



— 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

1 INTRODUÇÃO	6
2 LITERATURA DE ACORDOS CONSENSUAIS APLICÁVEIS AO TCU	8
2.1 O Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal e o Manual de Mediação Judicial	8
2.2 Algumas análises da atuação do TCU na supervisão dos TACs.....	14
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
2.3 Estudos sobre os Acórdãos do TCU nº 2.121/2017, nº 716/2019 e nº 548/2020	20
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
2.4 Proposta de implantação do processo de mediação no TCU	24
2.5 Um Processo de denúncia no TCU e a supervisão de Solução Judicial	28
2.6 Primeiro processo de solução de controvérsias e a INTCU nº 91/2022	30
3 PROPOSTA DE AJUSTE NA NORMA DOS ACORDOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TCU COM FOCO NO INTERESSE PÚBLICO E PARTICULAR	35
3.1 Ajuste na redação do atual art. 1º da INTCU nº 91/2022	36
3.2 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 2º	37
3.3 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 3º	38
3.4 Inclusão de redação de artigo numerado como art. 4º	39
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.....	40
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	42

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-preservada, 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. 10¹, 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 § 1⁰² 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

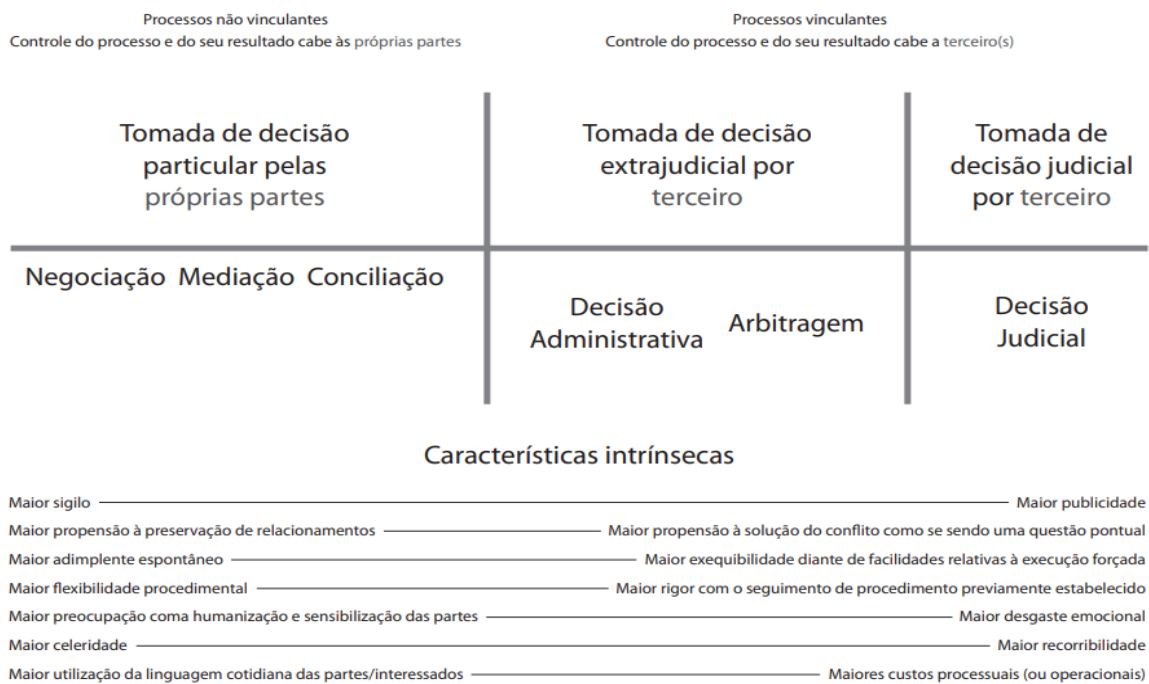
¹ Art. 10 (Anexo A, p. 69).

² 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. 15³, 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).

³ 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).

⁴ 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 processuais⁵ 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

⁵ 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”⁶. 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.

⁶ 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)⁷ 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

⁷ *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 autos⁸, 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 Relator⁹ 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

⁸ Observação: a Manifestação do Ministério Público junto ao TCU está transcrita no item 4 (p. 17 a 21) do Relatório do Ministro Relator.

⁹ 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 91/2022¹⁰

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.

¹⁰ 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)¹¹.

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

¹¹ 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 – RITCU¹², 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

¹² 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 13.140/2015¹³, 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

¹³ 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 13.140/2015¹⁴, 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,

¹⁴ 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\$ 10.000,000,00¹⁵

§ 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 13.848¹⁶, 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;

¹⁵ 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.

¹⁶ 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**¹⁷

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.

¹⁷ 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 9.307/1996¹⁸, 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.

¹⁸ 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. 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. 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. 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. 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%20U.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). 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). 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 (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%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulato%20rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf) (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 (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\$ 10.000,000,00¹⁹

§ 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.

¹⁹ 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 22/1/2022²⁰

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).

²⁰ 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.