

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

1º LUGAR

CATEGORIA
SOCIEDADE CIVIL

A SOLUÇÃO CONSENSUAL COMO FORMA DE RESOLVER
CONTROVÉRSIAS COMPLEXAS E PREVENIR CONFLITOS
RELACIONADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A PRÁTICA
DO CONSENSUALISMO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO A PARTIR DA INSTRUÇÃO NORMATIVA 91/2022,
DESAFIOS E PERSPECTIVAS

das autoras

MARINA DE SOUZA POMPERMAYER

ELLEN MARA ALVES SILVA

NATHALIA CARVALHO FIGUEIREDO



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



**A SOLUÇÃO CONSENSUAL COMO FORMA DE RESOLVER
CONTROVÉRSIAS COMPLEXAS E PREVENIR CONFLITOS
RELACIONADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:**

**A PRÁTICA DO CONSENSUALISMO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO A PARTIR DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91/2022, DESAFIOS E
PERSPECTIVAS**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a introdução dos mecanismos de resolução consensual de conflitos no Tribunal de Contas da União (TCU), notadamente em vista da evolução histórica e dos fundamentos teóricos que respaldam a permissibilidade da consensualidade. Para tanto, é feita uma análise de dados primários e secundários, com revisão bibliográfica acerca do tema. É analisado, ainda, o consensualismo como um instrumento para a prevenção de conflitos complexos, especialmente após a institucionalização da consensualidade no Tribunal de Contas da União por meio da publicação da Instrução Normativa nº 91/2022, que atribui à Corte de Contas o papel de facilitador de acordos junto à Administração Pública. São analisadas as razões teóricas que fundamentam a legitimidade e efetividade do consensualismo, inseridas no contexto do Estado democrático de direito, bem como demonstrados os ganhos em termos econômicos e pragmáticos por meio da adoção desses mecanismos pelo poder público. Por fim, é feita a análise de casos submetidos ao TCU na égide da IN 91/2022, destacando a atuação concreta do Tribunal na resolução de disputas entre o poder público e particulares e os tópicos de possíveis melhorias procedimentais de atuação.

Palavras-chave: consensualidade; pressupostos teóricos; interesse público; Administração Pública; Instrução Normativa 91/2022-TCU.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the introduction of consensual conflict resolution mechanisms at the Federal Court of Accounts (TCU), particularly in view of its historical evolution and the theoretical foundations that support the permissibility of consensuality. To this end, primary and secondary data will be analyzed, with a review of the literature on the subject. Consensualism will also be analyzed as an instrument for the prevention of complex conflicts, especially after the institutionalization of consensuality in the Federal Court of Accounts through the publication of Normative Instruction 91/2022, which gives the Court of Accounts the role of facilitator of agreements with the Public Administration. The theoretical reasons behind the legitimacy and effectiveness of consensualism will be presented, as well as demonstrating the gains in economic and pragmatic terms of the adoption of these mechanisms by the Public Authorities. Finally, an analysis will be made of cases submitted to the TCU under the aegis of IN 91/2022, highlighting the court's concrete actions in resolving disputes between State and private individuals.

Keywords: consensualism; theoretical assumptions; public interest; Public Administration; IN 91/2022-TCU.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas

AED – Análise Econômica do Direito

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis do Brasil

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

BDI - Benefícios e despesas indiretas

BTG - BTG Pactual

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

CER - Contratos de Energia de Reserva

CSC – Comissão de Solução Consensual

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IN – Instrução Normativa

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

KPS - Karpowership Brasil Energia Ltda.

MME – Ministério de Minas e Energia

MPTCU – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União

PCS – Processo de Contratação Simplificada

PPPs – Parcerias público-privadas

RBAC - Regulamento Brasileiro de Aviação Civil

SECEX CONSENSO - Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos

SSC – Solicitação de Solução Consensual

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL E A RECEPTIVIDADE TEÓRICA DO CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL	10
3	OS FUNDAMENTOS DO CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA À EFICIÊNCIA NA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS	20
3.1	A LEGITIMIDADE E ABERTURA DEMOCRÁTICA NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS CONSAGRADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL.....	20
3.2	A GARANTIA DA EFETIVIDADE E ECONOMICIDADE NOS ACORDOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PODER-DEVER DE TRANSACIONAR	26
4	O CONSENSUALISMO COMO FERRAMENTA PREVENTIVA DE CONFLITOS COMPLEXOS: UM ESTUDO SOBRE A EFETIVIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91/2022 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E FUTUROS DESAFIOS	30
4.1.	ANÁLISE EMPÍRICA DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS HOMOLOGADAS SOB A ÉGIDE DA IN 21/2022 ATÉ MAIO DE 2024	30
4.2.	O PAPEL DO TCU NA SOLICITAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL SEGUNDO A IN 91/2022...	39
4.3.	OS LIMITES DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL NOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS.....	42
5	CONCLUSÃO	46
6	REFERÊNCIAS	51

1. INTRODUÇÃO

A nova configuração do Estado que está a tomar forma, com suas múltiplas variações, deslocamentos e distorções, traz questões sobre as condições de exercício do poder estatal nas sociedades pós-modernas: integrado em uma complexa rede de interdependência, exposto à concorrência de múltiplos poderes com os quais tem de se confrontar e atravessado por diversas linhas de ruptura, parece ter perdido grande parte dos seus meios de ação e da sua capacidade de controlar as mudanças sociais; confrontado com cidadãos exigentes que já não mais se satisfazem com a delegação inerente ao sistema representativo e que querem participar das escolhas coletivas, o Estado se vê obrigado a negociar permanentemente com os diversos interesses sociais (Chevallier, 2008, p. 237, tradução livre).

O debate sobre a *consensualidade* se insere em reflexões mais amplas acerca do papel do Estado moderno na mediação e resolução dos conflitos sociais. O exercício da autoridade estatal e a garantia do interesse público nas relações econômicas e jurídicas estabelecidas com os particulares e sua tensão constante com a garantia dos interesses e liberdades privados trazem, até os dias de hoje, frutíferas discussões, dilemas e controvérsias, tanto na doutrina quanto nas práticas dos tribunais e órgãos administrativos.

Afinal, a realização de transações pelo poder público tem trazido questionamentos importantes sobre dogmas do Direito Administrativo, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, além de novas perspectivas para a solução das demandas de uma sociedade complexa, heterogênea e repleta de distintos e conflitantes interesses.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma reconstrução da *práxis* institucional do Tribunal de Contas da União (TCU) no âmbito da consensualidade para a prevenção e solução de disputas, notadamente com a sua institucionalização pela Instrução Normativa n. 91/2022, com a finalidade de cotejar o uso dos instrumentos pela Corte de Contas na solução de casos concretos e, então, analisar se a atuação tem atendido aos critérios de validade e de efetividade construídos doutrinariamente.

Para tanto, far-se-á uma breve exposição histórica acerca do uso da consensualidade pelo TCU e o seu fundamento na substituição de um modelo de “Administração Pública Burocrática” para uma “Administração Pública Gerencial”. Demonstrar-se-ão, nesse sentido, as discussões no TCU

que antecederam a elaboração da Instrução Normativa n. 91/2022, bem como a criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso).

Em seguida, serão explicitadas as razões que fundamentam a viabilidade da construção de decisões consensuais pela Administração Pública, tanto no viés de legitimidade quanto no aspecto pragmático dos ganhos em termos de efetividade e economicidade.

Por fim, a partir desses pressupostos teóricos subjacentes, será feita uma análise de três casos submetidos à apreciação do TCU de acordo como procedimento estabelecido pela IN 91/2022, demonstrando, sob uma perspectiva crítica, como se deu a atuação do TCU na resolução das disputas entre o poder público e particulares, bem como os desafios para a implementação desses instrumentos e o alcance da legitimidade e efetividade trazidos nas discussões teóricas e doutrinárias acerca da temática.

A metodologia adotada no presente trabalho consiste no exame de dados primários e secundários, realizando-se uma revisão de bibliografia e análise de documentos (acórdãos proferidos pelo TCU e atos normativos), com o objetivo de demonstrar a evolução histórica, doutrinária e jurisprudencial do uso dos mecanismos da consensualidade pelo Tribunal.

2. REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL E A RECEPTIVIDADE TEÓRICA DO CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

O surgimento e ascensão do consensualismo na Administração Pública estão inseridos em um contexto de evolução da forma de atuação do Estado como gestor público ao longo do tempo, perpassando pelas fases patrimonialista, burocrática e gerencial. Embora não se pretenda esgotar a abordagem de todas elas no presente trabalho, é crucial entender como se deu a transição do período burocrático ao modelo gerencial, já que a mudança foi responsável por redirecionar a relação entre o poder público e o particular, abrindo espaço a novos métodos de resolução de conflito.

O modelo burocrático fundava-se, precipuamente, na ideia rígida de legalidade, diante da qual a eficácia da ação do estado gestor dependia estritamente de lei que a abarcasse. Ou seja, enquanto a ação ou inação do particular se limitava à proibição expressa da lei, a atuação administrativa deveria se pautar à efetivação da finalidade legal pré-disposta.

Com isso, para autores tradicionais como Mello (2010, p. 76), a concretude do interesse público por meio da atividade administrativa deveria se embasar não só na “ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação”. Administrar seria, portanto, a aplicação da lei, de ofício.

Ocorre que a aplicabilidade rígida desse viés impunha, em um contexto de transformações tecnológicas e complexificação das relações sociais no Brasil da década de 80, severos impasses à funcionalidade da máquina pública de forma eficiente. A contraponto, mostrou-se insuficiente para corresponder às demandas e problemas concretos na esfera social e econômica advindos da iniciativa privada, cada vez mais fortalecida.

Nas palavras de Bresser-Pereira (1996, p. 10), formulador da Reforma Administrativa no governo Fernando Henrique Cardoso, a obsolescência do modelo de administração vigente precisava de mudanças conjunturais, no intuito de privilegiar a performance estatal econômica e eficiente:

No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que a administração burocrática não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, e pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

Nesse contexto de baixa eficiência e alto custo da máquina pública, o modelo de gerência no setor público surgiu e ganhou forças no Brasil, graças à proposta de atuação relacionada à retração da máquina estatal, flexibilização, desregulamentação, delegação de serviços públicos e foco primordial em resultados. Segundo a própria análise do autor da reforma, supramencionado, essa transformação foi responsável por reposicionar o papel do Estado no sentido de facilitar o desenvolvimento econômico e, paralelamente, garantir o bom funcionamento do serviço público (Bresser-Pereira, 1996, p. 16).

A partir de então, foram sendo criados meios de reposicionar o particular perante a administração pública, enquadrando-o não como oponente direto ao interesse público, mas, sim, como possível parceiro fomentador de atividades ligadas à educação, saúde e economia.

No intuito de desenvolver a atividade estatal de forma mais eficiente, o Estado passou a se utilizar de instrumentos como privatizações, concessões (*vide* Lei nº 8.987/95), parcerias público-privadas (PPPs), introduzida pela Lei nº 11.079/2004, com o propósito de propulsionar soluções inovadoras e céleres à administração pública.

Apesar da aproximação do Estado-gestor aos entes privados, a possibilidade de transacionar com o particular não foi recepcionada de forma ampla pela doutrina e pela jurisprudência logo de início. O acordo como meio de solução de conflitos na relação público-privada significaria, na prática, a disposição do interesse público pelo administrador. Tal visão firmava-se na premissa de que o interesse público seria observado apenas no espectro da coletividade, absolutamente independente e alheio aos interesses privados (Faria, 2022, p. 277).

Nesse ponto, o monopólio do princípio da imperatividade por parte do Estado, qual seja, o poder de impor unilateralmente as decisões aos administrados, inviabilizaria a cessão de vantagens absolutas típicas do poder exorbitante ao particular. Por isso, a decisão administrativa não poderia advir de acordo de vontade entre a Administração Pública e o administrado, ainda que, em termos práticos, o ato administrativo imposto coincidissem com a vontade do ente privado (Palma, 2015, p. 74).

Ocorre que a ideia de monopólio estatal do interesse público, definida a partir da atuação imperativa e unilateral de órgãos, entidades e entes públicos foi se desmantelando ao longo do tempo e abrindo espaço para uma visão mais pragmática do interesse público, como conceito indeterminado suscetível à ampla interpretação. O mesmo raciocínio se replicaria ao princípio da imperatividade, que também seria passível de mitigação e de ponderação pelo intérprete.

Nesse sentido, doutrinadores tradicionais como Ávila (2005, p. 205) classificam que tais conceitos são eminentemente éticos, de modo que não possuem natureza de norma-princípio. Em verdade, sua aplicação estaria sujeita à ponderação e à modulação perante outros princípios igualmente relevantes e, por vezes, prioritários ao caso concreto, como o princípio da eficiência. Não haveria, portanto, qualquer empecilho objetivo para limitar a atuação da administração pública em transações com o particular.

Com isso, a partir de uma visão pragmática da gestão pública, a doutrina passa a reconhecer a legitimidade do consensualismo como alternativa à solução de conflitos perante os administrados, desde que a opção pelo método vise ao alcance do interesse público. Nas palavras de Dias (2018, p. 175-190), o “interesse primário é a dimensão pública do interesse privado, se referindo ao plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade e o secundário é o interesse particular, individual”, de modo que ambos estão integrados, inexistindo oposição entre si.

Note-se que a admissão do acordo na administração pública trouxe consigo um refrigério democrático e paradigmático ao Estado-gestor, na medida em que possibilitou maior representação aos administrados a partir da negociação. Se antes a maior parte dos atos eram projetados unilateralmente pelo Estado, por ato

administrativo ou mesmo pelo Judiciário, a partir da lógica “perde-ganha” abre-se margem para participação de cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil, em prol da solução mais adequada e factível ao caso concreto.

Tal aspecto apresenta especial relevância no contexto contratual, no qual o particular apenas adere aos termos do edital já postos pela Administração Pública na hipótese de licitação, aos quais ambos se vinculam, sem que haja espaço para ampla discussão.

Porém, é comum que, ao longo da execução do contrato, haja uma série de percalços que impeçam o estrito cumprimento das obrigações pactuadas, seja por parte da contratada, seja por parte do contratante. A possibilidade de negociação bilateral ao longo da execução do contrato é especialmente relevante nas contratações públicas por se apresentar como alternativa viável à manutenção da avença, em contrapartida à realização de novo procedimento licitatório ou a resolução do contrato. Como será explorado no Capítulo 3 deste trabalho, a complexidade da realidade contratual, não raro, exige soluções específicas ao caso concreto, que são mais bem aplicadas a partir da abertura de discussões entre as partes envolvidas.

Cita-se, como exemplo, a admissibilidade pelo TCU do pedido de repactuação do Contrato de Concessão celebrado entre a ANTT e a Concessionária MSVia, conforme notícia divulgada pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística em 2023, contrato que antes se encontrava em processo de relicitação para a devolução amigável da rodovia. A repactuação possibilitará o atendimento de cerca de 18 municípios do estado do Mato Grosso do Sul (Chaves, 2023) com melhorias substanciais no acesso ao modal rodoviário por indústrias e produtores rurais.

Ainda na esfera contratual, o acordo também se mostra como possibilidade eficiente à sanção cabível na hipótese do descumprimento de obrigações por parte do contratante. A baixa eficiência da sanção pecuniária, por exemplo, pôde ser demonstrada pelo levantamento feito pelo TCU (Brasil, 2012) para analisar o índice de retorno financeiro aos cofres públicos das multas aplicadas. No estudo, verificou-se que entre os anos de 2008 e 2011 apenas R\$ 1,7 bilhão foi arrecadado, em que pese o montante total das multas aplicadas ter sido aproximadamente R\$ 29 bilhões.

Apesar de essa estimativa ter influência de outros fatores que envolvem fiscalização e controle das arrecadações das multas administrativas (Brasil, 2015), é inegável que o ato administrativo imperativo sancionador nem sempre representa a estratégia mais eficaz ao poder público e, enfim, ao interesse público. Esse aspecto é, até mesmo, explorado com maestria na obra *Sanção e acorda administração pública*, da autora Juliana Bonacorsi de Palma (2015).

A mudança de perspectiva em relação à possibilidade de acordo na Administração Pública acompanhou a tendência de desjudicialização empenhada pelo legislativo ao longo da primeira década de 2000, por meio da edição de leis como: a Lei nº 12.153/2009, que trouxe consigo a possibilidade de acordo junto à Fazenda Pública nos Juizados Especiais; a Lei nº 12.529/2011, que previu o acordo deleniência; e a Lei nº 9.307/1996, que instituiu a autocomposição sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Na esfera da Administração Pública indireta, os meios consensuais ganharam força com o surgimento das Agências Reguladoras a partir da segunda metade da década de 90, “como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório” (Zymler, 2004) no controle interno, equilibrando os interesses do ente privado perante interesses coletivos. A competência de firmar acordos com o particular, veio, até, expressa nas leis que criaram a ANTT (*vide* art. 82, VIII, da Lei 10.233/2001) e a ANP (art. 9º, inc. IV, da Lei 2.455/1998).

Em que pesem os acordos no âmbito contratual terem sido conjecturados internamente pela administração indireta, a efetividade e viabilidade de tais ajustes dependia, ainda, da receptividade pelo TCU, que não se deu de forma imediata. Isso porque prevalecia no Tribunal a firme jurisprudência da indisposição dos privilégios absolutos e irrestritos à administração, possibilitada pelo seu poder discricionário, uma vez que se tratava de implicações diretas do interesse público. Havia, ainda, o entendimento de que a consensualidade na Administração Pública não encontrava arcabouço jurídico, o que infringiria o princípio da legalidade estrita.

Com base nessa visão, para o órgão, era inadmissível o instrumento da arbitragem como meio consensual aplicável aos contratos administrativos. Para ilustrar esse entendimento, cita-se trecho do Acórdão nº AC 1.099/2006 de relatoria de Augusto Nardes (Brasil, 2006):

o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros). Daí, então, a nulidade de cláusulas editalícias e contratuais que estabeleçam procedimentos de arbitragem para solução de controvérsias relacionadas aos ajustes administrativos para a elaboração de projetos e/ou execução de obras e/ou serviços de engenharia rodoviária.

Nesse ínterim, o surgimento do Código de Processo Civil de 2015 teve papel fundamental para reformar esse entendimento, tendo em vista que o novo código trouxe consigo a mecanização integrada de métodos consensuais ao longo de todo o regimento (Binenbojm, 2023, p. 20). Essa abordagem repercutiu em todo o sistema jurídico brasileiro, que se reposicionou favoravelmente a métodos capazes de resolver conflitos de forma célere e eficiente para alcançar a pacificação social.

Também no ano de 2015, houve a alteração do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) pela Lei nº 13.129/2015, que incluiu a Administração Pública direta e a indireta como um dos agentes legitimados a “utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º, Lei nº 9.307/1996).

A partir disso, essa lógica passou a adquirir ainda maior capilaridade no próprio TCU, impulsionado em grande medida pelo atual presidente da corte, Bruno Dantas, segundo o qual o consensualismo seria compatível com a sistemática da administração pública, visto que se posicionaria como “meio para a consecução [de seus fins]. Se esse fim puder ser atingido por uma via mais célere, menos traumática e menos desgastante que a via tradicional, o interesse público em sua dupla dimensão estará satisfeito.” (Dantas, 2020, p. 273).

Esse posicionamento refletiu-se na mudança de entendimento do Tribunal, marcada pelo Acórdão n. 3160/2020, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, ocasião na qual se reconheceu que o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser visto de forma irracional, mas, sim, modulado à luz do princípio da eficiência.

Abriu-se espaço para a admissão não só da arbitragem, mas também de outros métodos de composição entre as partes no âmbito do controle externo, desde que estes fossem utilizados com o intuito de viabilizar a celeridade da resolução da

disputa no caso concreto. Tal viés teria, até, fundamento constitucional, conforme o destacado no trecho da decisão paradigma supracitada (Brasil, 2020):

No âmbito da discussão trazida à tona pelo representante, o raciocínio acima pode ser aplicado, uma vez que se ao ente regulador compete a tarefa de executar a outorga desses serviços à iniciativa privada e também regular, fiscalizando, punindo ou decidindo fatos relacionados às suas atribuições regulatórias, **ao levar uma lide para uma câmara privada de arbitragem, não estará abrindo mão de um bem público, mas tão somente dando cumprimento às permissões legais vigentes**, que autorizam o uso da arbitragem em prol da aplicação de dispositivos constitucionais que primam pela eficiência, segurança jurídica e moralidade.

Ressalta-se que essa foi uma importante guinada para a consolidação do consensualismo na esfera pública, na medida em que o TCU, como ente fiscalizador dos atos das agências reguladoras envolvendo aspectos patrimoniais e orçamentários públicos, possui poder fiscalizatório e sancionador atribuído. Ou seja, a consolidação de meios consensuais na esfera da administração pública dependia da institucionalização destes pelo órgão de controle.

A importância da admissão do consensualismo pelo do órgão de controle foi bem retratada pela autora Palma (s.d., p. 3), ao afirmar que “a sedimentação do modelo de acordos substitutivos viria de um posicionamento favorável do TCU, especialmente se envolvesse um grande pacto, com expressivos valores de investimento”.

Apesar da permissibilidade reconhecida, a atuação ativa do Tribunal de Contas nesse âmbito limitou-se, inicialmente, ao papel fiscalizatório de acordos extrajudiciais atinentes às discussões contratuais. Nesse sentido, a sua atuação baseava-se na análise dos requisitos legais dos acordos promovidos por agentes administrativos nos aspectos da legalidade e economicidade, o que se dava em momento posterior ao acordo firmado.

Ocorre que a liberalidade conferida às agências reguladoras ao negociar com o particular bilateralmente abria espaço a uma série de questionamentos por parte do TCU, que, ao fazer o controle externo por vezes divergia da viabilidade legal do

acordo ou mesmo apontava incoerências na escolha administrativa realizada, a partir dos parâmetros do próprio Tribunal.

Nesse sentido, cita-se como exemplo o Acórdão nº 2688/2008-P (Brasil, 2008), de relatoria do Min. Benjamin Zymler, no qual o Tribunal contrariou o acordo firmado, por entender que este não havia abarcado adequadamente o interesse público e estava eivado de ilegalidade:

O Tribunal [é] imbuído da responsabilidade de analisar o presente processo não apenas do ponto de vista do ressarcimento ao Erário, mas também sob o enfoque da legitimidade dos atos que lhes deram causa. (...) Ainda no que toca à participação de órgãos jurídicos na celebração do acordo de que trata este processo, (...) mostraram-se negligentes na análise do processo, contribuindo, pois, para a viabilização de um acordo ilegal, antieconômico para a União e contrário ao interesse público. O princípio da isonomia deve, pois, prevalecer sobre o princípio da economicidade; se a vantagem for de tal ordem que justifique sua condição de extraordinária, o Poder Legislativo é que deverá manifestar-se autorizando a firmação do acordo." (TCU Plenário, Acórdão nº 2688/2008, TC-013.870/1997-1, Min. Rel. Benjamin Zymler, julgado em 26/11/2008.)

Diante disso, criou-se o temor de responsabilização dos agentes públicos em razão de proposta de acordos (Santana, 2017, p. 53), já que a celebração de acordos demanda, inevitavelmente, a atuação discricionária por parte das Agências Reguladoras, haja vista seu caráter atípico. Ainda que houvesse justificativa jurídica plausível, prevalecia a aguda incerteza jurídica aos administrados ante o risco de direcionar investimentos, tempo e pessoal para firmar acordo que posteriormente pudesse ser invalidado pelo controle externo.

A mudança de cenário se deu ao final de 2020, partindo de uma preocupação da gestão do presidente do TCU, Bruno Dantas, em modernizar a gestão governamental do Tribunal (Dantas, 2024, p. 269) aos moldes da evolução conjuntural do direito administrativo. Isso conduziu à publicação da Instrução Normativa 91/2022, responsável por institucionalizar a atuação consensual no TCU, estabelecendo procedimento formal para garantir que os acordos pudessem ser analisados pela ótica da legalidade e da viabilidade já na fase de estruturação do acordo, com posterior homologação, se fosse o caso.

Para tanto, foi criada a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso), responsável por conduzir os procedimentos direcionados à prevenção e à solução de conflitos, a partir (i) da análise

prévia de admissibilidade do requerimento, com base na conveniência e oportunidade, e (ii) da coordenação da Comissão de Solução Consensual (CCS), mediante o apoio de suas atividades.

Quanto aos termos formais, esclareça-se que nem todas as propostas de acordo podem ser processadas pelo TCU, mas apenas aquelas que, segundo o art. 1º da IN 91/2022, são de competência do órgão – *vide* art. 70 e art. 71 da Constituição Federal – e afetas a órgãos e às entidades da Administração Pública Federal. Some-se a isso o requisito subjetivo que exige a demonstração de relevância e urgência ao interesse público para que seja objeto de análise pela Secex Consenso.

Nas palavras de Benjamin Zymler (Brasil, 2023), o Tribunal assumiu a posição de “interveniente anuente”, tendo em vista não participar propriamente da formação das vontades das partes, mas “[deliberar] amplificando exponencialmente a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre as partes”.

Nesse ponto, a intervenção do TCU se dá de forma cooperativa (Dantas, 2020, p. 277), com a participação conjunta de especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual, das partes e do plenário, no intuito de ampliar as possibilidades e inovações capazes de consolidar o acordo.

Apesar da eficácia *inter partes* do acordo homologado, essa sistemática promove ganhos estendidos à coletividade ao viabilizar soluções mais modernas e dinâmicas a partir da colaboração de entes privados.

Observa-se que o TCU tem se empenhado em, progressivamente, aprimorar o sistema conciliatório criado. Recentemente, por meio da edição da Instrução Normativa 97/2024, houve a alteração da Instrução Normativa 91/2022 no que tange à fase instrutória do processo, especificamente sobre o prosseguimento da tramitação do acordo em caso que haja dissenso entre as unidades técnicas do Tribunal.

Na previsão anterior, na hipótese de haver divergência de opinião entre elas, o processo deveria ser arquivado. Já com a nova previsão, introduzida pelos artigos 7º, § 6, 8º, *caput*, e § 1º da IN 97/2024, torna-se dispensável a concordância de todas as unidades técnicas quanto à viabilidade da proposta apresentada. Basta que haja o aval de “todos os membros da CSC externos ao TCU e de ao menos uma das

unidades representantes do TCU na CSC” (art. 8º, *caput*) para que o processo prossiga e seja remetido ao MPTCU e ao Plenário, que irão dirimir sobre as divergências técnicas encontradas e, se for o caso, arquivar o processo.

Essa mudança foi necessária para impedir que o arquivamento seja a solução primária para casos de divergência de opinião. Mesmo porque, conforme o entendimento do Min. Vital do Rego, expresso ao proferir o Acórdão nº 506/2024 (Brasil, 2024), autor da alteração, é esperado que se tenha divergências no decorrer das discussões, já que a natureza do acordo abarca posições distintas que precisam chegar a um consenso final. Encerrar as discussões diante da divergência seria inviabilizar a efetividade do sistema consensual em vigor.

Contudo, há que se reconhecer alguns desafios a serem enfrentados pelo órgão no que tange a solução de consensual de conflitos. Cita-se, por exemplo, o fato de que, até então, foram setores restritos de infraestrutura (aeroportuário, ferroviário e energia) que tiveram as propostas de acordo admitidas e homologadas pelo TCU, o que será mais bem demonstrado no Capítulo 3.

Diante dos benefícios conjunturais que o consensualismo pode acarretar ao poder público, à coletividade e ao particular, conforme se aprofundará neste trabalho, faz-se necessária a amplificação desse instrumento, de modo a possibilitar, por esse meio, a prevenção e a solução de conflitos a outros setores da economia nacional.

3. OS FUNDAMENTOS DO CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA À EFICIÊNCIA NA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

3.1. A legitimidade e abertura democrática no processo de tomada de decisões administrativas consagradas pela Administração Pública Consensual

A inclusão de mecanismos consensuais de prevenção e resolução de conflitos (*dispute board*) no debate sobre a modernização do Estado e seu aparato burocrático surge num contexto de crítica a uma concepção abstrata e homogeneizante de interesse público (Medauar, 2020, p. 234), bem como do seu duplo caráter, no aspecto da supremacia e indisponibilidade (Mello, 2009, p. 60).

Nos últimos anos, teses têm sido lançadas no Brasil de modo a reformular o conceito de interesse público para torná-lo compatível com o paradigma constitucional e social pós Constituição de 1988.

Hachem (2014, p. 554) tenta delimitar o conteúdo do interesse público a partir da tutela dos direitos fundamentais, afirmando ser “imprescindível que essa tutela seja igualitária, estendendo para todos os cidadãos que estejam em igual situação os benefícios que são concebidos individualmente”. Isso porque a ideia de uma vinculação à *legalidade estrita* dos atos administrativos também deve ser balizada por outros critérios de validade, quais sejam, a *constitucionalidade* (considerando regras e princípios constitucionais) e a *convencionalidade* (Hachem, 2014, p. 347).

Marques (2002, p. 151-153) pondera que os interesses legítimos dos particulares não podem ser encarados como contrários ao interesse público, e, da mesma forma, é problemática a noção de um interesse público no singular, autônomo e não identificado com os interesses dos particulares. Assim, o autor propõe que a *homogeneidade* do interesse público deva dar lugar à ideia de *heterogeneidade* do interesse público.

Essa nova noção de interesse público, não mais singular e absoluta, exige também um novo papel a ser desempenhado pela Administração Pública na tutela desses interesses e na sua relação com os interesses dos particulares. Marques (2002, p. 163) acaba por compreender que a Administração não pode ser apenas um

“árbitro” dos interesses públicos, mas deve atuar como um “mediador ativo”, que irá articular, implementar e efetivar esses interesses:

impende ao poder político (i) mediar os conflitos entre uma e outra classe de interesses públicos, agindo positivamente na afirmação dos interesses difusos; (ii) atuar, a partir de pautas políticas, no sentido de implementar direitos difusos, ainda que estes não sejam canalizados por meio de grupos ou processos específicos de pressão; e (iii) cumprir estas duas dimensões respeitando, de toda sorte, os direitos individuais (Marques, 2002, p. 164).

Para Binenbojm (2019, p. 2), a noção de supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares seria incompatível com o constitucionalismo democrático e inapta para equacionar os conflitos que envolvem dimensões individuais e transindividuais. Binenbojm ressalta que a constitucionalização do direito administrativo pôs em xeque alguns dogmas do direito administrativo clássico:

- (i) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
- (ii) a definição do que é o interesse público, e de sua proclamação de supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;
- (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública. (Binenbojm, 2005, p. 8).

Não se trata, portanto, de um abandono da autoridade estatal, mas da necessidade de uma nova percepção de que o melhor interesse público será aquele resultante de uma solução consensual (bilateral ou multilateral), capaz de atender simultaneamente interesses específicos da Administração (e da sociedade como um todo) e interesses particulares legítimos (Binenbojm, 2020, p. 2). Essa visão torna evidente a inadequação tanto de uma perspectiva que entende que qualquer solução

oriunda da transação entre particulares e o Estado representa uma subversão da supremacia do interesse público (e.g. Martins, 2017, p. 66), quanto de uma perspectiva legitimadora da apropriação patrimonialista de bens da coletividade em prol de interesses “particularísticos” (Marques, 2002, p. 151), despidos de qualquer legitimidade.

A compreensão de que a realização do melhor interesse público pode decorrer da transação entre Estado e particular corresponde ao célebre modelo de negociação desenvolvido segundo a *Teoria da Escola de Harvard*, nos termos do qual os bons acordos são aqueles que proporcionam ganhos para todos os envolvidos (Fisher, Ury, Patton, 2005, p.149-151), em contrariedade à falsa ideia de que transações devem implicar parciais renúncias de interesses pelas partes.

Essa concepção tem sido há muito tempo discutida no âmbito do Direito Processual Civil, de modo que a consensualidade tem sido apontada como uma importante transformação social capaz de fomentar soluções mais adequadas aos conflitos, levando em maior consideração as particularidades dos sujeitos neles envolvidos em comparação à via litigiosa (Watanabe, 2011, p. 4; Braga Neto, 2008, p.134). Trata-se de uma mudança de mentalidade que compreende que a lógica da autoridade estatal nem sempre é o meio mais eficaz para realizar os interesses da sociedade (Binenbojm, 2020, p. 2; Oliveia, Schwanka, 2008, p. 305).

É possível dizer, nesse sentido, que a noção tradicional de interesse público em seu viés de supremacia e de indisponibilidade deve ser reinterpretada considerando-se que: (i) os interesses individuais legítimos devem ser levados em consideração no conflito com o(s) interesse(s) público(s); (ii) o interesse público deve ser lido a partir da tutela e implementação dos direitos fundamentais (individuais e coletivos) constitucionalmente consagrados; (iii) a ideia de uma legalidade estrita não é suficiente para a validade dos atos administrativos; (iv) a noção tradicional de interesse público promove uma homogeneização dos interesses da sociedade que é incompatível com a realidade do ponto de vista de uma sociedade moderna plural e complexa; (v) as transformações sociais tornam inviável a prevalência absoluta e *a priori* do público sobre o privado.

Essas reflexões trazidas pela doutrina administrativista e constitucionalista nas últimas décadas estão subjacentes ao debate sobre as formas alternativas de

resolução e prevenção de conflitos envolvendo o poder público e demonstram a necessidade de se repensar o modelo centralizado de tomada de decisão pelo Estado.

Floriano de Azevedo Marques afirma que “diante do colapso da noção singular e monolítica de interesse público, a função de composição e conciliação entre os diversos interesses caberá sempre à esfera pública” (Marques, 2002, p. 165). Ou seja, a Administração Pública não é mais o único legitimado a *interpretar e tutelar* o interesse público (Marques, 2002, p. 157). Há um deslocamento para que os diversos sujeitos e participantes de uma comunidade jurídico-política também sejam legítimos a disputar o sentido de “interesse(s) público(s)” e a tomar decisões relevantes para a sociedade.

Nesse viés, Medauar ressalta importante papel do Estado como um *mediador* dos interesses públicos e interesses privados legítimos:

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 Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre as 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 (Medauar, 2003, p. 211).

Surge, a partir disso, a ideia de uma *Administração Pública Consensual* (Dantas, 2020, p. 269):

A Administração Pública Consensual é resultado desse movimento de modernização da gestão administrativa que rompe com um esquema que se alicerçava na imperatividade unilateral dos atos administrativos para contemplar um modelo pautado no diálogo, negociação, cooperação e coordenação, que não deixa, por isso, de seguir a lógica da autoridade, mas passa a ser matizada, porém, pela lógica do consenso.

A adoção da consensualidade e da negociação na tomada de decisões do poder público em suas relações com os particulares realiza uma concepção legítima, democrática e dialógica de resolução de disputas exigida no paradigma do Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988.

