento e operacionalização do acordo, contudo, a partir de então, não mais sob a supervisão do Presidente do TCU, mas, sim, do relator dos autos e Presidente do NuMATCU. Sugere-se então que nos termos propostos para o art. 9º, § 3º, seja definido nessa ocasião o relator dos autos e presidente do NuMATCU para solução objeto do processo, razão pela qual sugere-se o acréscimo dos §§ 3º e 4º com sinalização da SecexConsenso sobre processo em tramitação no TCU versando sobre o assunto, e, então, o art. 9º substitutivo do atual art. 5º, seria nestes termos:

[...]

Art. 9º Compete ao Presidente do TCU, após a análise prévia da SecexConsenso, decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual e de consulta nos termos desta IN, levando em consideração:

[...]

§ 3º Na hipótese de a solicitação e de a consulta ser admitida a Presidência do TCU providenciará a definição do relator, mediante sorteio, autoridade essa que será definida, para o caso específico da solicitação, como o presidente do Núcleo de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União – NuMATCU, constituído nos termos do art. 11.

§ 4º Ao promover a análise prévia sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual nos termos desta IN, a SecexConsenso deverá indicar se há processo em tramitação na Corte de Contas versando sobre o assunto da controvérsia.

### **3.9 Renumerar o art. 6º para art. 10, fazer ajuste no *caput* e no § 1º trocando SSC por PSC e acrescentar um parágrafo (§ 3º) e renumerar o atual § 3º para § 4º**

[...]

Art. 6º Caso o objeto da controvérsia já esteja sendo tratado em processo em tramitação no TCU, a solicitação de solução consensual será analisada em processo próprio, observando-se o disposto nos artigos 4º e 5º desta IN. [...]

§ 3º Não havendo a ratificação mencionada no § 1º deste artigo, o respectivo processo será arquivado.

O atual art. 6º possui três parágrafos, aos quais se sugere acrescentar mais um que cuide de definir quanto ao relator do processo de solução de controvérsias quando o objeto estiver sendo tratado em processo já em curso no TCU e, desde que, se dê a ratificação pelo relator original, nestes termos:

Art. 10 Caso o objeto da controvérsia já esteja sendo tratado em processo em tramitação no TCU, a solicitação de solução consensual será analisada em processo próprio, observando-se o disposto nos artigos 8º e 9º desta IN.

[...]

§ 3º Os processos que tratem de questões já em análise em processos pelo Tribunal cuja manifestação do Presidente do TCU foi ratificada deverão ser distribuídos, por prevenção, ao relator originalmente sorteado para a matéria objeto do processo em andamento.

### **3.10 Renumerar o atual art. 7º para art. 11 e alterar o conteúdo**

Art. 7º Após a admissibilidade prevista no art. [...] desta IN, o processo de SSC será encaminhado à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para, [...] da Comissão de Solução Consensual (CSC).

[...]

§ 1º A CSC será composta, no mínimo, por:

[...]

§ 5º Ao final do prazo estabelecido no § 4º deste artigo e não sendo possível elaborar a proposta de solução, a CSC dará ciência ao Presidente do TCU, que determinará o arquivamento do processo.

Quanto ao atual art. 7º da IN, sugere-se que se promova maior valor político e técnico para a atuação do TCU na supervisão, gestão e operacionalização dos acordos consensuais, devendo os procedimentos técnicos de formulação desses acordos serem efetivados pelo NuMATCU instância provisória, integrante do seu CMATCU supervisionado pelo Plenário como instância permanente.

Entende-se não ser politicamente, hierarquicamente, operacionalmente e tecnicamente razoável o funcionamento da CSC, porque ela deve realizar tarefas burocráticas e trabalhos de mérito essenciais para os acordos consensuais, devendo atuar de forma isenta como Mediadora dos interesses dos atores diretamente envolvidos nas controvérsias, embora precise cuidar, também, do interesse público, o que lhe faculta apresentar sugestões de ajustes em cláusulas que, à princípio, devem ser trazidas pelos interessados diretos pela solução da controvérsia.

Dessa forma, necessário é que se segreguem as atribuições da equipe técnica do TCU quando tiver que atuar como gerente do processo daquelas nas quais precise atuar como operadora (mediadora) do acordo a ser firmado entre os interessados na solução da controvérsia, razão pela qual se propõe substituir a estrutura estabelecida no *caput* do atual art. 7º da INTCU nº 91/2022 por duas instâncias, com as atribuições, a saber:

- a) NuMATCU, estrutura formada essencialmente por integrantes do TCU (Ministro Relator, Secretário de Consenso, um Diretor e servidores especialistas em consenso e na área específica afeta à controvérsia) responsáveis pelo gerenciamento e execução das atividades administrativas dos processos de acordos consensuais, tais como, por exemplo, instrução do processo, expedição de diligências, convocações para reuniões e assembleias; e
- b) Assembleia de Acordos de Mediação e Arbitragem no Tribunal de Contas da União (AAMATCU), estrutura formada pelo NuMATCU e pelos interessados diretamente envolvidos nas controvérsias e eventual especialista, esses últimos devidamente convocados a participarem dos eventos essenciais aos procedimentos de realização dos acordos; com a função participativa de natureza operacional dos acordos a serem firmados.

Entende-se, portanto, que após a admissibilidade o processo de solução consensual de controvérsias deverá ser encaminhado ao NuMATCU para que se tomem as providências administrativas para convocação dos interessados no acordo

e do possível convite ao especialista na área da controvérsia propondo-se, portanto, que se estude a possibilidade de que o atual art. 7º da IN se transforme nos artigos 11 e 12, nestes termos:

Art. 11. Após a admissibilidade prevista no art. 9º e no § 1º do art. 10 desta IN, o Processo de Solução Consensual (PSC) previsto nos art. 1º *caput* e art. 4º, incisos I e II, será encaminhado por intermédio da Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para o NuMATCU composto por:

I – Ministro Relator sorteado, que presidirá os trabalhos do Núcleo no processo específico;

II – Secretário de Consenso, especialista em acordos consensuais, que supervisionará os trabalhos técnicos dos processos submetidos à Secretaria.

III – Diretor da Secretaria de Consenso especialista em métodos consensuais de solução de conflitos, responsável pela realização de reuniões com as partes interessadas, pela realização de diligências e convocações; e pela coordenação das instruções processuais, inclusive de construção dos acordos consensuais e para atendimento às consultas solicitadas pelas partes;

IV – Servidor da Secex Consenso com especialização em métodos consensuais de solução de conflitos; responsável, junto ao integrante previsto no Inciso V, pela realização de reuniões com as partes interessadas, pela construção dos acordos consensuais ou consultas, bem como pela elaboração das instruções e diligências processuais, bem como dos acordos a serem celebrados e das respostas às consultas;

V – Servidor da Secretaria de auditoria especializada; responsável, junto ao integrante previsto no Inciso IV, pela realização de reuniões com as partes interessadas, para construção dos acordos consensuais ou consultas, bem como pela elaboração das instruções e diligências processuais, bem como dos acordos a serem celebrados e das respostas às consultas;

§ 1º O NuMATCU será presidido pelo relator do processo, que foi definido mediante sorteio pela Presidência, consoante art. 9º, § 3º;

§ 2º O integrante previsto no inciso II será o supervisor de todos os processos de consenso, independente de qual seja o relator (presidente do Núcleo) dos autos, relativamente a busca da solução consensual objeto de determinado processo;

§ 3º O NuMATCU terá sessenta dias contados do recebimento do processo para elaborar proposta de solução, podendo o referido prazo, a critério do Presidente do TCU, ser prorrogado por até trinta dias.

§ 4º Ao final do prazo estabelecido no § 7º deste artigo e não sendo possível elaborar a proposta de solução o presidente do NuMATCU e relator dos autos encaminhará o processo para a Presidência do TCU, que determinará o seu arquivamento.

Art. 12. O Secretário de Consenso deverá convocar a Assembleia de Acordos de Mediação e Arbitragem no Tribunal de Contas da União – AAMATCU, a ser presidida por ele e integrada pelos servidores nomeados por portaria da SEGCEX nos termos dos incisos III, IV e V do art. 11 desta IN e os interessados diretamente envolvidos nas controvérsias e eventual especialista, esses últimos devidamente convocados à participarem dos eventos essenciais aos procedimentos de realização do acordo objeto da AAMATCU que terá a seguinte composição:

I – Secretário de Consenso;

II – Diretor da Secretaria de Consenso especialista em métodos consensuais de solução de conflitos;

III – Servidor da Secex Consenso com especialização em métodos consensuais de solução de conflitos;

IV – Servidor da Secretaria de auditoria especializada;

V – Representante de cada órgão ou entidade da administração pública Federal;

VI – Representante de particulares envolvidos na controvérsia; e

VII - Especialista na matéria objeto da busca de solução consensual ou consulta, não diretamente envolvido na controvérsia;

§ 1º Constituem o quadro de mediadores do Tribunal de Cotas da União os componentes previstos nos Incisos I a IV; de interessados os citados nos incisos V e VI e colaborador o mencionado no inciso VII;

§ 1º A AMATCU será presidida pelo Secretária de Consenso;

§ 2º Os integrantes previstos nos incisos II, III e IV serão designados por meio de portaria conjunta SEGECEX/SecexConsenso;

§ 3º Os integrantes previstos nos incisos V e VI serão convocados pelo Secretário de Consenso para participarem das assembleias e reuniões, sempre que haja necessidade de esclarecimentos e/ou discussões sobre bases dos acordos a



serem construídos e para esclarecimento sobre orientação de especialistas ou de outras necessidades que não se restrinjam exclusivamente às questões formais do processo;

§ 4º O Secretário de Consenso, por decisão dos membros previstos nos incisos de I a IV ou por proposta dos membros previstos nos incisos V ou VI poderá convidar para participar das reuniões, na qualidade de colaborador, especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia.

§ 5º Realizadas as reuniões necessárias para as discussões e esclarecimentos sobre as condições para a formulação das cláusulas do acordo consensual, as quais contemplem, se for o caso ajustes feitos pela área técnica do NuMATCU com vista a preservação do interesse público, o Secretário de Consenso providenciará a convocação dos interessados na solução para assinatura da proposta.

**3.11 Considerando-se que a proposta relativa ao art. 10, inciso I e do art. 8º, § 3º serem aceitas então há necessidade de ajustes nas redações dos atuais artigos 8º e 9º, além das renumerações, respectivamente para art. 13 e 14.**

Art. 8º Havendo concordância de todos os membros da CSC com a proposta de solução apresentada, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para que, no prazo de até quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta (Brasil, 2022).

Não se mostra razoável a manutenção do teor do atual art. 8º da IN que vincula o encaminhamento da proposta de solução ao Ministério Público tão somente se todos os membros da CSC concordarem, isso porque:

a) Essa Comissão poderá, de acordo com o art. 7º ter sido constituída apenas pelos componentes previstos nos incisos I, II e III, sendo que os atores dos incisos I e II da atual norma são profissionais que devem gerenciar e operacionalizar o acordo, e, portanto, aterem-se na promoção da mediação que realizem entre os atores diretamente envolvidos no controvérsia e podendo, quando muito, realizarem sugestões ao ajustes dos termos do acordo e não firmarem posição eventualmente contrária a solução e, dessa forma, não enviarem o processo com a proposta ao Ministério Público; e, por outro lado, quanto à possibilidade de veto por parte do(s)

ator(es) previsto(s) no inciso III, perfeitamente legítimo e legal, por serem interessados na solução da controvérsia.

b) Não faz sentido depender de circunstâncias da Solicitação de Solução Consensual para que a Segecex admita a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia, porque, em ocorrendo isso, esses particulares, por seu representante, não teriam desfrutado do convívio democrático das discussões sobre solução do seu interesse e, se for o caso, de se posicionar a favor ou contra;

c) Não se concorda com a possibilidade de algum membro da CSC no modelo atual da IN nem de algum membro do Núcleo de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União – NuMATCU – na modelagem proposta inviabilizar a continuação do processo por qualquer que seja as razões de fato ou de direito que apresente para não concordar com a proposta. Quem tem que concordar ou não são os atores diretamente interessados na solução da controvérsia. O que pode ser permitido sim é a ressalva nos autos das razões de justificativas sobre a discordância, contudo, inviabilizar a apreciação do Ministério Público junto ao TCU, em seguida ao crivo do Relator e mais adiante à apreciação do Plenário afigura-se inaceitável no procedimento cujo foco é o consenso entre os interessados diretos na solução. A ressalva poderá ser considerada pelas instâncias posteriores ao NuMATCU e na última delas poderá ensejar a adoção no Acórdão pelo Plenário do TCU com sugestão objeto da ressalva. Dessa forma, sugere-se a seguinte redação para o artigo em substituição ao atual 8º:

Art.13. Havendo concordância dos envolvidos diretamente na controvérsia previstos nos incisos V e VI do art. 12, a proposta de solução formalizada pelos mediadores no NuMATCU, devidamente assinada pelos interessados e pelo Secretário de Consenso, o respectivo processo será encaminhado pelo Secretário e presidente da AAMATCU ao Ministério Público junto ao TCU, para que, no prazo de até quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta.

Redação atual do art. 9º:

Art. 9º Após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de solução apresentada pela CSC, o processo de SSC será encaminhado à Presidência do TCU para sorteio de relator entre os ministros.

