



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

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

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)¹

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).

¹ 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)².

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)³.

² 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.

³ 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 Medauar⁴, 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

⁴ 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 conterá 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.⁵

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.

⁵ 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 8.666/1993⁶, a qual permite

⁶ 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 concessão⁷.

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 aditados 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

⁷ “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/resolucaoopi.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 acerto; 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 contratantes⁸. 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)

⁸ 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 cooperação⁹.

Leciona, nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão¹⁰:

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 Muñoz¹¹ sustenta:

⁹ MARQUES NETO, 2012.

¹⁰ 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.

¹¹ 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”¹².

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”¹³. 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

¹² 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.

¹³ 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.¹⁴

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 situação¹⁵.

A doutrinadora Odete Medauar¹⁶ 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. Rodrigues¹⁷:

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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

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

¹⁷ 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 presente¹⁸.

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.

¹⁸ 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 Interno¹⁹:

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:
[...]

¹⁹ 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.²⁰

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

²⁰ 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/DF²¹ 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.

²¹ 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”²². 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:

²² 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 TCU²³;
- 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

²³ 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 TCU²⁴.

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 pública²⁵, 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

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

²⁵ 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. 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). 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. **Discrecionabilidade, 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.