Na perspectiva de uma teoria do direito e da democracia de Habermas(2010), tem-se que os mecanismos consensuais operam um deslocamento do centro da tomada de decisões relevantes para a sociedade acerca do que melhor realiza ou fomenta o interesse público, que, antes, se dava de forma centralizada pelo aparato formal do Estado, para a “periferia” da esfera pública, denominada *esfera pública informal* (composta por instituições da sociedade civil organizada, associações, fundações, sujeitos privados etc.), com a participação direta dos administrados:

La autonomización ilegítima del poder administrativo y del poder social frente al poder comunicativo generado democráticamente sólo se impedirá en la medida en que la periferia sea (a) capaz de, y (b) se le presenten a menudo ocasiones para, rastrear y husmear los problemas latentes (y sólo políticamente elaborables) de integración de la sociedad, de identificarlos y de tematizarlos eficazmente, y a través de las esclusas del complejo parlamentario (o de los tribunales), introducirlos de tal suerte en el sistema político, que se vea *perturbado* el modo rutinario de trabajar de éste. Menos problemática es la suposición (b). Como hemos visto, en el curso de la progresiva diferenciación funcional se afloja el nexo entre los distintos ámbitos parciales decentrados, que se vuelvan autónomos; y así, crece la necesidad de integración que da carácter endémico a las crisis y hace menester procesos de aprendizaje acelerados. Sí es problemática la suposición (a). Pues con ella una buena parte de las expectativas normativas que la política deliberativa lleva anejas, caen del lado de las estructuras periféricas de formación de la opinión. Las expectativas se enderezan a la capacidad de esa "formación de la opinión" para percibir problemas de la sociedad, para interpretarlos u para ponerlos en escena de una forma que atraiga la atención y que a la vez resulte innovadora (Habermas, 2010, p. 438-439).

Isso quer dizer: a legitimidade das decisões no centro da esfera pública (composta pelo aparato formal do Estado, como a própria Administração Pública, legislativo etc.) depende dos processos de formação da opinião pública e da vontade na periferia da “esfera pública informal”. Para que decisões vinculantes se tornem legítimas, elas devem ser controladas e regidas por fluxos de comunicação que partam da própria periferia e obedeçam às exigências normativas da publicidade, racionalidade e igualdade (Habermas, 2020, p. 437).

Nesse sentido, a via consensual e dialógica realiza o próprio princípio democrático, nos termos do qual “somente podem reivindicar validade legítima aquelas leis jurídicas que possam contar com o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica, em um processo discursivo de produção de leis que seja ele mesmo constituído por meio do direito” (Habermas, 2020, p. 187).

Com efeito, o paradigma do Estado Democrático de Direito traduz uma conexão interna entre autonomia pública e autonomia privada que retorna ao sistema de direitos como cooriginários, uma vez que a força integradora do direito subsistena medida em que os *destinatários* das normas jurídicas possam se entender também como *coautores* dessas mesmas normas (Habermas, 2020, p.169):

As instituições normativas que vinculamos aos direitos humanos e à soberania popular podem apenas se fazer valer em sentido *pleno* no sistema e direitos se partirmos da ideia de que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação não podem ser moralmente imposto ao legislador soberano como um limite externo, nem tampouco instrumentalizado como um requisito funcional para seus fins. A cooriginalidade [*Gleichursprünglichkeit*] da autonomia privada e da autonomia pública só se mostra quando deciframos, segundo os termos da teoria do discurso, a figura de pensamento da “autolegislação”, segundo a qual os destinatários de direitos são ao mesmo tempo seus autores. A substância dos direitos humanos se insere então nas condições formais da institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania popular assume um formato jurídico (Habermas, 2020, p. 235).

Nesses termos, a abertura aos interessados e afetados de influir, efetivamente, na formação das decisões do poder público, propiciada pelos instrumentos consensuais, representa um inequívoco ganho democrático, já que os argumentos dos afetados serão considerados para a referida tomada de decisão e, portanto, qualificar-se-ão tanto *destinatários* quanto *coautores* da referida decisão administrativa.

Nesse sentido, em termos conceituais, a consensualidade é capaz de efetivar em maior grau a função do direito de estabilização de expectativas de comportamento dos sujeitos (Luhmann, 2006, p. 47), ao desenvolver uma relação de *confiança* entre Administração e administrados (Luhmann, 2005, p. 15), a partir da previsibilidade de riscos e resultados futuros por ambas as partes.

A proteção da confiança, nas palavras de Luhmann, “faz emergir gradualmente expectativas de continuidade” (Luhmann, 2005, p. 41), ou seja, é capaz não só de estabilizar as relações administrativas como também fomentar padrões futuros de colaboração entre Administração e administrados e de respeito a esses acordos, em prestígio à segurança jurídica.

Além disso, há contribuição para maior transparência na gestão da coisa pública, ao permitir-se que os interesses privados e interesses da Administração

sejam identificados e publicizados em um acordo formal (Binenbojm, 2020, p. 4), garantindo um controle (*accountability*) da qualidade dessas decisões administrativas pela própria sociedade.

A partir dessas premissas, pode-se afirmar que a legitimidade da tomada de decisões da Administração Pública é realizada com a adoção de instrumentos consensuais que substituem o modelo centrado no ato administrativo (unilateral) para contemplar também os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade), uma vez que: (i) há a possibilidade de uma transigência que proteja interesses legítimos de particulares; (ii) há o controle da legitimidade das decisões da Administração pelos próprios administrados, e, em última instância, pela sociedade; (iii) há uma abertura ao diálogo e à formação democrática da vontade, com ampla participação dos envolvidos, obedecendo à exigência de “autolegislação” do direito moderno; (iv) coordenação dos atores sociais para a obtenção de consensos e, portanto, um maior cumprimento da função de estabilização das expectativas de comportamento e da proteção da confiança.

3.2. A garantia da efetividade e economicidade nos acordos com a Administração Pública: o poder-dever de transacionar

Há argumentos de ordem pragmática que justificam a adoção da via da consensualidade, tais como maior economicidade e melhor gestão de recursos públicos.

Desde o debate processualista sobre os métodos consensuais e alternativos de resolução de disputas, abordam-se as vantagens econômico-financeiras para o sistema jurídico e político trazidos pelos métodos de autocomposição. Segundo Cappelletti e Garth:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um

processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida”- ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (1988, p. 67-68).

Menor custo financeiro para os envolvidos, melhora na gestão do tempo e de recursos, rapidez no trâmite processual e implemento mais efetivo da decisão final são justificativas abordadas por Carnelutti para viabilizar a utilização da autocomposição:

El proceso es un médio indispensable para sanar la litis cuando sea rebelde a otros tratamientos más sencillos; pero es también un médio costoso: exige tiempo y dinero. Un buen ordenamento procesal debe hacerse, por tanto, en forma que, por un lado el proceso no opere sino cuando es necesario, y que, por , se ló pueda substituir por otros médios más econômicos si son igualmente seguros. (Carnelutti, 1952, p. 140)

Diante dos benefícios em termos de eficiência e economicidade, há autores que defendem a existência de um *dever* da Administração Pública em transacionar quando essa alternativa se mostrar mais benéfica, em um claro limite ao exercício da discricionariedade do gestor público. Segundo Batista Júnior (2007, p. 468):

Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum.

Nesse mesmo sentido, Cyrino (2010, p. 162) aponta a eficiência como um fator determinante para que a *consensualidade* seja adotada pela Administração Pública, como uma decorrência do dever de proporcionalidade que impõe a análise do custo-benefício sobre as escolhas administrativas, bem como dos princípios da ordem econômica que determinam que a intervenção estatal se dê de modo eficiente (art. 37, CRFB/88) e econômico (art. 70, CRFB/88), na promoção do bem-estar geral (art. 3º, CRFB/88).

Por vezes, aponta-se que a consensualidade é um permissivo geral decorrente da previsão contida no art. 26 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Guerra; Palma, 2018, p. 138):

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

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Embora a eficiência e economicidade sejam abordados como benefícios decorrentes da consensualidade, de forma abstrata, é certo que a *vantajosidade* no caso concreto deve ser demonstrada para a celebração dos acordos administrativos. Trata-se de uma etapa prévia à celebração do acordo em si, adotada pelo TCU como um requisito para a transação pelo poder público (e. g. Acórdão 47/2002-TCU-Plenário; Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário).

Ocorre que o conceito de *vantajosidade* possui uma grande margem de indeterminação, cabendo a cada órgão definir os critérios para que seja aferida no caso concreto: a probabilidade de êxito ou perda em uma demanda judicial, tempo de duração da ação, economia processual, maior custo-benefício, dentre outros.

No campo da Análise Econômica do Direito (AED) aplicada ao campo de estudos da solução e prevenção de disputas (Shavell, 1982; Bebchuck, 1984; Pimentel, 2019), abordam-se diversas variáveis que os sujeitos levariam em consideração ao tomar a decisão de litigar ou de transigir, tais como o valor do direito em disputa, custos com o litígio e a probabilidade do êxito (Pimentel, 2019, p. 147).

A AED permite, como se viu, lançar um olhar diferenciado para a solução de disputas. Permite enxergar, com clareza, por que elementos como custos do conflito - muitas vezes externalizados - e a assimetria de informações contribuem para a litigância. O diagnóstico conduz ao prognóstico, e a economia possui soluções para casos de externalidades negativas e de assimetria informacional (Pimentel, 2019, p. 155).

Em síntese, os elementos referentes à legitimidade do modelo de Administração Pública Consensual estão entrelaçados com as consequências práticas para a redução de custos e efetividade das decisões obtidas de forma consensual. Isso porque, havendo colaboração e transparência na celebração dos acordos, maior a probabilidade de que sejam vistos como legítimos pelos interessados e afetados, e, portanto, que tais decisões sejam cumpridas com maior efetividade e celeridade.

Ainda, pode-se dizer que, em tese, há uma tendência de a via consensual acarretar um uso mais eficiente dos recursos públicos e gerar maior economia, ao serem evitados custos indesejados com o litígio e haver um direcionamento desses recursos financeiros para as áreas necessárias e de interesse da sociedade.

4. O CONSENSUALISMO COMO FERRAMENTA PREVENTIVA DE CONFLITOS COMPLEXOS: UM ESTUDO SOBRE A EFETIVIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91/2022 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E FUTUROS DESAFIOS

4.1. Análise empírica das soluções consensuais homologadas sob a égide da IN 21/2022 até maio de 2024

Como bem destacado no Capítulo 1, a institucionalização da atuação consensual no TCU se deu após a publicação da Instrução Normativa n. 91/2022 (IN 91/2022), a partir da qual se constituiu um ambiente de diálogo propício a uma construção colaborativa de acordos entre partes interessadas mediante a interveniência do próprio Tribunal, que exerce, de forma simultânea, o papel de mediação técnica na consecução da solução consensual e as atividades de sua competência de controle externo.

Em resumo, para a instauração da Solicitação de Solução Consensual (SSC), o pedido deve ser formulado por um dos legitimados ativos elencados no art. 2º da IN 91/2022, contendo os elementos mínimos indicados no art. 3º da IN 91/2022. A admissibilidade é analisada, preliminarmente, pela Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso), e, posteriormente, pela Presidência do TCU, que avaliará os requisitos de conveniência e oportunidade da admissibilidade da matéria, conforme os critérios estabelecidos no art. 5º da IN 91/2022, sob pena de arquivamento do pedido.

Dentre os elementos a serem apresentados junto à solicitação, destaca-se a necessidade de se demonstrar, desde o início, *(i)* a relevância e urgência da matéria (art. 3º, I, IN 91/2022), bem como *(ii)* as dificuldades encontradas para a construção da solução, por meio de pareceres técnico e jurídico (art. 3º, II, IN 91/2022). A princípio, esses requisitos sugerem que a atuação consensual do TCU se concentrará em controvérsias complexas e que a solução consensual será um mecanismo de excepcionalidade.

O cenário da excepcionalidade, contudo, não se confirma no Relatório Anual de Atividades do TCU referente ao exercício de 2023, o qual destaca a mensagem do Ministro Presidente Bruno Dantas sobre uma das prioridades do Tribunal para a

gestão do biênio 2023-2024 (Brasil, 2024, p. 10): a implementação da *cultura da solução consensual*.

Desde o início das atividades da Secex Consenso, foram alcançadas seis soluções consensuais, um número ainda incipiente diante da expressiva quantidade de processos instaurados com essa finalidade. De acordo com o Relatório Anual de Atividades do TCU (Brasil, 2024, p. 132), foram formulados 19 (dezenove) pedidos de solução consensual apenas no ano de 2023, dos quais apenas 5 (cinco) foram efetivamente celebrados. Não foi possível apurar a quantidade de pedidos autuados no ano de 2024, considerando o caráter sigiloso dos processos, tendo sido divulgada a celebração de apenas um acordo até o mês de maio de 2024.

Embora não apenas matérias de infraestrutura possam ser submetidas ao procedimento de solução consensual (Dantas, 2024), os acordos até então celebrados tratam, em sua totalidade, de imbrólios contratuais relacionados a projetos de infraestrutura, abrangendo os setores de energia, ferrovias e aeroportos.

O setor de energia inaugurou a solução consensual por meio do Acórdão 1130/2023-P (Brasil, 2023), prolatado no processo nº 006.253/2023-7, em 07 de junho de 2023. Analisou-se a controvérsia relacionada às usinas termelétricas da empresa Karpowership Brasil Energia Ltda. (KPS), decorrente dos Contratos de Energia de Reserva (CER) celebrados no âmbito do Processo de Contratação Simplificada (PCS) nº 01/2021, envolvendo a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e o Ministério de Minas e Energia (MME).

Para contextualizar, o PCS nº 01/2021 foi concebido em um contexto extraordinário de crise hídrica que ocorreu nos anos de 2020 e 2021, quando se previa dificuldades de suprimento de energia nos anos de 2022 a 2025 devido ao baixo nível de afluência hídrica. Com o objetivo de evitar o desabastecimento de energia, diversas empresas foram contratadas para construir um total de 17 (dezessete) usinas termelétricas para a geração de energia inflexível. Entre essas empresas, a KPS, que assumiu o compromisso de implementar e gerenciar 4 (quatro) usinas termelétricas (Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II).

Entretanto, posteriormente, o cenário de crise hídrica foi normalizado e, considerando a onerosidade da energia termelétrica em comparação à energia

hidrelétrica, o Governador do Estado de Santa Catarina apresentou uma Representação ao TCU, autuada sob o nº 001.722/2022-0, para discutir a desnecessidade da aquisição de toda a energia contratada pelo PCS nº 01/2021. Assim, após a análise da matéria, o TCU estabeleceu um prazo, por meio do Acórdão 2.699/2022-P (Brasil, 2022), para que o MME avaliasse as alternativas cabíveis aos contratos, seja pela manutenção da relação contratual, rescisão unilateral ou solução amigável.

De um lado, havia o interesse público em proporcionar uma tarifa de energia menos custosa aos consumidores; de outro, a ameaça à segurança jurídica dos contratos celebrados, em que o parceiro privado já havia envidado esforços para cumprir com as suas obrigações para a viabilização do empreendimento conforme os termos contratuais.

No caso da KPS, apesar dos atrasos nas execuções contratuais e multas administrativas aplicadas pela Aneel, o que, em tese, justificaria a rescisão unilateral pelo Poder Concedente, havia discussões administrativas sobre pleitos de excludente de responsabilidade por parte da KPS, bem como uma decisão liminar judicial favorável à empresa no sentido de manter a execução do contrato tal como previsto. Nesse cenário, além da recusa da contratada em rescindir o contrato amigavelmente, a autocomposição apresentava-se como a escolha mais vantajosa economicamente tanto para encerrar os litígios pendentes entre as partes quanto para reduzir os custos da geração de energia e, conseqüentemente, a tarifa de energia em prol do consumidor.

Após a instrução do processo nº 006.253/2023-7, as partes convencionaram a alteração das cláusulas contratuais para reduzir a geração de energia inflexível e, com isso, modificar a contabilização de energia e ajustar a remuneração da contratada, além de suspender os processos administrativos, arbitrais e judiciais. A solução teria a vigência de 01/07/2023 a 31/12/2023, com o objetivo de proporcionar um benefício imediato aos consumidores na ordem estimada de R\$ 580 milhões, sem prejuízo da continuidade das discussões para um acerto definitivo das partes após o término do prazo da vigência desse acordo inicial. Em análise dos critérios de conveniência e legalidade que autorizariam a realização do acordo, Zymler (Brasil, 2023, p. 36) destacou que não haveria impeditivo legal para revisão de termos

pactuados entre as partes e que a alteração contratual não ofenderia o dever de licitar, uma vez que tanto a manutenção dos contratos nos termos do edital de licitação quanto a realização de novo leilão seriam alternativas antieconômicas ao poder público:

79. No que se refere à legalidade dos termos contratuais, eminentemente quanto à possibilidade de revisão do contrato para modificar a forma do fornecimento de energia, tenho-a por vencida. Não há impeditivo, na teoria geral dos contratos, da revisão dos termos então pactuados, por acordo entre as partes.

80. Poder-se-ia questionar se não houve revelia no dever de se licitar, consubstanciado no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, posto que as demais licitantes deveriam ter acesso às exatas condições de inflexibilidade para oferecer as suas propostas. Mas tanto o motivo que levou à contratação de energia de reserva foi excepcional – e inexistente interesse, por ora, de empreender leilão semelhante – quanto honrar os contratos então feitos, nos moldes concebidos, far-se-ia por demais custoso. Ao contrário, como consta do racional decisório no voto condutor do Acórdão 2.699/2022- Plenário, a inércia do poder público frente a um quadro antieconômico é que poderia questionar responsabilizações.

Posteriormente, durante a sessão de julgamento realizada em 06/12/2023, a controvérsia foi definitivamente resolvida por meio do Acórdão 2508/2023-P. Além das questões já tratadas pelo Acórdão 1130/2023, a solução consensual também contemplou a redução de cerca de 70% das multas contratuais aplicadas à KPS, o encerramento definitivo das discussões administrativas, arbitrais e judiciais entre as partes contratantes, e a alteração das datas de início e término da prestação de serviços.

E, tal como amplamente debatido nos Capítulos 1 e 2, Zymler (Brasil, 2023, p. 36) destaca a necessidade de se relativizar o idealismo burocrático da atuação da administração pública por meio do princípio da legalidade estrita, especialmente nos casos em que este critério acaba por impedir o alcance dos interesses da coletividade:

70. Afora a legalidade estrita, tenho defendido nesses processos de SSC que, bem mais do que aplicar o direito literalmente, fielmente e univocamente, na decisão consensual as partes convergem numa alternativa que se afasta da aplicação pura e simples das regras jurídicas estreitamente postas. Na verdade, as partes são compelidas a trilhar uma alternativa que seja viável à satisfação dos seus interesses.

71. Eminentemente no direito administrativo, no dever primeiro de ultimar a satisfação da coletividade (ou interesse público primário), se a limitação do direito positivo impede a consecução do mais óbvio dos resultados (neste

caso, a redução das contas de luz podendo atingir até R\$ 1,6 bilhão), a solução consensual pode emergir como a única solução viável.

72. Sem o alicerce de uma solução consensual, é possível que não se chegue a qualquer decisão viável, ou no tempo necessário para vencer os litígios na burocracia típica estatal, atrasando em demasiado – ou impedindo – a ultimação dos interesses coletivos.

73. No caso concreto, a via de legalidade estrita poderia impor R\$ 1 bilhão em multas, já em litígio judicial e de tortuosa liquidação, repercutindo, até o final do contrato, em custos prováveis superiores aos das sanções aplicadas. Nessas premissas, creio estar suficientemente demonstrada a vantagem do acordo e a desvantagem em continuar a litigância.

Esse mesmo contexto do PCS nº 01/2021 se repetiu no processo TC 006.252/2023-0, cuja solução foi dada por meio do Acórdão 1797/2023-P, em sessão de julgamento do Plenário realizada em 30/08/2023. Desta vez, a controvérsia residia no contrato das usinas termelétricas de empresas controladas pelo fundo de investimentos do grupo BTG Pactual (BTG).

Ao contrário da KPS, as usinas do grupo BTG eram adimplentes perante a Aneel e não houve interesse das sociedades em rescindir os contratos amigavelmente. Assim, entre as opções apresentadas pelo TCU no Acórdão 2.699/2022-P – manutenção do contrato, rescisão unilateral ou autocomposição –, o MME também optou pelo pedido de solicitação de solução consensual nesse caso.

A solução ajustada entre as partes envolveu a modificação das cláusulas contratuais para interromper a geração inflexível de energia até o término dos contratos e a permissão de utilização das usinas em situações específicas. Isso resultou na alteração das formas de remuneração da contratada, gerando o benefício líquido estimado em cerca de R\$ 224 milhões aos consumidores.

As justificativas jurídicas para a consecução do acordo repisam aquelas externadas no Acórdão 1130/2023 pelo Relator Benjamin Zymler: legalidade de revisão de termos contratuais; antieconomicidade de manutenção do contrato ou se se realizar novo procedimento licitatório (também considerando o caráter de excepcionalidade do PCS nº 01/2022); e interesse da coletividade em vista da redução tarifária (Brasil, 2023).

Não obstante a diminuição da onerosidade da tarifa de energia, a atuação do Tribunal também analisou, sobretudo, o interesse dos contratados, que “possuem

contratos perfeitos e vigentes, com justas expectativas de retorno financeiro junto a investidores e contratos de compra de gás a honrar” (Brasil, 2023, p. 34).

A partir de novembro de 2023, iniciaram-se discussões no setor ferroviário, por meio dos processos TC 000.853/2023-2 e TC 000.855/2023-5, ambos instaurados a pedido da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a partir de pleitos de interesse das Concessionárias Rumo Malha Paulista e Rumo Malha Sul, respectivamente.

A controvérsia tratada no primeiro processo envolveu uma proposta de alteração do Caderno de Obrigações pactuado no âmbito da prorrogação antecipada do Contrato de Concessão celebrado entre a Concessionária Rumo Malha Paulista e a ANTT, em questões de modernizações de linha tronco e ramais, duplicações de trechos ferroviários, investimentos de sinalizações, contornos e obras de recuperação. Em suma, as partes visavam modificar os prazos de execução de alguns investimentos e substituir algumas das soluções previstas contratualmente para determinados projetos, o que geraria excedentes de outorga na ordem de R\$ 500 (quinhentos) milhões.

O resultado das negociações foi consolidado no Acórdão 2472/2023 (Brasil, 2023), em sessão de julgamento realizada em 29/11/2023. O acordo contemplou não somente o acatamento das sugestões de alterações do Caderno de Obrigações, como também definiu a destinação do valor excedente de outorga, a ser utilizado em novas obras a serem realizadas pela Concessionária, a fim de reverter o investimento ao próprio setor ferroviário – tendo em vista o risco de engenharia já aplicado sobre o montante. Além disso, as partes incluíram no escopo do acordo o pagamento do valor de R\$ 670 milhões pela Concessionária a título de “adicional de vantajosidade ao interesse público”, acrescido ao valor da outorga, que, na verdade, se referiria a controvérsias relacionadas à amortização da base de ativos e passivos da ferrovia.

As principais justificativas da solução adotada basearam-se no princípio da mutabilidade dos contratos de concessão e na necessidade de adequá-los às necessidades da ferrovia. Para a consecução do acordo, foram considerados, ainda, os princípios da razoabilidade, do interesse público e da eficiência tendo em vista que as atualizações propostas buscavam alcançar melhores resultados operacionais e mais econômicos, gerando, ainda, receitas adicionais aos cofres públicos.

Convém destacar, contudo, o disposto na Instrução da Secex Consenso quanto à necessidade de restringir a solução apresentada ao caso específico da Rumo Malha Paulista, visando evitar a criação de precedentes para casos semelhantes envolvendo concessões ferroviárias:

56. Considerando a complexidade do problema, a conjuntura histórica, social, normativa e econômica da concessão, restringiu-se aqui as discussões à Malha Paulista. Pretendeu-se destrinchar e estudar possíveis soluções aplicáveis a este trecho, apenas para aspectos específicos e considerados relevantes deste contrato. Assim, o primeiro entendimento aqui firmado foi o de limitar o alcance das discussões e eventual solução ao caso concreto do contrato de concessão da Rumo Malha Paulista - RMP.

57. As propostas aqui apresentadas foram balizadas por este contrato específico. Assim, não se teve a pretensão de exaurir o debate, ou estabelecer algum tipo de verdade sobre contratos de concessão ferroviários, de forma geral. Portanto, a solução descrita neste relatório é aplicável apenas ao caso aqui discutido, não sendo replicável automaticamente para outros casos de concessões ferroviárias.

O segundo processo do setor ferroviário, por sua vez, teve por objeto a controvérsia relacionada ao procedimento de devolução de trechos ferroviários (entre Presidente Prudente e Presidente Epitácio) pela Concessionária Rumo Malha Sul no contexto do Contrato de Concessão celebrado com a ANTT, bem como a metodologia de cálculo para fins de indenização dos trechos a serem devolvidos, tendo em vista que a norma do DNIT sobre o tema (IN DNIT 31/2020) supostamente considerava premissas e parâmetros inadequados ao caso concreto da Concessionária, o que traria custos elevados a serem indenizados pela Concessionária ao Poder Concedente.

Por meio do Acórdão 2512/2023-P, em sessão de julgamento de 06/12/2023, o Ministro Relator Jorge Oliveira deixou de analisar a discussão relacionada às etapas do processo de devolução em si, sob o fundamento de que “não cabe ao Tribunal de Contas da União definir tal processo de devolução em substituição à agência reguladora ou ao poder concedente” (Brasil, 2023) e, assim, atuar sobre a atividade-fim das agências reguladoras.

Em contrapartida, a negociação possibilitou a reformulação dos parâmetros excessivamente onerosos à Concessionária, a definição de critérios mais objetivos

para a avaliação dos bens a serem devolvidos, assim como a supressão de itens considerados inadequados para o cálculo. Sobre este ponto, nota-se, novamente, a preocupação da unidade técnica, em sua Instrução, em não gerar precedentes para casos semelhantes:

17. Entende-se que a solução aqui desenhada deve ter sua aplicabilidade restrita ao caso concreto. Assim, não se tem a pretensão de exaurir o debate, ou estabelecer algum tipo de verdade sobre o que deva ser a metodologia de cálculo para indenização de trechos ferroviários devolvidos à União, nos contornos do art. 15, da Lei 14.273/2021 (Lei das Ferrovias).

18. Não é objetivo, nem esta Comissão detém competência para modificar ou criar uma metodologia de cálculo, mas é esperado que os debates técnicos empreendidos no âmbito da Comissão possam servir de rico insumo para aprimoramento normativo e regulatório, já apontado como necessário em recomendação endereçada ao Ministério dos Transportes, Dnit e ANTT e Auditoria Operacional, realizada pelo TCU, acerca do processo de devolução de trechos ferroviários – Acórdão 1.667/2022, Ministro Relator Bruno Dantas.

Ocorre que, com fundamento no art. 11, *caput*, da IN 91/2022 (“O Plenário, por meio de acórdão, poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC, acatá-la integralmente ou recusá-la”), o Ministro Relator Jorge Oliveira atuou diretamente na formulação dos termos do acordo. Em seu voto, o Ministro condicionou a aprovação da autocomposição à aplicação do BDI na composição de custos da indenização, bem como que fosse adotada data-base específica para o cálculo da média do valor dos trilhos para os fins da indenização, questões que a Comissão de Solução Consensual pretendia não incluir no escopo do acordo.

Segundo o Ministro, as sugestões de complementações do acordo seriam importantes para *prevenir* futuros conflitos e, apesar de não constarem no escopo da minuta inicial do acordo, se trataria de pontos a serem discutidos pela Cortede Contas, em vista de seu papel fiscalizador das normas de gestão pública e do erário (Brasil, 2023):

Ao buscar consensos em matérias de sua competência, o Tribunal de Contas da União não se despe do papel de fiscal das normas de gestão pública, ou seja, não é um mero expectador passivo dos acordos conduzidos no âmbito da SecexConsenso, notadamente, aqueles com impacto no Erário Federal.

Assim, nos termos do art. 15, § 1º, da IN 91/2022, foi concedido o prazo para manifestação das partes sobre as sugestões, sob pena de arquivamento da SSC na hipótese de discordância das condicionantes. Por sua vez, as partes concordaram com os termos propostos pelo Relator e a minuta final do termo de autocomposição foi deliberada no Acórdão 857/2024-P (Brasil, 2024), em sessão realizada em 30/04/2024.

A partir disso, depreende-se que a Instrução Normativa legitima a atuação do Tribunal como um verdadeiro idealizador dos termos do acordo, muito além da mera *mediação*. Observa-se que as “sugestões de alteração” são, em verdade, condicionantes para que seja celebrado acordo, uma vez que, se as partes recusarem, mesmo que parcialmente, as propostas de alteração, o pedido de solução consensual será arquivado.

Já no setor aeroportuário (a primeira solução consensual foi homologada em janeiro de 2024, envolvendo o Contrato de Concessão do Aeroporto de Cuiabá, celebrado entre a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Concessionária Aeroeste Aeroporto S/A. Em síntese, a controvérsia residia na desnecessidade e ineficiência de investimento de construção de uma nova pista de pouso e decolagem (PPD), que teria sido incluída nas obrigações contratuais para cumprir com a previsão literal do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil - RBAC nº 154).

Por meio do Acórdão 51/2024-P (Brasil, 2024), a autocomposição resultou na exclusão desse investimento, que custaria à Concessionária o valor de, aproximadamente, R\$ 72 milhões. Para fins de compensação, o acordo previu dois novos investimentos sobre a PPD atual, de cerca de R\$ 7 milhões. Constituiu-se, assim, um reequilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente no montante de quase R\$ 65 milhões (data-base fev./2021), que será objeto de processo administrativo específico para tanto.

Dentre as justificativas que possibilitaram a solução consensual, o Ministro Relator Aroldo Cedraz (Brasil, 2024) destacou o atendimento ao interesse público, em razão da realização de investimentos mais eficientes e econômicos, bem como a ausência de prejuízos à segurança dos usuários e à capacidade do aeroporto, gerando, ainda, o montante de R\$ 65 milhões a ser reequilibrado em favor do Poder Concedente.

Até o presente momento, é possível observar dos Acórdãos ora analisados que a atuação do TCU tem permitido desde alteração de cláusulas e obrigações contratuais até a definição de metodologia de cálculo de indenizações.

Apesar das exaustivas justificativas técnicas e jurídicas para cada um dos acordos, bem como da clara intenção em resguardar o interesse público e o erário, as diretrizes que vêm sendo adotadas pelo TCU – flexibilização dos ônus de partes contratadas, modificação de escopos contratuais, atuação em direito regulatório etc. – levantam, contudo, desafios a serem superados, entre eles, os limites de atuação do TCU na SSC, como suposto mediador da autocomposição, e os limites das alterações de contratos administrativos, considerando-se os princípios aplicáveis à Administração Pública.

4.2. O papel do TCU na solicitação da solução consensual segundo a IN 91/2022

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) instituiu o TCU como um órgão técnico e autônomo, não vinculado a nenhum dos três Poderes da República, mas que atua como auxiliar do Poder Legislativo (Palma; Marques Neto, 2021, p. 8). Nos termos do art. 70, a sua atuação se segmenta na “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” no nível federal dos entes da Administração Pública direta e indireta, a partir dos parâmetros de “legalidade, legitimidade, economicidade”, compondo uma parcela do controle externo, especialmente no que diz respeito à análise das receitas e despesas públicas.

As atividades de sua competência são mais bem especificadas no art. 71 da CRFB/88 e no art. 1º da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92) e, a partir de uma abordagem principiológica constitucional, o controle externo exercido pelo TCU tem evoluído com o tempo, ampliando a sua atuação para “o controle da eficiência da aplicação dos recursos públicos com fundamento em critérios técnico-especializados” e “o controle preventivo das ações administrativas” (Mendes, 2016, p. 890-891).

Nesse contexto de controle preventivo, o art. 13, § 1º, do Decreto nº 9.830/2019, regulamentador dos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro (LINDB), dispôs que “a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”, isto é, buscando-se melhores soluções para controvérsias contratuais antes da aplicação de eventuais penalidades e levando-se em conta, também, a expertise técnica da Corte de Contas.

A idealização da câmara de solução consensual no TCU tem exatamente esse propósito, conforme destacado pelo Ministro Presidente Bruno Dantas em recente artigo publicado (Dantas, 2020, p. 275-276):

O objetivo de uma câmara de mediação no TCU seria buscar encurtar a distância entre a pactuação e o controle, o hiato entre o gestor e o auditor, viabilizando um ajuste técnico e cooperativo na metodologia do contrato desde o seu início e a fixação de protocolos, procedimentos e critérios objetivos de uma maneira mais célere, o que já sinaliza a visão do Tribunal em uma costura contratual da qual se obtém segurança jurídica. [...]

O TCU tem se esforçado em realizar auditorias operacionais que identificam fragilidades, riscos e oportunidades de aperfeiçoamento na gestão governamental quanto à eficiência, e é comum que especialistas – como são os auditores – tenham concepções e fórmulas até mais inteligentes para eventuais problemas identificados. A proposta, com a mediação, evidentemente, não é substituir o gestor, mas aproximá-lo do auditor para, trabalhando juntos desde o início, chegarem às soluções mais eficientes e seguras.

Deve-se considerar, contudo, que “a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências” (art. 13, *caput*, Decreto nº 9.830/2019). Isso se justifica pelo poder de discricionariedade e autonomia dos órgãos gestores na execução da atividade administrativa que lhe é própria.

Especialmente no que se refere à atuação do TCU sobre atos das agências reguladoras, que figurou como a parte contratante de todos os contratos administrativos objetos dos acordos até então celebrados nas SSC, vale destacar o Acórdão nº 1703/2004-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que introduz a ideia do “controle de segunda ordem”:

O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter

competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.

Isso significa que não compete ao TCU substituir as agências reguladoras em suas atividades-fim, tampouco impor-lhes o conteúdo de seus atos. Contudo, como órgão de controle externo, é de sua competência fiscalizar a conformidade de tais atos para proteger o erário, até mesmo nas hipóteses nos casos de soluções consensuais (Brasil, 2015).

A criação de uma câmara de solução consensual com a atuação do TCU como mediador visa articular ambas as atuações, do gestor e do auditor, para a construção de acordos pela Administração Pública com as ações de controle externo da Corte de Contas. Dessa forma, o controle externo é realizado concomitantemente à negociação, trazendo celeridade e segurança jurídica às partes. Destaca-se, nesse sentido, o entendimento do Ministro Benjamin Zymler na relatoria do Acórdão 1.130/2023-Plenário, que tratou da solução consensual da KPS:

Avalio que a participação desta Corte no acordo, subscrevendo o “Termo de Autocomposição”, é, na realidade, um ato homologatório. Levado o negócio jurídico ao exame da Corte de Contas – subscrito por jurisdicionados que têm sobre si o dever de prestar contas, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal –, delibera-se em um juízo de juridicidade amplo.