Considerando que tenham sido aceitas as alterações propostas de que a definição do relator do processo de consenso e presidente do centro para o caso

específico comandado pelo art. 9º, § 3º tenha sido realizada, ocasião aquela em que o Presidente do TCU transfere ao ministro sorteado a competência de supervisionar os autos, então, entende-se que após o parecer do Ministério Público junto ao TCU os autos devem ser encaminhados ao Gabinete do Relator, que na condição de Presidente do NuMATCU emitirá a proposta de Decisão à ser submetida à apreciação do Supervisor do Centro de Mediação e Arbitragem no Tribunal de Contas da União – CMATCU (Plenário do TCU), razão pelas quais se propõe a seguinte redação para o artigo 14:

Art. 14 Após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de solução apresentada pelo NuMATCU, o PSC será encaminhado ao Gabinete do Relator.

### **3.12 Renumeração do atual art. 10 para o art. 15 e ajustar a redação do *caput*, mudando a sigla de SSC para PSC – Processo de Solução Consensual**

[...]

Art. 10. O relator do processo de SSC deverá submeter a proposta de solução à apreciação do Plenário do TCU em até trinta dias da tramitação dos autos para o respectivo gabinete (Brasil, 2022).

Da leitura do atual art. 10 e Parágrafo único da IN não se observa qualquer determinação ou possibilidade de que o Relator, se não concordar em parte ou integralmente com a proposta apresentada pela área técnica do NuMATCU e/ou com o Pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, proponha ou determine alteração, supressão ou acréscimo de cláusulas da proposta aprovada pelos interessados, visando submetê-la à nova apreciação dos interessados.

Entende-se razoável essa situação, haja vista que o relator poderá exercer essa prerrogativa e apresentar sua posição sobre o teor da proposta de solução de controvérsia ao Plenário do TCU, que decidirá a respeito, razão pela qual não se apresentará proposta de ajuste de mérito no supratranscrito art. 10, apenas renumerando-o para art. 15 e realizando pequeno ajuste da forma do *caput*, em decorrência das alterações sugeridas anteriormente.

Art. 15. O relator do PSC deverá submeter a proposta de solução à apreciação do Plenário do TCU em até trinta dias da tramitação dos autos para o respectivo gabinete.

### 3.13 Renumeração do art. 11 para o art. 16 e fazer ajustes na redação quanto às siglas de CSC para NuMATCU e quanto ao conteúdo dos §§ 1º, 2º e 3º

Art. 11. O Plenário, por meio de acórdão, poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC, acatá-la integralmente ou recusá-la.

§ 1º Havendo a sugestão de alteração prevista no **caput** deste artigo, os membros da CSC a que se refere o inciso III do § 1º do art. 7º desta IN terão até 15 dias para se manifestarem acerca da referida sugestão.

§ 2º Não havendo concordância de algum dos membros da CSC a que se refere o inciso III do § 1º do art. 7º desta IN com as alterações sugeridas pelo Plenário, o relator determinará o arquivamento do processo e dará ciência da decisão ao Plenário.

§ 3º No caso previsto no art. 6º desta IN, após a conclusão do processo de SSC, os autos deverão ser arquivados e cópia do respectivo acórdão deverá ser juntada ao feito que já estava em tramitação no TCU (Brasil, 2022).

Não se concorda com a possibilidade de que algum membro (no caso específico servidor da área técnica do TCU, que atua como Mediador), seja autorizado a discordar de alteração sugerida pelo Plenário e ser motivo para que o Relator determine o arquivamento do processo. Se deve existir atores com legitimidade para não concordar com alterações sugeridas pelo Plenário, são as Pessoa Físicas ou/e Jurídicas diretamente interessadas no acordo, então, entende-se que o artigo em questão precisa ser construído de forma diferente, como por exemplo, nestes termos:

Art. 16. O Plenário, por meio de acórdão, poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pelo NuMATCU, acatá-la integralmente ou recusá-la.

§ 1º Havendo a sugestão de alteração prevista no *caput* deste artigo, o NuMATCU terá até 15 dias para se manifestar acerca da referida sugestão.

§ 2º Não havendo concordância dos envolvidos diretamente nas controvérsias, de que tratam os incisos V e VI do art. 12, com as alterações sugeridas pelo Plenário, o relator determinará o arquivamento do processo, encerrará as atividades do Centro relativamente às atividades desenvolvidas vinculadas ao processo e dará ciência da decisão ao Plenário.

§ 3º No caso previsto no art. 10 desta IN, após a conclusão do PSC, os autos deverão ser arquivados e cópia do respectivo acórdão deverá ser juntada ao feito que já estava em tramitação no TCU.

### 3.14 Renumeração do atual art. 12 para 17 e ajustes pelas razões expostas

[...]

Art. 12. A formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo Presidente do TCU e pelo respectivo dirigente máximo dos órgãos e entidades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 7º desta IN, em até 30 dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que aprovar a referida solução (Brasil, 2022).

Entende-se que, se o acordo consensual de controvérsia pretende ser democrático e isonômico, deve permitir que sua formalização tenha a participação não apenas do Presidente do TCU como representante da instituição, cujo Centro de Mediação e Arbitragem supervisionou, gerenciou e operacionalizou o ajuste, e apenas de uma das partes interessadas no acordo (o dirigente máximo dos órgãos e entidade a que se refere o atual inciso III do § 1º do art. 7º desta IN), mas também da outra parte interessada (PF e/ou PJ). Dessa forma, sugere-se que o art. 17 seja nestes termos:

Art. 17. A formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo Presidente do TCU, pelo respectivo dirigente máximo dos órgãos e entidades e dos representantes de particulares envolvidos na controvérsia, a que se referem, respectivamente, os incisos V e VI do art. 12 desta IN, em até 30 dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que aprovar a referida solução.

### **3.15 Apenas a renumeração do atual art. 13 para o art. 18, mantendo-se o texto original.**

[...]

Art. 13. A verificação do cumprimento do termo a que se refere o art. 12 desta IN deverá ser realizada, consoante o estabelecido no art. 243 do Regimento Interno do TCU, por meio de monitoramento.

Proposta:

Art. 18. A verificação do cumprimento do termo a que se refere o art. 17 desta IN deverá ser realizada, consoante o estabelecido no art. 243 do Regimento Interno do TCU, por meio de monitoramento.

### **3.16 Manutenção dos termos do atual art. 14 sem contemplação no texto da proposta de Instrução apresentada (Apêndice A)**

### **3.17 Renuneração do atual art. 15 para 19 e ajuste no *caput***

Art. 15. Não caberá recurso das decisões que forem proferidas nos autos de Solicitação de Solução Consensual, tendo em vista a natureza dialógica desses processos (Brasil, 2022).

Não se entendem as razões pelas quais o TCU não admitiria recursos das decisões nos autos dos Processos de Solução Consensual, considerados originalmente como solicitação de Solução Consensual.

No caso de o processo ter origem no âmbito da Corte de Contas, entende-se haver alguma razoabilidade, tendo em vista que a iniciativa ocorreu internamente, todavia, não se concorda, em se tratando de procedimentos cuja origem sejam de iniciativa de atores externos, tais como órgãos e entidades da Administração Pública e Pessoas Jurídicas ou Físicas diretamente envolvidas nas controvérsias, seja pela importância de se exercer os princípios democráticos e também de oportunidade de a Corte de Contas considerar a possibilidade de que os possíveis recorrentes tenham condições intelectuais para apresentarem argumentos capazes de convencerem o TCU à modificar a decisão que tenha sido de alteração de cláusulas ou de recusa integral da proposta de solução consensual originalmente apresentada que poderá possibilitar a realização do acordo.

Assim sendo, sugere-se que o TCU inclua um artigo no bojo da INTCU nº 91/2022 atualmente em vigor, de forma a permitir recurso que possibilite a revisão da decisão originalmente proferida.

Para assegurar a legitimidade dessa proposta, é importante que o TCU providenciasse ajuste na redação do art. 286 (a seguir adaptado) do seu Regimento Interno para incluir o processo de solução consensual:

Art. 286. Cabe pedido de reexame de decisão de mérito proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de atos, de contratos **e de propostas consensuais de controvérsias**<sup>17</sup>

E o artigo 19 da INTCU n 91/2022 ajustada, nesse sentido, pode ser:

Art. 19. Cabe pedido de reexame de decisão de mérito proferida pelo plenário do TCU quanto às cláusulas da proposta de solução de controvérsias rejeitadas, a ser apresentado pelo órgão/entidade da Administração solidariamente com o representante de terceiros envolvidos na controvérsia, nos termos do RITCU, art. 286 c/c o art. 285.

---

<sup>17</sup> O negrito é do autor, em função da proposta de ajuste.

Parágrafo único. Sendo conhecido o recurso e considerado procedente quanto à todas as cláusulas originalmente preteridas a formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado, de acordo com o art. 17 desta IN e sendo considerado improcedente será determinado o arquivamento dos autos.

É importante que o TCU promova ajuste no Regimento Interno para acrescentar no art. 1º os incisos XXXIII e XXXIV contemplando competências para lidar com processos de supervisão, gestão e operacionalização e de consultas de solução de controvérsia, nestes termos:

XXXIII – supervisionar, gerenciar e operacionalizar os Processo de Solução Administrativa Consensual de Controvérsias envolvendo a Administração Pública, inclusive no relacionamento com particulares, que lhes sejam submetidos ou que tomem iniciativa de promover, nos termos do art. 32 da Lei nº 13.140/2015; art. 1º, §§ 1º e 2º, § 3º da Lei nº 9.307/1996<sup>18</sup>, com a adequação da Lei nº 13.129/2015.

XXXIV - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida sobre a conveniência de adoção de procedimentos de solução administrativa de controvérsias envolvendo a Administração Pública, inclusive no relacionamento com particulares.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho identificado pelo tema “O marco regulatório da autocomposição no Tribunal de Contas da União – TCU (INTCU N° 91/2022)”, e apresentou sugestões de ajustes na norma reguladora dos procedimentos dos acordos consensuais no âmbito dessa instituição.

O motivo da escolha do tema foi o fato de a INTCU nº 91/2022 ser o elemento fundamental para a atuação da Corte de Contas na empreitada que já vinha se desenvolvendo e que possibilita não apenas contemplar as ações realizadas envolvendo os Termos de Ajuste de Conduta (TACs), mas também de outras tratativas em que esse Tribunal tanto expediu determinações quanto promoveu recomendações visando corrigir irregularidades ou evitar/resolver conflitos.

---

<sup>18</sup> BRASIL. **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 30 maio 2023.

Entende-se que as propostas apresentadas servem principalmente para submeter à ciência e à sociedade a oportunidade de refletirem sobre a importância de o TCU pautar seus procedimentos de supervisão, gerenciamento e operacionalização dos processos de soluções consensuais de conflitos que sejam produzidos pelos próprios envolvidos, abstendo-se de coerção ou intervenção direta.

As dificuldades para a implantação das soluções autocompositivas no âmbito da Corte de Contas são essencialmente em decorrência da questão do interesse público, base do foco da instituição, haja vista que não serão raras as situações em que na tentativa de solucionar conflitos entre órgãos/entidades da Administração Pública e entre esses e os particulares a atuação do TCU como Mediador, ou em casos extremos como árbitro, tentará convencer os interessados à abdicarem de direitos se prejudiciais ao referido interesse público.

A metodologia utilizada foi a exploratória (tópico 2) com foco em pesquisas bibliográficas em parcela da produção de autores nacionais que trataram do tema dos acordos consensuais em geral e de casos nos quais o TCU atuou, particularmente, os relacionados aos Termos de Ajuste de Conduta e às consultas à produção contida em alguns processos da Corte de Contas que cuidaram do tema, a partir daí se realizou as críticas e se aproveitou as fontes inspiradoras adequadas ao objetivo do trabalho; e também à explicativa (tópico 3), ocasião na qual se analisou os termos atuais da INTCU nº 91/2022 em que se identificou fatores contidos no atual texto, os quais podem ser evitados ou contornados de forma a contemplar maior efetividade na atuação do TCU como importante mediador das controvérsias envolvendo o interesse público sob a sua responsabilidade e os interesses da Administração Pública e dos particulares, e da aplicação do princípio constitucional da isonomia na relação entre esses interessados e seu convívio democrático como o mediador.

Importante contribuição se credita, sem dúvidas, aos trabalhos pesquisados sobre a participação do TCU, em particular no tocante às críticas que se considerou essenciais quanto à sua atuação relacionada aos Termos de Ajuste de Conduta envolvendo Agências Reguladoras, assim como um estudo sobre a possibilidade de implantação dos acordos consensuais na instituição, além do estudo dos casos que tiveram a participação do TCU, em especial na lida com acordo consensual judicial e por fim de sua primeira participação já utilizando a INTCU nº 91/2022.