Tanto se ratifica a legalidade do objeto da negociação, quanto da sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, direcionada ao atendimento do interesse público primário.

Trata-se, em verdade, de um controle concomitante excepcionalíssimo, *pari passu*, com o ato controlado, necessário para conferir a estabilidade da emanção de vontades, em direito material. A participação do TCU nesses atos, assim, seria uma posição de “*interveniente anuente*”, porque não participa propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente da participação do Tribunal. Existe, porém, um interesse direto da Corte como controladora e, apesar de não participar da formação de vontades propriamente dita, delibera amplificando exponencialmente a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre as partes.

Sem tal alicerce, é provável que não se chegasse a um consenso ou que o tempo necessário para vencer os litígios na burocracia típica estatal atrasasse em demasiado – ou impedisse – a ultimação dos interesses coletivos.

Ocorre que a realização de acordos com a chancela da Corte de Contas, isto é, com a participação e o aval do órgão fiscalizador, levanta questionamentos acerca da dificuldade em responsabilizar os envolvidos na idealização desses acordos. Observa-se, nesse sentido, que, conforme disposto no Acórdão 1797/2023 (Brasil, 2023), a minuta do acordo relacionado às usinas do Grupo BTG prevê expressamente que os signatários “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”.

Além disso, verifica-se que o TCU tem adotado uma postura ativa ao avaliar o interesse público e as justificativas técnico-jurídicas para a viabilização dos acordos, superando sua competência de mero mediador ou “interveniente anuente”, tal como se constatou no Acórdão 2512/2023 (Brasil, 2023). Esse comportamento pode indicar não somente a assunção de responsabilidades pelo TCU em face dos termos acordados, como também a ingerência sobre a discricionariedade dos atos dos gestores públicos, estendendo indevidamente a competência do Tribunal.

A chave para equilibrar esses aspectos está em garantir que os acordos sejam transparentes e justificados com base em critérios jurídicos sólidos, preservando, assim, o interesse público e a integridade administrativa.

4.3. Os limites de alteração contratual nos acordos administrativos

A mutabilidade dos contratos administrativos decorre de sua própria finalidade de atendimento do interesse público, que deve se adequar à realidade considerada. Trata-se, em verdade, de dever-poder conferido à Administração Pública para alterar o objeto do contrato ou as condições de sua execução de modo que os ajustes atendam, da melhor forma possível, ao interesse público que motivou sua celebração (Sunfeld, 2012, p. 152).

Em se tratando de contrato de concessão, objeto de três acordos até então celebrados pelo TCU, a mutabilidade assume papel ainda mais marcante. A Lei nº 8.987/95 prevê, em seus artigos 6º, §§ 1º e 2º, e 23, V, que os serviços devem ser

adequados, de modo a atender as necessidades dos usuários, havendo, até mesmo, certo grau de indeterminação nas obrigações assumidas pela Concessionária (Moreira, 2010, p. 46):

[o]fato é que nem mesmo a mais apurada perfeição técnica tem o condão de tornar os contratos de concessão imunes ao tempo e ao avanço científico. A incerteza e aleatoriedade dos fatos futuros são fortes demais para serem coibidos pelo contrato (intra e extra muros). Mais ainda: seria um contrassenso, atentatório à eficiência administrativa, pretender estancá-los e, assim, impedir que o contrato de concessão acompanhe a evolução da vida. A segurança advinda da mutabilidade das concessões tem como pressuposto justamente a boa-fé da conduta recíproca das partes contratantes, qualificada pela presunção de legitimidade dos atos administrativos e pelo escopo público perseguido pelo contrato.

Isso ocorre porque os contratos de concessão possuem um objeto complexo, envolvendo diversas atividades que não se limitam à mera operação dos objetos. Além disso, possuem vigência de longo prazo, tendo de se adaptar às necessidades dos usuários dos serviços no decorrer do tempo. Veja-se, nesse sentido, a Instrução da Secex Consenso ao analisar a possibilidade de alteração do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista, no Processo n. 000.853/2023-2 (Brasil, 2023):

60. Os contratos de concessão são contratos de longo prazo e com isso muito dinâmicos e imprevisíveis. Neste sentido, reproduz-se trecho da petição inicial da concessionária (peça 31) que explica que “os estudos de demanda operacionais, são, pela sua própria natureza, teóricos, havendo, do ponto de vista prático, grande dificuldade de se prever, com precisão, a evolução da demanda no longo prazo e, no aspecto econômico, a especificação das intervenções necessárias e do momento de sua execução. Dessa forma, a atualização das obrigações de investimentos do Anexo 1 deve ser vista como algo natural, inerente à necessidade de aprimoramento da execução de qualquer contrato de longo prazo.

A mutabilidade dos contratos administrativos, no entanto, está condicionada à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (arts. 9º, §§ 2º e 4º, 10, da Lei n. 8.987/1995; art. 130 da Lei 14.133/2021), a motivação do ato administrativo que propõe a alteração contratual e, ainda, a inalterabilidade do objeto substancial do contrato – neste aspecto, a alteração contratual se limitaria ao que foi

o objeto caracterizador do processo de licitação, ou seja, deve ser mantida a “identidade” da licitação (Justen Filho, 2003, p. 445).

Verifica-se, a partir disso, um potencial conflito principiológico entre o interesse público, proveniente da necessidade de adequação do contrato aos interesses públicos, e os princípios da obrigatoriedade da licitação e da vinculação ao instrumento convocatório (Justen Filho, 2003, p. 444):

Evidencia-se situação em que dois princípios concorrem entre si, produzindo efeitos contrapostos. A supremacia e indisponibilidade do interesse público exige a alteração das cláusulas originais. A obrigatoriedade da licitação impõe a vinculação da contratação às condições originais contempladas na licitação.

Esse tema foi tratado no contexto no Acórdão 1130/2023, que teve por objeto a remodelação do contrato da KPS. Na oportunidade, o Ministro Relator, Benjamin Zymler, entendeu que não teria ocorrido violação ao dever de licitar, uma vez, além de se tratar de medida antieconômica, não haveria interesse da Administração em licitar o objeto do contrato da KPS (contratação de energia de reserva) (Brasil, 2023):

80. Poder-se-ia questionar se não houve revelia no dever de se licitar, consubstanciado no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, posto que as demais licitantes deveriam ter acesso às exatas condições de inflexibilidade para oferecer as suas propostas. Mas tanto o motivo que levou à contratação de energia de reserva foi excepcional – e inexistente interesse, por ora, de empreender leilão semelhante – quanto honrar os contratos então feitos, nos moldes concebidos, far-se-ia por demais custoso. Ao contrário, como consta do racional decisório no voto condutor do Acórdão 2.699/2022- Plenário, a inércia do poder público frente a um quadro antieconômico é que poderia questionar responsabilizações.

Em regra, a licitação é procedimento obrigatório (art. 37, XXI, CRFB/88) para a celebração de um contrato administrativo e objetiva garantir a igualdade de condições entre os concorrentes e alcançar a melhor contratação em benefício da Administração Pública. Tendo isso em vista, os contratados e a Administração Pública estão vinculados ao instrumento convocatório, de maneira que devem prestar o objeto contratual tal como previsto no certame.

A alteração dos contratos administrativos, nesse viés, poderia acarretar uma violação ao procedimento licitatório, em descumprimento do necessário processo

competitivo para a prestação dos serviços contratados ou em violação dos termos do próprio edital de licitação. Entretanto, se enfatizarmos o interesse público da Administração, em busca da proposta mais vantajosa ao poder público, há situações em que o início de um novo processo licitatório não se mostra vantajoso ou é, até mesmo, inviável.

Nesse contexto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em parecer dedicado ao tema (2012, p. 198), destacou a necessidade de se demonstrar, na justificativa da respectiva alteração contratual, a inviabilidade de se promover o processo de licitação, de forma autônoma, do objeto resultante da alteração que se pretenda realizar:

O segundo parâmetro geral que deverá ser observado nas alterações dos contratos administrativos está relacionado com a demonstração de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste. Naturalmente, a demonstração desse ponto deverá constar da motivação do ato sobre a qual se acaba de tratar.

Portanto, em vista dos parâmetros gerais da alteração dos contratos administrativos, a mutação contratual deve se adequar ao interesse público, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a inalterabilidade substancial do objeto do contrato e os princípios da motivação do ato administrativo e da obrigatoriedade da licitação, preceitos que devem orientar a realização dos acordos.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar o surgimento, o desenvolvimento e a consolidação do acordo no âmbito do TCU a partir da evolução do conceito jurídico e teórico do consensualismo na esfera pública, bem como os fundamentos que o legitimam como método viável e eficiente à disposição da Administração Pública.

De modo objetivo, traçou-se breve linha do tempo acerca da passagem do modelo burocrático ao modelo gerencial, em atenção à relevância representada pela reforma na mudança das premissas que embasavam a relação entre o Estado e o particular. Como já explorado, a mudança permitiu à gestão pública abdicar-se do formato rígido, de alto custo e baixa eficiência, em prol de uma configuração descentralizada e atenta à maximização dos resultados (Bresser, 1996).

Esse processo de transformação adveio de um contexto de maior complexificação da sociedade civil, já anunciado por Bobbio em 1987 em seu livro *Estado, governo e sociedade*. Na obra, o autor denomina esse fenômeno como um “processo inverso de privatização do público”, no qual:

“o Estado, como conjunto de organismos de decisão (parlamento e governo) e de execução (o aparato burocrático), desenvolve a função de mediador e de garante mais do que a de detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania.” (Bobbio, 1987, p. 26)

Com efeito, o conceito de interesse público deixou de ser exclusivamente tutelado a partir da imposição imperativa de decisões da administração pública. Ao contrário disso, os agentes privados da sociedade civil passaram a ser visualizados como entes colaborativos à tomada de decisão à melhor luz pelo administrador – seja ela no aspecto do planejamento e desenvolvimento social, seja no aspecto sancionatório.

De fato, a possibilidade de acordo não tinha o condão de infringir o princípio da imperatividade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, corolários da administração pública. Em suma, enquanto o primeiro se define como a prerrogativa especial da administração pública em impor o ato administrativo ao

particular (Medauar, 2014, p. 307), o segundo determina *status* de privilégio do interesse público, representado pela coletividade, em detrimento do interesse particular (Marinela, 2014, p. 27).

Apesar disso, a doutrina encarava o consensualismo com certas ressalvas. Isso porque ambos eram entendidos como ferramentas estáticas e inafastáveis para resolução de conflito de interesses entre o particular e o poder público, de modo que o segundo deveria, necessariamente, prevalecer sobre o primeiro, a partir da visão de alguns autores tradicionais como Meirelles (2000, p. 52) e Mello (2009, p. 59), o que o inviabilizaria nessa esfera.

A superação desse entendimento foi possível a partir da noção de que não haveria óbice na coincidência entre o interesse privado e o interesse público, a depender do caso concreto. Isso porque, não raro, a atuação do particular faz as vezes do poder público por meio de concessão, parcerias público-privadas que envolvem a execução de serviços públicos em prol da coletividade. Desse modo, seria de interesse comum que os imbróglis decorrentes de contratações públicas fossem resolvidos de maneira ágil, eficiente e econômica, aspecto que poderia ser alcançado por meio da negociação interpartes.

A partir dessa ideia, o desenvolvimento dos meios consensuais de conflito no ordenamento jurídico brasileiro e, mais especificamente, no Direito Administrativo, foi impulsionado em grande medida pela modernização processual trazida pelo CPC de 2015 ao ordenamento jurídico brasileiro (Binenbojm, 2023, p. 20). Essa tendência foi aglutinada por leis específicas responsáveis pela criação de institutos como acordode leniência (Lei nº 12.529/2011) e autocomposição com a Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009), direcionados a resolução de imbróglis envolvendo o particular e o estado por essa via alternativa.

Insta constar que, apesar das contrariedades da matéria no âmbito do Tribunal de Contas da União, o consensualismo passou a ser admitido ante a sua compatibilidade com a sistemática da administração pública, desde que sua utilização se desse com a finalidade pública. Em termos práticos, aplicou-se a lógica pragmática de que, se o interesse público pudesse ser atingido “por uma via mais célere, menos traumática e menos desgastante que a via tradicional” (Dantas, 2020, p. 273), não haveria impedimento para sua aplicabilidade.

Essa perspectiva concretizou-se por meio da IN 91/2022, que se mostrou relevantíssima para institucionalizar os acordos no TCU como meio de prevenção, possibilitando a renegociação dos termos do ajuste diante de uma problemática iminente na esfera contratual e como meio de solução de conflitos já postos.

Para além disso, este trabalho se debruçou sobre os pressupostos jurídicos que consagram esse mecanismo de gestão de conflitos na Administração Pública, a partir da análise doutrinária sobre esse tema. Nesse sentido, buscou-se fundamento a partir da legitimidade democrática e do princípio da eficiência, retomados resumidamente a seguir.

O viés democrático diz respeito à interpretação do interesse público a partir de múltiplas origens, já que a ideia de coletividade advém justamente de interesses particulares heterogêneos (Marques, 2002, p. 151-153). Haja vista que o acordo, em sua máxima proficiência, abarca o interesse de ambas as partes, esse seria o meiomais eficaz para o estado gestor representar os interesses de seus administrados.

Para enriquecer o debate, traçou-se paralelo com o conceito de esfera pública na teoria do sociólogo Habermas, central em seu livro *Mudança estrutural daesfera pública*, publicado em 1962. Nesse sentido, a deliberação pública e democrática possui estrita relevância para o Estado social, até em sua atuação de estado-gestor, conferindo legitimidade a leis, atos e decisões.

Sob essa ótica, o acordo representa, indiscutivelmente, meio capaz de consolidara democracia, tendo em vista que tal instrumento, por definição, exige a construção conjunta pelos partícipes para criar a solução ideal no caso concreto, aproximando os administrados da tomada de decisão.

Claro que o aspecto qualitativo do resultado também é beneficiado por esse viés, já que se possibilita a colaboração técnica não só do órgão de controle, representado pela Comissão de Solução Consensual (CSC), conforme art. 7, § 2º da IN 91/2022, mas também da iniciativa privada, que podem contribuir, por meio de pareceres técnicos e jurídicos, sobre a controvérsia (art. 3º, inc. II, IN 91/2022), bem como participar ativamente no procedimento (art. 7, § 2º, IN 91/2022).

Quanto ao viés da eficiência, o consensualismo adequa-se à Administração Pública ao se mostrar como medida mais rápida e efetiva se comparado a métodos

tradicionais como o litígio judicial. Já que são as próprias partes que constroem a solução, o cumprimento de seus termos é mais garantido se comparado à hipótese em que a decisão é imposta unilateralmente por um dos lados, o que desconsidera as peculiaridades do caso concreto.

Por fim, no último capítulo, buscou-se demonstrar como tem se desenvolvido o consensualismo no âmbito do TCU a partir da IN 21/2022 em casos práticos, sob a perspectiva dos avanços e desafios. A partir dos seis casos nos quais a solução consensual foi deferida, mostrou-se evidente a relevância da negociação para a manutenção de obras e serviços ligados a setores sensíveis para a economia do país, envolvendo o setor energético, ferroviário e aeroportuário.

As soluções propostas pela Comissão de Solução Consensual (CSC) e homologados pelo Plenário, a exemplo do caso do TC 0006.252/2023-0 envolvendo usinas termoelétricas, gerou vantagens não só à KPS, que obteve descontos nas multas que lhe eram devidas, mas também ao consumidor, por meio da economia na conta de luz em um montante previsto de R\$ 224 milhões.

Apesar dos benefícios acarretados pelo consensualismo, identificam-se alguns pontos do procedimento nos quais se exigem algumas melhorias. A falta de transparência é um deles. No estudo dos casos submetidos a solução consensual, observou-se que o trâmite do processo de criação da proposta de solução é sigiloso, de modo que o conteúdo da controvérsia e as discussões nela envolvidas são acessíveis apenas na ocasião do acórdão que homologa o acordo, se for o caso.

Em que pese não haver nenhuma disposição na IN 91/2022 que imponha o sigilo nos autos, essa é uma prática do Tribunal e que vai de encontro ao princípio da transparência da Administração Pública. Como se sabe, tal princípio impõe ao estado gestor o dever de fornecimento de informações que sejam do interesse público acerca da própria atuação. Portanto, na visão de Martins (2021), espera-se do poder público a construção de um “sistema de gestão”, a partir de “normas regulamentares e sistemas administrativos” que garantam o direito à transparência aos administrados (p. 5-8).

Na Secex Consenso, no entanto, não se observa o esforço no sentido de possibilitar o controle e a participação de terceiros, como agentes do legislativo,

órgãos ou entidades especializadas, grupos sociais de interesse, que podem, potencialmente, contribuir para o aperfeiçoamento da discussão.

É justamente em razão da complexidade de temas que envolvem infraestrutura e serviços públicos de grande proporção que o legislador se adiantou na criação de algumas leis, a exemplo da lei de relicitação de contratos (Lei nº 13.448/17), na qual se estabeleceu a necessidade de submissão da proposta de prorrogação contratual a consulta pública prévia (art. 10, *caput*).

Desse modo, a perspectiva de avanços na sistemática de acordos firmados com a participação do TCU depende da reanálise do procedimento nesse aspecto, seja pelo dever constitucional de transparência assumido pela Administração Pública, *vide* art. 5º, inciso LX, da CRFB/88, seja pelos benefícios que essa mudança trará para o aprimoramento das soluções de conflito propostas.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública**. ENAP, 1997. Disponível em:

<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/556/1/O%20impacto%20do%20modelo%20gerencial%20na%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

ÁVILA, Humberto; ARAGÃO, Alexandre; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SCHIER, Paulo Roberto. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremaciado Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 183.

BARROSO, Luís Roberto. O Contrato de Concessão de Rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Edição Especial, Rio de Janeiro, 2012.

BINEMBONJM, Gustavo. **Revista Eletrônica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 2 n. 2, maio/ago. 2019.

BINEMBONJM, Gustavo. **A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais**. Revista Eletrônica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3 n. 3, set./dez.2020.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada para a gestão eficiente de interesses sociais. **Revista TCU**, Brasília, 2023.

BRAGA NETO, Adolfo. **Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 134.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Mandado de Segurança 24.379**. Rel. min. Dias Toffoli. Julgado em 7/4/2015.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8634710>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.099/2006**, TC 008.402/2005-4, Relator Augusto Nardes. Brasília, DF, 26 de jul de 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-27058>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2688/2008**, TC 013.870/1997-1, Relator Benjamin Zymler. Brasília, DF. 26 de nov de 2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-36806>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 3160/2020**, TC 000.723/2020-7, Relator Vital do Rego. Brasília, DF. 25 de nov de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2421364>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1130/2023**, TC 006.253/2023-7, Relator Benjamin Zymler. Brasília, DF. 07 de jun de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2595114>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1797/2023**, TC 006.252/2023-0, Relator Benjamin Zymler. Brasília, DF. 30 de ago de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2619032>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2472/2023**, TC 000.853/2023-2, Relator Vital do Rêgo. Brasília, DF. 29 de nov de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2626746>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2508/2023**, TC 006.253/2023-7, Relator Benjamin Zymler. Brasília, DF. 07 de dez de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2638056>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2512/2023**, TC 033.886/2023-7, Relator Jorge Oliveira. Brasília, DF. 06 de dez de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2635471>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2699/2022**, TC 001.722/2022-0, Relator Benjamin Zymler. Brasília, DF. 07 de dez de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2548279>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 51/2024**, TC 006.448/2023-2, Relator Aroldo Cedraz. Brasília, DF. 24 de jan de 2024. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2635348>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 506/2024**, TC 006.978/2024-0, Relator Vital do Rêgo. Brasília, DF. 27 de mar d 2024. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2653655>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 857/2024**, TC 000.855/2023-5, Relator Jorge Oliveira. Brasília, DF. 30 de abr de 2024. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2657560>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 857/2024**, TC 000.855/2023-5, Relator Jorge Oliveira. Brasília, DF. 30 de abr de 2024. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2657560>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Gestão do TCU**. Brasília, 2024. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/5E/46/E7/8F/6FF7E810943E72C8E18818A8/Relatorio_anual_de_atividades_TCU_2023.pdf.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório TCU. Arrecadação de Multas Administrativas**. Brasília: TCU. Exercício de 2012, p.1.

BRESSER, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do servidor público**, v. 120, jan.-abr. 1996. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>. Acesso em: 06 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Comunicação (Secom). **Arrecadação de multas administrativas é aperfeiçoada pelo TCU**. Imprensa, 2015, Brasília. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/arrecadacao-de-multas-administrativas-e-aperfeicoada-pelo-tcu.htm>. Acesso em: 12 abr. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Processual**, v. I, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1952.

CHAVES, Bruno. **TCU autoriza repactuação da BR-163 e Estado prepara discussão de investimentos com 18 municípios**. Logística, out. 2023. Disponível em: <https://www.seilog.ms.gov.br/tcu-autoriza-repactuacao-da-br-163-e-estado-prepara-discussao-de-investimentos-com-18-municipios/#:~:text=A%20proposta%20foi%20elaborada%20de,2024%2C%202025%20e%202026>). Acesso em: 15 maio 2024.

CHEVALLIER, Jacques. **L'Etat post-moderne**, Paris: LGDJ, 2008. p. 237.

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., p. 261-280, jun./set. 2020.

DANTAS, Bruno. Um ano de Secex Consenso e a mediação técnica no TCU. **Correio Brasileiro**, 01 de fev de 2024. Disponível em:

<https://www.correiobrasiliense.com.br/direito-e-justica/2024/02/6796046-bruno-dantas-um-ano-de-secexconsenso-e-a-meditacao-tecnica-no-tcu.html>

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Nolasco. Arbitragem e administração pública: uma necessária identificação dos interesses públicos disponíveis. **Juris Plenum direito administrativo**, v. 18, p. 175-190, 2018.

FARIA, Luzardo. O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na administração pública consensual. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 281, n. 3, p. 273-302, set./dez. 2022. Acesso em 20/05/2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/88324/83308>.

GUERRA; PALMA. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: **Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB** (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. Dialética: São Paulo, 2003.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Anthropos, 2005.

MACÊDO. Evilânia. **Administração Gerencial – Novo Modelo Para a Gestão Pública**. Tribunal de Contas do Estado do Ceará, 2023. Disponível em: <https://www.tce.ce.gov.br/imprensa/artigos/761-administracao-gerencial-novo-modelo-para-a-gestao-publica>. Acesso em: 20 maio 2024.

MARQUES, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. Malheiros, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MEDAUAR, Odete. As prerrogativas do ato administrativo. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Edição especial, 2014, pg. 307. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI0MA%2C%2C#:~:text=4.3.,ato%20administrativo%20aos%20seus%20destinat%C3%A1rios>. Acesso em: 25 maio 2024.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 52.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 59, 76.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. A&C. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, 2008.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL**. No prelo. Disponível em:
[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade e%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf).
- SUNFELD, Carlos Ari. Contratos Administrativos – Acréscimos de obras e serviços – Alteração. **Revista Trimestral de Direito Público**, 2012, São Paulo: Malheiros, p. 152.
- WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. *In*: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). **Conciliação e Mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

2º LUGAR

CATEGORIA
SOCIEDADE CIVIL

A MEDIAÇÃO COMO ESTRATÉGIA CONSENSUAL EM
REGIMES DE DUPLA AFETAÇÃO: CONFLITOS POR
SOBREPOSIÇÃO TERRITORIAL ENTRE UNIDADES DE
CONSERVAÇÃO AMBIENTAL E TERRAS INDÍGENAS

da autora

MARIA EDUARDA JUCOWSKI GRANDO



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**A MEDIAÇÃO COMO ESTRATÉGIA CONSENSUAL EM REGIMES DE DUPLA
AFETAÇÃO: CONFLITOS POR SOBREPOSIÇÃO TERRITORIAL ENTRE
UNIDADES DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL E TERRAS INDÍGENAS**

Monografia submetida ao Prêmio
Guilherme Palmeira.

Porto Alegre
2024

RESUMO

A presente monografia analisa a adequação da mediação para tratar conflitos por sobreposição territorial entre áreas protegidas: unidades de conservação e terras indígenas. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo com procedimentos metodológicos de revisão bibliográfica e pesquisa de campo para investigar se a mediação é um método adequado para tratar os conflitos por sobreposição. Há 77 casos de sobreposição identificados no Brasil (2018), abrangendo quase 11,4 milhões de hectares e 9,7% da extensão de terras indígenas no país. Os conflitos por sobreposição são complexos, multipartes e interculturais, frequentemente resultando em judicialização recorrente e confrontos de poder. A mediação se mostra como um mecanismo consensual adequado para o tratamento desses conflitos, promovendo a compatibilização dos interesses ambientais e indígenas, exigido pela legislação pátria, assim como a proteção dos bens públicos em regime de dupla afetação. A mediação despolariza posições e promove a confiança mútua, com protagonismo dos agentes ambientais e autonomia sociocultural aos povos indígenas, bem como geração de efeitos satisfatórios para ambos. Ademais, contribui para a redução de custos para a administração pública e promove a integração interinstitucional, além de aumentar a transparência e a legitimidade das decisões. A administração consensual reforça suas funções de mediação e controle, promovendo soluções integrativas e duradouras. Neste cenário, há desafios para a implementação eficaz da mediação, como a necessidade de observação dos princípios e limites que regem a coisa pública, e o enfrentamento de resistência dentro da própria Administração Pública quanto ao uso de mecanismos consensuais.

Palavras-chave: unidades de conservação; terras indígenas; sobreposição; dupla afetação; mediação.

ABSTRACT

This monograph analyzes the adequacy of mediation for addressing territorial overlap conflicts between two protected areas: conservation units and indigenous lands. The hypothetical-deductive method was used, with methodological procedures including a literature review and field research to investigate whether mediation is an appropriate method for addressing overlap conflicts. There are 77 identified cases of overlap in Brazil (2018), covering nearly 11.4 million hectares, which corresponds to 9.7% of the total area of indigenous lands in the country. Overlap conflicts are complex, multipartite, and intercultural, often resulting in recurring judicialization and power confrontations. Mediation proves to be a suitable consensual mechanism for managing these conflicts, promoting the compatibility of environmental and indigenous interests as required by national legislation, as well as the protection of both public assets under dual affectation^o. Mediation depolarizes positions and fosters mutual trust among the parties involved in overlap conflicts, with the environmental agents taking a leading role and the indigenous peoples maintaining socio-cultural autonomy, resulting in satisfactory outcomes for both parties. Additionally, it contributes to cost reduction for public administration and promotes inter-institutional integration, while also increasing transparency and legitimacy of decisions. Consensual administration reinforces its mediation and control functions, promoting integrative and lasting solutions. In this context, there are challenges for the effective implementation of mediation, such as the need to observe the principles and limits that govern public administration, and overcoming resistance within the Public Administration itself regarding the use of consensual mechanisms.

Keywords: conservation units; indigenous lands; overlap; dual affectation; mediation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP – ÁREAS PROTEGIDAS
CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
DNIT – DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
FLONA – FLORESTA NACIONAL
FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS
RENOVÁVEIS
ICMBIO – INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE
IUCN – UNIÃO INTERNACIONAL PELA CONSERVAÇÃO DA NATUREZA
LM – LEI DE MEDIAÇÃO
MMA – MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE
MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO
NCPD – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
PARNA – PARQUE NACIONAL
PNAP – PLANO ESTRATÉGICO NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS
TI – TERRAS INDÍGENAS
UC – UNIDADE DE CONSERVAÇÃO
SNUC – SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE
STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 Áreas protegidas	10
1.2 Unidades de Conservação	12
1.3 Terras Indígenas	13
1.4 Sobreposição territorial e a sua dupla afetação	15
1.5 Compreensão dos conflitos enquanto fenômeno	18
2 DESENVOLVIMENTO	20
2.1 Diagnóstico dos conflitos por sobreposição territorial	20
2.2 As partes envolvidas e os seus interesses	23
2.3 As diferentes formas de tratamento dos conflitos	25
2.3.1 <i>Poder</i>	27
2.3.2 <i>Direitos</i>	28
2.3.3 <i>Interesses</i>	29
2.3.4 A mediação: definições, princípios e modelos	33
2.3.5 Critérios para aferir a adequação da mediação	34
2.3.5.1 <i>Natureza do conflito</i>	34
2.3.5.2 <i>Efeitos na relação</i>	35
2.3.5.3 <i>Satisfação das partes</i>	36
2.3.5.4 <i>Custos</i>	38
2.3.6 Desafios na Administração Pública consensual	39
3 METODOLOGIA	43
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, existe um sistema robusto de proteção jurídica para áreas destinadas à preservação ambiental. Entre essas áreas protegidas, destacam-se as unidades de conservação ambiental e as terras indígenas, ambas classificadas como bens públicos e constitucionalmente protegidas.

Quando duas áreas protegidas coincidem no mesmo espaço geográfico resulta em um fenômeno fático-jurídico denominado de “sobreposição territorial”. O número de sobreposições é alto, alcançando 77 casos de sobreposição territorial, envolvendo 61 Terras Indígenas (TI) e 57 Unidades de Conservação, que somam quase 11,4 milhões de hectares, correspondentes a 9,7% da extensão total das TI em todo território nacional.

Já existem previsões normativas no país para gerir as situações de sobreposição, como a criação de “mosaicos”, a gestão compartilhada e o regime especial por dupla afetação.

Contudo, é comum que conflitos de ordem jurídica, intercultural, histórico-social, estrutural e relacional emergem a partir do contexto de sobreposição territorial. No mais, tais conflitos por sobreposição entre Unidades de Conservação (UCs) e TI normalmente envolvem múltiplas partes, como órgãos e entidades públicas, a exemplo do ICMBio, MPF, DNIT e FUNAI, bem como os povos e comunidades indígenas e outros particulares.

Tais fatores de ordem multidisciplinar e multipartes dos conflitos por sobreposição ensejam em complexidade da controvérsia. Os conflitos por sobreposição são marcados por disputas entre agentes ambientais e indígenas.

Não raro, os sujeitos envolvidos se utilizam de judicialização recorrente e confrontos de poder para resolução das suas diferenças, resultando em um ciclo de interação conflituosa, com insatisfação dos envolvidos e desperdício de recursos públicos.

Tal contexto enseja em um contexto crítico para os interesses particulares e públicos, bem como enseja em uma inegável importância social das abordagens e métodos adequados para tratar, resolver e prevenir os conflitos por sobreposição ora descritos.

Desta forma, a presente pesquisa ao alcançar os seus resultados e conclusões enseja não só em um impacto social significativo, como também na construção de

literatura envolvendo o tratamento consensual de conflitos complexos e interculturais que envolvam a administração pública, o que ainda é escasso.

A hipótese investigada é que a mediação é um meio adequado para tratar os conflitos por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas. O objetivo central da pesquisa é analisar a adequação da mediação para tratar os conflitos por sobreposição a partir de quatro critérios objetivos: natureza do conflito, efeitos na relação, satisfação das partes e custos envolvidos.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa é a hipotético-dedutiva, por meio de revisão bibliográfica sobre as áreas protegidas, as culturas indígenas, as abordagens de tratamentos de conflitos, a mediação, a administração pública e o direito administrativo.

Somado a isso, foi realizada pesquisa de campo, que se deu por meio de entrevistas com agente público atribuído por mediar conflitos por sobreposição entre unidade de conservação e terra indígena.

A identidade do agente entrevistado e informações sensíveis sobre os conflitos mediados por ele foram mantidos anônimos para garantir a confidencialidade da mediação. As respostas foram analisadas qualitativamente, e os trechos mais representativos foram incluídos no corpo desta monografia, contextualizados com outras fontes de dados para garantir a robustez das informações apresentadas. A metodologia será tratada com maior detalhamento no capítulo 3.

No capítulo 1, serão feitas conceituações introdutórias sobre as áreas protegidas (1.1), unidades de conservação (1.2) e terras indígenas (1.3), e como estas se relacionam no fenômeno de sobreposição territorial (1.4). Ganha relevância no tópico sobre sobreposição, as formas previstas normativamente e jurisprudencialmente para gerir tal realidade, tal como a dupla afetação de bens públicos.

No tópico 1.5, há a exposição sobre os conflitos, a partir das suas definições e funções. As compreensões expostas no primeiro capítulo são premissas fundamentais para a compreensão dos resultados da presente pesquisa.

No capítulo 2, o desenvolvimento será feito a partir do diagnóstico dos conflitos por sobreposição territorial de UCs e TI (2.1), por meio da identificação da natureza desses conflitos e os atores sociais e sujeitos envolvidos (2.2), bem como suas principais posições e interesses, que serão analisados ante a sua convergência, divergência ou antagonismo.

No tópico 2.3, serão identificadas as principais abordagens e métodos existentes para tratamento de conflitos: poder (2.3.1), direitos (2.3.2) e interesses (2.3.3), e como tais abordagens são utilizadas pelas partes na tentativa de resolução dos seus conflitos por sobreposição territorial.

No tópico 2.3.4, a mediação será analisada, a partir de suas principais definições, princípios, modelos e as suas previsões normativas no ordenamento jurídico brasileiro.

Tudo isso para, enfim, ser analisada a adequação da mediação para tratamento de conflitos por sobreposição entre UCs e TI, o que será feito no tópico 2.3.5, a partir de quatro critérios objetivos: natureza do conflito (2.3.5.1), efeitos na relação (2.3.5.2), satisfação das partes (2.3.5.3) e custos envolvidos (2.3.5.4).

Na parte final do desenvolvimento, no tópico 2.3.6, serão expostos os principais desafios identificados para o desenvolvimento e a implementação da administração pública consensual no Brasil.

No capítulo 3, a metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa será detalhada e no capítulo 4 serão feitas as considerações finais do trabalho.

1.1 Áreas protegidas

Para definição do atual modelo de áreas protegidas toma-se como parâmetro o conceito mais amplamente aceito em âmbito global, elaborado pela União Internacional pela Conservação da Natureza, IUCN (Coelho, 2018, p. 109):

Área protegida é um espaço geográfico claramente definido, reconhecido, dedicado e gerido por meios legais ou outros meios eficazes, **para alcançar a conservação da natureza a longo prazo com serviços ecossistêmicos e valores culturais associados** (IUCN, 2008).

Esta definição contrasta com o paradigma tradicional de “natureza intocada”, que defendia a exclusão total de atividades humanas nas áreas protegidas (Coelho, 2018). Tal concepção de áreas protegidas tornou-se obsoleta e alvo de críticas, pois não levava em consideração a proteção da vida humana que tradicionalmente se encontra no seu interior (Bessa, 2017, p. 957).

Nesse sentido, como crítica ao paradigma tradicional, desenvolve-se a concepção ecossistêmica das áreas protegidas que conduz a uma maior atenção

entre as relações entre sociedade e natureza, em que a dimensão humana passa a ser objeto de maiores considerações nas ações de proteção à natureza.

Nesse contexto, inclusive, muitos estudos conduziram à conclusão de que a presença de populações locais é positiva e essencial à manutenção dos ecossistemas e da eficácia das áreas protegidas (Franco; Schittini; Braz, 2015).

No Brasil, com a promulgação da Constituição (1998), pela primeira vez na história de Cartas Políticas do país foi dedicado todo um capítulo ao meio ambiente. A Constituição estabelece a proteção ambiental como um dos direitos fundamentais, sendo dever da administração pública assegurar a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O artigo 225 é especialmente relevante, dispondo que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Este artigo também define a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, como uma das formas de assegurar a preservação do meio ambiente. A administração pública é, portanto, incumbida de implementar políticas e medidas de proteção ambiental, incluindo a criação e a gestão de Unidades de Conservação (UCs).

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 regulamenta as disposições constitucionais por meio da instituição do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) para criação, implementação e gestão das UCs no Brasil.

A responsabilidade da administração pública inclui a efetiva gestão dessas áreas, por meio das instituições e órgãos incumbidos, garantindo a proteção dos recursos naturais e a promoção do desenvolvimento sustentável nas áreas de uso sustentável. Essas disposições legais reforçam o papel crucial da administração pública na conservação ambiental e no cumprimento dos princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente.

As áreas protegidas abarcam duas modalidades: áreas protegidas *stricto sensu*, que têm por objetivo principal a conservação da natureza, e as áreas protegidas *lato sensu*, que contribuem significativamente para a conservação da natureza, mas este não é o seu objetivo principal.

As áreas protegidas que são objeto do presente estudo são as UCs (áreas protegidas *stricto sensu*) e as TI (áreas protegidas *lato sensu*), cada uma com sua

regulamentação específica (Lei do SNUC, Decreto nº 1775/96 e Decreto nº 7.747/2012).

1.2 Unidades de Conservação

As Unidades de Conservação Ambiental (UCs) no Brasil são áreas protegidas legalmente instituídas com o objetivo de conservar a biodiversidade e os recursos naturais. Hoje, no teor do art. 2º, inc. I da Lei do SNUC, as unidades de conservação são conceituadas como:

O espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

Elas são categorizadas em dois grupos principais: Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável, conforme estabelecido pela Lei nº 9.985 de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

As Unidades de Proteção Integral têm como objetivo principal preservar a natureza, permitindo apenas o uso indireto dos seus recursos naturais (Bessa, 2017), como pesquisa científica e turismo ecológico. Exemplos incluem parques nacionais, reservas biológicas e estações ecológicas.

Já as Unidades de Uso Sustentável visam compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parte dos seus recursos naturais (Bessa, 2017), permitindo atividades como manejo sustentável e a presença de populações tradicionais, como nas florestas, reservas extrativistas e áreas de proteção ambiental (APAs).

O paradigma ecossistêmico das UCs destaca a importância das interações entre os componentes bióticos e abióticos do ecossistema, assim como a inclusão das populações humanas nas estratégias de conservação. Este modelo reconhece que a presença e a participação das comunidades locais são essenciais para a manutenção dos ecossistemas e para a eficácia das áreas protegidas.

No contexto das Unidades de Conservação (UCs), a administração pública desempenha um papel crucial na criação, gestão e fiscalização dessas áreas. As UCs

são bens públicos de uso especial, como definido no art. 99, inc. II, do Código Civil, e são administradas diretamente por órgãos públicos e entidades, como o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, conforme previsto pela Lei nº 11.516/2007.

O ICMBio é o ente responsável por propor, implantar, gerir, proteger, fiscalizar e monitorar as Unidades de Conservação Federais, além de fomentar e executar programas de pesquisa, proteção e conservação da biodiversidade no Brasil.

Assim, há a responsabilidade da administração pública por implementar políticas de conservação, assegurar a proteção dos recursos naturais, promover a sustentabilidade e envolver as comunidades locais na gestão das UCs, garantindo que estas áreas cumpram seus objetivos de preservação ambiental e manutenção dos serviços ecossistêmicos, conforme preconizado pela Constituição Federal e pela Lei do SNUC.

1.3 Terras Indígenas

Sabe-se pouco sobre os povos e comunidades indígenas que habitavam o Brasil quando da época da chegada dos colonizadores, visto que o movimento historiográfico que conta a história indígena é recente e minoritário (Bessa, 2019).

Até onde se sabe, o histórico de desafios envolvendo as terras indígenas no Brasil remonta ao período colonial, quando o contato entre povos indígenas e colonizadores europeus se iniciou. Desde então, os indígenas enfrentaram inúmeras dificuldades para preservar suas terras e culturas.

O Brasil é lar de uma extraordinária diversidade étnica indígena, com mais de 305 etnias (IBGE, 2012), cada um com sua própria identidade cultural, língua e modo de vida. Essa diversidade é um patrimônio cultural inestimável que contribui para a riqueza cultural do país.

Para os povos e comunidades indígenas, o conceito de “território” vai além da mera posse da terra. Isto porque se pode dizer que um elemento comum às diversas etnias indígenas é a compreensão da terra como uma entidade viva, um espaço de abrigo e de manifestação identitária (Silva, 2018). Ele envolve uma relação espiritual e cultural profunda com o meio ambiente, onde a terra é vista como um elemento vital de sua identidade e sobrevivência. O território é essencial para a manutenção de suas tradições, modos de vida e organização social.

A Constituição de 1988 representou um marco significativo ao reconhecer os direitos territoriais dos povos indígenas. A Constituição dispôs que as terras indígenas são bens da união (Brasil, 1988, art. 20, XI) e destinam-se à posse permanente dos povos e comunidades indígenas, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º).

Além disso, o diploma constitucional prevê que são terras inalienáveis e indisponíveis, porque se destinam a esta e às futuras gerações (art. 231, § 4º), sendo os direitos sobre elas imprescritíveis.

As terras indígenas são consideradas áreas protegidas *lato sensu*, ou seja, elas são preservadas para o benefício dos povos indígenas e para a conservação da biodiversidade e dos recursos naturais. Estas áreas desempenham um papel crucial na manutenção dos ecossistemas e na mitigação das mudanças climáticas.

O processo de demarcação das terras indígenas é um procedimento administrativo, regulado pelo Decreto nº 1775/96 (BRASIL, 1996), e envolve várias etapas. Inicialmente, são realizados estudos antropológicos, ambientais e fundiários para identificar a área tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas. Após a identificação, a área é delimitada e demarcada fisicamente, seguida pela homologação pelo Presidente da República.

Este procedimento é considerado declaratório e não constitutivo das terras indígenas (STF, 2018) e visa assegurar que as terras sejam reconhecidas e protegidas oficialmente, proporcionando segurança jurídica e territorial aos povos indígenas (FUNAI, 2021).

Nesse contexto, o papel da Administração pública, principalmente na figura da Fundação Nacional dos Povos Indígena (FUNAI), é fundamental. A FUNAI é vinculada ao Ministério dos Povos Indígenas (Brasil, 2023) e é a principal instituição responsável pela execução da política indigenista no Brasil, tendo a atribuição de assegurar os direitos dos povos indígenas, incluindo a identificação, delimitação, demarcação e registro de suas terras, conforme o artigo 19 do Decreto nº 9.010/2017.

Segundo dados atuais do Instituto Socioambiental (ISA), ainda restam 728 terras indígenas em diferentes fases do procedimento demarcatório, sendo 124 em identificação, 43 identificadas e 487 homologadas e reservadas.

As terras indígenas em processo de demarcação ou ainda não demarcadas representam um desafio significativo no contexto socioambiental brasileiro. A falta de

definição clara dos limites territoriais dessas áreas frequentemente resulta em conflitos e vulnerabilidades para as comunidades indígenas e para o meio ambiente.

Quando esses territórios se sobrepõem a outras áreas protegidas, a complexidade da situação se intensifica. Essa sobreposição pode gerar impasses legais e administrativos, além de ameaçar a integridade ambiental e cultural dessas regiões.

1.4 Sobreposição territorial e a sua dupla afetação

Quando duas áreas protegidas coincidem no mesmo espaço geográfico resulta em fenômeno fático-jurídico conhecido como “sobreposição territorial”. É o caso de sobreposições entre as unidades de conservação ambiental e as terras indígenas, duas áreas protegidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Figura 1 — Mapeamento de sobreposição entre Unidades de Conservação e Terras Indígenas



Fonte: Instituto Socioambiental – Programa Monitoramento de Áreas Protegidas. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/mapa.eco.br> (2022).

Tamanho é a relevância e a proporção desta realidade que uma pesquisa realizada pela Coordenação de Gestão de Conflitos Territoriais do ICMBio identificou que 31% das 173 UCs de Uso Sustentável e 69,6% das 140 UCs de Proteção Integral

apresentaram circunstâncias de sobreposição territorial com populações tradicionais, indígenas ou pequenos agricultores (Silva, 2018; Madeira *et al.*, 2015).

Segundo dados de 2018, há 77 casos de sobreposição territorial envolvendo 61 Terras Indígenas e 57 Unidades de Conservação, que somam quase 11,4 milhões de hectares, correspondentes a 9,7% da extensão total das TIs no território nacional (ISA, 2021).

Há inúmeras discussões acerca da melhor forma de regularizar e gerir situações de sobreposição territorial entre UCs e TIs. A Lei do SNUC (2000), por exemplo, prevê que é admitida a permanência de grupos étnicos em Florestas Nacionais (UCs de Uso Sustentável) que a habitam quando de sua criação, em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade (art. 16, §2º).

Ademais, a Lei do SNUC (2000) prevê que todas as atividades desenvolvidas em UCs de Proteção Integral devem assegurar às populações tradicionais porventura residentes na área protegida as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais, até que seja elaborado o Plano de Manejo (Art. 28, § único).

No mais, tal diploma legal dispõe o reassentamento de povos e comunidades indígenas em casos de UCs de Proteção Integral em que a sua permanência não seja admitida, sendo que deverão ser realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes (art. 42, *caput*).

Contudo, há críticas acerca do reassentamento. Isto porque iria de encontro às principais disposições internacionais e nacionais incidentes no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a CDB (Brasil, 1998), a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (Brasil, 2019), a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas (Organização das Nações Unidas, 2008), a PNB (Brasil, 2002), a PNAP (Brasil, 2006), a PNGATI (Brasil, 2012) e as diretrizes da própria Lei do SNUC (Brasil, 2000).

Ainda, há estudiosos que entendem pela inconstitucionalidade da previsão de reassentamento indígena, uma vez que a Constituição Federal (1988) garante a inamovibilidade dos povos indígenas de seus territórios, salvo exceções.

Diante desse contexto, uma proposta integrativa que ganha força é a prevista no art. 26 da Lei do SNUC, denominada “mosaicos”.

Quando existir um conjunto de unidades de conservação de categorias diferentes ou não, próximas, justapostas ou sobrepostas, e outras áreas protegidas públicas ou privadas, constituindo um **mosaico, a gestão do conjunto deverá ser feita de forma integrada e participativa**, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação, **de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável** no contexto regional (Brasil, 2002, Art. 26).

Ou seja, na legislação há a promoção de uma visão de complementaridade, e não de oposição, entre a proteção ambiental e a proteção aos direitos territoriais indígenas, o que se aproxima ao paradigma ecossistêmico e se distancia do paradigma obsoleto, segundo o qual a presença humana em áreas protegidas era proibida ou desestimulada.

O Mosaico de Áreas Protegidas do Oeste do Amapá e Norte do Pará, reconhecido em 2013, foi o primeiro mosaico brasileiro a incluir Terras Indígenas e Unidades de Conservação. Com uma extensão de mais de 12 milhões de hectares, o mosaico abrange três Terras Indígenas e seis Unidades de Conservação, promovendo a gestão integrada e colaborativa dessas áreas, conciliando a conservação ambiental com os direitos territoriais indígenas (Brasil, 2013).

Neste contexto, cabe destacar ainda a existência do regime jurídico de “dupla afetação” de áreas sobrepostas. O termo “afetação” é utilizado na destinação do bem público, na forma como o Estado condiciona o uso de determinado bem que está sob sua titularidade. A dupla afetação, portanto, caracteriza a destinação de um mesmo bem do Estado para fins e usos diferentes – no caso, a coexistência de TI e UC em um mesmo bem.

A área duplamente afetada é aquela destinada tanto à proteção da natureza, quanto à realização dos direitos indígenas (Brasil, 2005), em que comporta, em um mesmo espaço físico, mais de uma compreensão sobre a natureza, sobre o ambiente, sobre o território (Silva, 2018).

No Brasil, a dupla afetação se consolidou a partir do decreto presidencial de 15 de abril de 2005 (Brasil, 2005), que homologou e demarcou a TI Raposa Serra do Sol de Roraima (Silva, 2018). Desse marco normativo em diante, a dupla afetação tornou-se uma das propostas em voga para solucionar situações de sobreposição entre TI e UC, sem a necessidade de desafetar um dos bens da União (Silva, 2018).

Nesse teor, a possibilidade de compatibilidade de dupla afetação para bens do Estado destinados à proteção ambiental e indígena foi destacada pelo Ministro do

Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, quando na relatoria da Pet 3.388, Ação Popular a respeito da demarcação da mencionada TI (STF, 2009; Silva, 2018).

Abaixo, segue o trecho do voto:

Essa dupla (terra indígena + unidade de conservação) ou tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira) deve, portanto, ser resolvida **não pela sucumbência frente aos direitos indígenas, mas por uma conciliação** das prerrogativas aparentemente em conflito (Brasil, STF, Petição 3388, 2009).

O que é importante é que a **efetiva conciliação desses dois interesses, de modo a concretizar a dupla afetação, tornando-a real e não apenas discursiva**, envolve o respeito simultâneo de ambos os interesses, de modo a que nenhum deles possa ser considerado superado ou minimizado pelo outro de antemão. Nas situações específicas, há de se garantir sempre a possibilidade de conjugação que não pode ser entendida fora de uma lógica de complementaridade (Brasil, STF, Petição 3388, 2009).

O ICMBio responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI (Brasil, 2009).

O STF, portanto, acolheu a tese da dupla afetação. Desta forma, a partir do posicionamento da Suprema Corte, o ICMBio deve administrar a UC de forma a respeitar os usos, tradições e costumes dos indígenas (Brasil, 2009).

Cabe, ainda, referir que o regime especial de dupla afetação apresenta-se ainda que a TI envolvida não seja demarcada ou esteja com procedimento demarcatório em trâmite, visto que o processo de demarcação é meramente declaratório (STF 2018).

Apesar da previsão normativa e jurisprudencial de formas de regularização de sobreposições territoriais entre UCs e TI no ordenamento jurídico brasileiro, como os modelos de gestão compartilhada, os mosaicos, e o regime de dupla afetação, a realidade é outra, visto que é comum persistir conflitos de grandes proporções entre os envolvidos, principalmente entre os agentes ambientais responsáveis pela gestão das UCs e os povos e comunidades das terras indígenas.

1.5 Compreensão dos conflitos enquanto fenômeno

O conflito é um fenômeno multidisciplinar e de definição polissêmica, sendo possível enxergá-lo pelo ponto de vista linguístico, jurídico, sociológico, antropológico, cultural, psicológico ou comportamental (Leite, 2017) e podendo acumular

simultaneamente todas ou algumas dessas diferentes dimensões quando se manifesta.

Em termos conceituais, Moore (1998) define os conflitos como processos que envolvem disputas entre duas ou mais pessoas com relação a valores, ou competição por *status*, poder ou recursos escassos (Moore, 1998, p.16).

Outra forma de compreender o conflito é vê-lo como um fenômeno resultante da diferença. Esta diferença pode se traduzir como distintas percepções que as partes têm acerca de uma mesma realidade (Deutsch, 2004). Nesse sentido, as diferentes percepções resultam em diferentes sentimentos e comportamentos experienciados pelo sujeito em face de uma mesma realidade.

Durante grande parte da história da humanidade, o conflito foi encarado como uma patologia ou pelo menos como manifestação desta (Leite, 2017). Contudo, a contrário *sensu*, os conflitos podem ter funções positivas. Isto porque o conflito pode prevenir estagnações e ser o meio pelo qual os problemas podem ser manifestos e do qual emergem as soluções, sendo a raiz da mudança (Simmel, 1995; Coser, 1996 *apud* Deutsch, 2004).

Para Deutsch (2004), o conflito também apresenta funções positivas por demarcar grupos e, dessa forma, ajudar a estabelecer uma identidade coletiva e individual, bem como prevenir colapsos, entendendo que este fenômeno não deve ser eliminado, nem suprimido por um longo tempo (Deutsch, 2004). Isto porque o conflito é incontornável, porque inerente à natureza humana, e porque não é funcional eliminar as diferenças na sociedade, eis que fazem parte de qualquer Estado democrático.

Assim, o foco e objetivo central não é eliminar os conflitos, mas sim adequar a forma de tratá-los e geri-los. No ponto, os conflitos podem apresentar processos destrutivos, que conduzem ao agravamento do problema, resultante de um círculo vicioso de ação e reação, ou processos construtivos, em que há fortalecimento da relação social preexistente ao conflito e, em regra, robustecimento do conhecimento mútuo e da empatia (Deutsch, 2004 *apud* Azevedo, 2009).

Os processos construtivos caracterizam-se, dentre outros aspectos, pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização de interesses aparentemente opostos e pela disposição das partes em abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando o relacionamento (Azevedo, 2009, *apud* Deutsch, 2004).

Para compreender melhor o fenômeno do “conflito”, é essencial considerar as tipologias que fundamentam o conceito. Conflitos podem ser classificados conforme os sujeitos envolvidos (intrapessoais, interpessoais, intracoletivos, intercoletivos ou internacionais), o objeto (relacionamento, dados, estruturais de valores e estruturais) e o nível de desenvolvimento e intensidade (latentes, emergentes ou manifestos) (Deutsch, 2004; Moore, 1998).

A partir de tais conceitos, definições e categorias de conflito, é crucial realizar um diagnóstico dos conflitos resultantes da sobreposição entre Unidades de Conservação (UCs) e Terras Indígenas (TIs) no contexto brasileiro. Esse diagnóstico permitirá responder à questão central deste estudo, considerando a compreensão do fenômeno do conflito aqui discutido.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Diagnóstico dos conflitos por sobreposição territorial

A sobreposição territorial entre Unidades de Conservação (UCs) e Terras Indígenas (TIs) no Brasil gera conflitos complexos entre as partes que objetivam fazer o uso da mesma área física.

Os conflitos jurídicos por sobreposição surgem de interpretações divergentes das leis e da Constituição, que garantem direitos tanto às UCs quanto às TI. Questões como a demarcação e titulação das terras, bem como a prevalência de uma sobre a outra, geram impasses legais de difícil solução.

Veja-se que há a presença simultânea de dois direitos fundamentais igualmente garantidos pela Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e o direito originário dos povos e comunidades indígenas às terras (art. 231, §1º), em face da preservação ambiental e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225.

Além disso, os conflitos culturais em contextos de sobreposição são evidentes, uma vez que abarcam duas cosmovisões diferentes: a indígena e a não indígena. A preservação dos modos de vida tradicionais, bem como das crenças e práticas

ancestrais das comunidades indígenas por vezes entram em conflito com os objetivos de conservação das UCs.

Também é pertinente considerar a dimensão histórico-social do conflito, uma vez que pode haver um histórico de interações conflituosas entre as partes envolvidas há décadas, especialmente entre os agentes e servidores ambientais responsáveis pela gestão das Unidades de Conservação, que, por vezes, residem dentro da UC (Entrevistado A, 2022) e os povos e comunidades indígenas que reconhecem um território como seu.

O conflito em questão é grave, prolongado e envolve múltiplos atores de diferentes culturas, tanto indígenas quanto não indígenas. Ele se caracteriza pela existência de **numerosas ações judiciais em andamento**, intensificando a polarização entre as partes e gerando desconfiança por parte dos indígenas em relação aos órgãos governamentais. Além disso, o conflito é **marcado por episódios de violência**, incluindo invasões de propriedades e ocorrências de morte (Entrevistado A, 2022).

A declaração de Geraldo Machado Pereira, servidor do ICMBio e chefe do Parque Nacional do Descobrimento (PND), também elucida o teor complexo dos conflitos por sobreposição entre essa unidade de conservação ambiental e a Terra Indígena Comexatiba, em Prado, na Bahia:

Todos estão a favor do parque. Porque nós divulgamos o que é o parque, que eles [a população] tiveram a oportunidade de ir lá dentro, perceberam a importância que é, perceberam como isso aqui pode colaborar com a economia local, por visitação, porque é um atrativo muito interessante para complementar a beleza toda que existe aqui. **E está sendo destruída por essas invasões. A única comunidade que não é parceira do parque é essa minoria de invasores que se diz índio, indígena, e que estão hoje justamente dentro do parque. É a única que não é parceira do parque. É a que destrói.** (Machado, 2017, *apud* Silva, 2018, p. 85).

Primeiro, pra ter gestão compartilhada precisa ter dupla afetação. Para haver dupla afetação precisa ter duas unidades no mesmo lugar. Não existe Terra Indígena no município de Prado. **Não existe Terra Indígena no município de Prado [ênfase]**. Existem pessoas invadindo propriedades particulares, lotes de assentamentos do Incra e Parque Nacional (...). **Existem pessoas que têm interesse que o Parque não aconteça, pra ficar mais fácil essa desafetação, dupla afetação, seja o que queiram chamar, que na verdade é uma ocupação indevida e o roubo de seu patrimônio.** (Machado, 2017, *apud* Silva, 2018, p. 165).

Por outro lado, Mãdy, líder indígena da aldeia Alegria Nova, destaca que as entidades e órgãos ambientais brasileiros, incluindo o ICMBio, têm historicamente mantido uma relação marcada pela violência com as comunidades indígenas (Silva, 2018):

Hoje nós temos a sobreposição do Parque Nacional do Descobrimento com a Terra (Indígena) Comexatibá, há 15 anos. Não tem desenvolvimento nenhum, eles não fiscalizam, não monitoram, não reproduzem as espécies. Tem muito é contato, articulação com fazendeiro, com coisas criminosas que envolvem ali a degradação, né, e continuam fazendo aquilo que toda a vida fez, em 30, 40 anos, que é criminalizando o índio. Chamando, caluniando, difamando, denegrindo a imagem do índio. São arrogantes, prepotentes, **não respeitam a cultura, a diversidade, não respeitam os valores, as raízes e a vivência do nosso povo** (Mãdy, 2017 *apud* Silva, 2018, p. 146).

Além disso, indígenas frequentemente relatam dificuldades para estabelecer parcerias e diálogo com os gestores ambientais das UCs (Ricardo, 2017 *apud* Silva, 2018). Ricardo Oliveira, liderança indígena da aldeia Cahy/TI Comexatiba, relata que a postura de servidores do ICMBio só contribui para a perpetuação do conflito (Ricardo, 2017 *apud* Silva, 2018).

Entra tanto chefe, sai chefe, a maioria agrônomo, administrador, formado em administração alguns. Esses caras não têm pensamento de nada. **O que custava você ser chefe do Parque e dizer “vou pegar 15 dias, vou dar uma estudada sobre esse povo e vou ver qual é desse povo”. Estuda [ênfase]! “Ah tá, é assim! Então vamos trabalhar com esse pessoal pra não dar de testa com eles”. Mas eles só ficam em cima da lei.[...] O quê que eles faz? Eles atacam liderança pra enfraquecer as aldeias. É processo [judicial] em cima de processo.** Aí o cara vai cansando, vai cansando e morre pagando processo aí (Ricardo, 2017 *apud* Silva, 2018, p. 147).

Os relatos aqui colacionados oferecem uma perspectiva detalhada das diversas camadas envolvidas nessa questão delicada, sejam elas jurídicas e não jurídicas. Esses conflitos são ainda mais desafiantes devido à diversidade cultural e ambiental do Brasil, o que demanda abordagens específicas para cada contexto.

O quadro abaixo compila e elucida a alta complexidade dos conflitos por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas, uma vez que apresentam, simultaneamente, conflitos jurídicos, histórico-sociais, estruturais e relacionais entre os sujeitos envolvidos (Entrevistado A, 2022).

Tabela 1 – Classificação do conflito por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas

Classificação do conflito por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas		
Nível de desenvolvimento e intensidade	(X) latentes, (X) emergentes ou (✓) manifestos	
Sujeitos envolvidos	(X) intrapessoais (X) interpessoais (X) intracoletivos (✓) intercoletivos (X) internacionais	
Há conflitos jurídicos?	✓	preservação ambiental (Unidades de conservação) “versus” direitos territoriais indígenas
Há conflitos estruturais?	✓	poderes desiguais e disputas por recursos
Há conflitos de valores?	✓	diferentes cosmovisões e culturas
Há conflitos de relacionamento?	✓	animosidade interpessoal, antagonismo, comunicação deficiente, polarização e presença recíproca de estereótipos
Há conflitos de dados?	X	não identificado

Fontes: elaboração própria a partir de Silva (2018) e Entrevistado A (2022).

Em suma, os conflitos originados das sobreposições territoriais entre UCs e TIs são complexos porque são interculturais e transcendem as esferas jurídicas, adentrando também em dimensões estruturais, relacionais e histórico-sociais.

2.2 As partes envolvidas e os seus interesses

Os conflitos por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas envolvem múltiplas partes, como órgãos e entidades públicas, a exemplo do ICMBio, MPF, DNIT e FUNAI, bem como os povos e comunidades indígenas e outros particulares. A característica multipartes dos conflitos por sobreposição são um fator importante que confere complexidade à controvérsia.

As comunidades indígenas, frequentemente compostas por diferentes etnias, e os representantes locais dos órgãos ambientais responsáveis pela gestão das unidades de conservação são os principais atores afetados pela sobreposição entre

UCs e TIs, portanto há concentração na análise das interações diretas entre estes dois sujeitos, devido ao escopo e foco específicos da pesquisa.

Para compreender melhor as partes envolvidas e afetadas pelo conflito, é essencial examinar seus interesses subjacentes, que moldam suas posições. Os interesses representam as necessidades, objetivos, medos e preocupações dos indivíduos, destacando a importância de conciliar interesses em vez de simplesmente lidar com posições (Weiss, 2018; Fischer, 2018).

As posições adotadas pelos envolvidos nos conflitos por sobreposição normalmente são antagônicas. Enquanto as comunidades indígenas almejam utilizar a área territorial exclusivamente para si, afastando os agentes ambientais, estes últimos buscam a remoção dos indígenas das unidades de conservação, argumentando que sua presença constitui invasão (Silva, 2018; Entrevistado A, 2022).

No entanto, uma análise mais profunda dos interesses subjacentes das partes revela a existência de pontos de convergência. É o que demonstra o quadro ilustrativo abaixo.

Tabela 2 – Mapeamento de Interesses dos indígenas e representantes locais ambientais

Interesses	Partes	
	Indígenas	Representantes locais do órgão ambiental
Utilização de recursos da área para a subsistência	✓	
Acesso aos recursos naturais essenciais para preservação cultural e econômica	✓	
Estabelecimento de residência na área	✓	
Contribuição ativa para a conservação do meio ambiente	✓	✓
Restauração de áreas de biodiversidade prejudicadas	✓	✓
Compromisso com a preservação ambiental	✓	✓
Necessidade de participação e escuta ativa	✓	✓
Redução dos custos associados	✓	✓

Celeridade processual	✓	✓
-----------------------	---	---

Fontes: elaboração própria a partir de Silva (2018); ICMBio (2021); Entrevistado A (2022).

Observa-se na tabela acima que há interesses compartilhados e distintos entre as partes, porém não necessariamente antagônicos e conflitantes.

No que toca à preservação ambiental, por exemplo, tanto as Terras Indígenas quanto as Unidades de Conservação demonstram resultados semelhantes na mitigação do desmatamento, conforme destacado por Marensi (2014) e o ICMBio no Parecer nº 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU.

Embora haja interesses compartilhados entre os indígenas e os representantes ambientais, conforme identificado, os conflitos relacionais entre as partes resultam em comunicação deficiente, permeada por percepções equivocadas e estereótipos, minando a confiança mútua e tornando difícil a composição desses interesses na prática (Santilli; Ricardo, 2004).

Essa intrincada teia de dimensões do conflito e de múltiplas relações envolvidas evidencia a necessidade de uma abordagem adequada às diversas nuances envolvidas, que extrapolam a dimensão jurídica do conflito.

Diante dessa realidade multifacetada, é fundamental explorar abordagens e métodos adequados para o tratamento dos conflitos por sobreposição, considerando as suas particularidades.

2.3 As diferentes formas de tratamento dos conflitos

O campo do tratamento adequado de conflitos é multidisciplinar, com raízes na antropologia, sociologia, psicologia social e cognitiva, economia, ciência política, teoria dos jogos, relações internacionais, direito e estudos de paz (Faleck; Tartuce, 2014).

Ury, Brett e Goldberg (2009) propõem que existem três principais abordagens para tratar conflitos, sendo elas: **(i)** conciliar interesses, **(ii)** determinar quem tem razão ou **(iii)** determinar quem é mais poderoso.

A conciliação de interesses envolve investigar as preocupações profundas das partes e desenvolver soluções criativas que tratem o conflito como uma situação compartilhada a ser manejada em conjunto pelos envolvidos (URY, *et al.*, 2009).

Determinar quem tem razão baseia-se na aceitação de normas reconhecidas como legítimas ou justas, conhecidas como direitos, que podem estar consagrados na lei, contratos ou padrões sociais (URY, *et al.*, 2009).

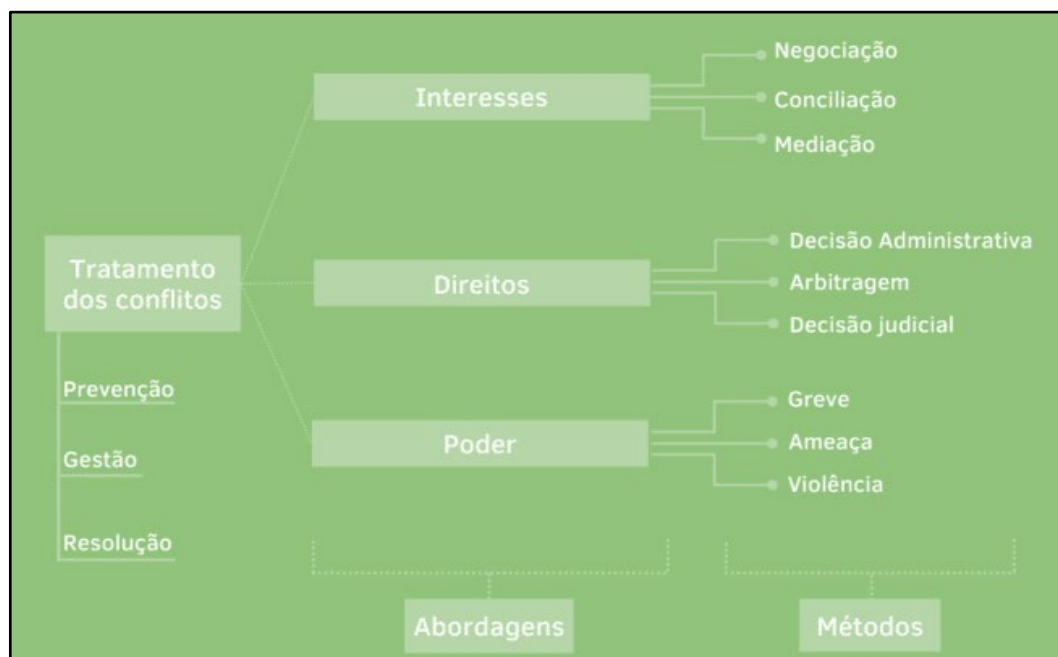
A abordagem baseada no poder, por sua vez, envolve a capacidade de coagir alguém a fazer algo que não faria voluntariamente, geralmente por atos de agressão ou retenção de benefícios (URY, *et al.*, 2009).

No Brasil, a título de exemplo, a abordagem baseada no poder orienta o direito de greve, a legítima defesa e o esbulho possessório. A abordagem baseada em direitos orienta a adjudicação judicial, os procedimentos administrativos e a arbitragem. A abordagem baseada em interesses orienta a negociação, a conciliação e a mediação.

Fuller (1971) introduziu o conceito de “pluralismo de processos”, que defende a aplicação de diferentes métodos de tratamento de conflitos conforme os propósitos específicos e peculiaridades de cada caso (Fuller, 1971 *apud* Faleck; Tartuce, 2014).

Os “métodos” de tratamento de conflitos são os meios previstos no ordenamento jurídico que permitem às pessoas satisfazerem seus interesses (Faleck, 2018). No ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 2010, instituiu a “política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”, ampliando os métodos de tratamento de conflitos no país.

Figura 2 – Abordagens e métodos de tratamento de conflitos



Fonte: Elaboração própria a partir de Moore (1998), Ury (2009) e Faleck (2018).

Como meros meios e não fins em si mesmos, os métodos de tratamento de conflitos são adequados quando cumprem sua função: satisfazer os interesses das partes. Se o método escolhido não atinge esse objetivo, deve-se adotar uma nova abordagem que melhor atenda aos interesses das partes e às características do caso concreto (Faleck, 2018, p. 97).

A adequação de um método envolve não só fatores como custos financeiros e tempo, incluindo também o tratamento digno e a possibilidade de ser ouvido e compreendido (Galanter, 1989, *apud* Faleck, 2018).

Assim, Ury (2009) propõe quatro critérios para avaliar a adequação: **(i)** natureza do conflito; **(ii)** custos envolvidos; **(iii)** satisfação das partes e **(iv)** efeitos nas relações pessoais e organizacionais, os quais são utilizados neste estudo para avaliação da melhor abordagem e método para tratamento dos conflitos por sobreposição.

2.3.1 Poder

No contexto de conflitos por sobreposição ora analisado, a abordagem de poder é frequentemente utilizada pelas partes envolvidas: tanto agentes ambientais quanto indígenas recorrem a táticas de poder para satisfazer seus interesses.

Agentes ambientais relatam invasões e atos violentos por indígenas, enquanto indígenas relatam ameaças a lideranças por pessoas ligadas aos órgãos ambientais (Silva, 2018).

Esses confrontos de poder são comuns e o uso da força geralmente resulta em desconfiança, raiva, perda de oportunidades e escalada do conflito (Faleck, 2018). Comportamentos repetitivos e negativos adotados por ambos os lados raramente trazem satisfação e parecem apenas objetivar a liberação de raiva e frustração.