A análise dos conteúdos dos manuais da Justiça Federal sobre acordo consensuais (2.1); dos estudos produzidos pela seleção de trabalhos de autores (2.2 a 2.4) dentre o universo literário disponível sobre o tema e ainda uma rápida e superficial avaliação do tratamento dado pelo TCU em dois casos de acordos (2.5 e 2.6) dentre muitas outras opções disponíveis possibilitaram a realização de uma reflexão sobre o teor da INTCU nº 91/2022 (Anexo A, p. 66-70), concluindo-se que o marco regulatório da autocomposição no TCU merece conter dispositivos que assegurem a construção de acordos consensuais de controvérsias efetivos, fundamentada em bases políticas e técnicas (3.1 a 3.4, 3.7 a 3.10, 3.12, 3,14 e 3.16) e democráticas (3.5, 3.6, 3.11, 3.12, 3.15 e 3.18), que foi o que se fez neste trabalho (Capítulo 3, p. 34-52 e Apêndice A, p. 57-62), concitando-se os interessados a melhorarem essa construção apresentando críticas e contribuições, em especial quanto à necessidade de se refletir sobre a aplicação da tese do interesse público nos acordos de controvérsias no TCU, sem ignorar a opinião apresentada no tópico 2.4, com a qual se concorda, de que “a indisponibilidade do interesse público não pode vedar a renúncia à determinadas posições jurídicas, nem o reconhecimento de direitos legítimos ou trocas bilaterais entre Administração e administrado quando estas se revelarem desejáveis ao interesse público primário”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa - TCU nº 91, de 22/12/2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2022. Disponível em: INSTRUÇÃO NORMATIVA - TCU Nº 91, de 22 de dezembro de 2022 - INSTRUÇÃO NORMATIVA - TCU Nº 91, de 22 de dezembro de 2022 - DOU - Imprensa Nacional. Acesso em: 7 ago. 2023.

Brasil. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. Brasília-DF: CNJ, 2016. 392 p.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm). Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. **Diário Oficial**. Brasília, DF, [2016]. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 30 maio 2023

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2019]. Disponível em: L8443 (planalto.gov.br). Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1366/2023 – Plenário, de 5 de julho de 2023**. Denúncia formulada contra resolução por meio da qual foi concedida autorização para proceder à desativação e a devolução de trechos ferroviários. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2023]. Disponível em: Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União (tcu.gov.br). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1130/2023 – Plenário, de 7 de junho de 2023**. Solicitação de solução consensual para controvérsias enfrentadas em Contratos de Energia de Reserva (CER). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2023]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento interno do Tribunal de Contas da União**. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, Secretaria Geral da Presidência, 2023. 210 p. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITC\\_U.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITC_U.pdf). Acesso em: 25 jul. 2023.

CARVALHO, Gabriela Duque Poggi de. Controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais: relevância de critérios objetivos na definição do papel do controlador. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 29 jan. 2021. Disponível em: Conteúdo Jurídico | Controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras federais: relevância de critérios objetivos na definição do papel do controlador ([conteudojuridico.com.br](http://conteudojuridico.com.br)). Acesso em: 1 dez. 2023.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 127, jun./set. 2020, p. 261-280. Disponível em: Vista do v. 22 n. 127 (2020) ([presidencia.gov.br](http://presidencia.gov.br)). Acesso em: 1 dez. 2023.

**Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Takahashi, Bruno [et al.]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. 179 p. Disponível em: [manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf](http://manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf) ([cjf.jus.br](http://cjf.jus.br)). Acesso em: 1 dez. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Juridicidade e Controle dos acordos regulatórios: O caso TAC ANATEL**. Disponível em: [Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios - O Caso TAC ANATEL.pdf](http://Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios - O Caso TAC ANATEL.pdf) ([usp.br](http://usp.br)). 2018. Acesso em: 10 jul. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 203-236, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.9732/rbep.v120i0.677>. Disponível em: Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União | [Revista Brasileira de Estudos Políticos](http://Revista Brasileira de Estudos Políticos) ([ufmg.br](http://ufmg.br)). Acesso em: 1 dez. 2023.

SILVA, Daniel Marconi Santos. **Acordos administrativos e o TCU: os limites ao controle externos sobre o acordo substitutivo de sanção**. 2021. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, Brasil, 2021.

## APÊNDICE A – PROPOSTA DA VERSÃO ADAPTADA DA INTCU Nº 91/2022

Art. 1º. A realização de procedimentos, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), voltados para a solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos afetos à órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em matéria sujeita à competência do TCU, ocorrerão por meio de processos que tratarão de acordos consensuais e de consultas e observará o disposto nesta Instrução Normativa (IN).

Art. 2º. A solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflito será realizada pelo Centro de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União – CMATCU criado nos termos de Resolução, com fundamento estabelecido no Regimento Interno do TCU – RITCU, art. 67, inciso II, alínea a, constituído pela área de supervisão a ser exercida pelo Plenário do TCU e pela área de gerenciamento e operacionalização a ser exercida pelo Núcleo de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União – NuMATCU composto de acordo com o art. 11, e funcionará nos termos desta Instrução Normativa.

Art. 3º. A solução consensual de que trata esta IN será gerenciada e operacionalizada no âmbito da Corte de Contas da União pelos serviços de mediação e arbitragem a serem realizados pelo NuMATCU, com competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III - promover, quando couber, a celebração de Termo de ajustamento de conduta.

§ 1º Havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 2º Não se incluem na competência do Tribunal de Contas da União as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 3º Compreendem-se na competência do Núcleo de que trata o *caput* a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 4º. A solução administrativa consensual de controvérsias e a prevenção administrativa de conflitos de que tratam esta IN serão processadas no âmbito da Corte de Contas União pelos serviços de mediação a serem realizados pelo NuMATCU, utilizando-se os seguintes tipos de Processos de Solução Consensual – PSC e de Processo de Consulta - PC:

I – Processo de Solução Administrativa Consensual de Controvérsias (PSACC) com o objetivo de avaliar a admissibilidade dos pedidos de solução de controvérsias, por meio de composição, entre particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC;

II – Processo de Solução Administrativa Consensual de Controvérsias Jurídicas (PSACCJ), com o objetivo de avaliar a admissibilidade dos pedidos de solução de controvérsias, por meio de composição, entre órgãos ou entidades de

direito público que integram a administração pública; e promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC;

III – Processo de Consulta para Prevenção de Conflitos (PCPC) com o objetivo de avaliar a admissibilidade dos pedidos de adesão à procedimentos para prevenção de conflitos, afetos aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal; e promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC envolvendo esses atores.

Art. 5º A solicitação de solução consensual de que trata esta IN poderá ser formulada:

I - pelas autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU;

II - pelos dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019;

III - por relator de processo em tramitação no TCU;

IV – por Pessoa Jurídica de Direito Privado ou Pessoa Física diretamente envolvida na questão objeto da pretendida solução consensual, desde que o montante de recursos objeto da contenda seja igual ou superior a R\$ 10.000,000,00<sup>19</sup>

§ 1º O Ministério Público junto ao TCU poderá representar ao TCU, por ocasião de conhecimento de processo em tramitação na Corte de Contas, que considere possível a hipótese de solução consensual, submetendo a manifestação ao relator dos autos que se encarregará de formalizar a solicitação;

§ 2º No curso de fiscalização, se verificada a possibilidade de procedimento de solução consensual de controvérsia que possa evitar danos ao erário ou corrigir irregularidade grave, a equipe representará, desde logo, com suporte em elementos concretos e convincentes, ao dirigente da unidade técnica, submetendo a matéria ao respectivo relator, com parecer conclusivo, o qual se encarregará de formalizar a solicitação.

Art. 6º A solicitação de consulta sobre solução consensual de que trata o inciso III do art. 4º desta IN terá tratamento previsto nos termos do Regimento Interno do TCU – RITCU, art. 1º, inciso XXV; 15, alínea o; 105, inciso III; 168, § 9º, 170; 183, inciso I; 264 e 265 poderá ser formulada:

I - pelas autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU;

II - pelos dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

Art. 7º A solicitação a que se refere o art. 2º, incisos I e II desta IN deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada;

II - pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução;

III - indicação de todos os particulares e de órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia

IV - indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual;

V - manifestação de interesse na solução consensual de todos os órgãos e entidades da administração pública federal e de particulares envolvidos na controvérsia.

<sup>19</sup> Esse valor hipotético deverá ser objeto de definição pela Corte de Contas e periodicamente atualizado, nos moldes do que se faz quanto aos valores de danos ao erário apurados pelos Tomadores de Contas Especial, a partir dos quais os processos são encaminhados ao TCU.

Parágrafo único. Compete à Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) providenciar, por meio de diligência, os elementos indicados nos incisos II, III e V deste artigo, quando se tratar de solicitação formulada pela autoridade prevista no inciso III do art. 2º desta IN.

Art. 8º A solicitação a que se refere o art. 4º, incisos I e II desta IN será atuada como Processos de Solução Consensual – PSC e a que se refere o art. 4º, incisos III desta IN será atuada como Processo de Consulta para Prevenção de Conflitos (PCPC) os quais deverão ser encaminhados à SecexConsenso, para fins de análise prévia de admissibilidade.

Art. 9º Compete ao Presidente do TCU, após a análise prévia da SecexConsenso, decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual e de consulta nos termos desta IN, levando em consideração:

I - a competência do TCU para tratar da matéria;

II - a relevância e a urgência da matéria;

III - a quantidade de PSC em andamento; e

IV - a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos PSC.

§ 1º Não será admitida a solicitação nos casos em que haja processo com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual.

§ 2º Na hipótese de a solicitação não ser admitida pelo Presidente do TCU, o respectivo processo será arquivado;

§ 3º Na hipótese de a solicitação e de a consulta ser admitida a Presidência do TCU providenciará a definição do relator, mediante sorteio, autoridade essa que será definida, para o caso específico da solicitação, como o presidente do Núcleo de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União – NuMATCU, constituído nos termos do art. 11.

§ 4º Ao promover a análise prévia sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual nos termos desta IN, a SecexConsenso deverá indicar se há processo em tramitação na Corte de Contas versando sobre o assunto da controvérsia.

Art. 10 Caso o objeto da controvérsia já esteja sendo tratado em processo em tramitação no TCU, a solicitação de solução consensual será analisada em processo próprio, observando-se o disposto nos artigos 8º e 9º desta IN.

§ 1º No caso previsto no *caput* deste artigo e havendo manifestação do Presidente do TCU favorável à admissibilidade da solicitação, o PSC será encaminhada ao relator do processo já em tramitação, o qual poderá, levando em consideração eventual prejuízo à condução processual, ratificar ou não a manifestação do Presidente do TCU.

§ 2º Havendo a ratificação mencionada no § 1º deste artigo, será sobrestada a apreciação das questões relacionadas ao objeto da solicitação de solução consensual abordadas no processo que já estava em tramitação, a cujos autos pode ser dado prosseguimento caso existam outros pontos a serem examinados pelo TCU.

§ 3º Os processos de solução consensual que tratem de questões já em análise em processos pelo Tribunal cuja manifestação do Presidente do TCU foi ratificada deverão ser distribuídos, por prevenção, ao relator originalmente sorteado para a matéria objeto do processo em andamento.

§ 4º Não havendo a ratificação mencionada no § 1º deste artigo, o respectivo processo será arquivado.

Art. 11 Após a admissibilidade prevista no art. 5º e no § 1º do art. 6º desta IN, o Processo de Solução Consensual (PSC) previsto nos art. 1º *caput* e art. 4º, incisos I e II, será encaminhado por intermédio da Secretária-geral de Controle Externo (Segecex) para o Núcleo de Mediação e Arbitragem do Tribunal de Contas da União – NuMATCU composto por:

I – Ministro Relator sorteado, que presidirá os trabalhos do Núcleo;

II – Secretário de Consenso, especialista em acordos consensuais, que supervisionará os trabalhos técnicos dos processos submetidos à Secretaria.

III – Diretor da Secretaria de Consenso especialista em métodos consensuais de solução de conflitos, responsável pela realização de reuniões com as partes interessadas, pela realização de diligências e convocações; e pela coordenação das instruções processuais, inclusive de construção dos acordos consensuais e para atendimento às consultas solicitadas pelas partes;

IV – Servidor da Secex Consenso com especialização em métodos consensuais de solução de conflitos; responsável, juntamente com o integrante previsto no Inciso V, pela realização de reuniões com as partes interessadas, para construção dos acordos consensuais ou consultas, bem como pela elaboração das instruções e diligências processuais, bem como dos acordos a serem celebrados e das respostas às consultas;

V – Servidor da Secretaria de auditoria especializada; responsável, juntamente com o integrante previsto no Inciso IV, pela realização de reuniões com as partes interessadas, para construção dos acordos consensuais ou consultas, bem como pela elaboração das instruções e diligências processuais, bem como dos acordos a serem celebrados e das respostas às consultas;

§ 1º O NuMATCU será presidido pelo relator do processo, que será definido mediante sorteio pela Presidência;

§ 2º O integrante previsto no inciso II será o supervisor de todos os processos de consenso, independente de qual seja o relator (presidente do Núcleo) dos autos, relativamente a busca da solução consensual objeto de determinado processo;

§ 3º O NuMATCU terá sessenta dias contados do recebimento do processo para elaborar proposta de solução, podendo o referido prazo, a critério do Presidente do TCU, ser prorrogado por até trinta dias.

§ 4º Ao final do prazo estabelecido no § 7º deste artigo e não sendo possível elaborar a proposta de solução o presidente do NuMATCU e relator dos autos encaminhará o processo para a Presidência do TCU, que determinará o seu arquivamento.