A utilização da abordagem de poder no contexto de sobreposição, portanto: **(i)** envolve altos custos de tempo e emocionais para os agentes ambientais e as comunidades indígenas, devido às frequentes invasões e atos de violência; **(ii)** resulta em baixa satisfação com os resultados para ambas as partes, pois as ações coercitivas raramente resolvem os conflitos subjacentes; **(iii)** promove efeitos destrutivos nas relações, exacerbando a desconfiança e a animosidade, o que aumenta a distância entre agentes ambientais e comunidades indígenas e perpetua os conflitos.

As razões para a persistência na luta pelo poder incluem a baixa utilização de processos baseados na conciliação de interesses, falta de motivação para usá-los, ausência de competências e recursos, além de obstáculos organizacionais e relacionais (URY, *et al.*, p. 66).

2.3.2 Direitos

A abordagem de direitos também é frequentemente utilizada em conflitos por sobreposição entre UCs e TI. Métodos como processos administrativos e judicialização são comuns, destacando-se as ações de reintegração de posse e as ações coletivas.

As ações de reintegração de posse, por exemplo, são frequentemente ajuizadas por agentes ambientais. Cavallini (2017) explica que esse tipo de ação judicial é uma regra. Exemplos notáveis incluem a remoção de populações indígenas em Barra Velha e Comexatibá, além de casos como o envolvendo os povos Kaingang e Xokleng na Floresta Nacional (Flona) de São Francisco de Paula (Silva, 2018).

Em Comexatibá, conforme relatado por Ricardo (2017), os Pataxó enfrentam constantes ameaças judiciais, e o cacique Timborana, da aldeia Cahy, possui múltiplos processos judiciais e foi recentemente condenado à prestação de serviço comunitário ao ICMBio devido a um incêndio próximo ao parque.

Além das ações de reintegração de posse, no Rio Grande do Sul, o Ministério Público Federal (MPF) em Caxias do Sul ajuizou três ações civis públicas questionando concessões florestais nas Florestas Nacionais de Canela e São Francisco de Paula, sem a devida consulta às comunidades indígenas Kaingang e Xokleng (CIMI, 2021).

Nessas ações, o MPF exige a realização de estudos antropológicos e a consulta prévia, livre e informada às comunidades afetadas. Desde 2012, os indígenas Xokleng aguardam a conclusão da fase preliminar do procedimento demarcatório, intensificando o conflito com o ICMBio.

A abordagem de direitos, embora comum, apresenta diversas desvantagens, **(i)** envolve altos custos de tempo e promove a polarização e destruição das relações pessoais e organizacionais; **(ii)** resulta em recorrência de conflitos, pois é comum o ajuizamento de sucessivas ações judiciais para um mesmo conflito, o que gera um **(iii)** elevado grau de insatisfação entre as partes envolvidas. Além disso, a abordagem

jurídica muitas vezes não resolve o conflito subjacente, ignorando aspectos não jurídicos igualmente importantes de serem considerados para uma solução efetiva e duradoura (Azevedo, 2009).

Portanto, a escolha pela abordagem de direitos resulta em um ciclo infrutífero e na litigiosidade repetitiva (Faleck, 2018). Um exemplo disso é a situação em que agentes ambientais obtêm decisões judiciais favoráveis para a remoção de indígenas de UCs, levando esses indígenas a se deslocarem para outros locais da proximidade, como rodovias, onde novos litígios são iniciados para sua remoção, com instituições públicas que são igualmente oneradas e prejudicadas com essa situação, como o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), em que estes ajuízam novas ações judiciais, retroalimentando o ciclo (Entrevistado A, 2022).

Este cenário resulta na perpetuação do conflito sem atender aos interesses de nenhuma das partes e sem tampouco oferecer uma solução sustentável a longo prazo. Ademais, em uma macroanálise, quando há uma vitória judicial em favor dos agentes ambientais, o impacto se desloca do ICMBio para prejudicar os interesses do DNIT, resultando em um prejuízo para a administração pública como um tempo.

Leitão (2004) aponta também que órgãos públicos da mesma estrutura federal, como o ICMBio e a FUNAI, frequentemente se antagonizam, desperdiçando recursos humanos e financeiros que poderiam ser mais bem utilizados (Leitão; Ricardo, 2004).

Portanto, sem uma visão sistêmica e integrada do complexo cenário dos conflitos por sobreposição, principalmente devido à complexidade dos elementos constitutivos e à judicialização recorrente desses conflitos, há desperdício de recursos e perpetuação do conflito.

2.3.3 Interesses

O tratamento consensual e conciliatório dos conflitos é uma prática histórica presente em diversas culturas, como a judaica, cristã, islâmica, hinduísta, budista, confucionista e indígena (Moore, 1998; Mendonça, 2004; Faleck; Tartuce, 2014).

No entanto, em determinado momento histórico, a justiça foi centralizada no Poder Judiciário. Durante os séculos XVIII e XIX, o direito à proteção judicial significava essencialmente o direito formal de propor ou contestar uma demanda (Faleck; Tartuce, 2014).

Esse paradigma começou a mudar em 1976, quando Frank Sander, professor de Harvard, ressuscitou a ideia de tratamento consensual de conflitos. Ele sugeriu que os tribunais direcionassem casos para métodos “alternativos”, como negociação, conciliação e mediação (Faleck; Tartuce, 2014).

No Brasil, a Constituição de 1988 reforçou o tratamento adequado dos conflitos e as soluções pacíficas de controvérsias, garantindo o direito de acesso à justiça.

O artigo 98, inciso I, da Constituição prevê a criação de juizados especiais para conciliação e julgamento de causas cíveis de menor complexidade. Seguindo essa diretriz, a Lei nº 9.099/95 orienta-se pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre a conciliação ou transação.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125, estabelecendo a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses (Brasil, 2010). Posteriormente, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) de 2015 promoveu a solução consensual dos conflitos e a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSCs) (Brasil, 2015).

Além disso, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) e a Resolução nº 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, de 2016, destacaram a eficácia da conciliação e mediação na Justiça do Trabalho (Brasil, 2016).

A introdução desses métodos no cenário nacional visa a pacificação social e a redução da crise da justiça, caracterizada pela demora na prestação jurisdicional e pelo alto volume de demandas (Faleck, 2018). Nesse contexto, Kazuo Watanabe defende a transição da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”, incentivando métodos consensuais para promover a paz social (Watanabe, 2005).

Assim, o quadro a seguir elucidará os principais métodos consensuais utilizados no Brasil.

Tabela 3 – Análise dos principais métodos consensuais baseados na abordagem de composição de interesses

	Negociação	Conciliação	Mediação
Tipo de solução	autocompositiva	autocompositiva	autocompositiva

Definição	Método horizontal de tratamento do conflito diretamente entre as partes	Método horizontal de tratamento do conflito com a intervenção de um conciliador	Método horizontal de tratamento do conflito com a facilitação por um mediador
Terceiro envolvido	Não	Sim, conciliador	Sim, mediador
Autoridade do terceiro	Não é aplicável	Sim, pode sugerir e ser interventivo na solução	Não, o mediador é imparcial e independente
Objetivo	Processo de influência para tomada de decisão	Obtenção de acordo	Estabelecer ou restaurar o diálogo entre as partes, sendo o acordo consequência
Aplicação mais comum	Todos os tipos de relações	Relações eventuais, como de consumo	Relações de longo prazo

Fontes: Moore (1998); Fischer (2018); Almeida (2018).

Os métodos consensuais têm sido aplicados em casos envolvendo comunidades tradicionais, como pescadores, quilombolas e indígenas, e áreas de proteção ambiental.

O primeiro exemplo é a Reserva Biológica do Lago Piratuba, no Amapá, que regularizou a sobreposição territorial com um termo de compromisso, estabelecendo regras para a pesca do pirarucu. Isso garantiu os direitos de uma comunidade tradicional de pescadores e resultou em um aumento populacional significativo da espécie (ICMBio, 2021).

O segundo exemplo, que envolve diretamente a Administração Pública, é a Estação Ecológica da Serra Geral do Tocantins. Aqui, o conhecimento tradicional de uma comunidade quilombola sobre o manejo do fogo levou a uma redução drástica dos incêndios tardios (ICMBio, 2021).

A mediação entre a comunidade e as autoridades promoveu confiança mútua, resultando, em 2015, em uma mudança completa na estratégia de manejo de incêndios, agora baseada amplamente no conhecimento tradicional da comunidade. Essa colaboração exemplifica como a integração de saberes tradicionais com a gestão pública pode melhorar significativamente a eficácia das políticas ambientais.

No Parque Nacional Marinho das Ilhas dos Currais, no Paraná, foi implementado um regramento para a pesca, monitorado pela Universidade Federal do Paraná e pelo Instituto de Pesca de São Paulo. Essas instituições participaram desde o início do diálogo, ajudando a construir o acordo com as partes envolvidas,

assegurando a sustentabilidade da atividade pesqueira no arquipélago (ICMBio, 2021).

No caso da Terra Indígena Serra Raposa do Sol, com sobreposição ao Parque Nacional Monte Roraima (UC), destaca-se a iniciativa pioneira do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, com o apoio do então presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, na inauguração do primeiro polo indígena do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) na comunidade do Maturuca. Na ocasião, 16 indígenas foram escolhidos pela comunidade e legitimados pela Justiça para mediar conflitos internos, como disputas familiares e danos materiais (CONJUR, 2015).

Neste contexto de conciliação de interesses, é relevante destacar que o ICMBio tem adotado uma postura institucional mais inclusiva e flexível, contrastando com suas posições anteriores. Esta nova postura reconhece a compatibilidade entre os interesses ambientais e territoriais das comunidades tradicionais, promovendo um esforço institucional para a utilização da mediação. Esse avanço é evidenciado no Parecer nº 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU e na Informação Técnica nº 3/2021-COGCOT/CGSAM/DISAT/GABIN/ICMBio (ICMBio, 2021).

Nesta toada, cabe pontuar algumas limitações identificadas na utilização dos métodos de negociação e conciliação em contextos de alta animosidade, como os encontrados em áreas de sobreposição entre Unidades de Conservação (UCs) e Terras Indígenas (TIs).

Isto porque a negociação, embora baseada na abordagem de conciliação de interesses, frequentemente falha em avançar nas tratativas devido à falta de um terceiro imparcial. Isto foi evidenciado no GT do Conama (Portaria nº 261 MMA/MJ), criado para dar efetividade ao previsto no SNUC, onde as negociações entre agentes ambientais e indígenas não progrediram devido ao elevado nível de antagonismo entre as partes envolvidas, o que elucida a gravidade dos conflitos relacionais presentes em contexto de sobreposição entre UCs e TIs (Ricardo; Ramos, 2004, p. 16).

Já a conciliação, normalmente aplicada em âmbito judicial para relações casuais, também se mostra inadequada para conflitos onde os interesses de longo prazo das partes estão em jogo, como é o caso de conflitos por sobreposição, em que o relacionamento entre os envolvidos é continuado ao longo do tempo.

No próximo capítulo, a mediação será explorada em detalhe, utilizando a sistemática de Ury (2009), para determinar a sua adequação no tratamento dos conflitos de sobreposição territorial.

2.3.4 A mediação: definições, princípios e modelos

A mediação é um método consensual multidisciplinar e flexível, que se adapta a diferentes contextos para atender às necessidades das partes envolvidas e às características específicas de cada caso (Faleck, 2020).

De acordo com Warat (2004), a mediação é uma proposta transformadora dos conflitos, auxiliando as partes a resolverem o conflito com a ajuda de um mediador. Dessa forma, não se trata apenas de buscar um acordo, mas de redimensionar o conflito, levando em consideração as condições psicológicas, culturais e sociais que causam divergências de atitudes e interesses. Assim, o mediador ajuda as partes a desenvolverem um enfoque prospectivo, construindo, ou reconstruindo, a relação conflituosa (Warat, 2004 *apud* Heck, 2018).

A mediação é regida por princípios fundamentais, conforme estabelecido pelo Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Resolução nº 125/2010 do CNJ) e pela Lei nº 13.140/2015. Esses princípios incluem confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação e promovem um ambiente de colaboração, visando à construção conjunta do consenso pelas partes (Heck, 2018).

Existem três principais modelos de mediação, sendo eles **(i)** transformativa, **(ii)** circular-narrativa e **(iii)** satisfativa, que podem ser combinados conforme a necessidade. A Mediação Transformativa foca na capacitação dos mediandos, ajudando-os a superar suas posições iniciais e promovendo o protagonismo. A Mediação Circular-Narrativa enfatiza a desconstrução das narrativas iniciais dos envolvidos, construindo novas percepções e priorizando a transformação das percepções mais do que o acordo. Já a Mediação Satisfativa se concentra na obtenção de acordos, aproximando-se da conciliação (Vasconcelos, 2008).

Assim, a mediação, com sua abordagem multidisciplinar e qualitativa, transcende a dimensão jurídica ao considerar a subjetividade das partes e proporcionar um ambiente colaborativo em prol da criação de soluções criativas para o tratamento e resolução dos conflitos. Este método está alinhado com os princípios

do Estado democrático de direito, promovendo ações que preservam a dignidade e cidadania dos indivíduos (Heck, 2018).

2.3.5 Critérios para aferir a adequação da mediação

No tópico anterior, descreveu-se o método da mediação, historicamente utilizado por várias culturas ao redor do mundo. Seguindo seus passos, a possibilidade de tratamento adequado dos conflitos é alta (Dal Molin, 2018).

Diante disso, cabe questionar: a mediação é um método adequado para tratar conflitos por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas considerando a natureza do conflito, a satisfação das partes, os efeitos na relação e os custos envolvidos?

2.3.5.1 *Natureza do conflito*

Como visto, os conflitos emergentes da sobreposição territorial entre UCs e TIs são complexos, interculturais e multidisciplinares. A mediação se apresenta como um método adequado devido à compatibilidade de interesses entre as partes e suas características flexíveis e multidisciplinares.

Isto porque ambas as partes, indígenas e agentes ambientais, têm interesse na proteção ambiental, permitindo a construção de um objetivo compartilhado. Além disso, a mediação facilita um ambiente de cooperação, diferente dos processos judiciais adversariais, em que muitas vezes os envolvidos diretamente impactados sequer são ouvidos.

Ainda, os princípios e características da mediação potencializam a resolução dos conflitos entre UCs e TIs. A flexibilidade do procedimento permite a construção de pautas que abarque interesses de ambas as partes, além de questões tangenciais que surgem durante a mediação.

A multidisciplinaridade trata melhor o conflito por sobreposição que, por natureza, é multidisciplinar (jurídico, cultural, histórico-estrutural, relacional).

A informalidade facilita o envolvimento de outras partes conforme necessário, como MPF, FUNAI, DNIT e particulares, sem a burocracia extensa dos processos judiciais. A isonomia equaliza o poder entre partes desiguais, como é o caso entre entes públicos e particulares, garantindo o equilíbrio.

A autonomia das partes estimula o protagonismo sociocultural dos indígenas, permitindo que falem sua língua e participem diretamente do processo, sem serem representados por terceiros, como na judicialização (Entrevistado A, 2022).

A decisão informada garante o consentimento livre, prévio e informado de todos os envolvidos.

As técnicas meditativas, como o uso do “caucus” – reunião privada entre o mediador e uma das partes sem a presença da outra, para discutir questões sensíveis e facilitar a comunicação – é muito utilizada pelo(a) o(a) entrevistado(a) (2022) em suas mediações entre indígenas e agentes ambientais, em que relata que, muitas vezes, as partes solicitam o “caucus” antes das reuniões conjuntas, o que promove uma maior participação de ambas as partes no procedimento.

Além disso, é importante destacar que o novo paradigma de áreas protegidas ecossistêmicas favorece a adoção de meios consensuais e dialógicos, pois estas áreas devem ser geridas com mecanismos participativos que atendam às necessidades das comunidades locais, podendo a mediação também ser utilizada nestes casos e em contextos de gestão compartilhada ou de mosaicos (Cases, 2012).

Ainda, a mediação se mostra particularmente adequada para tratar conflitos por sobreposição devido à dupla afetação dos bens de uso público envolvidos, exigindo a compatibilização dos interesses ambientais e indígenas, conforme os artigos 20, XI, e 231 da Constituição Federal de 1988. Assim, o método favorece a harmonização de ambas as políticas públicas, sem a necessidade de desafetação de um dos bens públicos, promovendo uma administração pública consensual.

Assim, a análise do primeiro critério objetivo proposto por Ury (2009), a natureza do conflito, confirma que a mediação é um método adequado para tratar os conflitos por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas.

2.3.5.2 *Efeitos na relação*

Os efeitos da mediação na relação das partes envolvidas em conflitos de sobreposição territorial entre Unidades de Conservação e Terras Indígenas tendem a ser construtivos.

Principalmente através do modelo transformativo de mediação ocorre a despolarização das posições iniciais das partes (Azevedo, 2009), a melhora no relacionamento pelo estabelecimento da confiança e a quebra de estereótipos, uma

vez que as partes estabelecem um diálogo direto e aberto. A mediação auxilia as partes a esclarecerem percepções e a construir novas percepções positivas sobre a outra parte.

Ademais, a mediação muitas vezes proporciona a melhora significativa na comunicação entre as partes, conforme relata o entrevistado (2022), agente público responsável por mediar conflitos por sobreposição:

“Apesar da grande resistência inicial por parte dos agentes ambientais, em que as partes não conseguiam nem se olhar no início da mediação, estes conseguiram se abrir e ouvir os indígenas e, mais, construir opções conjuntas para as soluções. **A comunicação, que era deficiente e assimétrica, por meio da mediação, passou a tornar-se cada vez mais equilibrada e eficiente**” (Entrevistado A, 2022).

Assim, a melhora na relação entre as partes resulta na diminuição da recorrência de conflitos. Segundo o entrevistado (2022), a mediação permitiu que os agentes ambientais locais abandonassem comportamentos intolerantes, onde os indígenas não eram ouvidos e não podiam entrar na Unidade de Conservação, substituindo-os por comportamentos mais flexíveis. Após escutar as necessidades dos indígenas, os agentes ambientais se mostraram abertos para estabelecer consensos. Ademais, os grupos indígenas abandonaram atos violentos durante todo o processo de mediação, conforme compromisso firmado entre as partes no início do procedimento.

Portanto, a mediação se mostra um ambiente onde o aprimoramento na comunicação leva a uma minimização de conflitos relacionais entre os sujeitos envolvidos em conflitos por sobreposição, contribuindo para a construção de relações mais harmoniosas e a prevenção de futuros conflitos e outras disputas.

Assim, a análise do segundo critério objetivo proposto por Ury (2009), efeitos na relação, confirma que a mediação é um método adequado para tratar os conflitos por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas.

2.3.5.3 *Satisfação das partes*

Na mediação, não se busca medir o grau de atendimento dos interesses de cada parte, mas sim o grau de satisfação em relação ao consenso construído, mesmo

que este possa refletir mais os interesses de uma parte do que de outra (Heck, 2018, p. 240).

A mediação, por sua flexibilidade, potencializa a satisfação dos envolvidos com o procedimento. Isto porque o método promove o protagonismo dos agentes ambientais envolvidos na gestão das unidades de conservação junto à autonomia sociocultural dos povos indígenas, permitindo o uso de sua língua para comunicação e o assessoramento de indígenas e agentes ambientais locais, sem a representação direta na mediação.

Cumprido destacar que a mediação converge com a cosmovisão indígena, pela valorização da oralidade, informalidade e busca por consenso, que também são observados nas formas tradicionais de organização social e de tratamento de conflitos dos povos e comunidades indígenas (Gareau, 2015).

Aldeias indígenas frequentemente têm mediadores de rede social, indivíduos de confiança dentro da comunidade, que são procurados por sua capacidade de mediar conflitos (Moore, 1998, p. 58-60). Essa convergência facilita a aceitação do processo pelos povos e comunidades indígenas e potencializa a satisfação destes com o procedimento.

Os povos e comunidades indígenas elegem internamente as lideranças que participam da mediação, geralmente os caciques das aldeias, conferindo-lhes maior autonomia e poder de escolha. Esse processo de eleição interna contrasta com o contexto judicializado, por exemplo, em que as decisões são tomadas por autoridades externas, sem a mesma consideração pela estrutura de liderança interna dos grupos indígenas.

A satisfação dos agentes ambientais responsáveis pela gestão das Unidades de Conservação também é alcançada através da mediação, pois ela promove um ambiente colaborativo e inclusivo, em que estes têm autonomia para concordar ou discordar de acordos parciais, totais ou outros resultados baseados no consenso mútuo.

Assim, a mediação se destaca como um método que gera efeitos satisfatórios nos sujeitos envolvidos em conflitos por sobreposição entre unidades de conservação e terras indígenas.

2.3.5.4 Custos

No contexto da análise dos custos, a mediação se destaca como um método mais econômico e eficiente em comparação com outros tratamentos do conflito, como a judicialização.

Isso ocorre porque muitas vezes a mediação demanda menos tempo, recursos financeiros e energia emocional dos envolvidos, além de reduzir os recursos desperdiçados e as oportunidades perdidas (Moore, 2014; Bush, 2005).

A mediação permite o estabelecimento de compromissos recíprocos entre as partes envolvidas, como a suspensão de processos judiciais e o compromisso de não utilizar a violência durante todo o procedimento, o que enseja em menores custos emocionais e de tempo para as partes. Exemplo disso foi relatado pelo(a) entrevistado(a) (2022), que mediou um conflito onde tais compromissos foram estabelecidos e vêm sendo cumpridos tanto pelos indígenas quanto pelos agentes ambientais.

Do ponto de vista da administração pública, a redução de custos também é significativa. A mediação contribui para a eficiência administrativa ao diminuir a necessidade de longos processos judiciais e conflitos prolongados, que muitas vezes exigem recursos consideráveis do Estado. A judicialização de conflitos envolve despesas substanciais com processos judiciais, incluindo honorários advocatícios, custas processuais e o tempo despendido por servidores públicos em longos litígios (Watanabe, 2016; Faleck, 2018; Ventura, 2019)

Além disso, a não judicialização de conflitos significa uma dupla economia para o Estado, tanto para os órgãos jurisdicionais quanto para as Procuradorias, pois um processo a menos evita a ocupação do aparato estatal, desde estagiários até desembargadores, e economiza recursos das Procuradorias Gerais do Estado.

Além da redução de custos financeiros, a mediação também melhora a eficiência administrativa ao acelerar a resolução dos conflitos (Cuéllar; Moreira, 2018). Processos judiciais podem levar anos para serem concluídos (Ventura, 2019), enquanto a mediação, com sua abordagem flexível e orientada para o consenso, pode resolver disputas em um período significativamente mais curto. Essa celeridade é

crucial para a Administração Pública, pois permite uma resposta mais ágil e eficaz às demandas da sociedade.

Outro aspecto fundamental é o impacto da mediação no controle externo e na transparência. A adoção de métodos consensuais de tratamento de conflitos está alinhada com os princípios de transparência e *accountability* na gestão pública, visto que atos, propostas e acordos são formalizados e, muitas vezes, publicados ao final do procedimento de mediação.

Isso permite um controle mais rigoroso e uma prestação de contas clara sobre as decisões tomadas e os recursos utilizados. Órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, podem monitorar e avaliar os acordos firmados, exercendo a sua função fiscalizadora para fins de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos (TCU, 2023).

Ademais, a mediação pode contribuir para a prevenção de novos conflitos e a redução da litigiosidade no âmbito da Administração Pública. Isto porque é um ambiente convidativo à integração interinstitucional, fomentando a colaboração entre diferentes entidades e órgãos governamentais, como o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Ministério do Meio Ambiente.

Dessa forma, a mediação se apresenta como um método altamente adequado para o tratamento de conflitos por sobreposição entre UCs e TI ao reduzir os custos emocionais, custos financeiros, melhorar a eficiência administrativa, promover a transparência e a integração, o que também contribui significativamente para uma gestão pública mais eficaz e responsiva.

2.3.6 Desafios na Administração Pública consensual

A administração pública tem passado por uma mudança de paradigma, promovendo o uso de mecanismos consensuais como mediação, negociação, conciliação, para o tratamento e a resolução de conflitos que envolvem interesses públicos.

Segundo Meirelles (2016), administração é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços visando à satisfação das necessidades

coletivas. A administração pública é o conjunto de órgãos e entidades criados pela lei, submetidos a um regime jurídico especial e voltados para a prestação de serviços ou a execução de atividades de interesse público (Semeia, 2015).

A administração pública divide-se em direta e indireta. A direta é composta pelos órgãos integrados na estrutura administrativa da União, estados e municípios. A indireta é composta pelos entes personalizados vinculados a um ministério, que prestam serviços públicos ou de interesse público, mas que são administrativa e financeiramente autônomos (Meirelles, 2015).

Como exemplos relevantes ao presente estudo, órgãos da administração pública direta incluem o Ministério do Meio Ambiente (MMA) e as Secretarias de Meio Ambiente. A administração pública indireta inclui autarquias como o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e as fundações públicas, como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) (Semeia, 2015).

Conforme o Código de Processo Civil (CPC), o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, impondo um dever legal aos operadores do direito: “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Além disso, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o CPC (art. 174) impõem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de câmaras de mediação e conciliação para solucionar consensualmente conflitos administrativos (Brasil, 2015).

Apesar de haver quem ainda defenda que os entes públicos não poderiam se utilizar de meios consensuais, tal tendência apenas estimula unilateralismo e litigiosidade estatal. Inclusive, a atual conjuntura social, econômica e política do país demanda justamente uma postura de eficiência estatal e a oportunidade de uma participação efetiva e democrática aos indivíduos nas decisões que lhes atinge (Megna, 2015).

Neste contexto, Megna (2015) destaca que uma processualidade consciente de seu papel como meio de ouvir e dialogar com o administrado é a pedra angular para a construção da “administração consensual”.

A consensualidade não oferece riscos aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público. Ao contrário, visa concretizá-los de forma mais adequada e eficiente, em vista das novas características sociais. Não desaparece a necessidade de se observar parâmetros legais e de se perseguir o interesse público sem que seja desvirtuado por interesses egoísticos. Propõe-se, apenas, que se abra o diálogo para que se avalie com mais acuidade a realidade do conflito e as opções de solucioná-lo (Megna, 2015, p. 25).

Nesta mesma toada, Moreira Neto (2008) ressalta que, no Direito Administrativo, não se negocia o interesse público, mas os modos de atingi-lo com maior eficiência. Assim, a administração pública deve avaliar as opções existentes para o tratamento de conflitos, considerando a natureza da controvérsia, os custos e riscos envolvidos e resultados potenciais. Essa análise é crucial para compreender o impacto das escolhas, visando eficiência e economicidade (Cuéllar; Moreira, 2018).

Portanto, o respeito ao interesse público não impede a participação em meios consensuais de resolução de conflitos. Pelo contrário, o princípio da indisponibilidade do interesse público é cumprido, por exemplo, quando acordos observam os princípios da legalidade, eficiência e economicidade (art. 37 e 70 da CF/1988), materializando-se pela ponderação de valores constitucionais (Mesquita, 2016).

Neste contexto, para a adequação da utilização da mediação no âmbito da Administração Pública recomenda-se: **(i)** a formalização de todos os atos e propostas desde a pré-mediação, com publicidade ao final; **(ii)** a clara definição dos interlocutores e seus poderes para a transação; **(iii)** a realização da abertura em local reservado e lavrar um termo consolidando o objeto da controvérsia; **(iv)** a escolha consensual do mediador, quando permitido; **(v)** a predefinição uma agenda consensual com prazos e tarefas colaborativas; **(vi)** a formalização da proposta final com motivação exaustiva das premissas normativas, fatos e alternativas decisórias escolhidas consensualmente como mais eficientes (Cuéllar; Moreira, 2018).

Essas práticas são extremamente valiosas em casos que envolvem a Administração Pública e pessoas privadas, pois tornam a posição das partes horizontal e equânime, permitindo que transacionem interesses e direitos de forma eficiente e justa.

Por exemplo, toda a legislação que trata dos contratos de concessão (comuns ou patrocinadas e administrativas, estas sob o regime de PPP), prevê, expressamente, a viabilidade da prática da mediação nos negócios jurídicos administrativos. A Lei nº 11.079/2004 (“Lei de PPPs”) sobre contratos em regime de

parceria público-privada também inclui cláusulas de mediação para resolver disputas decorrentes ou relacionadas aos contratos (Brasil, 2004).

Entendendo que a Administração pode e deve utilizar meios consensuais, conforme os ditames do ordenamento jurídico brasileiro, é imperativo reconhecer os desafios a serem superados para efetivar uma administração pública consensual na prática.

Dentre estes desafios, está o de elaborar acordos juridicamente consistentes, o que requer a compatibilização dos princípios da mediação com os princípios do direito administrativo, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e outros (art. 37, *caput*, Constituição Federal c/c art. 2º da Lei nº 9784/99). Ou seja, a mediação deve assegurar que os acordos não infrinjam normas administrativas, evitando sua invalidação.

Para isso, a qualificação dos mediadores é essencial. Mediadores devem possuir formação contínua e ética profissional (Azevedo, 2009). No mais, nos conflitos socioambientais que envolvem povos indígenas, como é o caso do presente estudo, é crucial que os mediadores entendam os limites da transação, eis que envolvem direitos transindividuais. O ordenamento jurídico brasileiro não permite a disposição desses direitos, mas admite o consenso sobre a forma de seu exercício (Megna, 2015).

Nesta toada, a mediação entre conflitos por sobreposição é ainda mais complexa em casos de UCs e TI ainda não demarcadas ou em processo de demarcação. Ainda que a demarcação tenha teor declaratório e não constitutivo, há desafios significativos devido à discussão sobre a legitimidade das TI e seus limites, ainda não oficializados, obstaculizando o progresso na mediação.

Um desafio adicional é a valorização da cosmovisão indígena na mediação também é um desafio significativo. Mediadores precisam de recursos para compreender e validar a cultura indígena no processo, garantindo que os acordos respeitem e promovam a coexistência cultural das partes. A mediação deve considerar as assimetrias entre as partes para evitar que se torne um instrumento de manutenção de desigualdades (Silva, 2018, p. 166; Entrevistado A, 2022).

Assim, o desenvolvimento de confiança entre todas as partes envolvidas na mediação é fundamental. Muitas vezes, existe desconhecimento, relutância e

ceticismo quanto aos procedimentos consensuais (Faleck, 2018, p. 27), tanto por parte dos agentes ambientais quanto das comunidades indígenas nos conflitos por sobreposição (Entrevistado A, 2022). Esse ceticismo deve ser abordado com transparência e educação sobre os benefícios e eficácia da mediação.

Além disso, é essencial reconhecer que a promoção de uma administração consensual enfrenta resistência dentro da própria Administração Pública. Há uma tendência histórica de unilateralismo e litigiosidade, que precisa ser superada para promover uma gestão pública mais eficiente e participativa. Reforça-se, portanto, a necessidade de adotar métodos consensuais para garantir a eficiência estatal e a participação democrática nas decisões que afetam os cidadãos.

Para isso, é imperativo promover uma mudança de cultura dentro da Administração Pública, incentivando a utilização de práticas que priorizem o diálogo e a colaboração, visando a soluções mais harmônicas e sustentáveis para os conflitos emergentes que envolvam os interesses públicos.

3 METODOLOGIA

Para esta monografia, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com procedimentos metodológicos de revisão bibliográfica e pesquisa de campo.

A revisão bibliográfica abrangeu documentos jornalísticos, trabalhos científicos, textos legais e documentos oficiais de instituições do Estado. Esta etapa objetivou compreender o contexto fático-jurídico das UCs e TI, a regulamentação normativa no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios e práticas da mediação, a cosmovisão indígena, e a Administração Pública.

No ponto, a delimitação do tema é crucial para a compreensão dos limites da pesquisa. Não se analisa neste estudo todas as categorias de unidades de conservação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, limitando-se a mencionar sua existência. Quanto às etnias indígenas, não se aborda cada etnia individualmente, mas sim os aspectos comuns aos povos indígenas. A análise das partes envolvidas foca nos representantes locais dos órgãos governamentais ambientais e nas comunidades indígenas, ainda que outros sujeitos também sejam afetados pela

sobreposição territorial. Por fim, os tipos de mediação analisados e as práticas indígenas são representativos, mas não exaustivos.

A pesquisa de campo incluiu uma entrevista semiestruturada com um agente público responsável por mediar conflitos por sobreposição entre UCs e TI.

A escolha por entrevistas semiestruturadas permite uma maior flexibilidade e profundidade na coleta de dados, possibilitando que o entrevistado expresse suas percepções e experiências de maneira mais livre e detalhada.

As entrevistas foram conduzidas via Google Meet, com duração de uma hora cada. O entrevistado foi selecionado com base em seu papel e experiência na mediação desses conflitos, e sua identidade bem como informações sensíveis sobre os conflitos mediados foram mantidos anônimos para garantir a confidencialidade da mediação.

A entrevista foi gravada, com o consentimento do participante, e posteriormente transcrita para análise. O entrevistado recebeu um código (“Entrevistado A”) para proteção de sua identidade.

A interpretação dos dados coletados nas entrevistas foi feita de forma qualitativa, complementada pela revisão bibliográfica dos conceitos e práticas de mediação, cultura indígena, administração pública e direito administrativo.

As respostas foram analisadas qualitativamente, e os trechos mais representativos foram incluídos no corpo da monografia, sempre contextualizados com outras fontes de dados para garantir a robustez das informações apresentadas.

A análise buscou identificar a adequabilidade da mediação para tratar os conflitos emergentes da sobreposição territorial, considerando os critérios de natureza do conflito, satisfação das partes, efeitos na relação e custos envolvidos.