Art. 12 O Secretário de Consenso deverá convocar a Assembleia de Acordos de Mediação e Arbitragem no Tribunal de Contas da União – AAMATCU, a ser presidida por ele e integrada pelos servidores nomeados por portaria da SEGCEX nos termos dos incisos III, IV e V do art. 11 desta IN e os interessados diretamente envolvidos nas controvérsias e eventual especialista, esses últimos devidamente convocados à participarem dos eventos essenciais aos procedimentos de realização do acordo objeto da AAMATCU que terá a seguinte composição:

I – Secretário de Consenso;

II – Diretor da Secretaria de Consenso especialista em métodos consensuais de solução de conflitos;

III – Servidor da Secex Consenso com especialização em métodos consensuais de solução de conflitos;

IV – Servidor da Secretaria de auditoria especializada;

V – Representante de cada órgão ou entidade da administração pública Federal;

VI – Representante de particulares envolvidos na controvérsia; e

VII - Especialista na matéria objeto da busca de solução consensual ou consulta, não diretamente envolvido na controvérsia;

§ 1º Constituem o quadro de mediadores do Tribunal de Cotas da União os componentes previstos nos Incisos I a IV; de interessados os citados nos incisos V e VI e colaborador o mencionado no inciso VII;

§ 1º A AMATCU será presidida pelo Secretária de Consenso;

§ 2º Os integrantes previstos nos incisos II, III e IV serão designados por meio de portaria conjunta SEGECEX/SecexConsenso;

§ 3º Os integrantes previstos nos incisos V e VI serão convocados pelo Secretário de Consenso para participarem das assembleias e reuniões sempre que haja necessidade de esclarecimentos e/ou discussões sobre bases dos acordos a serem construídos e para esclarecimento sobre orientação de especialistas ou de outras necessidades que não se restrinjam exclusivamente às questões formais do processo;

§ 4º O Secretário de Consenso, por decisão dos membros previstos nos incisos de I a IV ou por proposta de membro previsto nos incisos V ou VI poderá convidar para participar das reuniões, na qualidade de colaborador, especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia;

§ 5º Realizadas as reuniões necessárias para as discussões e esclarecimentos sobre as condições para a formulação das cláusulas do acordo consensual, as quais contemplem se for o caso ajustes feitos pela área técnica do NuMATCU com vista a preservação do interesse público, o Secretário de Consenso providenciará a convocação dos interessados na solução para assinatura da proposta.

Art.13 Havendo concordância dos envolvidos diretamente na controvérsia previstos nos incisos V e VI do art. 12, a proposta de solução formalizada pelos mediadores no NuMATCU, devidamente assinada pelos interessados e pelo Secretário de Consenso, o respectivo processo será encaminhado, pelo Secretário e presidente da AAMATCU, ao Ministério Público junto ao TCU, para que, no prazo de até quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta.

Art. 14 Após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de solução apresentada pelo NUMATCU, o PSC será encaminhado ao Gabinete do Relator.

Art. 15. O relator do PSC deverá submeter a proposta de solução à apreciação do Plenário do TCU em até trinta dias da tramitação dos autos para o respectivo gabinete.

Parágrafo único. Na impossibilidade do cumprimento do prazo previsto no *caput* deste artigo, o relator poderá solicitar ao Plenário a dilação desse prazo por, no máximo, trinta dias.

Art. 16. O Plenário, por meio de acórdão, poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pelo NuMATCU, acatá-la integralmente ou recusá-la.

§ 1º Havendo a sugestão de alteração prevista no *caput* deste artigo, o NuMATCU terá até 15 dias para se manifestar acerca da referida sugestão.



§ 2º Não havendo concordância dos envolvidos diretamente nas controvérsias, de que tratam os incisos V e VI do art. 12, com as alterações sugeridas pelo Plenário, o relator determinará o arquivamento do processo, encerrará as atividades do Centro relativamente às atividades desenvolvidas vinculadas ao processo e dará ciência da decisão ao Plenário.

§ 3º No caso previsto no art. 10 desta IN, após a conclusão do PSC, os autos deverão ser arquivados e cópia do respectivo acórdão deverá ser juntada ao feito que já estava em tramitação no TCU.

Art. 17. A formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo Presidente do TCU, pelo respectivo dirigente máximo dos órgãos e entidades e pelos representantes de particulares envolvidos na controvérsia, a que se referem, respectivamente, os incisos V e VI do art. 12 desta IN, em até 30 dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que aprovar a referida solução.

Art. 18. A verificação do cumprimento do termo a que se refere o art. 17 desta IN deverá ser realizada, consoante o estabelecido no art. 243 do Regimento Interno do TCU, por meio de monitoramento.

Art. 19. Cabe pedido de reexame de decisão de mérito proferida pelo plenário do TCU quanto às cláusulas da proposta de solução de controvérsias rejeitadas, a ser apresentado pelo órgão/entidade da Administração solidariamente com o representante de terceiros envolvidos na controvérsia, nos termos do RITCU, art. 286 c/c o art. 285.

Parágrafo único. Sendo conhecido o recurso e considerado procedente quanto à todas as cláusulas originalmente preteridas a formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado, de acordo com o art. 17 desta IN e sendo considerado improcedente será determinado o arquivamento dos autos.

Art. 20. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

## ANEXO A – INSTRUÇÃO NORMATIVA-TCU Nº 91, DE 22/1/2022<sup>20</sup>

Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

O VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, em especial as conferidas pelos arts. 29 e 31, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RI/TCU), e tendo em vista o disposto no art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e nos arts. 2º e 67, inciso I, do RI/TCU,

Considerando que o TCU já executa diversas ações de interlocução com gestores e particulares com vistas a exercer o seu papel pedagógico e orientador, de forma a auxiliá-los no estabelecimento de alternativas para a solução de problemas de interesse da administração pública;

Considerando a necessidade de definir procedimentos voltados à busca de soluções consensuais envolvendo o TCU, gestores públicos e particulares;

Considerando que o estabelecimento de um processo de trabalho formal irá contribuir para acelerar e dar maior efetividade à ação do TCU;

Considerando o disposto na Resolução-TCU nº 164, de 8 de outubro de 2003, que dispõe sobre a formalização das deliberações, atos e documentos expedidos pelo Tribunal de Contas da União;

Considerando que a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a possibilidade de utilização da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública;

Considerando que o art. 13, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, prevê que a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores;

Considerando as informações constantes do TC-031.569/2022-6, resolve **ad referendum** do Plenário do TCU:

Art. 1º A realização de procedimentos, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), voltados para a solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em matéria sujeita à competência do TCU, observará o disposto nesta Instrução Normativa (IN).

---

<sup>20</sup> Instrução Normativa – TCU nº 91, de 22/12/2022, alterada pela Instrução Normativa – TCU nº 92, de 25/1/2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/ato-normativo>. Acesso em: 7 ago. 2023.

Art. 2º A solicitação de solução consensual de que trata esta IN poderá ser formulada:

I - pelas autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU;

II - pelos dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019; e

III - por relator de processo em tramitação no TCU.

Art. 3º A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada;

II - pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução;

III - indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia;

IV - indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual; e

V - manifestação de interesse na solução consensual dos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos na controvérsia, quando se tratar de solicitação formulada pela autoridade prevista no inciso III do art. 2º desta IN.

Parágrafo único. Compete à Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) providenciar, por meio de diligência, os elementos indicados nos incisos II, III e V deste artigo, quando se tratar de solicitação formulada pela autoridade prevista no inciso III do art. 2º desta IN.

Art. 4º A solicitação a que se refere o art. 2º desta IN será autuada como processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC), o qual deverá ser encaminhado à SecexConsenso, para fins de análise prévia de admissibilidade.

Art. 5º Compete ao Presidente do TCU, após a análise prévia da SecexConsenso, decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual nos termos desta IN, levando em consideração:

I - a competência do TCU para tratar da matéria;

II - a relevância e a urgência da matéria;

III - a quantidade de processos de SSC em andamento; e

IV - a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos processos de SSC.

§ 1º Não será admitida a solicitação nos casos em que haja processo com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual.

§ 2º Na hipótese de a solicitação não ser admitida pelo Presidente do TCU, o respectivo processo será arquivado.

Art. 6º Caso o objeto da controvérsia já esteja sendo tratado em processo em tramitação no TCU, a solicitação de solução consensual será analisada em processo próprio, observando-se o disposto nos artigos 4º e 5º desta IN.

§ 1º No caso previsto no **caput** deste artigo e havendo manifestação do Presidente do TCU favorável à admissibilidade da solicitação, a SSC será encaminhada ao relator do processo já em tramitação, o qual poderá, levando em consideração eventual prejuízo à condução processual, ratificar ou não a manifestação do Presidente do TCU.

§ 2º Havendo a ratificação mencionada no § 1º deste artigo, será sobrestada a apreciação das questões relacionadas ao objeto da solicitação de solução consensual abordadas no processo que já estava em tramitação, a cujos autos pode ser dado prosseguimento caso existam outros pontos a serem examinados pelo TCU.

§ 3º Não havendo a ratificação mencionada no § 1º deste artigo, o respectivo processo será arquivado.

Art. 7º Após a admissibilidade prevista no art. 5º e no § 1º do art. 6º desta IN, o processo de SSC será encaminhado à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para, ouvida a SecexConsenso, designar, por meio de portaria, os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC).

§ 1º A CSC será composta, no mínimo, por:

I - um servidor da SecexConsenso, que atuará como coordenador;

II - um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e

III - um representante de cada órgão ou entidade da administração pública federal que tenha solicitado a solução consensual ou que, nos termos do inciso V do art. 3º desta IN, tenha manifestado interesse na solução.

§ 2º A Segecex poderá, avaliadas as circunstâncias da respectiva SSC, admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia.

§ 3º A CSC, por unanimidade dos seus membros, poderá convidar para participar das reuniões, na qualidade de colaborador, especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia.

§ 4º A CSC terá noventa dias contados da sua constituição para elaborar proposta de solução, podendo o referido prazo, a critério do Presidente do TCU, ser prorrogado por até trinta dias.

§ 5º Ao final do prazo estabelecido no § 4º deste artigo e não sendo possível elaborar a proposta de solução, a CSC dará ciência ao Presidente do TCU, que determinará o arquivamento do processo.

Art. 8º Havendo concordância de todos os membros da CSC com a proposta de solução apresentada, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para que, no prazo de até quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta.

Art. 9º Após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de solução apresentada pela CSC, o processo de SSC será encaminhado à Presidência do TCU para sorteio de relator entre os ministros.

Art. 10. O relator do processo de SSC deverá submeter a proposta de solução à apreciação do Plenário do TCU em até trinta dias da tramitação dos autos para o respectivo gabinete.

Parágrafo único. Na impossibilidade do cumprimento do prazo previsto no **caput** deste artigo, o relator poderá solicitar ao Plenário a dilação desse prazo por, no máximo, trinta dias.

Art. 11. O Plenário, por meio de acórdão, poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC, acatá-la integralmente ou recusá-la.

§ 1º Havendo a sugestão de alteração prevista no **caput** deste artigo, os membros da CSC a que se refere o inciso III do § 1º do art. 7º desta IN terão até 15 dias para se manifestarem acerca da referida sugestão.

§ 2º Não havendo concordância de algum dos membros da CSC a que se refere o inciso III do § 1º do art. 7º desta IN com as alterações sugeridas pelo Plenário, o relator determinará o arquivamento do processo e dará ciência da decisão ao Plenário.

§ 3º No caso previsto no art. 6º desta IN, após a conclusão do processo de SSC, os autos deverão ser arquivados e cópia do respectivo acórdão deverá ser juntada ao feito que já estava em tramitação no TCU.

Art. 12. A formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo Presidente do TCU e pelo respectivo dirigente máximo dos órgãos e entidades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 7º desta IN, em até 30 dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que aprovar a referida solução.

Art. 13. A verificação do cumprimento do termo a que se refere o art. 12 desta IN deverá ser realizada, consoante o estabelecido no art. 243 do Regimento Interno do TCU, por meio de monitoramento.

Art. 14. Fica instituída, com fundamento no art. 16, inciso I, do Regimento Interno do TCU, por 360 dias contados da publicação deste Normativo, a Comissão Temporária de Acompanhamento dos

Procedimentos de Solução Consensual, com objetivo de acompanhar a implementação dos procedimentos estabelecidos nesta IN, bem como os resultados dela advindos.

§ 1º A Comissão a que se refere o **caput** deste artigo será composta por três ministros designados por portaria da Presidência do TCU.

§ 2º Compete à SecexConsenso apoiar as atividades da Comissão mencionada no **caput** deste artigo.

§ 3º Ao final do período previsto no **caput**, a Comissão a que se refere este artigo encaminhará à Presidência do TCU relatório de suas atividades, o qual deverá conter proposta de tornar definitiva ou de extinguir a referida Comissão, além de apresentar medidas de aperfeiçoamento do procedimento de solução consensual.

Art. 15. Não caberá recurso das decisões que forem proferidas nos autos de Solicitação de Solução Consensual, tendo em vista a natureza dialógica desses processos.

Art. 16. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de 2 de janeiro de 2023.