Esta metodologia, ao combinar revisão bibliográfica e pesquisa empírica, permite uma análise robusta e abrangente da adequabilidade da mediação para tratar os complexos conflitos de sobreposição territorial entre unidades de conservação ambiental e terras indígenas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

- I.** A partir do diagnóstico e da análise dos conflitos por sobreposição territorial entre unidades de conservação ambiental e terras indígenas, foi possível concluir que tais controvérsias são complexas.
- II.** Essa complexidade decorre da característica multipartes, envolvendo diversos sujeitos e atores sociais, tanto públicos quanto privados, e da natureza multifacetada, que abrange âmbitos jurídico, histórico-social, intercultural e relacional.
- III.** Quando os sujeitos envolvidos nesses conflitos adotam abordagens de poder e direito, como confrontos e judicialização em massa, o conflito é agravado, resultando em desfechos potencialmente destrutivos para todos os envolvidos.
- IV.** Tais conflitos impactam diretamente a Administração Pública, já que seus órgãos e entidades frequentemente se colocam em oposição, colocando ambos os bens públicos, as UCs e TI, em risco e gerando custos elevados, contribuindo para a litigiosidade no âmbito público.
- V.** Os conflitos por sobreposição demandam abordagens integradas e flexíveis para o seu tratamento. Conforme pode ser observado nas normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e na interpretação do seu escopo, a utilização de mecanismos consensuais é estimulada no âmbito da administração pública.
- VI.** Ademais, o paradigma vigente de áreas protegidas ecossistêmicas favorece a adoção de meios consensuais e dialógicos, pois estas áreas devem ser geridas com mecanismos participativos que atendam às necessidades das comunidades locais, em contextos de gestão compartilhada, mosaicos ou dupla afetação.
- VII.** Os resultados da presente pesquisa demonstram que a mediação se mostra como um caminho adequado para tratar os conflitos por sobreposição. Quatro critérios centrais confirmam a adequação da mediação: a natureza dos conflitos, os efeitos nas relações, a satisfação das partes e os custos envolvidos.
- VIII.** Quanto ao primeiro critério, a natureza dos conflitos, apesar da aparente dissonância entre as posições de agentes ambientais e indígenas, há a compatibilidade de interesses entre os sujeitos e a compatibilidade entre a preservação ambiental e a presença indígena nas áreas protegidas.

- IX.** Em relação ao segundo critério, a satisfação das partes, a mediação (i) permite a inclusão de outros sujeitos envolvidos ou afetados pelos conflitos por sobreposição, durante o procedimento e conforme a necessidade; (ii) preserva a autonomia sociocultural aos indígenas e converge com a cosmovisão tradicional; (iii) confere autonomia e poder de decisão aos agentes ambientais responsáveis pela gestão das UCs para firmar ou vetar acordos que impactam seus interesses.
- X.** Quanto aos efeitos nas relações, a mediação promove uma comunicação eficiente entre os sujeitos envolvidos, resultando em relações mais positivas e satisfatórias.
- XI.** Finalmente, os custos envolvidos são reduzidos em diversos aspectos, incluindo: (i) os custos emocionais das partes; (ii) os custos financeiros do Estado; (iii) a eficiência administrativa; (iv) a celeridade do procedimento; (v) a promoção de transparência e *accountability*; e (vi) a menor litigiosidade no âmbito da administração pública, promovendo uma maior integração interinstitucional.
- XII.** A mediação proporciona a concretização da dupla afetação de ambos os bens públicos, UCs e TIs, a partir de uma abordagem de conjugação, composição e complementaridade. Portanto, favorece a harmonização das políticas públicas, sem a necessidade de desafetação de um dos bens públicos, promovendo a administração pública consensual em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas na mediação**: aportes práticos e teóricos. 4ª Edição. São Paulo: Editora Dash Mediação, 2018.

AZEVEDO, André Gomma (org.). Teoria do conflito. *In*: AZEVEDO, André Gomma. **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: AZEVEDO-AGomma-Teoria dos conflitos.pdf (usp.br). Acesso em: 2 mar. 2024.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Mosaico de Áreas Protegidas do Oeste do Amapá e Norte do Pará**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/mosaico-oeste-do-amapa-e-norte-do-para-e-reconhecido>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 1775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002**. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002**. Regulamenta artigos da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4340.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Decreto, de 15 de abril de 2005**. Homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no Estado de Roraima. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/dnn/dnn10495.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 5.758, de 13 de abril de 2006**. Institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas - PNAP, seus princípios, diretrizes, objetivos e estratégias, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5758.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012**. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm. Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 11.392, de 1º de janeiro de 2023**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Brasília: Presidência da

República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11392.htm. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. **Resolução nº 125. Resolução nº 125 de 2010 do CNJ**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DJE/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 3 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/RR – Distrito Federal**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3388**. Julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Brasília, 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603021&pgl=176&pgF=180>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade: ADC 42 DF**. Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018. Processo eletrônico DJe-175 divulgado 12-08-2019 publicado 13-08-2019.

BUSH, Robert Alan Baruch; FOLGER, Joseph P. **The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict**. Jossey-Bass, 2005.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (CSJT). **Resolução nº 174, 30 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em:

https://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023. Acesso em: 1 mar. 2024.

CASES, Maria Olatz (org.). **Gestão de Unidades de Conservação**: compartilhando uma experiência de capacitação. Brasília: WWF-Brasil, 2012.

COELHO, Breno Herrera da Silva. Evolução Histórica e Tendências das Áreas Naturais Protegidas: de Sítios Sagrados aos Mosaicos De Unidades de Conservação. **Diversidade e Gestão**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, Volume Especial: Conservação in situ ex situ da Biodiversidade Brasileira, p. 106-121, 2018.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia**, Brasília, v. 16, n. 61, p. 119-146, 2018.

DAL MOLIN, Anna Luíza. **A mediação como método de solução construtiva de conflitos entre franqueador e franqueado**. 2018. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

DE BESSA ANTUNES, Paulo. **Direito ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

FUNAI. Demarcação. **GOV.BR**, 2021. Disponível em Demarcação — Fundação Nacional dos Povos Indígenas (www.gov.br). Acesso em: 20 jan. 2024.

DEUTSCH, Morton. **A resolução do conflito**: processos construtivos e destrutivos. Estudos em arbitragem, negociação e mediação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

ERGORH. Mediação de Conflitos: entenda os impactos na administração pública. **Blog ErgonRH**, 2020. Disponível em: Mediação de conflitos: Entenda os impactos na administração pública. (ergonrh.com.br). Acesso em: 26 maio 2024.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. [S. l.]: Editora Lumen Juris, 2018.

FALECK, Denis. **Mediação e Arbitragem**: Experiência e Reflexões. São Paulo: Atlas, 2018.

FISCHER, Roger; URY, William. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. Revisão de: Bruce Patton.

GAREAU, Paul. **Indigenous Canada**. Curso online. Universidade de Alberta, Canadá [2015]. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/indigenous-canada>. Acesso em: 14 jan. 2024.

IBGE, Censo Demográfico 2010. **Censo demográfico 2010**: características gerais dos indígenas – resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=795&view=detalhes>. Acesso em: 1 fev. 2024.

ICMBio. **Parecer n. 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU**. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral Federal – Rio de Janeiro. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/parecer-n-001752021cparpfe-icmbiopgfagu-sobreposicao-entre-unidade-de-conservacao>. Acesso em 28 abr. 2024.

JECUPÉ, Kaka Werá. **A terra dos mil povos**: história indígena brasileira contada por um índio. São Paulo: Editora Peirópolis, 1998.

KRENAK, Ailton **Ideias para adiar o fim do mundo**. [S. l.]: Editora Companhia das Letras, 2020.

LEITE, Gisele. As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade. **Jornal jurid**, 6 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/as-modernas-teorias-do-conflito-e-promocao-da-cultura-da-paz-em-face-da-contemporaneidade>. Acesso em: 2 maio 2024.

MARENSI, Marcela de Andrade Soares. Sobreposição de Terras Indígenas e Unidades de Conservação. **Conteúdo Jurídico**, 20 dez. 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42499/sobreposicao-de-terras-indigenas-e-unidades-de-conservacao> . Acesso em: 10 abr. 2024.

MARSILLAC, Tatiana; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da Confidencialidade e Princípio da Publicidade: incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na Administração Pública. **Revista da ESDM**, Porto Alegre, v. 4. n. 8, p. 125-143, 2018.

MARSILLAC, Tatiana. A Mediação no Direito e o Tratamento Adequado dos conflitos jurídicos. *In*: Ricardo C.C. Pires Dornelles e Herta Grossi (org.). **Reflexões sobre Mediação**. Porto Alegre: OAB/RS, 2018, p. 224-247.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 82, 1-29, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação: RAbR**, São Paulo, RT, n. 3, ano 1, p. 142-153, set/dez. 2004.

MESQUITA, Daniel Augusto. A Participação do advogado público em mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 41 n. 2, p. 9-32, jul./dez., 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade; finalidade; eficiência; resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. [S. l.]: Artmed Editora, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 16 abr. 2024.

RAMOS, Adriana. O GT do Conama: aquele que foi sem nunca ter sido. *In*: Ricardo, Fany (org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza**: o desafio das sobreposições. São Paulo: Editora Instituto socioambiental, 2004.

RICARDO, Fany Pantaleoni; FUTADA, Silvia de Melo. **Povos Indígenas no Brasil 2011/2016**. São Paulo: Editora Instituto socioambiental, 2017.

RICARDO, Fany. FUTADA, Silvia de Melo. Sobreposição em números. **Povos Indígenas no Brasil**, 25 jan. 2021. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Sobreposi%C3%A7%C3%B5es_em_n%C3%BAmeros. Acesso em: 20 abr. 2024.

RICARDO, Fany; MACEDO, Valéria. Apresentação. *In*: Ricardo, Fany (org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza**: o desafio das sobreposições. Instituto socioambiental, 2004. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/1194?show=full>. Acesso em: 14 jan. 2024.

RICARDO, Fany. **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza**: o desafio das sobreposições. São Paulo: Editora Instituto socioambiental, 2004.

SILVA, Roberta Neri da. **Ambientalismo e soluções mágicas**: sobreposição de conceitos, territórios e normas no conflito entre a terra indígena Comexatibá e o parque nacional do descobrimento. 2018. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/29374/1/Roberta_Neri_Silva_Dissertacao_Final.pdf. Acesso em 8 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). “Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU?”. **Portal TCU**, 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/conheca-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tc>. Acesso em: 26 abr. 2024.

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. **Resolução de conflitos**. Lisboa: Actual, 2009.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Editora Método, 2008.

VENTURA, Carla Aparecida Arena (coord.). **Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente Jurimetria para Proposição de Ações Eficientes**. São Paulo: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>. Acesso em 29 mai. 2024.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Ed, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod_resource/content/1/1.1.%20Kazuo%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf. Acesso em: 13 jan. 2024.

WATANABE, Kazuo. **Mediação e Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WEISS, Jeff. **Negociações eficazes**. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. Coleção Harvard: um guia acima da média.

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

3º LUGAR

CATEGORIA
SOCIEDADE CIVIL

A IMPLEMENTAÇÃO DA CONSENSUALIDADE
POR MEIO DA IN TCU 91/2022: ESTUDO
DE CASO DO ACÓRDÃO 1130/2023

da autora

MARIA LUÍZA ABINADER DA SILVA DUTRA



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



**A IMPLEMENTAÇÃO DA CONSENSUALIDADE POR MEIO DA IN TCU N°
91/2022: ESTUDO DE CASO DO ACÓRDÃO N° 1130/2023**

Monografia submetida ao Prêmio
Guilherme Palmeira.

BRASÍLIA

2024

RESUMO

Este trabalho examina a IN nº 91/2022, que instituiu, no TCU, procedimentos de solução consensual de controvérsias afetas à Administração Pública federal. A partir do recorte bibliográfico das teorias da consensualidade administrativa e da segurança jurídica para as autoridades regulatórias, da IN nº 91 propriamente dita e do Acórdão nº 1130/2023, propôs-se a responder à seguinte pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91 e (i) as questões listadas pela doutrina como obstáculos à implementação de acordos administrativos e (ii) a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo? Formulou-se a hipótese de que não seria possível afirmar que os pontos levantados pela bibliografia listada foram resolvidos pela IN. O Capítulo 2 apresenta um panorama da aplicação de acordos administrativos no Brasil, analisando os tópicos relativos aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. O Capítulo 3 trata do papel do TCU de mediador, da própria IN nº 91 e dos temas referentes ao direito administrativo do medo. O Capítulo 4 analisa o Acórdão nº 1130/2023, que aprovou, pela primeira vez, termo de autocomposição redigido com base na referida IN. Por fim, confirmou-se a hipótese. Considerando o curto período de vigência da IN nº 91, o baixo número de casos em que foi aplicada e a estrutura institucional recente da SecexConsenso, não haveria evidência de que os elementos da instrução normativa convergem em uma solução real para os problemas descritos na literatura referenciada.

Palavras-chave: consensualidade administrativa; Tribunal de Contas da União; direito administrativo do medo; Instrução Normativa nº 91/2022.

ABSTRACT

This study examines Normative Instruction (Portuguese acronym IN) No. 91/2022, which established, within the Federal Court of Accounts (Portuguese acronym TCU), procedures for consensual resolution of disputes related to the federal Public Administration. From the bibliography of the theories of administrative consensus and legal certainty for regulatory authorities, IN No. 91 itself, and Decision No. 1130/2023, the following research question was addressed: what is the relation between the institutional innovation introduced by IN No. 91 and (i) the issues identified in the literature as obstacles to the implementation of administrative agreements and (ii) the criticism brought by the administrative law of fear teachings? The hypothesis formulated was that it could not be stated that the concerns raised by the listed bibliography were resolved by the IN. Chapter 2 provides an overview of the application of administrative agreements in Brazil, analyzing topics related to the principles of supremacy and non-availability of public interest. Chapter 3 discusses the mediator role of TCU, IN No. 91 itself, and topics related to the administrative law of fear. Chapter 4 analyzes Decision No. 1130/2023, which approved, for the first time, an agreement based on the aforementioned IN. In conclusion, the hypothesis was confirmed. Considering the short period of validity of IN No. 91, the low number of cases in which it was applied, and the recent institutional structure of SecexConsenso, there is no evidence that the elements of the normative instruction converge into a real solution for the matters described in the referenced literature.

Keywords: administrative consensus; Federal Court of Accounts; administrative law of fear; Normative Instruction No. 91/2022.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	–	Previsão inicial de geração das usinas KPS	38
Figura 2	–	Previsão de geração das usinas KPS em 2023 no caso de operacionalização do termo.....	38

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	–	Esquematização das cláusulas pactuadas no termo de autocomposição e da respectiva posição do TCU.....	35
-----------------	---	---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União
ANA – Agência Nacional de Águas
ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE – Agência Nacional do Cinema
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CER – Contratos de Energia de Reserva
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CONER – Conta de Energia de Reserva
CONIT – Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
CPC – Código de Processo Civil
CRO – Concessionária Rota do Oeste S.A.
CSC – Comissão de Solução Consensual
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
Dial – Diretoria de Acordos de Leniência
DSC – Diretoria de Solução Consensual
DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EC – Emenda Constitucional
KPS – Karpowership Brasil Energia Ltda.
LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.
LOTUCU – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União
MDHC – Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania
MME – Ministério de Minas e Energia

MPT – Ministério Público do Trabalho

MPTCU – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União

MTPAR – MT Participações e Projetos

NOS – Operador Nacional do Sistema

PCS – Procedimento Competitivo Simplificado

PROCROFE – Programa de Concessões de Rodovias Federais

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

UTE – Usina Termelétrica

SecexConsenso – Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e
Prevenção de Conflitos

SecexEnergia – Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações

Segecex – Secretaria-Geral de Controle Externo

SIN – Sistema Interligado Nacional

SSC – Solicitação de Solução Consensual

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 Apresentação do estudo	8
1.2 Justificativa da pesquisa	8
1.3 Teorias utilizadas neste estudo	9
1.4 Problema de pesquisa e hipótese	10
1.5 Limitações do estudo	11
1.6 Estrutura do estudo	12
2 OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL	12
2.1 As previsões normativas de atuação concertada para a Administração Pública	12
2.2 Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público	12
3 O PAPEL DO TCU DE MEDIADOR QUE SURGE COM A IN Nº 91/2022	15
3.1 O papel do TCU de mediador advindo da IN nº 91/2022	15
3.2 IN nº 91/2022 – A Solicitação de Solução Consensual (SSC)	20
3.3 Tópicos da doutrina de direito administrativo do medo	23
4 ESTUDO DE CASO: ACÓRDÃO Nº 1130/2023	27
4.1 As circunstâncias preexistentes ao acórdão e o processo de Solicitação de Solução Consensual	31
4.2 A proposta de termo de autocomposição	31
4.3 A posição do TCU com a homologação do acordo	39
4.3.1 A perspectiva dos obstáculos aos acordos administrativos – Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público	39
4.3.2 A perspectiva do direito administrativo do medo	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação do estudo

O objetivo do presente trabalho é analisar a Instrução Normativa nº 91/2022 (IN nº 91/2022), que instituiu, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e a entidades da Administração Pública federal, e sua relação com os principais apontamentos trazidos na literatura referente à Administração consensual e ao direito administrativo do medo. A instrução normativa criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), à qual competirá a análise prévia de admissibilidade da Solicitação de Solução Consensual (SSC), ferramenta que dá abertura ao procedimento de resolução acordada perante a Corte de Contas.

Para aprofundar a pesquisa, tratar-se-á do Acórdão nº 1130/2023, que cuidou de SSC formulada pelo Ministro de Minas e Energia. Na ocasião, aprovou-se, pela primeira vez, termo de autocomposição redigido com base na IN nº 91/2022. O acordo teria gerado menores custos e maior segurança jurídica para o Estado, para os consumidores e para o ente privado que contratou com a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

1.2 Justificativa da pesquisa

Historicamente, a atuação administrativa tradicional vem apresentando disfuncionalidades, de que é exemplo relevante para este trabalho o alto risco de responsabilização pessoal de reguladores em decorrência de atos decisórios em casos de grande complexidade. Nesse sentido, a inauguração de novos mecanismos consensuais no âmbito administrativo, em especial recentemente no TCU com a IN nº 91/2022, pode mostrar-se inovadora no que diz respeito à segurança jurídica do gestor quando da tomada de decisões em acordos administrativos que teriam difícil resolução eficaz pelas vias tradicionais administrativas e judiciais.

Sob o aspecto institucional, destaca-se que o TCU, apesar de sua importante missão constitucional, costuma ser considerado, pelos particulares e pelas autoridades, como um dificultador do desenvolvimento de políticas públicas e da execução de contratos administrativos. Nessa toada, a inauguração de um sistema de

consensualidade no âmbito da Corte de Contas pode endereçar maior segurança jurídica tanto para o agente público que decide quanto para o particular que se relaciona contratualmente com o Estado.

Em termos de relevância socioeconômica, a implementação da IN nº 91/2022 agrega ao TCU um viés de colaborador para a implementação de políticas e contratos públicos, o que pode incrementar as funções social, econômica e política do órgão de controle.

1.3 Teorias utilizadas neste estudo

A pesquisa será ancorada nas teorias **(i)** da consensualidade, especificamente entre entes públicos e privados no âmbito regulatório; e **(ii)** da segurança jurídica para as autoridades regulatórias.

A teoria da consensualidade no âmbito administrativo é pautada, nesta pesquisa, pelo trabalho de Juliana Bonacorsi de Palma, que, em seu livro “Sanção e Acordo na Administração Pública” (2015), debate o consensualismo e analisa o discurso de resistência aos acordos administrativos no direito brasileiro, sob a perspectiva de que o modelo tradicional de atuação administrativa parece não mais dar conta do exercício satisfatório dos deveres da Administração.

Também sobre consensualismo, o estudo baseia-se na pesquisa de Mariana Carnaes, que, na obra “Processo Administrativo Negocial – Balizas Normativas para Efetivar a Negociação no Âmbito Regulatório” (2022), busca fortalecer o instituto do acordo administrativo, de modo a construir balizas formais que melhor direcionem a negociação da Administração Pública em prol de um desfecho concertado mais eficiente.

Ademais, ainda falando de Administração consensual, o estudo embasa-se em livro de Bruno Dantas, “Consensualismo na Administração Pública e Regulação: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI” (2023), o qual, entre outros pontos, demonstra o aporte teórico necessário para a implementação de um centro de mediação na Corte de Contas como mecanismo capaz de romper com o teor vertical do direito administrativo clássico e de concretizar uma série de objetivos e valores constitucionais.

Em relação à segurança jurídica das autoridades regulatórias, a monografia respalda-se no livro “Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização

dos agentes públicos” (2020), de autoria de Rodrigo Valgas dos Santos. Nele, examina-se o fenômeno da interpretação e da aplicação das normas de Direito Administrativo pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização pessoal decorrente do controle externo disfuncional.

1.4 Problema de pesquisa e hipótese

A partir **(i)** da análise das teorias supramencionadas e do recorte bibliográfico correlato; **(ii)** do detalhamento do instrumento veiculado na IN nº 91/2022; e **(iii)** do estudo do Acórdão nº 1130/2023, o presente trabalho se propõe a responder à seguinte pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91/2022 e **(a)** as questões listadas pela doutrina da Administração consensual como obstáculos à implementação de acordos administrativos (princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público); e **(b)** a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo?

Para respondê-la, formulou-se a hipótese de que não seria possível afirmar que as questões levantadas pela bibliografia da Administração consensual e do direito administrativo do medo foram resolvidas pela IN nº 91/2022.

Quanto ao consensualismo no âmbito público, verificar-se-ia que existem elementos, no estudo de caso realizado, que indicam possível vantagem na SSC em relação aos obstáculos materializados nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

Já quanto ao direito administrativo do medo, seriam evidenciados, no caso concreto analisado, fatores aptos a promoverem menor receio decisório quanto a eventual responsabilização pessoal dos reguladores-decisores (ou “gestores” ou “autoridades administrativas”) no âmbito de acordos administrativos.

Contudo, considerando o curto período de vigência da IN nº 91/2022, o baixo número de casos em que foi aplicada e a estrutura institucional recente da SecexConsenso, não haveria evidência de que esses apontamentos convergem em uma solução real para os problemas listados na literatura acima referenciada.

1.5 Limitações do estudo

A presente pesquisa não abordará de forma aprofundada as questões doutrinárias de direito administrativo consensual e de direito administrativo do medo. São temas objeto de inúmeras discussões acadêmicas e que possuem vasta bibliografia. Ademais, não se pretende emitir juízo de valor sobre o conteúdo das teorias-base selecionadas, mas sim utilizar determinados conceitos contidos nelas para relacioná-las com o atual cenário brasileiro em que está em vigor a IN nº 91/2022, nos termos que seguem.

Restringe-se a avaliar, sob a perspectiva da Administração consensual, os obstáculos para a concretização de acordos administrativos no Brasil, mas somente os óbices que dizem respeito aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Esses tópicos servirão como parâmetros da análise de caso e foram recortados das teorias-base selecionadas para a pesquisa: “Sanção e Acordo na Administração Pública”, “Processo Administrativo Negocial: Balizas Normativas para Efetivar a Negociação no Âmbito Regulatório” e “Consensualismo na Administração Pública e Regulação: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI”.

Sob o enfoque do direito administrativo do medo, a pesquisa se aterá apenas à fração da crítica da doutrina de Rodrigo Valgas dos Santos (2020) que trata do receio das autoridades de eventual responsabilização pessoal quando tomam decisões em casos que envolvem grande complexidade e altos valores financeiros. Essa questão também servirá como parâmetro para a análise de caso.

Ademais, não objetiva esta monografia escavar o papel do TCU no ordenamento jurídico atual, mas somente avaliar o papel de mediador que surgiu com a IN nº 91/2022.

Além disso, destaca-se que este trabalho não possui a intenção de descrever soluções meticulosas para os mencionados problemas trazidos pelas literaturas de direito administrativo consensual e do medo. O que se propõe é a análise dessas questões, nos limites expostos, frente ao que tem se evidenciado com a implementação do mecanismo previsto na IN nº 91/2022.

1.6 Estrutura do estudo

O Capítulo 2 apresentará um panorama da aplicação de acordos administrativos no Brasil, analisando os tópicos relativos aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. O Capítulo 3 tratará do papel do TCU de mediador que surge com a IN nº 91, assim como examinará a própria instrução normativa e os temas referentes ao direito administrativo do medo. Por fim, o Capítulo 4 analisará o Acórdão nº 1130/2023, que aprovou, pela primeira vez, termo de autocomposição redigido com base na referida IN.

2 OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

Este capítulo apresentará um panorama da aplicação de acordos administrativos no Brasil e analisará tópicos relativos aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Objetiva-se, com isso, firmar os pressupostos teóricos a serem aplicados no estudo de caso do Acórdão nº 1130/2023.

2.1 As previsões normativas de atuação concertada para a Administração Pública

2.2 Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

Apesar de a intensificação da previsão de acordos administrativos ter ocorrido a partir dos anos 2000, dado o exercício do poder normativo das Agências Reguladoras, a efetiva abertura normativa à consensualidade teve início na década de 1990, quando houve aumento de regras dispositivas referentes à celebração de acordos, judiciais ou administrativos, pela Administração (Palma, 2015). A consensualidade foi vista como meio para alcançar maior celeridade e eficácia das decisões emitidas pelo Poder Público. Enumerar-se-ão as regras consideradas mais relevantes para o assunto.

Ainda antes de 1990, o Decreto-Lei nº 3.365/1941, que disciplina o processo de desapropriação ordinária, previu que acordo celebrado entre a Administração e o expropriado efetiva o processo de desapropriação (art. 10). Décadas mais tarde, a Lei nº 8.078/1990 trouxe relevante inovação legislativa à Lei nº 7.347/1985, qual seja,

permissivo genérico à celebração de compromissos de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º).

Em 2001, editou-se a Lei nº 10.259, que autoriza a Administração direta e indireta a conciliar. Em 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125, a qual dispôs que se incumbe aos órgãos judiciários, antes da solução via sentença, oferecer outros mecanismos de resolução de controvérsias, em especial os métodos consensuais, como a mediação e a conciliação (art. 1º, parágrafo único). Mais recentemente, o mesmo órgão editou a Recomendação nº 140/2023, referente à adoção de resoluções consensuais pela Administração Pública dos órgãos do Poder Judiciário em controvérsias oriundas de contratos administrativos.

Quanto à defesa da concorrência, a Lei nº 12.529/2011 previu que o CADE pode firmar compromisso de cessação da prática ou dos seus efeitos lesivos, se entender que atende aos interesses protegidos por lei (art. 85).

Ainda, com destaque, prevê-se expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º, Lei nº 9.307/1996, com a redação da Lei nº 13.129/2015).

A Lei nº 9.469/1997 estabelece que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área correlata, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive judiciais (art. 1º). Refere-se a norma aos pagamentos devidos pela Fazenda Pública. No mesmo sentido versa o art. 1º da Lei nº 14.057/2020, que disciplina, no âmbito da União, de suas autarquias e de suas fundações, acordos diretos para pagamento de precatórios e terminativos de litígios contra a Fazenda.

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), no que tange à autocomposição de conflitos em que a parte for pessoa jurídica de direito público, permite que os entes federativos criem câmaras de prevenção e de resolução de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública (art. 32). Ademais, o art. 35 do mesmo diploma versa sobre a possibilidade de controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações serem objeto de transação por adesão.

O Novo CPC (Lei nº 13.105/2015) foi um marco na consolidação do uso da mediação e da conciliação no direito brasileiro (Silva, 2022). O diploma trouxe norma

fundamental segundo a qual o Estado promoverá a solução consensual das controvérsias sempre que possível (art. 3º, § 2º).

Há, ainda, previsões de acordo em matéria ambiental (art. 9º, IX, da Lei nº 6.938/1981 e art. 139 e seguintes do Decreto nº 6.514/2008) e, na esfera da CVM, há a possibilidade de assinatura de termo de compromisso (art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385/1976). No âmbito do CADE, existem os termos de cessação e o programa de leniência (arts. 85, 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011).

Nas Agências, citam-se as previsões normativas específicas de celebração de TACs: Resolução ANAC nº 199/2011, Resolução Normativa ANS nº 372/2015, Resolução ANTAQ nº 92/2022, Resolução ANATEL nº 629/2013, Resolução ANCINE nº 118/2015, Resolução ANTT nº 5.823/2018; Portaria ANA nº 418/2022; e Resolução ANP nº 848/2021.

Especialmente quanto aos conflitos atinentes a contratos administrativos, a Lei nº 8.666/1993 não dispôs expressamente sobre a aplicação de soluções concertadas (Bragança; Bragança, 2021).

Por outro lado, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) foi editada com capítulo exclusivo para os meios alternativos de resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (arts. 151 a 154).

A Lei nº 8.987/1995 previu como cláusula essencial ao contrato de concessão a delimitação do foro e dos meios amigáveis de solução de controvérsias (art. 23, XV, e 23-A). Já a Lei nº 11.079/2004, que trata de parcerias público-privadas, consigna que o instrumento convocatório poderá prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, para dirimir conflitos relacionados ao instrumento contratual (art. 11, III). No mesmo sentido versa a Lei nº 12.462/2011, do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (art. 44-A).

Assim, verifica-se que não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, permissivo genérico para que toda a Administração Pública federal pudesse atuar de forma concertada. Ou seja, não havia embasamento legal para oficialização de acordos administrativos independentemente de previsão em norma específica (Guerra; Palma, 2018). Por exemplo, não existe, na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), norma que sirva de autorização geral para formalização de instrumentos bilaterais de resolução de controvérsias (Palma, 2015).

Então, a Lei nº 13.655/2018 alterou a LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) para estruturar o que normas esparsas já tratavam há tempos (Guerra; Palma, 2018). Isso porque incluiu dispositivo que expressamente prevê regra jurídica geral que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares via acordos e compromissos com o objetivo de cessar irregularidades, incertezas jurídicas e situações contenciosas.

Essa mudança na LINDB estabeleceu importantes diretrizes para a prática consensual na Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específicos, visando ao atendimento de interesses gerais, bem como à proporcionalidade, à efetividade e à segurança jurídica.

Nessa toada, considera-se relevante estudar um tópico que pode implicar dificuldades na concretização dos acordos administrativos, qual seja, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

3 O PAPEL DO TCU DE MEDIADOR QUE SURGE COM A IN Nº 91/2022

Neste capítulo, será abordada a face mediadora da Corte de Contas que adveio da IN nº 91/2022. Depois, serão estudados os mecanismos e estruturas previstos na referida norma, especificamente a Solicitação de Solução Consensual (SSC) e a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Por último, serão examinados relevantes pontos doutrinários concernentes ao direito administrativo do medo. Com isso, pretende-se reforçar a base teórica para o estudo de caso do Acórdão nº 1130/2023.

3.1 O papel do TCU de mediador advindo da IN nº 91/2022

As competências tradicionais do TCU estão previstas **(i)** na Constituição Federal (arts. 33, § 2º, 71, 72, §2º, 74, § 2º, e 161, parágrafo único); **(ii)** na Lei Orgânica do Tribunal (arts. 1º, X a XV e XVII, 3º e 101 da Lei nº 8.443/1992); **(iii)** na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 59 da LC nº 101/2000); **(iv)** na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (arts. 169 a 173 da Lei nº 14.133/2021); e **(v)** na Lei da Desestatização (art. 18, VIII, da Lei nº 9.491/1997).

Para além disso, há previsão de outras competências da Corte no seu Regimento Interno (especificamente no art. 1º, IV, V, XIII e XV) e em outras normativas

próprias do Tribunal, destacando-se, entre elas, a função de mediação em proposta de solução consensual estabelecida pela IN nº 91.

Como explica Bruno Dantas, o objetivo da criação de uma “câmara de mediação” no TCU seria “*encurtar a distância entre a pactuação e o controle, o hiato entre o gestor e o auditor*” (Dantas, 2023, p. 65).

Assim, baseando-se nos arts. 3º da LOTCU e 2º do RITCU, que dispõem sobre o poder regulamentar do Tribunal, e após deliberação plenária no processo nº 031.569/2022-6, expediu-se a referida instrução normativa na forma do art. 67, I, do RITCU. Com ela, o Tribunal atribuiu a si um papel de mediador por meio da instauração de procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e a entidades da Administração Pública federal.

Para os fins deste estudo, as considerações indicadas (no próprio texto da IN) pelo Tribunal como embasamento para a edição do aludido regramento serão divididas em dois grupos: normativas e práticas.

As considerações normativas foram: **(i)** a Resolução TCU nº 164/2003, que dispõe sobre a formalização das deliberações, atos e documentos expedidos pelo TCU; **(ii)** o Decreto nº 9.830/2019, o qual prevê que a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores; e **(iii)** a Lei nº 13.140/2015, que versa sobre a possibilidade de utilização da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Quanto ao item **(i)**, verifica-se que foi indicado em razão do procedimento interno necessário para a formalização de uma instrução normativa. No que tange ao **(ii)**, nota-se que foi apontado para embasar a adoção de soluções consensuais em detrimento de eventuais penalidades impostas unilateralmente pelo Poder Público.

Já quanto à consideração **(iii)**, constata-se que o TCU se baseou na Lei de Mediação e de Conciliação para instituição de seus procedimentos de resolução acordada. Embora a Lei nº 13.140/2015 (Capítulo II) seja pertinente ao assunto, observa-se que nela são estabelecidos certos parâmetros que restringem a autocomposição. Além disso, os dispositivos destinados ao tema colocam em protagonismo a ação da Advocacia-Geral da União (AGU).

O art. 32 do referido diploma dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. As câmaras em

questão terão competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos (por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público) e para celebrar termo de ajustamento de conduta.

Ademais, o art. 35 da mencionada lei prevê que as “*controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão*”, fundamentando-se na autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou em parecer da mesma autoridade aprovado pelo Presidente da República. Viabiliza-se a negociação de transações em massa para conflitos repetitivos, com o requisito da pacificação da jurisprudência dos tribunais superiores ou de aval do chefe do Executivo federal. Por esses motivos, nesses casos, “*perde-se um contato mais próximo do administrado, pois inexistente o diálogo e a negociação*” (Spengler, 2019, p. 189).

Ademais, o art. 36 dispõe que, nos casos em que haja controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal, a responsabilidade da composição é da AGU.

Há, na mesma linha, previsão de composição extrajudicial de conflitos envolvendo os Estados, o DF, os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais (art. 37).

Nesse sentido, entende-se que a adição do art. 26 da LINDB nas considerações da edição da norma seria interessante para o embasamento da instituição de procedimento de resolução acordada na forma estabelecida pela IN nº 91/2022. Isso porque, diferentemente da Lei de Mediação, o dispositivo traz regra jurídica geral, um permissivo genérico às autoridades administrativas – aquelas com competência para emitir o ato administrativo no caso concreto (Guerra; Palma, 2018) – para celebração compromisso com interessados. O referido artigo foi, inclusive, citado no Acórdão TCU nº 2139/2022, que serviu de inspiração para a edição da instrução normativa sob análise.

Depreende-se do art. 26 que o Poder Público está imediatamente autorizado a firmar acordos administrativos, pois a LINDB é o próprio fundamento de validade da consensualidade e dispõe do mínimo regulamentar para viabilizar a celebração de soluções concertadas (Guerra; Palma, 2018).

Tendo em vista as considerações acima expostas, verifica-se que a atuação da Corte de Contas como espécie de mediadora, nos termos da IN nº 91/2022, não se apoia em disciplina legal expressa, mas em interpretação ampliativa de sua competência (Pereira, 2023; Palma, 2023).

Nessa toada, importante retomar função do TCU já mencionada, referente à fiscalização dos processos de privatizações realizados pela Administração Pública federal. Em 1998, considerando o seu poder regulamentar (art. 3º da LOTCU) e a previsão do art. 18, VIII, da Lei nº 9.491/1997 (procedimentos do Programa Nacional de Desestatização – PND), a Corte editou a IN nº 27/1998 (revogada pela IN nº 81/2018), que dispôs sobre a competência do Tribunal para avaliar os processos de desestatizações federais.

Assim, desde a década de 1990, quando se reduziu a atuação direta do Estado na economia com o PND (Mantega, 2001) e com a criação das agências reguladoras para fiscalizar os novos agentes privados (Pacheco, 2006), a Corte de Contas reavaliou sua forma de atuação, tendo acompanhado o ciclo de reforma do Estado na área de infraestrutura. Em vez de fiscalizar apenas os aspectos referentes às prestações de conta (como quando os serviços públicos eram promovidos preponderantemente por empresas estatais), o Tribunal passou a observar também a eficiência das entidades reguladoras e a qualidade dos serviços prestados (Zymler, 2019).

Nessa linha, a redução da participação estatal na economia brasileira teria justificado o fortalecimento das instituições incumbidas de controlar a atuação daqueles novos atores, ou seja, o incremento da atuação do TCU, abrangendo a fiscalização dos setores regulados provenientes das privatizações (Brasil, 2023).

Por outro lado, as considerações práticas indicadas na IN nº 91 foram as seguintes: **(i)** a necessidade de definir procedimentos voltados à busca de soluções consensuais envolvendo o TCU, gestores públicos e particulares; **(ii)** o estabelecimento de um processo de trabalho formal irá contribuir para acelerar e dar maior efetividade à ação do TCU; e **(iii)** 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.

Nos itens (i) e (ii), compreendem-se finalidades, quais sejam, o estabelecimento de métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Corte de Contas e o aumento da efetividade das funções do Tribunal, respectivamente.

Quanto à consideração (iii), percebe-se uma tentativa de formalização de práticas que já ocorrem, mediante as quais o TCU figura como interlocutor na resolução de conflitos entre gestores e particulares.

Nessa linha, mostra-se relevante o Acórdão nº 2139/2022, que serviu de alento para a edição da IN nº 91/2022, segundo Procuradora Federal da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (Núcleo de Direito Setorial e Regulatório UnB, 2023). Naquele caso, o TCU deixou de vislumbrar óbices, mas sugeriu modificações em relação a Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre a ANTT e concessionária de rodovia, a fim de transferir o controle acionário da concessão. O ineditismo da matéria consistiu na assunção da concessão por sociedade de economia mista estadual, permitindo, assim, a retomada dos investimentos na rodovia com a maior celeridade possível.

O Tribunal agiu ponderando as proposições colocadas pelas partes, de modo a construir opinião prévia quanto a instrumento que as vincularia no futuro se efetivamente firmado. Apesar do claro posicionamento do TCU quanto ao TAC ser a solução que se mostrava mais eficiente e vantajosa, a escolha em adotá-la ou não continuou a critério dos interessados. Dessa forma, sua atuação se restringiu a cientificar impropriedades e expedir recomendações, visando a ações capazes de restabelecer a sustentabilidade do projeto sob discussão.

Verifica-se um caráter mediador no papel que exerceu o TCU no processo que deu origem ao Acórdão nº 2139/2022. A mediação – pautada, entre outros, no princípio da autonomia da vontade (Ramos, 2018) para fundamentar o exercício da Administração negocial em alternativa à atuação imperativa – mostra-se como uma ferramenta para concretizar a eficiência administrativa, seja porque cria uma via mais célebre e versátil para a composição do conflito, seja porque concorre para a legitimação do processo decisório mediante a promoção do pluralismo administrativo (Dantas, 2023).

É justamente essa lógica que permeia a instauração de procedimento de solução consensual no âmbito da Corte de Contas (Dantas, 2023). Passa-se, então, à análise dos dispositivos da IN nº 91/2022.

3.2 IN nº 91/2022 – A Solicitação de Solução Consensual (SSC)

Rememore-se o objeto da IN nº 91: instituir, no âmbito do TCU, procedimento de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública federal em matéria sujeita à competência do Tribunal (art. 1º). A norma entrou em vigor em 02/01/2023 (art. 16).

Criou-se um órgão especializado denominado Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) (art. 3º, parágrafo único), na forma da Portaria SecexConsenso nº 1/2023.

Objetiva-se a assinatura de termo de autocomposição entre as partes envolvidas, com anuência do TCU (art. 12).

O processo de resolução acordada tramitará na forma de Solicitação de Solução Consensual (SSC), que poderá ser formulada pelas autoridades elencadas no art. 264 do RITCU (art. 2º). São elas os Presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados, dos tribunais superiores e de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os Ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente e os comandantes das Forças Armadas. Também podem tomar a iniciativa os dirigentes máximos das agências reguladoras e o relator de processo em tramitação no TCU.

A SSC deve conter, minimamente, **(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)** assinalação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da Administração Pública envolvidos na controvérsia; e **(iv)** designação, se for o caso, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual (art. 3º).

Quando a SSC for formulada por relator de processo do Tribunal, o pedido deverá abarcar, além das exigências listadas, manifestação de interesse na solução consensual dos órgãos e entidades da Administração Pública envolvidos na controvérsia, a ser providenciada pela SecexConsenso. Nesses casos, a mesma Secretaria fornecerá os pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia e a indicação de particulares e outros entes envolvidos no conflito (art. 3º, V e parágrafo único).

Autuado o processo, a SecexConsenso realizará a análise prévia de admissibilidade (art. 4º). Depois disso, o Presidente da Corte decidirá sobre a conveniência e a oportunidade da solicitação, considerando **(i)** a competência do TCU para tratar da matéria; **(ii)** a relevância e a urgência do assunto; **(iii)** a quantidade de processos de SSC em andamento; e **(iv)** a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nesse tipo de procedimento (art. 5º).

O § 1º do art. 5º prevê que não será admitida a solicitação se houver processo no TCU com decisão de mérito sobre o objeto da busca de solução consensual. Não sendo admitida a SSC, será arquivada (art. 5º, § 2º).

Ademais, se o tema da controvérsia já estiver sendo tratado pelo Tribunal, a solicitação será analisada em autos próprios, observando-se os arts. 4º e 5º (art. 6º). Quando assim acontecer, caso haja parecer do Presidente do TCU favorável à admissibilidade, a SSC será encaminhada ao relator do processo principal, o qual poderá ratificar ou não o posicionamento da Presidência, segundo seu juízo quanto à condução processual (art. 6º, § 1º).

Caso ocorra a ratificação, sobrestar-se-á a apreciação apenas das questões referentes à solução consensual no processo que tramitava antes da solicitação (art. 6º, § 2º). Por outro lado, se o relator não confirmar a admissão, a SSC será arquivada (art. 6º, § 3º).

Finalizada a análise de admissibilidade, o processo 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) (art. 7º).

A CSC será composta por, no mínimo (art. 7, § 1º), **(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 tenha manifestado interesse na solução (art. 3º, V).

A Segecex poderá admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia, avaliadas as circunstâncias da solicitação (art. 7º, § 2º).

A Comissão, por unanimidade, poderá convidar para participar das reuniões, na qualidade de colaboradores, especialistas na matéria objeto da solicitação que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia (art. 7º, § 3º). Depois de sua constituição, a CSC terá noventa dias para elaborar proposta de solução, podendo tal

prazo, a critério do Presidente do TCU, ser prorrogado por até trinta dias (art. 7º, § 4º). Se findo o termo sem que seja possível elaborar a dita proposição, a Comissão dará ciência ao dirigente do Tribunal, que, por sua vez, determinará o arquivamento (art. 7º, § 5º).

De outro modo, se os membros da CSC concordarem quanto à proposta apresentada, o procedimento será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU, para que se manifeste em até quinze dias (art. 8º). Depois disso, a Presidência do Tribunal sorteará relator, que deverá submeter a proposição de solução consensual à apreciação do Plenário em até trinta dias (prorrogáveis por mais trinta) do recebimento dos autos no gabinete (arts. 9º e 10).

O Plenário, por meio de acórdão, poderá acatar a proposta da Comissão integralmente, recusá-la ou sugerir alterações (art. 11), hipótese na qual alguns membros da CSC (representantes da Administração que tenham solicitado a solução ou que tenha manifestado interesse nela – art. 7º, § 1º, III) terão quinze dias para se pronunciar (art. 11, § 1º). Caso não haja concordância de algum dos integrantes (os mesmos citados anteriormente) com as alterações sugeridas pelo Plenário, o relator determinará o arquivamento (art. 11, § 2º).

A formalização da solução construída se dará por termo assinado, em até trinta dias contados da deliberação final do Plenário, pelo Presidente do TCU e pelos dirigentes dos órgãos e entidades da Administração que tenham solicitado a solução ou que tenha manifestado interesse nela (art. 12). A verificação do cumprimento do acordo firmado será realizada pelo Tribunal por meio de monitoramento (art. 243 do RITCU).

A IN nº 91 prevê, ainda, que não caberá recurso das decisões que forem proferidas nos autos de SSC, tendo em vista a natureza dialógica desses processos (art. 15).

Por derradeiro, menciona-se disposição que não diz respeito aos processos de SSC em si, mas ao desempenho da dinâmica consensual estabelecida. O art. 14 instituiu, por trezentos e sessenta dias contados da publicação da IN, a Comissão Temporária de Acompanhamento dos Procedimentos de Solução Consensual, com vistas a observar a implementação dos procedimentos estabelecidos, bem como os resultados dela advindos.

Essa Comissão contou com o apoio da SecexConsenso para suas atividades e foi composta pelos Ministros Benjamin Zymler, Vital do Rêgo e Antônio Anastasia, conforme estabelecido pela Portaria TCU nº 195/2022 (art. 14, §§ 1º e 2º).

No fim do período previsto no *caput* do art. 14, a Comissão Temporária deveria encaminhar à Presidência do Tribunal relatório de suas atividades com medidas de aperfeiçoamento do procedimento de solução consensual e proposta de tornar a IN definitiva ou de extingui-la (art. 14, § 3º). Até fevereiro de 2024, o aludido relatório não tinha sido disponibilizado ao público.

Considerando o que foi exposto acerca do papel do TCU de mediador, passa-se aos tópicos da doutrina de direito administrativo do medo, tema que se relaciona com a atuação do Tribunal de modo geral e que reforçará a base teórica para análise do estudo de caso do Acórdão nº 1130/2023.

3.3. Tópicos da doutrina de direito administrativo do medo

Santos ensina que o direito administrativo do medo é

“A interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo ao interesse público” (2020, p. 44).

A partir do século XX, quando houve maior sistematização da estrutura administrativa e do direito administrativo, incrementou-se, nas constituições e nas normas infraconstitucionais, o asseguramento de garantias funcionais, prerrogativas e independência das burocracias (Santos, 2020).

“Burocracia” refere-se aos agentes públicos exercentes de função administrativa que carecem de legitimidade política, mas gozam de legitimidade técnica. Incluem-se nesse conceito órgãos constitucionais autônomos como os Tribunais de Contas e o Ministério Público (Santos, 2020).

Apesar de o estabelecimento de prerrogativas ter sido fundamental para o adequado exercício das suas funções, a burocracia passou a gozar de status e de importância jamais vistos. Dotados de grande força institucional, o principal trunfo para que os órgãos de controle pudessem ter a palavra final sobre os temas de seu interesse seria a possibilidade de imporem pesadas sanções a administradores que não seguissem suas determinações (Santos, 2020).

Nesse sentido, o direito administrativo do medo tem como enfoque as disfunções do controle externo que geram consequências negativas nas decisões dos agentes públicos, especialmente o chamado “apagão das canetas”. Esse fenômeno ocorre quando o gestor público deixa de agir por medo de ser penalizado, pois pode o controlador ter entendimento diverso acerca da solução mais adequada para uma determinada situação (Gabriel, 2022).

Por “disfunções”, pode-se considerar toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração, decorrente da influência direta ou indireta dos órgãos de controle externo e que podem produzir resultados prejudiciais ao desempenho da função administrativa (Santos, 2020).

Como ressalta Pereira (2019), o TCU muitas vezes justifica suas posições com base em conceitos jurídicos indeterminados e na interpretação específica de princípios, que acabam por bloquear opções regulatórias de compreensão diversa acerca dos mesmos conceitos. Portanto, a possibilidade de um órgão de controle com relevante autonomia interpretar normas abertas, cuja definição precisa é difícil, pode tornar o sistema regulatório bastante imprevisível.

Por causa desses fatores, decidir teria passado a ser uma atividade de alto risco (Santos, 2020).

Aumenta-se a insegurança jurídica na interpretação das normas, de modo a possivelmente aterrar os desejos do controlador sobre as escolhas do agente público que proferiu o ato administrativo (Santos, 2020). Isso significa um déficit de deferência dos órgãos de controle em relação aos gestores que igualmente necessitam de independência na interpretação e na aplicação de normas dentro de sua esfera de atuação (Santos, 2020).

Desse modo, a crescente interferência dos tribunais de contas no exercício da função administrativa, especialmente considerando a expansão do poder geral de cautela, passa a gerar considerável risco e medo na tomada de certas decisões. O objetivo primordial do gestor público passa a ser de ordem subjetivo-protetiva (de preservação pessoal) e não objetivo-finalística (busca pelo interesse público), mesmo que isso importe má administração (Santos, 2020).

Como dito, o excesso de controle e a aplicação de pesadas sanções acabam por gerar disfuncionalidades. O indeferimento generalizado, por exemplo, é uma estratégia de imobilismo decisório que visa à autoproteção dos agentes, terceirizando o problema a possível apreciação do Judiciário (Santos, 2020). Nesse sentido,

Campana (2017) ressalta que o administrador pode estar estrategicamente escolhendo adotar uma postura menos ativa, antecipando maior proatividade dos magistrados, hipótese em que se resguardaria, de modo a apenas cumprir eventual decisão judicial.

Atualmente, as disfuncionalidades se apresentam de forma mais acentuada pela intensidade dos sistemas de controle, mas também pelo aumento da informatização e do controle social, pela aceleração da cobertura midiática e pela rápida veiculação de informação nas redes sociais (Santos, 2020).

Segundo Relatório de Pesquisa disponibilizado pelo TCU (Brasil, 2020), 57,2% dos agentes públicos de diversas instituições brasileiras concordam que o medo do controle é um empecilho para que o gestor público contrate soluções inovadoras.

Evitar tomar decisões criativas por receio do controle resulta numa verdadeira crise de ineficiência (Guimarães, 2016). Os agentes atuam não mais somente na busca da melhor resposta para o interesse público, mas também para se protegerem, mantendo-se cada vez mais na zona de conforto.

Dessa forma, compreende-se que o direito administrativo do medo e suas consequências podem impedir a criação de um ambiente propício à inovação, pois o controle disfuncional aumenta a rigidez dentro do setor público (Santos, 2022). Os gestores, quando desafiados pela realidade a apresentarem soluções “fora da caixa”, preferem não se arriscar, mantendo-se o *status quo* (Campana, 2017).

Conforme expõe Bruno Dantas, “a hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores” (2020, p. 275).

Ademais, como explicam Sundfeld e Tristão (2022), os níveis de fiscalização do TCU revelariam crise no modelo brasileiro de controle, pois, embora tenha valor, não logra êxito em diminuir o número de irregularidades. Seria um “controle médio” que, em parte, evita desconformidades, mas também funciona como armadilha para o avanço da gestão.

Por essas razões, a relativização dos mecanismos de controle, que muitas vezes acarretam um fim em si mesmos, apresenta-se como medida necessária para que a atividade administrativa possa atingir autonomamente sua finalidade de satisfação do interesse público (Ribeiro, 2023). Deve haver um “equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um ‘apagão decisório’” (Dantas, 2023,

p. 15), sendo necessário que o controlador resista à “tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem ao Poder Executivo” (Dantas, 2023, p. 16).

Especificamente em relação aos acordos administrativos, Carnaes (2022) bem coloca que as agências reguladoras foram criadas para lidar com os assuntos que lhes são correlatos, com discricionariedade para promover a melhor escolha no exercício de suas funções. Contudo, essa atividade esbarraria

em obstáculos capazes de desincentivar a atuação em determinado sentido, fazendo com que o agente ou a instituição opte pela paralisação (não atuando ou não regulamentando, por exemplo) (Carnaes, 2022, p. 127).

Segundo a autora, o relativo indeterminismo dos princípios que rege as negociações antecessoras de um acordo poderia acarretar efeitos indesejados quando do controle dos negócios administrativos. Isso porque existiria uma assimetria de informações entre aqueles agentes que efetivamente negociaram o acordo e aqueles que irão controlá-lo (Carnaes, 2022).

Nessa seara, a baixa compreensão das escolhas feitas pelos reguladores-decisores poderia resultar no controle permeado pelas preferências pessoais do controlador, baseadas em conceitos jurídicos indeterminados. Como consequência, as autoridades administrativas passariam a posicionar-se conforme os “precedentes” do órgão controlador, em oposição à busca pela melhor solução para o caso concreto, mediante o diálogo entre os envolvidos (Carnaes, 2022).

Por isso, Carnaes (2022) ressalta o fenômeno da paralisação do agente público como decorrente do medo de ser pessoalmente responsabilizado por compromisso que se entenda não ancorado expressamente em lei ou em entendimento do controlador. Apoiar-se “na legalidade estrita, na intenção de se respaldar contra qualquer interpretação posterior que não enxergue os benefícios trazidos ao interesse público” (Carnaes, 2022, p. 131), limita a criatividade das soluções, podendo ser prejudicada a eficiência administrativa.

Nessa perspectiva, o acordo teria como escopo a mera execução da lei, o que significaria negociar coisa alguma, pois, se a solução já é o que está previsto legalmente, nada mais restaria senão a aplicação cega da norma (Moreira, 2020 *apud* Carnaes, 2022).

Diante dessas considerações, no próximo capítulo, será estudada a relação entre os tópicos de direito administrativo do medo aqui mencionados e o conteúdo do termo de autocomposição aprovado pelo Acórdão nº 1130/2023.

4 ESTUDO DE CASO: ACÓRDÃO Nº 1130/2023

Neste capítulo, analisar-se-á o Acórdão nº 1130/2023, que aprovou o primeiro termo de autocomposição decorrente da IN TCU nº 91/2022. Também serão examinadas as circunstâncias preexistentes à referida decisão, o processo de Solicitação de Solução Consensual e o acordo em si.

Depois, será abordada a relação entre o conteúdo do termo de autocomposição e **(i)** as questões doutrinárias referentes aos obstáculos na concretização de acordos administrativos (princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público); e **(ii)** os tópicos concernentes ao direito administrativo do medo.

Com isso, será possível responder à pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91/2022 e as questões listadas pela doutrina como obstáculos à implementação de acordos administrativos e a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo?

4.1 As circunstâncias preexistentes ao acórdão e o processo de Solicitação de Solução Consensual

O Acórdão nº 1130/2023 foi prolatado no âmbito do TC nº 006.253/2023-7, que tratou de controvérsias decorrentes dos Contratos de Energia de Reserva (CERs) do Procedimento Competitivo Simplificado (PCS) nº 1/2021.

A contratação extraordinária emergencial visava ao aumento da oferta de energia para mitigar potenciais dificuldades de suprimento entre 2022 e 2025, em razão dos baixos níveis de afluência hídrica verificados nos anos de 2020 e 2021 e o consequente risco de desabastecimento energético.

Conforme a Portaria Normativa nº 24/GM/MME/2021, enquanto o MME definiu as diretrizes do PCS e o planejamento da contratação, a ANEEL elaborou o edital e as minutas dos CERs, realizou o certame e autorizou a implantação e a exploração dos novos empreendimentos. No caso de atraso, o edital e os contratos previam sanções **(i)** pecuniárias; **(ii)** de impedimento de novas contratações com a administração; **(iii)** de rescisão dos contratos; e **(iv)** de revogação da outorga.

O procedimento foi realizado sob condições especiais, com uma série de flexibilizações com vistas a garantir maior celeridade. A dispensa de algumas fases teria incrementado significativamente o risco do empreendimento, resultando em elevação da potência disponível em um curto período, mas com “contratação de energia cara, a onerar todo o mercado regulado” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 1).

Ao todo, no PCS, foram contratadas dezessete usinas com 1.4 GW de potência outorgada e impacto total estimado, até dezembro de 2025, de R\$ 39 bilhões (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 1).

A Karpowership Brasil Energia Ltda. (KPS) venceu o certame para a implantação de quatro usinas termelétricas *offshore* (Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II), que agregariam 560 MW de potência ao Sistema Interligado Nacional (SIN). A previsão de geração de energia, conforme definido pela contratada no procedimento competitivo, foi distribuída por sazonalização, de modo que a maior parte da produção elétrica estaria concentrada de junho a outubro.

Então, em 2022, houve a reversão do cenário de escassez hídrica e, conseqüentemente, o aumento da energia armazenada nos reservatórios hidrelétricos e a redução dos preços da energia no mercado de curto prazo.

Com o retorno à normalidade hidrológica,

o preço da energia no mercado de curto prazo, que se encontrava no valor máximo de R\$ 583,88/MWh, entre junho e setembro de 2021, foi reduzido ao patamar mínimo de R\$ 55,70/MWh já em janeiro de 2022 (TC nº 006.253/2023-7, peça 13, p. 3).

Desse modo, a influência da energia dos contratos do PCS para o nível de segurança do suprimento de energia do SIN foi reduzida significativamente.

Considerando essas circunstâncias, “frente a eventual antieconomicidade na manutenção das avenças, mais onerosas, e levando em conta a possibilidade de rescisão contratual, respeitado o dever de honrar os contratos” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 2), o Plenário do TCU deliberou mediante Acórdão nº 2699, de 07/12/2022. No *decisum*, a Corte questionou a economicidade dos empreendimentos e fixou prazo para que o Ministério de Minas e Energia (MME), com base especialmente no poder-dever de autotutela e de motivação, avaliasse as vantagens e as desvantagens quanto à continuação dos contratos, à rescisão ou à outra solução negociada, levando em conta a segurança do fornecimento de eletricidade e o impacto nas tarifas.

Em 08/12/2022, o juízo da 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem do TJSP, nos autos de cautelar antecedente pré-arbitral requerida pela KPS (Processo nº 1105523-09.2022.8.26.0100), deferiu a tutela para suspender a cobrança de multa aplicada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) em razão do atraso no início das operações dos CERs até deliberação da ANEEL sobre a existência de força maior e a respectiva responsabilização da empresa.

Após, em atendimento ao Acórdão nº 2699/2022, o MME editou a Portaria nº 55, de 19/12/2022, que estabeleceu diretrizes e condições para **(i)** a resolução amigável dos CERs adimplentes e **(ii)** a rescisão unilateral, com as penalidades aplicáveis, aos inadimplentes. Segundo o próprio Ministério, a Portaria não teria sido efetiva em termos de adesão dos contratados, nem teria modificado substancialmente os custos associados ao PCS que vêm sendo suportados pelos consumidores (Acórdão nº 1130/2023, Voto). Apenas para a KPS, a multa por inadimplemento contratual seria superior a 1 bilhão de reais (Acórdão nº 1130/2023, Voto). Considerando a pressão dessas sanções, as empresas contratadas deram início a disputas administrativas, judiciais e arbitrais (Marques, 2023).

Em 16/02/2023, a KPS impetrou mandado de segurança (Processo nº 1013469-13.2023.4.01.3400) contra ato coator do Diretor-Geral da ANEEL consistente em despacho que revogou o efeito suspensivo que havia sido atribuído a pedidos de reconsideração, baseados em excludente de responsabilidade por força maior, apresentados contra decisões que cassaram a outorga da sociedade, no âmbito de quatro processos administrativos de rescisão unilateral por inadimplemento.

Então, a empresa encaminhou ao MME proposta de solução consensual para a extinção da controvérsia instalada nos referidos processos administrativos em trâmite perante a ANEEL (TC nº 006.253/2023-7, peça 12). Em 07/3/2023, após reuniões entre a KPS e o Ministério, a companhia enviou ao mesmo órgão proposta preliminar de prevenção e extinção de litígios para que fosse submetida ao TCU na forma da IN nº 91/2022.

Assim, em 29/3/2023, o Ministro de Minas e Energia protocolou Solicitação de Solução Consensual (TC nº 006.253/2023-7, peças 1 a 6), apresentando, nos termos do art. 3º da IN nº 91, **(i)** o objeto; **(ii)** pareceres técnicos e jurídicos sobre a controvérsia, com as respectivas dificuldades na construção de soluções; **(iii)** a delimitação dos particulares e dos órgãos públicos envolvidos na disputa; **(iv)** os

processos no TCU que envolvem o objeto da solicitação; e **(v)** a manifestação de interesse na solução consensual propriamente dita.

A questão descrita na SSC envolvia, sobretudo, divergências sobre a possibilidade de alteração amigável dos contratos da KPS para compatibilização da sua execução com as necessidades do sistema em curto e médio prazos, com os respectivos impactos tarifários e com os investimentos envidados pela empresa para viabilizar os empreendimentos.

A SecexConsenso emitiu relatório e análise prévia de admissibilidade positiva, depois confirmada pelo Presidente do TCU e, então, ratificada pelo Ministro relator do processo principal (TC nº 001.722/2022-0, no âmbito do qual se prolatou o supracitado Acórdão nº 2699/2022), que foi sobrestado, em conformidade com os arts. 4º, 5º e 6º da IN nº 91/2022.

A SSC foi encaminhada à Segecex, de modo a, ouvida a SecexConsenso, designar Comissão de Solução Consensual, a qual foi composta por representantes designados pela KPS, pela ANEEL, pelo MME, pela SecexConsenso e pela Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações (SecexEnergia) (Portaria SEGECEX nº 17/2023, de 22/05/2023).

Conforme deduzido no acórdão, as reuniões iniciais da CSC buscaram identificar alternativas que compatibilizassem a execução contratual com o interesse público relacionado à redução do impacto tarifário e à segurança jurídica dos contratos firmados. Além disso, compreendeu-se que, ainda que eventual decisão administrativa fosse em desfavor do particular, a rescisão unilateral dos contratos não traria segurança no fornecimento de eletricidade no período 2025/2026, não inibiria o ajuizamento de ações judiciais e não impediria prolação de decisões desfavoráveis à economicidade almejada pela rescisão (Acórdão nº 1130/2023, Relatório).

Iniciados os trabalhos, dada a delicadeza do caso, pois a celebração do acordo até 07/6/2023 traria economia de R\$ 230 milhões aos consumidores, a CSC entendeu por bem submeter, em senso de urgência, a proposta à Corte, “não obstante os demais pontos a serem objeto de consenso definitivo” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14).

Realizaram-se encontros em 23, 26 e 29/5/2023, depois dos quais todos membros da Comissão acordaram ser possível celebrar termo de autocomposição.

4.2 A proposta de termo de autocomposição

A proposta de solução consensual elaborada pela CSC correspondeu a termo de autocomposição (TC nº 006.253/2023-7, peça 50) a ser firmado entre a União, a ANEEL e a KPS, com interveniência do TCU, vigente entre 01/7/2023 e 31/12/2023. Com o instrumento, objetivou-se definir condições para execução dos CERs e permitir a redução dos custos incorridos pelos consumidores e a provisão de segurança jurídica às entidades envolvidas na controvérsia.

Confira-se esquematização das principais cláusulas pactuadas no termo de autocomposição e o respectivo entendimento do TCU, o que será detalhado em seguida:

Tabela 1 – Esquematização das cláusulas pactuadas no termo de autocomposição e da respectiva posição do TCU

	CLÁUSULA	ENTENDIMENTO DO TCU
a	Redução/eliminação da inflexibilidade contratual das UTEs	Teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois permitiria a redução tarifária, que impacta o consumidor.
b	Geração de energia com apuração mensal	Promoveria segurança jurídica ao possibilitar uma operação mais eficiente dos empreendimentos, não impactando o período anterior à celebração.
c	Preservação da eficácia das outorgas, da garantia física e da potência contratada	Promoveria segurança jurídica e asseguraria o processo de discussão na CSC, uma vez que as usinas manteriam lastro contratual para a oferta de energia e, paralelamente, o SIN continuaria a contar com a disponibilidade de potência.
d	Peticionamento das partes para suspender o MS impetrado pela KPS	Promoveria segurança jurídica e asseguraria o processo de discussão na CSC, dado que a empresa permaneceria com suas outorgas, conforme tutela de urgência concedida; e, caso não fosse celebrado novo acordo ao final da vigência, haveria deliberação da ANEEL quanto a eventuais sanções.
e	Reversão do montante dos depósitos judiciais à CONER	Promoveria segurança jurídica, uma vez que os valores de receita de combustível já entregues à companhia com base no contrato original seriam compensados
f	Suspensão dos processos administrativos em trâmite perante a ANEEL	Promoveria segurança jurídica e asseguraria o processo de discussão na CSC, pois a KPS não seria responsabilizada pelo inadimplemento contratual até, pelo menos, o final da vigência do termo; e, caso não seja celebrado outro acordo, os processos tramitariam normalmente
g	Possibilidade de ultratividade dos efeitos de 30 dias, a contar de 31/12/2023, em relação à inflexibilidade da geração e da	Promoveria segurança jurídica, pois, no caso de não ser celebrado novo acordo, haveria tempo hábil para a KPS executar a logística

	manutenção da outorga, da garantia física e da contratação da potência	de aquisição de gás e a retomada as operações.
h	Efeitos apenas a partir da celebração	Promoveria segurança jurídica, tendo em vista que ficaria preservada a eficácia das transações comerciais realizadas nos termos dos CERs até 30/6/2023.
i	Arquivamento por perda de objeto dos processos no TCU que trataram do conteúdo consensuado	Promoveria segurança jurídica, porque os atores envolvidos não se submeteriam ao risco de serem responsabilizados em razão de matéria já solucionada consensualmente.
j	Proteção contra responsabilização dos agentes negociantes, salvo em casos de fraude ou dolo	Promoveria segurança jurídica, pois os agentes públicos envolvidos no acordo não ficariam sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais.

Fonte: elaboração própria.

Inicialmente, cumpre discorrer sobre pontos que o relator abordou como relacionados à legalidade e à motivação do termo de autocomposição (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

No que diz respeito à possibilidade de revisão do contrato para modificar a forma do fornecimento de energia, não se vislumbrou, na teoria geral dos contratos, óbices para a revisão por acordo entre as partes.

Levantou-se, ainda, a questão de possível revelia no dever de licitar (art. 37, XXI, CF), pois os demais concorrentes deveriam ter acesso às exatas condições de inflexibilidade para oferecer as suas propostas, o que de fato ocorreu, dado cenário fático da época. Contudo, os moldes inicialmente concebidos foram estabelecidos por motivo excepcional, inexistindo o interesse, por ora, de empreender certame semelhante – seria excessivamente custoso –, assim como seria de alta onerosidade o cumprimento dos CERs nas condições originalmente pactuadas, tendo em vista as circunstâncias atuais. Aduziu-se que, em verdade, a inércia do Poder Público frente a um quadro antieconômico é que poderia ensejar responsabilizações.

Nesse sentido, o relator, Ministro Benjamin Zymler, frisou que o termo de autocomposição figuraria como um aditivo supressor, não havendo limites para o acordo entre as partes em face de razões supervenientes impassíveis de serem conhecidas *ex ante*, ainda que se utilize a Lei nº 8.666/1993 como parâmetro subsidiário.

Ademais, quanto ao juízo de conveniência e de oportunidade da discricionariedade da celebração do acordo, ressaltou-se haver “clara e relevante redução tarifária, com ganhos à coletividade um tanto óbvios” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 15).

Ainda nessa toada, o relator trouxe o questionamento quanto a eventual discricionariedade na aplicação das multas contratuais pelo atraso nos empreendimentos da KPS. Quanto a isso, enfatizou que tais condições só se fariam de modo precário no acordo, com a suspensão dos processos sancionadores até 31/12/2023, os quais continuariam a ser objeto de negociação no âmbito da CSC até solução definitiva.

Segundo o Ministro, considerando o período de vigência do acordo – o qual seria suficiente, como dito, para produzir economia milionária para os consumidores –, nada impediria que as próprias partes ou o TCU entendessem posteriormente pela impossibilidade de consenso dos demais itens em discussão.

Dito isso, passa-se ao exame das cláusulas propriamente ditas, identificando-as pelas letras assinaladas na tabela acima disposta.

Na instrução da SSC (TC nº 006.253/2023-7, peça 51), ressaltou-se que **a)** a redução da inflexibilidade – o valor de geração mínima obrigatória de energia elétrica de determinada usina termelétrica (Galter, 2023) – teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois permitiria a redução tarifária que impacta o consumidor, o que geraria ganhos imediatos à coletividade (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

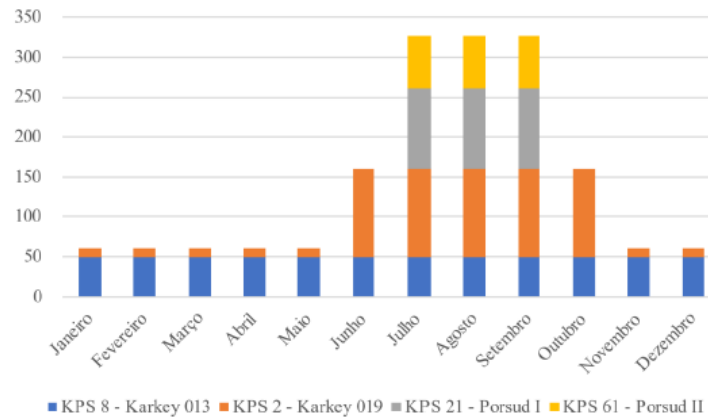
De acordo com o certame, com os contratos assinados e com as decisões judiciais correlatas, a KPS geraria, de forma inflexível, 144 MW médios em base anual. Contudo, por conta da melhora na situação hídrica do país, diminuiu-se a necessidade de geração termelétrica. Por isso, a redução da inflexibilidade das usinas da empresa permitiria o uso de recursos mais baratos disponíveis no sistema.

Conforme a estrutura de sazonalização prevista nos contratos da companhia, os meses de julho, agosto e setembro representariam o período com maior geração de energia.

Veja-se gráfico referente à previsão inicial:

Figura 1 – Previsão inicial de geração das usinas KPS

Figura 1. Previsão inicial de geração das usinas da KPS



Fonte: Relatório da Comissão de Solução Consensual (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Nessa linha, em razão de a KPS possuir um processo de governança e de logística para aquisição, transporte e armazenamento de gás natural, para que pudesse haver benefício ao consumidor já em julho de 2023, o acordo deveria ser aprovado até 07/6/2023.