— PRÊMIO —  
**MINISTRO GUILHERME PALMEIRA**

2023

**MENÇÃO HONROSA  
TRIBUNAIS DE CONTAS**

**IDEIAS E OLHARES SOBRE  
AS SOLUÇÕES CONSENSUAIS: CAMINHOS  
PARA UMA NOVA CONSCIÊNCIA E UMA  
REAL PRÁTICA NO CONTROLE EXTERNO**

---

**LUIS WAGNER MAZZARO ALMEIDA SANTOS**



**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

LUIS WAGNER MAZZARO ALMEIDA SANTOS

**IDEIAS E OLHARES SOBRE AS SOLUÇÕES CONSENSUAIS:  
CAMINHOS PARA UMA NOVA CONSCIÊNCIA E UMA REAL PRÁTICA NO  
CONTROLE EXTERNO**

Monografia submetida ao Prêmio Guilherme  
Palmeira.

## RESUMO

O trabalho apresenta o cenário das soluções consensuais no âmbito do controle externo brasileiro, como forma de sanear divergências e prevenir conflitos que possam ter surgido a partir de processos e trabalhos de fiscalização e auditoria dos órgãos responsáveis por esse controle. O relato tem a forma de ensaio propositivo, passando por premissas básicas em soluções consensuais, por fatores críticos de sucesso, por experiências já exercitadas na área, chegando a propostas concretas para adoção nos órgãos de controle das soluções consensuais. O estudo é conduzido sob parâmetros aplicáveis aos diversos atores envolvidos nessas soluções consensuais, sejam do próprio controle, de órgãos jurisdicionados, de entidades privadas ou do Terceiro Setor.

**Palavras-chave:** soluções consensuais; solução de divergências e conflitos; negociações em ações do controle externo; prevenção de conflitos na administração pública.



## ABSTRACT

The article presents the scenario of consensus-based solutions within the scope of Brazilian public external control, as a way to resolve divergences and prevent conflicts that may have arisen from inspection and audit processes carried out by the entities responsible for this oversight. The account takes the form of a propositional essay, covering basic premises in consensus-based solutions, critical success factors, experiences already practiced in the field, and arrives at concrete proposals for adoption within the oversight bodies for consensus-based solutions. The study is conducted under parameters applicable to the various actors involved in these consensus-based solutions, whether from the oversight itself, the entities being overseen, private organizations, or the called Third Sector.

**Keywords:** consensual solutions; resolution of disagreements and conflicts; business in actions of external control; conflict prevention in public administration.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 PREMISSAS BÁSICAS PARA A ADOÇÃO DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>10</b>
2.1 O Terceiro Setor pode surgir como parte em divergências, conflitos e soluções consensuais.....	10
2.2 As divergências e suas soluções consensuais são sempre multilaterais.....	10
2.3 O controle externo é um potencial agente de mudanças, até mesmo legais. ....	11
2.4 A qualidade social como cláusula pétrea no desenrolar da solução consensual e como balizadora no deslinde de impasses.....	12
2.5 A capacitação dos profissionais de controle externo para as soluções consensuais é fator essencial para o sucesso dessa estratégia.....	12
2.6 O princípio constitucional da Eficiência como elemento de segurança jurídica para as soluções consensuais.....	13
2.7 As soluções consensuais como oportunidade de exercício do foco didático- orientador do controle.....	14
2.8 A dificuldade em estabelecer as fronteiras no caso de divergências envolvendo cenários ou atores privados.....	15
<b>3. FATORES CRÍTICOS DE SUCESSO PARA A ADOÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL.....</b>	<b>16</b>
<b>4. REFLEXÕES SOBRE UMA SEGURANÇA JURÍDICA PARA SOLUÇÕES CONSENSUAIS APOIADA, NA SUA ESSÊNCIA, EM BASES FILOSÓFICAS DA ÉTICA.....</b>	<b>17</b>
<b>5. ALGUMAS PRÁTICAS DE SUCESSO JÁ EFETIVADAS PARA SEMEAR E EXECUTAR SOLUÇÕES CONSENSUAIS.....</b>	<b>20</b>
5.1 A criação da SecexConsenso no Tribunal de Contas da União.....	21
5.2 O Grupo de Trabalho de Controle Social.....	22
5.3 O Diálogo Público promovido pelo Tribunal de Contas da União.....	22
5.4 Processos técnicos ligados aos focos de resultados e de desempenho.....	23
5.5 Os institutos de educação continuada das Casas de Controle.....	23
5.6 A participação de órgãos de controle em associações para troca de conhecimentos e conteúdos.....	24
5.7 A oportunidade de apresentação de propostas de análise de denúncias veiculadas pela imprensa e pela mídia.....	25

<b>6. UM DECÁLOGO PARA A PRÁTICA DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS.....</b>	<b>25</b>
<b>7. IDEIAS E PROPOSTAS PRÁTICAS PARA UMA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL PARA SOLUÇÕES CONSENSUAIS.....</b>	<b>26</b>
7.1 Criação de secretarias ou departamentos especializados em soluções consensuais.....	27
7.2 A motivação para a escuta social nos processos e ações de controle externo voltados para soluções consensuais.....	27
7.3 A disponibilização de treinamento ligado às soluções consensuais.....	28
7.4 A estratégia das recomendações como precursoras de soluções consensuais e sementes de futura segurança jurídica na área.....	28
7.5 Incentivo ao acompanhamento de atividades dos conselhos municipais e estaduais de saúde, educação, gestão ambiental e de outros com forte potencial social.....	29
<b>8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>31</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Neste ensaio, temos como objetivo estudar o cenário das soluções consensuais como forma de resolver divergências e, assim, evitar conflitos entre diversos atores envolvidos na atuação do Controle Externo da Administração Pública, que são as próprias entidades de controle, os órgãos públicos jurisdicionados e os agentes privados porventura inseridos, incluindo organizações do Terceiro Setor, como evidenciaremos em alguns pontos do trabalho.

Essa é uma questão que vem se configurando como importantíssima e crítica para os tribunais de contas brasileiros das diversas esferas de governo, a partir de tendências internacionais e das pressões internas no próprio país.

O estudo passará, principalmente, por premissas básicas, focos de planejamento de ações, questões polêmicas e fatores críticos de cuidados e de sucesso, além de propostas práticas para ação concreta nessa estratégia.

Não serão incluídos estudos de casos específicos para determinados tribunais de contas ou estabelecidos vínculos com legislação ou normas que poderão ser modificadas, contornando-se assim a possibilidade de que tenhamos um estudo muito restrito ou mesmo “datado”.

Acreditamos que, dessa forma, estaremos também evitando uma mera revisão bibliográfica, uma simples análise de normas ou dispositivos legais já estabelecidos, ou uma limitada avaliação histórica, o que não deixaria de soar paradoxal diante de tema tão inovador para as Casas de Controle. Nossa intenção é prospectar e propor práticas de real viabilidade e oportunidade de aplicação.

O que caracteriza, geralmente, as pretendidas relações consensuais entre os atores dos processos de controle supracitados? Que reflexos tem esse instrumento de recente evolução para a gestão pública brasileira e como evitar possíveis efeitos sociais, políticos ou econômicos nocivos? Qual poderia ser a estrutura básica de planejamento das ações das Casas de Controle Externo nas vertentes operacional e de legalidade dessa área? Essas são as questões principais de nosso estudo.

Teremos como fundamentos de análise os seguintes parâmetros:

- embora as soluções consensuais sejam uma tendência inexorável de controle e de gestão, não pode o interesse público colocar-se em pedestal inferior a modelos aplicáveis apenas à cultura privada, como o lucro, o imediatismo e a pouca transparência de processos;

- a atuação dos órgãos de controle externo, sempre em patamar de igualdade, deve buscar a assimilação de outros conceitos da cultura privada que devem ser usados na busca das soluções consensuais, em conjunto com todo o arcabouço legal e normativo natural do interesse público, criando um cenário de profícua sinergia, o qual, afinal, é o próprio cenário ideal do consenso positivo;

- educação, saúde e meio ambiente são áreas estratégicas da gestão pública e devem ser inseridas nas questões das soluções consensuais dentro de uma visão de Qualidade Social (Araújo, 1997);

- o interesse público e essa sólida qualidade social, como valores perenes e independentes de modismos, devem ser colocados como pontos prioritários (Cohen, 2018) no difuso terreno das soluções consensuais multifacetadas entre instituições de controle externo, órgãos públicos, agentes privados e, como veremos ao longo do estudo, também instituições do Terceiro Setor, muitas vezes esquecidas nos estudos desse consenso, mas que, não raramente, podem acabar interferindo no desdobramento da atuação do controle público, podendo, sim, acarretar divergências e conflitos subsequentes;

- o controle social, a transferência de métodos, tecnologias e experiências, bem como o amplo acesso a todas as classes socioeconômicas e a permanência da qualidade do desempenho dos projetos devem ser pilares na busca de soluções consensuais pelo controle externo englobando interlocutores institucionais com os quais possam ter surgido divergências detectadas, intermediadas ou acompanhadas por essas entidades de controle (Branco, 2019).

Acreditamos que essas questões podem deflagrar interessantes e produtivas discussões que extrapolem a mera apresentação de definições e de partes da legislação, iniciando, sim, um salto evolutivo na atuação dos tribunais de contas nessa área.

Assim, podemos resumir a mensagem que materializa o foco deste ensaio: apresentar o fortíssimo potencial de discussão, no cenário de controle externo, das soluções consensuais surgidas por divergências entre atores desse controle, buscando evitar conflitos e assim atuar como catalisador de resultados concretos para os tribunais de contas e, por fim, para o Cidadão, como cliente final desse controle sobre a operação das organizações públicas.

## **2 PREMISSAS BÁSICAS PARA A ADOÇÃO DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Procuraremos, neste tópico, estabelecer algumas premissas básicas que norteiam este ensaio e que entendemos como essenciais para gerar ideias e práticas aplicáveis para a adoção de soluções consensuais.

### **2.1 O Terceiro Setor pode surgir como parte em divergências, conflitos e soluções consensuais**

Além dos órgãos de controle, das entidades públicas jurisdicionadas e de possíveis agentes privados envolvidos ou afetados, é importante lembrar que as organizações do Terceiro Setor aparecerão como atores que poderão deflagrar divergências quando da aplicação de propostas do controle externo, assim como poderão gerar necessidades de contorno e estratégias de reavaliação em estágios temporais subsequentes às auditorias, fiscalizações ou a processos correlatos (Queiroz, 2021).

Isso toma contornos ainda mais críticos no caso de ações em áreas de tangência direta ou imediata ao cliente-cidadão, como saúde, educação, meio ambiente, concessões de serviços públicos e obras (Araújo, 1996).

Assim, muitas das propostas aqui feitas, ao longo do ensaio, devem sempre ser entendidas de forma a incluir as organizações do Terceiro Setor, as quais podem necessitar de formas especiais de diálogo e negociação por parte dos profissionais de controle.

### **2.2 As divergências e suas soluções consensuais são sempre multilaterais**

Muitas vezes, o senso comum aponta para um entendimento de que, em processos de controle, as divergências que necessitarão de soluções consensuais surgem, basicamente, entre o órgão de controle e a entidade jurisdicionada que foi alvo da ação de controle.

Porém, na maior parte das vezes, existem desdobramentos institucionais diretos ou indiretos, internos ou externos ao processo.

Outras entidades, públicas ou não, poderão ser envolvidas quando as hipóteses de negociação e solução forem pensadas. Como dito antes, entidades do Terceiro Setor poderão ter iniciativa de envolvimento ou para isso podem ser conclamadas. Associações de classe podem vir a atuar na defesa de interesses.

A própria noção do interesse público e o conseqüente conceito da sociedade como grande cliente das instituições da Administração Pública e seus órgãos de controle levam a esse espectro multifacetado e abrangente das soluções consensuais (Branco, 2019).

Dessa forma, a fim se evitar um frustrante e fatal cenário de círculo vicioso de divergências, paradoxalmente surgido para as soluções prospectadas, é essencial que o diálogo e a escuta técnica planejada estejam sempre abertos pelo controle externo para todos os atores potenciais para suas soluções consensuais.

### **2.3 O controle externo é um potencial agente de mudanças, até mesmo legais**

Um fator poderoso para motivar e semear soluções consensuais é terem os órgãos de controle um forte potencial como geradores de mudanças na operação das entidades públicas.

E isso deve ser estendido até mesmo para a vertente de mudanças em normas e instrumentos legais.

Afinal, já há um bom tempo foi modificado o pensamento de que as amarras legais deveriam se sobrepor às possibilidades de maior efetividade e alcance das ações públicas, passando as instituições de controle a dialogar mais com os planejadores de políticas públicas, com o Poder Legislativo e com as Casas Cíveis, alcançando mesmo algumas vitórias ao propor recomendações para avaliar a conveniência e a oportunidade de encaminhar alterações legais, quando os trabalhos de controle detectaram possibilidades de correções ou inovações que pudessem aperfeiçoar o arcabouço legal e normativo. Exemplo marcante dessa atuação foi o Acórdão TCU nº 2.731/2008-Plenário, que recomendou mudanças no arcabouço legal que rege as fundações de apoio a universidades federais, mudanças que foram acatadas e dirimiram várias divergências e conflitos que existiam nesse cenário.

Temos, então, nesse caso, um outro fator a ser somado às finalidades das soluções consensuais, em nosso entender.

## **2.4 A qualidade social como cláusula pétrea no desenrolar da solução consensual e como balizadora no deslinde de impasses**

Como outra premissa do presente estudo, a qual o permeará constantemente, acreditamos que a identificação do foco social poderá servir como referência e justificativa das ações de controle externo que envolvam a busca de soluções consensuais.

Afinal, mais do que as tradicionais formas de qualidade empresarial industrial, comercial ou de serviços, há uma Qualidade Social a ser intensamente buscada (Davidow, 2019) pelos mediadores das soluções. Essa qualidade social deve se sobrepor às análises custo/benefício guiadas apenas por resultados a curto e médios prazos e deve também adequar-se às indispensáveis bases de transparência, cidadania e controle social que não são exigíveis, de forma explícita, para todos os atores da negociação da solução, aumentando assim a importância dos agentes de controle no processo de consenso (Queiroz, 2021).

## **2.5 A capacitação dos profissionais de controle externo para as soluções consensuais é fator essencial para o sucesso dessa estratégia**

É muito importante que as Casas de Controle, diante do propósito de introduzir essa técnica metodológica em seus processos, planejem as estratégias de formação e capacitação para seus profissionais, no que tange às disciplinas e áreas de conhecimento correlatas ao tema.

Afinal, como já se pôde perceber ao longo deste ensaio, o trabalho com soluções consensuais demanda uma mudança de posturas e de consciência de trabalho em relação às tradicionais vertentes de conformidade, de visão essencialmente punitiva e mesmo de conservadorismo, de certa forma já consolidadas nas áreas de controle.

Não estamos aqui dizendo que essas vertentes são errôneas no seu todo, mas, sim, que a opção pela introdução de soluções consensuais requer um salto evolutivo na forma de trabalho do controle externo.

E isso é válido não só para as áreas técnicas especializadas nessas soluções consensuais, mas também para todos os profissionais de controle, que precisarão agregar os devidos valores aos diversos processos de fiscalização e auditoria, propiciando boas condições para um possível desdobramento posterior de



divergências e as consequentes soluções consensuais, além do fato de que esses profissionais poderão evitar tais divergências em seu nascedouro, com um profícuo trabalho técnico de negociação e escuta.

Dessa forma, é importante que a instituição de controle introduza cursos, seminários e outras táticas formativas de habilidades e competências nas áreas de, por exemplo:

- Negociação
- Entrevistas prospectivas
- Diálogo com usuários de serviços públicos
- Qualidade social
- Indicadores de desempenho
- Simulação de cenários
- Solução e intermediação de conflitos

## **2.6 O princípio constitucional da Eficiência como elemento de segurança jurídica para as soluções consensuais**

Como será aprofundado em capítulo posterior neste trabalho, o princípio constitucional da Eficiência, que veio a se juntar, por meio de emenda constitucional, aos da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade e da Publicidade, pode se tornar um em efetivo instrumento de segurança jurídica para a adoção de soluções consensuais firmes e perenes.

Afinal, se soluções consensuais nascem da necessidade de sanar divergências e prevenir conflitos, há a possibilidade de essas divergências não terem nascido, de forma exaustiva e fechada, de discussões de legalidade ou de desencontros interpretativos com relação aos demais princípios.

Certo é, também, em nosso entender, que, se uma divergência tiver brotado de falhas nos princípios da impessoalidade ou da publicidade, com bastante probabilidade o terá sido por processos ineficientes de transparência ou de procedimentos de gestão falhos, o que acaba sendo um foco, em termos de controle, de aferição de desempenho em termos de eficiência.

Adicionalmente, as questões de moralidade costumam transitar também pelas fronteiras do interesse público e da oferta da prestação de serviço público ao cidadão, o que também tangencia a linha da eficiência (Brito, 2005).

E o próprio princípio da legalidade, tão levantado em argumentos para os aspectos de rigidez de controle e de necessidades punitivas, também pode ser avaliado, em termos de soluções consensuais, quanto às possibilidades de ação dos órgãos de controle como agentes propositivos de recomendações de mudanças legais ou normativas.

Assim, é inegável, em nosso entender, a validade do princípio constitucional da Eficiência como base de segurança jurídica para deflagrar e materializar as soluções consensuais, tendo também, como valor agregado, certo efeito catalisador para essas soluções, ao atuar como antídoto preventivo para um excessivamente rígido e engessado enfoque de legalidade fechada, sempre tão estanque, impermeável ao controle e danoso aos objetivos e às finalidades da Administração Pública.

Podemos, enfim, afirmar que o princípio constitucional da Eficiência é a força jurídica e a própria meta das soluções consensuais.

## **2.7 As soluções consensuais como oportunidade de exercício do foco didático-orientador do controle**

As instituições de controle externo, em sua atuação na vertente pedagógica didático-orientadora, com maior foco no desempenho de gestores e órgãos públicos, podem encontrar nas soluções consensuais um poderoso valor agregado.

As etapas de discussão e negociação para essas soluções acarretam uma intensa sinergia entre controle e jurisdicionado. Ambos observam e assimilam conhecimentos de troca mútua, o que é natural para se chegar a um frutífero consenso.

É possível que a ação pedagógica ocorra de forma bilateral. O órgão de controle certamente se valerá das assimilações de conhecimento técnico e observação social para uma disseminação posterior para outros jurisdicionados, talvez evitando futuras divergências e novos esforços de soluções consensuais. A entidade pública jurisdicionada e seus parceiros privados ou de Terceiro Setor certamente também propagarão os valores que agregaram para outras instituições congêneres, em diversos fóruns, com resultados positivos para trabalhos futuros de

órgãos de controle, criando-se, assim, essa rica sinergia a partir de uma ou mais experiências de soluções consensuais.

## **2.8 A dificuldade em estabelecer as fronteiras no caso de divergências envolvendo cenários ou atores privados**

Não é difícil identificar, em uma reflexão sobre as soluções consensuais que tenham origem em divergências em cenários ou atores privados, que as fronteiras entre as duas vertentes envolvidas são muito difíceis de serem estabelecidas, tanto em termos de responsabilidades e poderes de gestão, de fontes e aplicações financeiras, quanto de comprometimento para metas socioeconômicas (SANTOS, 2005).

É fácil, também, constatar que todos esses cenários de contato têm total correlação com ações de órgãos de controle externo.

Esses órgãos de controle, diante, muitas vezes, de barreiras de legislação ou de posições restritivas por parte dos responsáveis pelas ações — fatores esses que acabam por se realimentar mutuamente —, não conseguem transitar de forma efetiva por essas fronteiras (Brito, 2005).

Como veremos adiante, surgem assim questões críticas e de difícil abordagem nas soluções consensuais, tais como:

- recursos oriundos de fontes essencialmente públicas continuam sendo fiscalizados com esse enfoque ao ingressar em um projeto de natureza público-privada?
- projetos que têm, prioritariamente, focos sociais no âmbito, por exemplo, das áreas de educação, saúde e meio ambiente (Demo, 2008), passam a ser alvo de ações operacionais de controle externo público?
- O Terceiro Setor é clientela de ações de controle público, por congregar entidades de caráter ou fonte de financiamento mistos?

São pontos que, embora já de certa forma pacificados em termos jurisdicionais, ao entrarem no campo das soluções consensuais, acabam por fortalecer uma das premissas básicas de nossa discussão: a de que o controle externo público transitará frequentemente por fronteiras tênues e dinâmicas, críticas e polêmicas.

### **3. FATORES CRÍTICOS DE SUCESSO PARA A ADOÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL**

Alguns fatores críticos de sucesso surgem como catalisadores importantes na vertente das soluções consensuais.

Eles nascem nas áreas de interesse de cada um dos diversos atores institucionais envolvidos nessas soluções, tanto por ocasião do aparecimento de divergências entre eles (quando o fator vai funcionar como motivação para a solução consensual) como, mais permanentemente, por expectativas, já durante as etapas de negociação e esboço da solução, de que exista um bom desempenho da máquina pública de gestão de políticas e serviços.

Apresentaremos, a seguir, alguns desses fatores críticos de sucesso, os quais devem ser aplicados como sementes de motivação para os profissionais das instituições envolvidos na busca de uma solução consensual, além de servirem como constante referencial do que deve ser evitado para não causar frustração com o advento de negociações e soluções infrutíferas ou ineficazes:

- a) a diminuição, que certamente ocorrerá com boas soluções consensuais, do estigma que ainda persiste, embora bem minimizado em relação ao passado, sobre as instituições de controle, no sentido de que elas poderiam prejudicar o funcionamento da Administração Pública, por meio de ações excessivamente rígidas, inflexíveis e sem margem de negociação em face da burocracia e das normas, em uma atuação unilateral do controle;
- b) a crescente posição de expectativa positiva da sociedade, que deseja “ter os olhos e as mãos” sobre o funcionamento das instituições públicas e quer, com esse objetivo, acompanhar e ser parceira dos órgãos de controle (Gohn, 2009);
- c) a crescente introdução de mecanismos de transparência e de controle social na gestão pública, o que certamente facilita e pode alavancar as operações de soluções consensuais por parte do controle público;
- d) o rico potencial que têm os processos de soluções consensuais para motivar os profissionais de controle externo, nas diversas esferas, para que defendam causas mais efetivas para todos os agentes envolvidos, sejam públicos, privados ou de Terceiro Setor, para oferecerem

melhores resultados para a sociedade, dando assim a esses profissionais uma, podemos dizer, “camisa a vestir”, aumentando o valor agregado à atuação das Casas de Controle;

- e) a possibilidade de se ter, finalmente, o princípio constitucional da Eficiência, introduzido já há bastante tempo ao lado dos princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade e da Publicidade, mas ainda não plenamente lembrado, exercitado e verificado em toda a sua plenitude tangível ou intangível (Subirats, 2019);
- f) a possibilidade concreta de se chegar, por esforço direto dos órgãos de controle, a soluções mais efetivas, oriundas de negociações e soluções consensuais, em atuação frontalmente oposta à que poderia contribuir para o estigma por parte da sociedade, que mencionamos acima;
- g) a concreta possibilidade de que as instituições de controle exerçam um papel muito peculiar, cujas potencialidades poderão ser desenvolvidas a partir de algumas soluções consensuais, que é o de recomendar às Casas Civas e aos Poderes Legislativos a análise da oportunidade e conveniência do encaminhamento de mudanças e correções legais, com base em trabalhos técnicos que tenham deflagrado as correspondentes soluções consensuais.

#### **4. REFLEXÕES SOBRE UMA SEGURANÇA JURÍDICA PARA SOLUÇÕES CONSENSUAIS APOIADA, NA SUA ESSÊNCIA, EM BASES FILOSÓFICAS DA ÉTICA**

Como mencionamos em nossa introdução, não é intenção deste ensaio fazer uma revisão de normas e legislação que poderiam se tornar desatualizadas e também poderiam pouco acrescentar a um tema que necessita de novas propostas, uma vez que é de evolução recente, mesmo no âmbito internacional.

Pensando assim, optamos, neste capítulo, por propor um raciocínio que ligue o manuseio do possível arcabouço legal e normativo cabível em cada cenário cronológico de soluções consensuais a uma base apoiada na Filosofia, em especial na área da Ética e, mais esteticamente ainda, nos legados de Kant e dos autores utilitaristas.

Acreditamos ser possível identificar pontos focais de Ética Pública aplicáveis a este estudo de soluções consensuais com apoio em uma visão que considere os atores dessas soluções como agentes com intenções alinhadas com essas bases éticas teóricas de Kant e do Utilitarismo, correntes classicamente antagônicas, mas tangentes a gestão e controle públicos, como aqui procuraremos demonstrar.

Seria essa uma empreitada viável no sentido de buscar mais um reforço para a segurança jurídica das soluções consensuais? Se, afinal, as soluções nascerão da meta de solucionar divergências, a ideia de traçar pontos em comum entre correntes teóricas aparentemente opostas não se mostraria interessante?

Esse exercício teórico para aplicação nas soluções consensuais também tem um desdobramento mais abrangente, em termos gerais de ética pública, uma vez que, sabidamente, essa ética tem se limitado à existência de normas de “quarentena” ou à existência de Códigos de Ética sazonais ou mesmo inconsistentes (TCU, 2006),

Temos, assim, em nosso entender, instigadoras carências, tanto na área da Filosofia como na de Gestão Pública, no que se refere a estudos que levem a instrumentos de avaliação da Ética — ética essa que tenha como agente ativo não o Homem em sentido restrito, como recorrente no enfoque filosófico, mas as próprias instituições públicas e seus gestores e clientes-cidadãos.

Tratando inicialmente do embasamento filosófico da ideia em discussão neste capítulo, cremos que a clássica oposição das correntes deontológicas kantianas e do Utilitarismo de Bentham, aprofundado posteriormente por Mill (2005), pode ser contornada e mesmo servir de apoio para que se chegue a conclusões sobre qual seria a verdadeira base ética de atuação dos gestores públicos por meio do próprio resultado esperado da atuação do controle público na busca de soluções consensuais diante de divergências institucionais.

Lidar com essa dicotomia Kant *versus* Utilitaristas pode se constituir exatamente na face mais desafiadora na busca de segurança jurídica para essas soluções.

Afinal, ao se tomar o Imperativo Categórico de Kant (2005c) em um sentido abrangente de gestão pública, teríamos a constatação de que seria necessária uma atuação em termos de modelos parametrizados que deveriam, idealmente, ser aplicados por todos os gestores públicos e tendo também toda a sociedade como foco. Sendo a sociedade, então, o ponto focal ético desse “imperativo social”, já é possível

antever as conexões com o Utilitarismo, ao se pensar a referência desse imperativo como sendo a efetiva “felicidade” dos diversos segmentos sociais atingidos pela solução consensual.

Algo similar à “máquina da felicidade” esboçada por Farrel (*apud* Peluso, 1998, p.190), na qual os cidadãos não pretendessem apenas usufruir as promessas de discursos éticos alheios a uma realidade (Bardin, 2009), e sim desfrutar de resultados que atingissem a maior parcela possível de beneficiários e que fossem o norte da ação dos atores da solução, de forma independente de sazonalidades socioeconômicas ou geopolíticas (Bethlem,1981) e procurando estabelecer o que seriam Virtude e Boa Vontade, clássicos parâmetros filosóficos, no decorrer da solução da divergência e do conflito, como previa Bentham ao dizer que “a instrumentalização apropriada dos responsáveis por políticas públicas faria deles agentes moralmente empenhados na erradicação da miséria social” (*apud* Peluso, 1998, p. 13), quando pesquisado em contraponto a um hipotético “imperativo social” da gestão e do controle derivado do imperativo categórico de Kant.

No sentido de contornar de forma pragmática essa aparente dicotomia entre o sentido deontológico de Kant e o consequencialismo de Bentham e Mill, a escolha do cenário das soluções consensuais como foco de estudo aplicado parece ser bastante adequada, pois teríamos, certamente, premissas aglutinadoras de correntes de pensamento filosófico, tais como em Santos (2010):

- a verificação da necessária e preliminar aderência a todo um arcabouço legal e normativo (a Lei no sentido kantiano);
- a possibilidade, ainda que em segundo plano na visão do consenso, de aplicação de sanções e instrumentos corretivos e mesmo punitivos, em concomitância com a complementar e cada vez mais importante vertente didático-orientadora (ainda uma visão kantiana);
- a verificação de parâmetros de efetividade de ações públicas com o atendimento do maior número de beneficiados, no sentido utilitarista, conforme alerta Bentham (*apud* Peluso, 1998, p. 18) ao dizer que “o princípio da utilidade aprova ou desaprova qualquer ação que, respectivamente, aumente ou diminua a felicidade, sendo essa ação passível de origem não só de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo”, o

que nos aproxima, como pretendíamos, do cenário de soluções consensuais conduzidas no ambiente do controle externo;

- a vertente didático-orientadora que a ação aqui em estudo possibilita, a qual atinge tanto os gestores como os clientes das instituições e a própria sociedade (pela disseminação dos resultados), o que encontra eco em uma das cláusulas pétreas do trabalho filosófico: a da geração de Conhecimento e Evolução (Cossutta, 2001);
- a lacuna a ser preenchida em termos de avaliação do que seja a Felicidade preconizada pelos utilitaristas, lacuna essa resultante da interrupção da obra de Bentham no que tange à quantificação de relações custo/benefício entre ações realizadas e fins atingidos, conforme lembrado por Peluso (1998, p. 15):

o limite que pode ser posto ao projeto ético de Bentham envolve, ainda hoje, as questões que cercam o problema da elaboração do cálculo moral. Isto sugere que as dificuldades graves do utilitarismo benthamiano surgem no momento em que se pretende fazer a contabilidade da utilidade e do prazer, uma aritmética moral...

— algo que pode ser alvo de exercício interessante no campo de negociações e soluções aqui estudadas;

- os estudos que “têm fornecido respostas adequadas à indevida pretensão de desligar o mundo dos valores do mundo dos fatos, tirando do ostracismo Mill, a ele levado pelo único defeito de construir uma ponte entre o desejado e o desejável” (Peluso, 1998, p. 112), o que cria as condições para propostas de novas metodologias de conexão entre a Filosofia e a área de avaliação de gestão e políticas públicas, o que mais uma vez nos liga à solução consensual de divergências e conflitos.

Assim, em nosso entender, é bastante válido um estudo mais aprofundado pelos órgãos de controle, com vistas a uma conscientização, por meio de capacitação profissional, quanto ao uso de parâmetros éticos da Filosofia na busca, que sempre será constante, de segurança jurídica para as soluções consensuais diante das divergências e conflitos surgidos na execução de seus trabalhos e decisões.



## **5. ALGUMAS PRÁTICAS DE SUCESSO JÁ EFETIVADAS PARA SEMEAR E EXECUTAR SOLUÇÕES CONSENSUAIS**

Embora as soluções consensuais deflagradas e conduzidas por órgãos de controle externo sejam uma metodologia e uma prática relativamente recentes, especialmente no Brasil, já é possível identificar um conjunto de iniciativas que tem total conexão com o tema.

É importante notar que não existe uma fronteira bem delimitada entre as iniciativas que não são exatamente uma ação de solução consensual, sendo mais algo com a feição de semente na área, e aquelas em que fica mais clara a proximidade ou convivência com as soluções em si.

Essa observação pode tornar ainda mais proveitoso o relato deste tópico, pois, afinal, ao longo do ensaio procuramos mostrar a importância da conscientização e da motivação dos profissionais de controle e suas instituições para criar as condições para que se chegue às reais soluções.

Assim, é essencial que se perceba que o sucesso das soluções consensuais depende de e começa quando o espírito de efetividade final permeia os diversos processos e as diversas atividades de fiscalização e auditoria dos órgãos de controle e, primordialmente, semeia interações e parcerias com outros atores potenciais no cenário das soluções consensuais.

### **5.1 A criação da SecexConsenso no Tribunal de Contas da União**

No transição entre os anos de 2022 e 2023, o Tribunal de Contas da União (TCU) implantou uma secretaria técnica especializada em tratar soluções consensuais, a Secretaria de Controle Externo de Soluções Consensuais e Solução de Conflitos – SecexConsenso, no âmbito dos processos que tinham suscitado divergências institucionais ou de interesses que pudessem desaguar em conflitos com possibilidade ter deslinde com prazos imprevisíveis e, de modo mais crítico, com também imprevisíveis resultados para os afetados pelas divergências e, em última instância, que pudessem ter efeitos prejudiciais para a sociedade, usuária maior e final da Administração Pública.

Embora, como já aqui dissemos, não seja a nossa intenção o registro de normas e fatos que poderiam deixar nossa análise “datada”, vale observar que essa

experiência tem diversas faces de ineditismo e ousadia que podem criar resultados de sucesso.

Afinal, a iniciativa de uma seção técnica especializada pode propagar, pela instituição, a importância da ferramenta metodológica, fazendo com que os profissionais atentem para a inclusão de quesitos correlatos a uma futura solução consensual, muitos apontados ao longo deste ensaio, ou quiçá atentem para a atuação com vistas a evitar divergências, o que poderíamos denominar de atuações contra divergências ou talvez de soluções consensuais antecipadas.

## **5.2 O Grupo de Trabalho de Controle Social**

Por passo inicial da Controladoria-Geral da União (CGU), o Grupo de Trabalho de Controle Social (GTCS), com atuação central no estado do Rio de Janeiro, englobou a própria CGU, o TCU, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Contas municipal da capital desse estado, diversas universidades, o BNDES, a Petrobras, a Receita Federal, o governo estadual do RJ, a prefeitura da cidade do Rio de Janeiro e outras entidades que foram se agregando aos trabalhos.

O GTCS era composto de representantes oficiais de cada uma das entidades participantes e planejava e executava atividades periódicas de reuniões técnicas, de apreciação de trabalhos de gestão pública e controle, de palestras para a sociedade, de seminários em universidades, de painéis com exposição de expectativas dos participantes, de estudos técnicos de transparência e controle, além de muitas outras similares.

Essa iniciativa merece registro, dado o fato de ter relações com muitos quesitos do entorno das soluções consensuais discutidos no presente trabalho.

## **5.3 O Diálogo Público promovido pelo TCU**

Outra profícua ação que merece registro é a do Diálogo Público promovido pelo TCU, criado inicialmente com essa denominação, mas chamado, em algumas ocasiões, de nomes similares, embora mantendo o formato de palestras, seminários, painéis de discussão e mesas-redondas, abertos para outras Casas de Controle, jurisdicionados, instituições acadêmicas e de pesquisa, mídia e imprensa e para a sociedade em geral.

Mais uma vez, apresenta-se a vertente de diálogo e escuta sociais, tão importante para a materialização de boas soluções consensuais ou mesmo para evitar o nascedouro de divergências.

#### **5.4 Processos técnicos ligados aos focos de resultados e de desempenho**

Apesar de já ser uma prática enraizada há tempos nos órgãos de controle, cabe relembrar, neste ponto, o funcionamento de algumas categorias de processos técnicos como propulsores de ações que sempre se aproximaram de soluções consensuais e que continuarão a manter essa condição, em nosso entender, a propiciar trabalhos que poderão fornecer elementos para dirimir divergências, por meio de um registro histórico relativo aos órgãos públicos envolvidos.

Os processos de Acompanhamento e Monitoramento, por exemplo, têm como importante produto os resultados e desdobramentos de decisões, as quais poderão posteriormente gerar indicativos com viabilidade de uso no próprio órgão de origem do processo ou em outros com situações semelhantes.

São, em nosso entender, fontes com potencial adicional de origem de segurança jurídica, caso alimentem soluções consensuais posteriores, pois já terão servido de teste e avaliação de propostas, fundamentação legal e decisões.

Outro exemplo rico são as categorias de auditorias operacionais, auditorias de orientação centralizada e levantamentos, uma vez que são o cenário rotineiro de várias táticas indispensáveis para boas soluções consensuais, como as entrevistas com gestores, apuração de indicadores de desempenho, identificação de arcabouços legais e normativos, cenários de mercados, estudo de parcerias público-privadas, escuta social de usuários de serviços públicos e vários pontos interessantes para uma observação técnica de controle externo orientada para soluções consensuais (Santos, 2005b).

#### **5.5 Os institutos de educação continuada das Casas de Controle**

Um ponto forte de oportunidade para o sucesso de soluções consensuais, bem como historicamente tem sido para todas as estratégias de controle externo, é a

existência de institutos de educação continuada nessas instituições de controle, como o Instituto Serzedello Corrêa do TCU.

No caso das soluções consensuais, essas instituições podem atuar, principalmente, em três pontos de apoio detalhados a seguir.

Temos o caso da capacitação e conscientização de profissionais internos, por meio de cursos e ações similares, com exemplos de conteúdos já mencionados no tópico 2.5 deste ensaio.

Na vertente de capacitação externa, os cursos para profissionais de entidades jurisdicionadas funcionam, claramente, como ação preventiva de divergências e, adicionalmente, em possível passo posterior, como facilitadores e catalisadores de soluções consensuais.

E no papel de promotores de eventos de diálogos públicos, esses institutos atuam como disseminadores de aspectos gerais de controle para a sociedade civil, acadêmica e de associações de classe, como já mencionado em tópico anterior.

## **5.6 A participação de órgãos de controle em associações para troca de conhecimentos e conteúdos**

Uma prática também já enraizada é a participação de instituições de controle em associações conjuntas com órgãos congêneres, com a promoção de seminários, encontros técnicos e congressos periódicos.

Exemplos de sucesso podem ser lembrados, tanto em nível nacional como internacional, como o Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop), a Associação dos Tribunais de Contas Brasileiros e a (Atricon)Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades de Fiscalização Superior (Olacefs) (Santos, 2005a).

Para a área de soluções consensuais, essas participações oferecem promissores horizontes para troca de experiências, em especial pelo fato de ser esse um assunto de interesse geral e de maior avanço já em outros países.

Áreas que são cenário bastante típico em soluções consensuais costumam ser bem discutidas nesses fóruns, tais como:

- Saúde
- Educação
- Meio ambiente

- Obras públicas
- Tributos
- Incentivos fiscais
- Auxílios sociais
- Qualidade social

### **5.7 A oportunidade de apresentação de propostas de análise de denúncias veiculadas pela imprensa e mídia**

É um instrumento disponibilizado também há tempos por muitas entidades de controle externo.

Mesmo sem ser classificado diretamente na categoria de soluções consensuais, até porque essa denominação é mais recente, a oportunidade oferecida já funcionava nesses moldes, tanto como solução direta consensual, por meio da abertura de processos que culminam com propostas que concatenavam partes divergentes, como por ações prévias que recomendavam ou determinavam passos que evitavam divergências (Zymler, 1996).

No caso do TCU, tivemos a Portaria nº 98/1997, depois revogada com a Portaria nº 231/2002, ainda vigente, sendo que ambas deflagaram a oportunidade de representações de unidades técnicas que culminaram com vários casos de auditorias e fiscalizações de sucesso técnico, social ou de gestão, boa parte deles podendo ser classificados como saneamento de divergências ou de uma solução consensual entre partes.

Em nosso entender, esse continuará sendo um forte instrumento de soluções consensuais, dado que a imprensa e a mídia estão tradicionalmente presentes em cenários de divergências potenciais, não fugindo a essa regra a atuação de órgãos públicos e seus interlocutores.

## **6. UM DECÁLOGO PARA A PRÁTICA DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS**

A partir das considerações feitas até aqui e já antecedendo a apresentação de uma linha de ação prática (Santos, 1996), podemos estabelecer o que seria, em nosso entender, um decálogo do controle externo conectado às soluções consensuais:

1º) O controle externo existe para atender à sociedade brasileira e para isso devem estar voltados seus esforços de soluções consensuais.

2º) O controle externo apresenta uma vertente de exemplo a ser seguido, no sentido de aprimorar o funcionamento de outras instituições da sociedade, aprimorar-se também com as soluções geradas e seu acompanhamento, causando um efeito de sinergia, multiplicador de aperfeiçoamento e minimização de divergências e conflitos.

3º) A evolução histórica da gestão pública trará sempre novos desafios e novas modalidades de soluções, desafios aos quais o controle externo deve responder.

4º) O controle externo deve estar sempre conectado às práticas, metodologias e expectativas dos atores de possíveis divergências no âmbito de suas decisões e orientações, inclusive aqueles da esfera privada e do Terceiro Setor.

5º) Estruturas organizacionais não devem ser rígidas demais, para não trazer atrasos e barreiras, nem muito flexíveis, para não causar desorientação, e as soluções consensuais devem ter isso como orientação.

6º) O profissional do controle externo deverá sempre inovar e se autoaprimorar, também em modalidades de conhecimento típicas de soluções consensuais.

7º) Os esforços para soluções consensuais devem ser medidos por indicadores e metas que levem em conta as faces de desempenho de projetos como realmente são vistas pela sociedade, usuária maior.

8º) A ética, a eficiência e a boa gestão são os parâmetros que o controle externo deve buscar em seu trabalho de análise, preparação, negociação, mediação e execução de possíveis soluções consensuais em sua esfera de atuação.

9º) É preciso ter Qualidade Interna para oferecer Qualidade Externa, nas soluções consensuais, sob a visão de todos os atores dessas soluções.

10º) A atualidade e a efetividade das ferramentas de soluções consensuais é uma jornada sem fim, porque sem fim é a evolução qualitativa e quantitativa das instituições públicas, privadas, de Terceiro Setor e da própria sociedade.

## **7. IDEIAS E PROPOSTAS PRÁTICAS PARA UMA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL PARA SOLUÇÕES CONSENSUAIS**

Como aqui afirmamos, desde o início de nosso ensaio, diante de tema tão inovador e instigante como o das soluções consensuais para solução de divergências

que possam levar a conflitos na área de controle, o mais importante é tentar chegar a propostas práticas para adoção dessa metodologia nas Casas de Controle.

Procuraremos, neste tópico, apresentar algumas ideias de ações práticas, não exaustivas, que possam ser implantadas na realidade e naturais limitações de cada caso. Essas propostas foram alinhavadas e embasadas ao longo do trabalho e podem ser adaptadas e aprofundadas pelas equipes de gestão e planejamento de cada agente de controle externo.

### **7.1 Criação de secretarias ou departamentos especializados em soluções consensuais**

A exemplo do que fez o TCU, com a criação da SecexConsenso, é possível para cada órgão de controle, nas diversas esferas, aventar a criação de setores similares.

É claro que a realidade do cenário institucional do órgão poderá indicar um formato diferente para o setor e para a equipe de profissionais que o irá compor. Em alguns casos, poderá ser indicada a adoção de um grupo temporário para os eventuais casos de necessidade de soluções consensuais. Em outros, poderá ser adotada a atuação de profissionais experientes em negociações e estudos de casos de divergências que atuem para determinados processos mais críticos. Em outras situações, poderá ser experimentada a capacitação de profissionais em cada departamento técnico já existente, para que atuem nos casos necessários de soluções consensuais, nos processos correspondentes à especialização dos respectivos departamentos, como uma espécie de consultores em soluções consensuais.

Mais importante do que uma estruturação organizacional sazonal, é a real conscientização do órgão de controle quanto à aplicabilidade, já reconhecida, dessas soluções e a conscientização dos profissionais sobre os conhecimentos técnicos para lidar com as análises e com as negociações necessárias, além da capacitação para organizar cada arcabouço legal e normativo para embasar a indispensável segurança jurídica aplicável a cada caso.

### **7.2 A motivação para a escuta social nos processos e ações de controle externo voltados para soluções consensuais**

Como discutimos em alguns tópicos do trabalho, é preciso que os esforços de soluções consensuais tenham como espírito norteador o alcance de situações em que os atores envolvidos busquem o atendimento das expectativas do cliente maior da Administração e do controle públicos, que é o Cidadão.

De nada adiantaria todo um trabalho estanque que resolvesse as possíveis divergências e evitasse conflitos apenas para as entidades em si mesmas, atendendo apenas as suas próprias expectativas administrativas.

Assim, como mostrado nos tópicos referentes à capacitação e conscientização, é primordial semear as noções de qualidade social e, principalmente, a escuta social durante os trabalhos técnicos de fiscalização e auditoria e também durante os trabalhos com foco na solução consensual.

Os frutos de tal postura certamente serão muito mais efetivos, duradouros e vão gerar novas soluções consensuais futuras, em uma repercussão realimentadora de inovações para o controle externo e a gestão pública.

### **7.3 A disponibilização de treinamento ligado às soluções consensuais**

É essencial que as instituições de controle implantem, na medida do possível, treinamentos com conteúdos voltados para habilidades e competências necessárias a diversas fases dos esforços de soluções consensuais.

No tópico 2.5 deste trabalho, exemplificamos algumas disciplinas correlatas ao assunto.

Cabe registrar que alguns conteúdos sugeridos aparentemente não têm ligação com o conhecimento técnico específico de controle, mas, potencialmente, têm total importância para a disseminação da cultura e conscientização da área das soluções consensuais. É o caso, por exemplo, dos treinamentos voltados para as negociações e para o foco social, importantíssimos para o cotidiano de um trabalho que semeie realmente a base para tais soluções e para a prevenção de divergências e conflitos. E são, adicionalmente, habilidades exigíveis da quase totalidade de profissionais, atualmente, em muitas e muitas áreas.

### **7.4 A estratégia das recomendações como precursoras de soluções consensuais e sementes de futura segurança jurídica na área**



O uso de propostas de recomendações apresenta um rico potencial para o controle, muitas vezes despercebido ou até relegado a segundo plano, quando colocado em comparação com as determinações.

As recomendações feitas a jurisdicionados, em trabalhos de controle externo, podem apresentar vários pontos de valor agregado, tais como:

- lidam diretamente com a vertente do poder discricionário dos gestores jurisdicionados, despertando uma análise que nem sempre as determinações diretas permitem e, quiçá, um desejo de real melhoria por parte de quem as pode adotar;
- têm geralmente como base o princípio constitucional da Eficiência, o qual, como estudamos aqui anteriormente, ainda é pouco aventado em face de outros princípios, tendo total relação com o objetivo maior das soluções consensuais e também funcionando de forma eficaz diante de lacunas ou incompletudes legais ou normativas que poderiam reforçar determinações;
- recomendações podem se apresentar como instrumentos indicados para áreas sociais como saúde, educação, benefícios e meio ambiente, a partir de trabalhos de auditoria e fiscalização com focos de qualidade e escuta social, os quais, por serem de face crítica em termos de discussão e negociação, podem gerar divergências e conflitos a evitar;
- recomendações feitas às Casas Cíveis e ao Poder Legislativo, como registramos em outros pontos do trabalho, que tenham como intuito propor a análise de conveniência e oportunidade de mudanças e correções nas leis, podem funcionar como provedoras de segurança jurídica para soluções consensuais, além de terem naturalmente um valor de aprimoramento da eficiência e efetividade da máquina pública, grande objetivo do controle externo.

### **7.5 Incentivo ao acompanhamento de atividades dos conselhos municipais e estaduais de saúde, educação, gestão ambiental e outros com forte potencial social**

Tendo em vista serem áreas com forte possibilidade de se tornarem cenário de divergências ou lacunas geradas a partir de sua própria atuação, é bastante interessante que as Casas de Controle acompanhem, tanto por participações solicitadas como por trabalhos técnicos de auditorias operacionais, acompanhamento

e levantamentos, quando viáveis e cabíveis, a operação de tais conselhos, que têm a missão de avaliar o mais próximo possível dos resultados de políticas públicas de cada uma dessas áreas, o que, mais adiante, poderá realimentar soluções consensuais mais certas, quando surgirem divergências entre mentores, executores e agentes de controle dessas políticas.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esperamos ter conseguido apresentar uma reflexão e o delineamento de ações práticas na área de soluções consensuais e suas relações com o controle externo, um instrumento ainda recente no Brasil.

Buscamos uma feição prospectiva para o estudo, fugindo à simples descrição de leis, à repetitiva e pouco crítica apresentação de vantagens, à retrospectiva histórica e, também, fugindo à tentação de não ousar propostas evolutivas.

Esperamos ter atingido nossos objetivos e, principalmente, ter semeado contribuições para que se usem efetivas experiências nos órgãos de controle brasileiros, na medida em que forem se multiplicando as oportunidades para tais soluções consensuais —, ter, enfim, nossos órgãos de controle, que tantos resultados evolutivos já deixaram na gestão pública de nosso país, preparados para agir diante deste grande desafio:

***“Soluções consensuais: o Controle Externo atuando em críticas mas não intransponíveis fronteiras!”***

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcos Valério de. **Programas de Qualidade no Serviço Público**: em busca do tempo perdido. Prêmio Serzedello Corrêa. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1997.

ARAÚJO, Marcos Valério de. **Auditoria Ambiental**: emergente forma de controle do patrimônio público. Prêmio Serzedello Corrêa. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1996.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2009.

BERELSON, Bernard. **Content Analysis in Communication Research**. Nova York: New York University Press, 1971.

BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada, compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 1, p. 7-21, jan./mar. 2005.

BETHLEM, Agrícola de Souza. **Política e Estratégia**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1981.

BOURDIEU, Pierre. **Ésquisse d'une Théorie de la Pratique**. Paris: Librairie Droz, 1972.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. **Advocacia Pública e Solução Consensual dos Conflitos**. Salvador: Editora JusPodivim, 2019.

CARLZON, Jan. **A Hora da Verdade**. Tradução: Maria Luiza Newlands Silveira. Rio de Janeiro: COP, 1990.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. **Evaluación de proyectos sociales**. Santiago: ILPES, 2018.

CORRÊA, Elizeu de Moraes. **Auditoria ambiental**: guia básico no âmbito dos tribunais de contas. Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1997.

COSSUTTA, Frédéric. **Elementos para a leitura de textos filosóficos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DAVIDOW, Willian H; UTTAL, Bro. **Serviço Total ao Cliente: a Arma Decisiva.** Tradução: Outras Palavras Consultoria Lingüística. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

DEMING, W. Edward. **Qualidade: a revolução da Administração.** Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1990.

DEMO, Pedro. **Educação e Qualidade.** Campinas: Papirus, 2008.

DUBNICK, Melvin J.; BARDES, Barbara. **Thinking about public policy: a problem-solving approach.** Nova York: Wiley, 1983.

FARIA, Filipe Ceppas de Carvalho. **Notas de aula da disciplina Investigação Filosófica.** Rio de Janeiro: UGF, 2005.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais e Educação.** São Paulo: Cortez Editora, 1999.

GONÇALVES Jr., Derval. **Planejamento Estratégico, Organização e Controle.** Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **Dialética e Hermenêutica.** Porto Alegre: Ed. LPM, 1987.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** São Paulo: Martin Claret, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Martin Claret, 2005.

MARIOTTI, Humberto. **Organizações de Aprendizagem.** São Paulo: Atlas, 1996.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo.** Porto: Porto Editora, 2005.

OLACEFS. Ética de lo publico y control sobre el gobierno como fundamentos del sistema democratico. **Anais da VIII Assembleia Anual.** Caracas: Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 1998.

PELUSO, Luis Alberto (org.). **Ética e Utilitarismo.** Campinas: Alinea, 1998.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Manual de soluções extrajudiciais de conflitos na Administração Pública.** Londrina: Editora Thoth, 2021.

RIBEIRO, Carlos A. C.; CAMARGO, Manuela L. G. Programas de Produtividade no Setor Público: Uma Discussão acerca de Alguns Elementos Básicos. **Revista Indicadores de Qualidade e Produtividade**, Brasília, v.1, n. 1, p. 67-78, jun. 1994

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. **Um programa de qualidade e capacitação**: caminho para um TCU preparado para novos desafios. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1996.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. Controle Social, Meio Ambiente e Auditoria de Obras Públicas: uma oportunidade de ouro para a sinergia controle externo – cidadão. Gramado: **Anais do XXXIII Congresso Nacional dos Tribunais de Contas e I Congresso Internacional de Controle Externo**, 2005.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. Parcerias Público-Privadas. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, 2005.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. A Filosofia como Base da Ética Pública, **Revista do Tribunal de Contas da União**, 2010.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. **O Tribunal de Contas na História do Brasil, Evolução Histórica, Política e Administrativa**. Prêmio Serzedello Corrêa. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1998.

SUBIRATS, José. **Análisis de Políticas y Eficácia de la Administración**. Madrid: INAP/MAP, 2017;

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de Auditorias**. Brasília: CEDOC, 1999.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdãos, Portarias e Decisões Similares**. Brasília: TCU, jurisprudência.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Manual de Auditoria Operacional. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 2001.

ZYMLER, Benjamin. **O Processo Administrativo no Tribunal de Contas da União**. Prêmio Serzedello Corrêa. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1996.