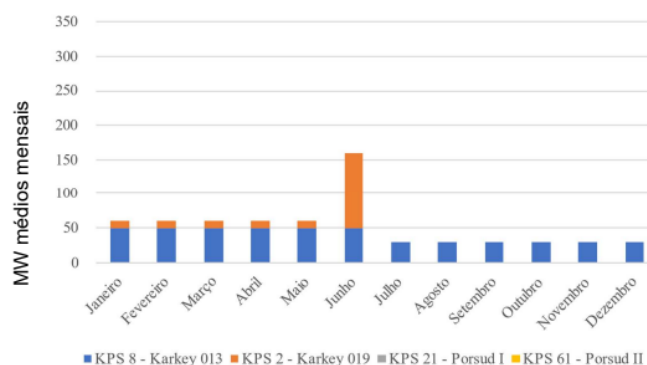
O termo de autocomposição previu, depois de 01/7/2023, a eliminação de geração inflexível em todas as UTEs, exceto na Karkey 013, que manteria inflexibilidade uniforme no patamar de 29 MW médios mensais.

Isso representaria benefícios tarifários, apenas no mês de julho de 2023, de aproximadamente R\$ 230 milhões devidos como remuneração à parcela vinculada às despesas do combustível utilizado nas UTEs.

Confira-se gráfico relativo à previsão de geração no caso de assinatura do pacto:

Figura 2 – Geração inflexível no exercício de 2023 no caso de operacionalização do termo

Figura 2. Geração inflexível no exercício de 2023 no caso de operacionalização do termo



Fonte: Relatório da Comissão de Solução Consensual (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Ao todo, a redução da inflexibilidade promoveria a diminuição de custos dos consumidores na ordem de R\$ 579 milhões na Conta de Energia de Reserva (CONER) (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Quanto à cláusula de **b)** apuração mensal da produção energética, em oposição à horária, destacou-se que a contabilização por mês permitiria uma operação mais eficiente dos empreendimentos e não impactaria o período anterior à celebração do acordo.

Além disso, estabeleceu-se que a modulação da energia mensal deveria ser ajustada com o Operador Nacional do Sistema (ONS).

Os demais pontos do termo de autocomposição, segundo o TCU, estariam voltados para o reforço da segurança jurídica do instrumento e/ou para a assecuração do processo de discussão no âmbito da Comissão.

Previu-se **c)** a preservação da eficácia das outorgas, da garantia física e da potência contratada, o que promoveria segurança jurídica à execução dos contratos e asseguraria as discussões na CSC.

As usinas teriam lastro contratual para a oferta de energia dos CERs e, paralelamente, o SIN continuaria a contar com a disponibilidade de potência, caso fosse necessário o despacho pelo ONS.

Nesse sentido, ponderou o MME (Acórdão nº 1130/2023, Voto) que as usinas do PCS representam, para além da inflexibilidade contratada (muito provavelmente prescindível), potência, que não necessariamente será dispensável ao SIN. Dessa forma, permaneceria o interesse na contratação, a fim de cobrir eventuais déficits de potência em dias e horários de pico de demanda.

Compreendeu-se, ainda, que a preservação das outorgas estabilizaria o conflito discutido no mandado de segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400. Na referida ação, o juízo deferiu o pedido de tutela provisória da KPS para reestabelecer o efeito suspensivo das decisões de cassação das outorgas até julgamento final da Agência quanto aos pedidos de excludente de responsabilidade da empresa. Como contracautela, determinou que a CCEE retivesse, mensalmente, 25% do repasse mensal à companhia, valor que, após três meses, superou 180 milhões de reais.

Nesse sentido, propôs-se que **d)** a empresa e a ANEEL deveriam peticionar naqueles autos pleiteando a suspensão do processo por 180 dias e a liberação dos valores depositados.

Nessa toada, **e)** o montante liberado seria direcionado à CONER, com a finalidade específica do pagamento devido pela KPS dos valores de compensação da receita de combustível já paga à companhia por execução contratual prévia à celebração do acordo. Previu-se, ainda, que a quantia remanescente da diferença seria descontada da receita de venda da empresa dos meses de julho a dezembro de 2023, em seis parcelas mensais e iguais.

Ademais, visando à concentração de esforços nos debates voltados à solução consensual, as partes concordariam com a **f)** suspensão, enquanto vigente o termo, dos seguintes litígios em trâmite nos processos administrativos na ANEEL:

- (i) pedido de reconsideração no pedido original de exclusão de responsabilidade, protocolado em 16 de agosto de 2022, em face do Despacho nº 2.171, de 9 de agosto de 2022;
- (ii) pedido superveniente de exclusão de responsabilidade, protocolado em 29 de agosto de 2022;
- (iii) recurso administrativo, protocolado em 02 de dezembro de 2022, em face dos Despachos nºs 3.351, 3.352, 3.353 e 3.354, todos de 24 de novembro de 2022;
- (iv) impugnação às penalidades aplicadas pela CCEE, protocolado em 16 de setembro de 2022; e
- (v) rescisão dos CERs e revogação das outorgas consubstanciadas nas Resoluções Autorizativas (Acórdão nº 1130/2023, Relatório, p. 9).

Com isso, promover-se-ia segurança jurídica. A empresa, na vigência do termo, manteria suas outorgas e não seria responsabilizada pelo atraso nos empreendimentos do PCS. Por outro lado, no caso de não haver acordo posterior, os processos voltariam a tramitar normalmente.

Em razão dessa hipótese ou de eventual atraso nas negociações, **g)** a minuta dispôs sobre a possibilidade de ultratividade de trinta dias, a contar de 31/12/2023, dos efeitos em relação à inflexibilidade da geração e à manutenção da outorga, da garantia física e da contratação da potência. Isso porque a lógica corporativa da KPS para aquisição de gás e retomada das operações demanda um prazo de trinta dias. Nas negociações, inicialmente foram propostos noventa dias, contudo, a ANEEL ponderou que a extensão dessa condição poderia limitar a atuação da Agência caso não fosse firmado acordo pelo período integral dos CERs (TC nº 006.253/2023-7, peça 48).

Ademais, acordou-se que **h)** o termo de autocomposição teria efeitos apenas a partir da celebração, de modo que ficaria preservada a eficácia das transações comerciais realizadas nos moldes dos contratos até 30/6/2023.

A minuta trouxe, ainda, **j)** cláusula de proteção contra responsabilização dos agentes negociantes, na seguinte forma:

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 (TC nº 006.253/2023-7, peça 73).

Com isso, os agentes públicos envolvidos no acordo não ficariam diuturnamente sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas no âmbito dos procedimentos negociais.

Finalmente, estabeleceu-se que **i)** os processos de controle externo em tramitação na Corte de Contas cujos objetos forem tratados e consensuados entre as partes serão arquivados por perda de objeto. Essa cláusula e a anteriormente mencionada foram inspiradas nos princípios e nos resultados do Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o TCU, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Supremo Tribunal Federal, que culminaram nas minutas dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

Dessa forma, as partes não correriam o risco de serem responsabilizadas – em virtude de processos em andamento no TCU antes do acordo – por matéria já solucionada consensualmente.

Ainda com relação a essa cláusula, ressaltou-se no acórdão que a produção de efeitos se daria apenas no TC nº 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do mencionado Acórdão nº 2.699/2022 (que exarou ordem para que o MME avaliasse a manutenção ou não dos CERs), restringindo-se a perda de objeto à parcela concernente aos contratos da KPS.

Existem dois pontos não materializados na proposta, mas que foram considerados importantes pelo Tribunal no caso concreto. O primeiro deles é referente à declaração, no relatório da CSC, de que as discussões para alcançar um próximo acordo continuariam a ser realizadas no âmbito da Comissão. Assim, considerando o caráter de urgência em que foi posto o termo à celebração, demais questões poderiam ser maturadas até a solução definitiva para a controvérsia.

O segundo item concerne ao fato de que não há, na proposta, previsão de que o instrumento vinculará as partes a um novo termo depois do fim da vigência. Com

isso, nada impediria que as próprias partes ou o TCU entendessem pela impossibilidade de consenso sobre os demais itens em debate.

Após a apresentação da proposta pela CSC, os autos foram encaminhados ao MPTCU, nos termos da IN nº 91/2022. O órgão exarou parecer no sentido de haver inegável interesse público na aprovação do termo de autocomposição, o qual consubstanciaria solução que, segundo o órgão, certamente não seria alcançada pelos procedimentos administrativos tradicionais e/ou de controle externo (Acórdão nº 1130/2023, Relatório).

Ponderou-se o benefício potencial, decorrente do acordo, de mais de meio bilhão de reais no ano de 2023, em face às incertas vantagens decorrentes do prosseguimento dos processos administrativos de rescisão unilateral, pois dependeriam de decisões definitivas da ANEEL, as quais seriam, ainda, passíveis de judicialização.

Nesse sentido, o MPTCU entendeu que, por ter o termo de autocomposição caráter temporário, caso não viesse a ser celebrado novo acordo ao final da vigência, os procedimentos administrativos junto à Agência teriam continuidade regular em seus trâmites.

Enfim, o relator votou para aprovar a minuta e o entendimento foi ratificado na sessão plenária de 07/6/2023, ocasião na qual se autorizou a realização de monitoramento da execução do acordo, conforme o art. 13 da IN nº 91/2022. Na mesma oportunidade, determinou-se a restituição dos autos à SecexConsenso para a continuação dos trabalhos da Comissão.

Então, após deferimento de prorrogação de prazo, a minuta de acordo final foi apresentada pela CSC e aprovada pelo Plenário em 06/12/2023 (TC nº 006.253/2023-7, peça 116).

Estabeleceu-se o novo período de suprimento contratual entre 30/9/2022 e 31/5/2026 e foram promovidos termos aditivos aos CERs, consolidando as cláusulas aprovadas pela Corte de Contas.

No acordo final, foi estipulada a redução das multas editalícias e contratuais aplicadas à KPS de R\$ 1.114.286.109,42 para R\$ 336.220.205,88, sem reconhecimento de responsabilidade entre as partes, e com fixação do prazo de doze meses para pagamento (de janeiro a dezembro de 2024), sem juros e atualização monetária.

Com exceção dessa disposição e da alteração do período da extensão contratual até 31/5/2026, houve uma “mera ratificação e extensão” (Acórdão nº 2508/2023, Voto, p. 4) das vantagens mútuas estabelecidas na primeira minuta do acordo.

No mesmo sentido do que fora discutido, as outorgas, a garantia física, a potência contratada, a contabilização mensal e as condições de redução da geração inflexível (e a consequente baixa na receita associada a combustível) foram mantidas.

A empresa se comprometeu a encerrar, por perda superveniente de objeto, o Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400, a Ação Cautelar nº 1105523-09.2022.8.26.0100 e o Procedimento Arbitral nº 22/2022.

Nessa linha, a ANEEL se obrigou a extinguir, por perda de objeto, sem qualquer determinação em face da KPS, todos os processos instaurados em seu âmbito nos quais se discuta punição, rescisão contratual, inadimplência, cobrança ou qualquer outra oneração por fatos relacionados aos CERs ou ao PCS antes da data da assinatura do termo.

Ademais, a Agência concordou em comunicar à CCEE a necessidade de adoção de providências para que considerem plenamente extintas todas as penalidades, recontabilizações e débitos em geral de natureza contratual, associativa ou regulamentar, por fatos relacionados aos CERs ou ao PCS antes da data de assinatura do termo; e de extinção de processos instaurados na Câmara no mesmo contexto.

4.3 A posição do TCU com a homologação do acordo

Detalhado o acordo, é necessário destrinchar a posição que tomou o TCU com a homologação dos termos de autocomposição, ou seja, a perspectiva da Corte acerca de sua própria atuação, bem como a concepção do Tribunal sobre o panorama do processo de assinatura do pacto. Esses aspectos serão analisados sob a perspectiva dos tópicos doutrinários estudados ao longo deste trabalho, quais sejam, os obstáculos aos acordos administrativos (princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público) e as considerações atinentes ao direito administrativo do medo.

4.3.1 A perspectiva dos obstáculos aos acordos administrativos – Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

De acordo com a instrução lavrada pela SecexConsenso (TC nº 006.253/2023-7, peça 51), a solução concertada permitiria a coordenação de ação entre os agentes para aumentar a eficiência do contrato, sob a ótica do interesse público. Isso porque, sem a concretização dessa ação coordenada envolvendo o MME, a ANEEL e a KPS, a execução dos CERs, nos termos da época, implicaria pagamentos que poderiam ser realizados de forma menos onerosa ao consumidor.

Segundo o relator do acórdão, a função do Tribunal com o mecanismo da IN nº 91 seria de “controle concomitante excepcionalíssimo, pari passu, com o ato controlado” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14), o qual seria necessário para conferir estabilidade à emanção de vontades. Amplificar-se-ia, assim, a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre os participantes.

Isso se daria principalmente com a segregação entre negociação e homologação, ou seja, quem media as tratativas pré-acordo (membro da SecexConsenso) não é quem vai decidir sobre a aprovação ou não da transação (Plenário). Sendo assim, em tese, o controlador que homologa ou não o termo de autocomposição não tem acesso às reuniões da CSC, mas apenas ao que elas decidem entregar no relatório da Comissão.

Ainda sob esse ângulo, quando da aprovação de termo construído nos autos de outra SSC decorrente do PCS nº 1/2021 (TC nº 006.252/2023-0), ressaltou-se que inexistiria pleno equilíbrio de poderes negociais, tampouco simetria de informações (Acórdão nº 1797/2023, Voto). O Ministro relator, Benjamin Zymler, ressaltou que a transparência da operação, necessária por envolver o múnus público – permeado pelos princípios correlatos, inclusive o da publicidade –, teria sido devidamente esgotada, com a exigência de maior detalhamento dos valores contratuais, a qual foi providenciada “na fronteira dos interesses e possibilidades das contratadas” (Acórdão nº 1797/2023, Voto, p. 19).

Ou seja, haveria assimetria de informações, mas no limite do sigilo empresarial, pois a exposição de dados estratégicos, empresariais e financeiros, se levada ao extremo, pareceria “tanto impraticável (à luz da anuência de outros parceiros de negócio) como desproporcional” (Acórdão nº 1797/2023, Voto, p. 18). Assim, a ausência do reconhecimento do caráter competitivo-empresarial da operação seria um óbice insuperável ao acordo, ainda que se trate de operação de grande vulto.

Assim, com essas ressalvas, o estabelecimento de cooperação legítima possibilita considerarem-se efetivamente todas as circunstâncias do caso e, conseqüentemente, identificar-se a melhor saída para a concretização dos interesses públicos em jogo.

Segundo Palma, “o ponto está em considerar o administrado não como um adversário, que enseja vínculos administrativos verticalizados (...), mas, sim, como seu colaborador” (Palma, 2015, p. 143). A assimetria de informações entre regulador e regulado demandaria maior participação do particular no processo de tomada de decisão, não somente como espectador, mas como protagonista ao lado do Poder Público (Marques, 2023).

Para além disso, a SecexConsenso ressaltou a importância da atuação da SecexEnergia no processo de autocomposição, pois a unidade teria contribuído extensamente tanto para a segurança jurídica do processo decisório, quanto para a própria solução materializada no termo (TC nº 006.253/2023-7, peça 51). Essa Secretaria teria desenvolvido importantíssimo papel ao ponderar tecnicamente os riscos e as possíveis alternativas para assegurar a exequibilidade do acordo produzido no âmbito da CSC.

Sabe-se que o acordo administrativo pode servir de instrumento para a satisfação de finalidades setoriais mais específicas (Palma, 2015), como se deu no caso analisado. Respostas com atenção às peculiaridades do setor no qual há a controvérsia e ao tipo de problema existente passam a ser preferidas em relação às decisões rígidas, formais e uniformes para todos os subsistemas de direito administrativo.

Isso porque a flexibilidade propicia adaptabilidade às particularidades do cenário em que se encontra o problema (Palma, 2015). É justamente o que ocorre na construção de um termo de autocomposição como o examinado, o qual demandou análise técnica consideravelmente específica, que talvez não fosse passível de ser executada, no mesmo nível, no âmbito de ação judicial, por exemplo.

Isso foi explicitamente confirmado pelo TCU no Acórdão nº 2139/2022, o qual serviu de inspiração para a edição da IN nº 91/2022. Naquele caso, o Tribunal, considerando as peculiaridades da situação, entendeu serem possíveis a alteração da matriz de risco do contrato e a prorrogação do prazo da concessão via TAC, mesmo que não previsto expressamente em lei ou regulamento. Pode-se dizer que o mesmo ocorreu com o Acórdão nº 1130/2023, uma vez que os moldes do certame quanto às

regras de geração de energia foram modificados pelo termo de autocomposição, apesar de também ausente previsão explícita em lei ou regulamento.

Importante destacar que a consensualidade administrativa é uma técnica regulatória (Anatel, 2023) e de gestão (Palma, 2015) pela qual pactos são firmados entre Administração e administrado mediante negociação da prerrogativa imperativa estatal. Alguns elementos de eficiência dos acordos seriam: resolução do caso concreto, economia processual, de tempo e de recursos, cumprimento espontâneo da decisão e afirmação da autoridade do Estado. Especialmente no que tange à inovação no âmbito dos negócios administrativos, a legalidade teria uma vinculação negativa (fazer tudo que a lei não proíba), de modo que a criatividade teria mais espaço para se desenvolver (Anatel, 2023).

Ainda com relação a isso, o MPTCU ressaltou justamente o maior potencial de efetividade dos acordos em comparação com os atos imperativos unilaterais: “poupam-se tempo e recursos que seriam consumidos ao longo do processo tradicional, para obter solução com maior potencial de efetividade, pois aceita pelas partes” (Acórdão nº 1130/2023, Pronunciamento MPTCU, p. 1). Segundo o *parquet*, isso seria inalcançável por meio de mecanismos tradicionais de composição de conflitos, consubstanciados em imposições de obrigações por decisões judiciais ou administrativas.

Especificamente quanto ao setor de eletricidade, dado seu recente histórico, seria possível concluir que **(i)** as crises são cíclicas e têm alto potencial de gerar controvérsias; **(ii)** as regras preestabelecidas não são sempre suficientes para soluções eficientes e proporcionais ao conflito; e **(iii)** a judicialização e a demora na resolução implicam altos custos de transação e externalidades negativas com impactos no consumidor (Marques, 2023). Por isso, demandar-se-iam respostas mais adequadas, pois o tempo gasto com as vias típicas pode gerar mais prejuízo.

Nesse sentido, consignou o Ministro relator que, sem o procedimento instaurado, seria provável que não se chegasse a um consenso ou, então, o tempo necessário para resolução dos litígios nos mecanismos tradicionais atrasaria ou impediria a ultimação dos interesses coletivos (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

Esse posicionamento corrobora o argumento de que, muitas vezes, o ato consensual pode ser considerado o meio para alcançar o interesse público, isto é, “a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo” (Palma, 2015, p. 171), em oposição à

concepção de que a negociação do exercício das prerrogativas públicas poderia implicar prevalência do interesse privado. Afinal, ao lado da função de arbitramento de interesses, há o dever da Administração de harmonizá-los.

A consensualidade objetiva manter a qualidade e a eficácia da decisão administrativa; conferir celeridade ao procedimento administrativo e à concretização de uma decisão final; e propiciar segurança jurídica com a definição da disciplina da relação jurídico-administrativa correlata (Palma, 2015, p. 237).

Com isso, na hipótese de um acordo ser firmado antes de decisão do Poder Público acerca da responsabilidade administrativa, como se deu com a ANEEL e a KPS no caso sob estudo, a Administração teria a chance de beneficiar de redução de tempo e de custos, conforme destacou o MPTCU.

Noutro giro, o relator do acórdão ressaltou que, nada obstante a possibilidade de rescisão contratual e a consequente aplicação de multas, as tutelas judiciais que sustentavam o fornecimento de energia mais cara pelas UTEs teriam alto risco de virar definitivas. Assim, “[e]ventual solução de consenso, pois, ao tempo em que viabilizaria a redução dos custos gerais aos consumidores, colocaria fim nos litígios em curso na justiça” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 6). O termo de autocomposição, portanto, viabilizaria a modicidade tarifária, ao passo em que preservaria a segurança jurídica e a estabilidade da relação contratual.

Dessa maneira, vislumbra-se a concretização, no acordo, do interesse público em três níveis.

O primeiro, com a redução tarifária, que, conforme consignado pelo TCU, teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois impactaria significativamente o consumidor na monta de 579 milhões de reais (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

O segundo, com a manutenção da geração de energia contratada, pois o Estado ainda contaria com as usinas da KPS para cobrir eventuais déficits de potência em dias e horários de picos de demanda (permaneceria o interesse na contratação) e, por isso, a opção de rescisão unilateral não traria segurança ao fornecimento de eletricidade. Em adição, a rescisão não impediria o ajuizamento de ações judiciais posteriores e a prolação de decisões desfavoráveis à economicidade almejada pelo encerramento unilateral, sem contar com os custos que poderiam advir da terminação em si. Da mesma maneira, empreender certame semelhante seria excessivamente custoso, assim como o cumprimento dos CERs nas condições originalmente

pactuadas. Portanto, o acordo conferiria segurança ao Estado quanto à geração de energia e corresponderia à alternativa mais econômica para o caso.

O terceiro, com a manutenção das outorgas, uma vez que a KPS não sofreria com a multa bilionária advinda do inadimplemento contratual; e que os investimentos envidados pela empresa não seriam inutilizados. Resguardar-se-ia, assim, a segurança jurídica também do particular, levando em conta, da mesma forma, os mencionados dispêndios decorrentes de eventual rescisão.

4.3.2 A perspectiva do direito administrativo do medo

A SecexConsenso frisou a sensibilidade, a complexidade e a alta relevância do tema analisado na SSC. Destacou que, avaliando-se o processo decisório sob os aspectos subjetivos, seria compreensível que o gestor se dispusesse a adotar soluções mais conservadoras, de modo a seguir o rito usual do processo administrativo clássico (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Nessa perspectiva, rememore-se que, no PCS objeto do pleito estudado, foram contratadas, ao todo, dezessete usinas com 1.4 GW de potência outorgada e impacto total estimado, até dezembro de 2025, de R\$ 39 bilhões. Dadas as proporções envolvidas, seria, de fato, compreensível se o regulador se mantivesse na zona de conforto, considerando o risco do controle por eventual decisão que fugisse dos padrões tradicionais.

Conforme já dito, o direito administrativo do medo pode impedir a criação de um ambiente propício à inovação, em razão da elevada rigidez dentro do setor público, decorrente do controle disfuncional (Santos, 2022).

Com isso, as autoridades administrativas, quando desafiadas pela realidade – como se deu no caso sob análise –, tendem a preferir não se arriscar com soluções “fora da caixa” (Campana, 2017), hipótese em que pode ser prejudicada a eficiência pública (Carnaes, 2022). Contudo, no processo analisado, tendo em vista a inauguração da SSC junto ao TCU, as partes partiram para a alternativa ao procedimento tradicional, de modo a buscar melhor atender ao interesse coletivo em jogo.

A SecexConsenso ponderou as vantagens do acordo em duas ordens de benefícios potenciais: (i) quantitativos (cerca de 579 milhões de reais em redução de custos da CONER), que se tornariam efetivos com a assinatura e a operacionalização

do termo de autocomposição; e **(ii)** qualitativos (aumento da segurança jurídica no processo de tomada de decisão consensual na Administração Pública), que se fariam efetivos com a consolidação do mecanismo previsto na IN nº 91/2022 (TC nº 006.253/2023-7, peça 51).

Em relação aos benefícios potenciais qualitativos, a aprovação do termo de autocomposição pela Corte de Contas traria segurança jurídica não apenas ao acordo a ser celebrado, mas também aos agentes envolvidos no processo de tomada de decisão, especialmente considerando as cláusulas 1.3 e 1.4 (da primeira minuta) e 4.2 e 4.3 (da minuta final):

4.2. Os agentes públicos envolvidos no processo negocial deste TERMO, tanto na Comissão de Solução Consensual, como na estrutura decisória de governança dos SIGNATÁRIOS, 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.

4.3. Os processos de controle externo em tramitação no TCU cujo objeto em apuração for tratado neste TERMO e objetivamente consensuado entre os SIGNATÁRIOS 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.

Quanto ao primeiro, constata-se que corresponde a cláusula que atribui segurança jurídica aos agentes públicos envolvidos e à estrutura de governança dos demais signatários, os quais não ficarão diuturnamente sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas no âmbito dos procedimentos negociais.

O segundo consiste em previsão de arquivamento, por perda de objeto, de processos em tramitação no TCU cujos conteúdos sejam tratados no acordo. Verifica-se, portanto, que também consiste em dispositivo que confere segurança jurídica às partes, para que não corram o risco de serem responsabilizadas pelo Tribunal em razão de temas já resolvidos consensualmente. Esse dispositivo, conforme anotado, tem limitação de efeitos ao TC nº 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do Acórdão nº 2.699/2022, em que se exarou ordem para que o MME avaliasse a manutenção ou não dos CERs, restringindo-se a perda de objeto à parcela concernente aos contratos da KPS.

Diante disso, compreende-se que esses dispositivos, a princípio, permitiriam o aumento da segurança jurídica no processo de tomada de decisão concertada na Administração Pública. Essas cláusulas estimulariam o gestor a procurar por soluções mais inovadoras na seara consensual, sem o receio de sofrer responsabilização pela

criatividade adotada em casos que a requerem, ao menos na hipótese em que o acordo for pactuado com intermediação do TCU.

Sendo assim, considerando a disponibilidade do mecanismo previsto na IN nº 91, seria possível buscar saídas que possam atender melhor ao interesse público do caso concreto, em oposição aos trâmites tradicionais, muitas vezes morosos, que são seguidos pelo medo do controle dentro de uma crise de ineficiência (Guimarães, 2016).

O relator do acórdão reforçou o papel homologatório do TCU no acordo, de modo a ratificar “a legalidade do objeto da negociação, quanto da sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, direcionada ao atendimento do interesse público primário” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14). Estaria sendo exercido um “juízo de juricidade amplo” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14) sobre o negócio jurídico levado ao exame da Corte, subscrito por jurisdicionados que têm o dever de prestar contas, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF.

Contudo, mesmo se o Poder Público buscar a solução consensual perante o TCU, há chances de o Tribunal, no exercício dessa nova forma de controle externo, “vetar” minuta de acordo considerada adequada segundo os atores envolvidos.

O art. 11, § 2º, da IN nº 91/2022 dispõe que o Plenário poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC. Caso não haja concordância de algum representante de órgão ou entidade da Administração Pública com as alterações sugeridas, o relator determinará o arquivamento do processo.

Isso estaria justificado pela posição do Tribunal de “interveniente anuente”, que, apesar de não participar propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente do envolvimento da Corte, possui um interesse direto como controlador.

Assim, o juízo homologatório vem acompanhado de um poder de “veto” caso o gestor não concorde com as sugestões do Plenário. Esse dispositivo faz sentido no caso de haver manifesta afronta ao ordenamento jurídico ou incoerências quanto aos recursos públicos negociados.

Todavia, se for regular o processo negocial, tal dinâmica parece destoar um pouco da lógica consensual utilizada como base para a edição da instrução normativa estudada.

Veja-se: a Corte emite recomendações, com base na sua interpretação controladora de conceitos e eventos conectados ao caso concreto, a qual pode

divergir do juízo do gestor quanto aos mesmos fatores. Esse juízo da autoridade administrativa pode não contrariar as normas vigentes ou não produzir irregularidades, mas apenas ser diverso da posição subjetiva do TCU, segundo as suas próprias concepções do que, dentro de sua área de atuação, seria mais adequado ao atendimento do interesse público.

Nesse sentido, considerando a hipótese de que as cláusulas acordadas não violariam o ordenamento jurídico, questiona-se: não tendo a autoridade concordado com os apontamentos do Tribunal e tendo sido arquivada a solicitação, o gestor consideraria a promoção, dentro de sua própria esfera, da solução “rejeitada” pela Corte, mas que ele julgou ser mais eficiente?

Em caso positivo, haveria alto risco de responsabilização mediante controle posterior, considerando que o TCU já haveria sinalizado óbice quando da determinação de arquivamento da SSC.

Em caso negativo, cogita-se que o decisor poderia levar a diante o processo administrativo tradicional, cujo resultado não necessariamente seria o mais eficiente, mas talvez o mais seguro do ponto de vista da responsabilização pessoal. Ou então, a depender da complexidade do caso, poderia constatar-se um imobilismo decisório pelo receio do controle, terceirizando-se o problema a possível apreciação do Judiciário (Santos, 2020), hipótese em que o gestor se resguardaria, de modo a apenas cumprir eventual decisão.

Por derradeiro, ainda quanto às cláusulas 1.3 e 1.4, o relator citou o art. 24 da LINDB como legitimação para tais dispositivos. Para ele, a análise da legalidade e da motivação pela Corte materializaria as orientações gerais da época, ao tempo da decisão e de acordo com o caso concreto, servindo de marco para exame posterior de validade do ato.

Entende-se ser relevante a função do TCU nesse sentido. O Tribunal serviria como fator de confirmação da regularidade das condições pactuadas com o direito contemporâneo ao ato, especialmente considerando que os termos dos acordos firmados nem sempre se apoiarão na legalidade estrita, dados os níveis de complexidade e de ineditismo de certos casos. Sendo assim, de fato, ampliar-se-ia a segurança jurídica do negócio, pois o termo contaria com o aval da burocracia no caso de eventual questionamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta monografia, propôs-se a responder à seguinte pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91/2022 e **(i)** as questões listadas pela doutrina da Administração consensual como obstáculos à implementação de acordos administrativos (princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público); e **(ii)** a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo?

Como resposta, formulou-se a hipótese de que não seria possível afirmar que a instrução normativa resolveu os apontamentos levantados pela bibliografia da Administração consensual e do direito administrativo do medo, apesar de haver elementos indicadores do contrário.

Quanto ao ponto **(i)**, compreende-se que o termo aprovado pelo Acórdão nº 1130/2023 teria concretizado a satisfação do interesse público por meio da composição dos interesses da coletividade, da Administração e do administrado. Além disso, também teria sido materializado o interesse público com a adoção de uma solução mais eficaz (pois construída pelas partes), célere (em comparação com o procedimento administrativo tradicional e com a rescisão unilateral), segura juridicamente (para a relação contratual e para o fornecimento de energia) e econômica (para os consumidores e para as partes negociantes).

Ademais, a separação interna no TCU entre negociação e homologação propicia um ambiente de maior confiança entre as partes, de modo que, independentemente da aprovação ou não do pacto pelo Tribunal, o controlador-homologador (Plenário) não participa das tratativas pré-acordo, nas quais os negociantes expõem os dados necessários à resolução do conflito. Esse fator pode ter incrementado a negociação que, no caso concreto, culminou na solução que melhor atendeu ao interesse público.

Dessa forma, acredita-se que não prevaleceu o interesse privado em detrimento do público e nem foi violado o princípio da indisponibilidade no caso sob exame, pois, como visto, esse último preceito não pode impedir trocas bilaterais quando assim for desejável ao interesse público primário, que teria sido materializado com o termo de autocomposição.

Contudo, apesar de entender-se que houve a superação desses problemas doutrinários no caso concreto, não há elementos, na IN nº 91, que indiquem uma

solução, no âmbito geral de sua aplicação, para as questões do princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Acerca do tópico **(ii)**, não obstante existam fatores aptos a promover segurança na perspectiva do direito administrativo do medo, isto é, o menor receio de responsabilização pessoal dos gestores por decisões tomadas em acordos administrativos (neste recorte), compreende-se que esse aspecto não foi resolvido pela IN nº 91/2022.

Se aprovado o pacto pelo TCU, consagra-se a validade do negócio, pois a análise pela Corte da legalidade e da motivação materializa as orientações gerais da época, ao tempo da decisão e de acordo com o caso concreto, conforme o art. 24 da LINDB. Dessa forma, o acordo e as partes estariam resguardados do controle posterior.

Estimular-se-ia, assim, o gestor a procurar por soluções mais inovadoras consensualmente, sem o receio de sofrer responsabilização pessoal pela criatividade adotada em casos que a requerem para a satisfação do interesse público.

Nessa linha, o termo de autocomposição analisado previu duas cláusulas importantes, quais sejam, o arquivamento de processos no TCU cujos objetos sejam tratados no acordo e a não responsabilização dos agentes públicos e da cadeia de governança dos signatários pelas decisões tomadas no âmbito dos procedimentos negociais. Esses dispositivos reafirmam a segurança jurídica no processo de tomada de decisão administrativa acordada. Contudo, não há indícios de que essas disposições necessariamente estarão presentes em todos os acordos homologados pelo Tribunal, pois não há previsão nesse sentido na IN nº 91.

Ademais, mesmo que se busque a solução consensual perante o TCU, o juízo homologatório da Corte vem acompanhado de um poder de “veto” na hipótese de o Poder Público não acatar as sugestões do Plenário (art. 11, § 2º, IN nº 91/2022). Assim, caso o regulador-decisor não adote as recomendações do Tribunal e depois promova, dentro de sua própria esfera, o acordo proposto, correrá alto risco de responsabilização, considerando que a Corte já haveria sinalizado óbice quando da determinação de arquivamento da SSC.

Por outro lado, caso o gestor não adote as recomendações do TCU e tampouco promova o acordo à sua conta, cogita-se a resolução do problema mediante processo administrativo tradicional, cujo resultado não necessariamente será o mais eficiente,

mas talvez o mais seguro do ponto de vista da responsabilização. Alternativamente, poderá ser constatado um imobilismo decisório.

Dessa maneira, apesar de o controle concomitante ao ato controlado conferir estabilidade jurídica ao acordo, o que é positivo em termos de responsabilização pessoal dos agentes envolvidos, há dispositivo na IN (art. 11, § 2º) que tem potencial de promover o contrário.

Por essas razões, considerando o curto período de vigência da IN nº 91/2022, o baixo número de casos em que foi aplicada e a estrutura institucional recente da SecexConsenso, não haveria evidência de que os elementos da instrução normativa convergem em uma solução real para os problemas descritos na literatura acima referenciada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Dia 4/9 - Simpósio Repensando o Direito Regulatório: o que elas propõem?** - Juliana Bonacorsi de Palma. YouTube, 4 set. 2023. 1 vídeo (158min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=UCgXJ8v2Czc>. Acesso em: 26 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

BRAGANÇA, Fernanda.; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Meios adequados de solução de conflitos em contratos de obras e serviços de engenharia. *In*: BRAGANÇA, Fernanda; CHAVES, Maria Paula; AGUIAR, Maria Paula; DE SOUZA, Wladimir Kumpel (org.). **Solução de conflitos e sociedade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. p. 402-412.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2023. **Notícias** – TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/consensuais/%2520%2520/DTR-ELEVANCIA%2520desc/11>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 140, de 21 de agosto de 2023. Recomenda e regulamenta a adoção de métodos de resolução consensual de conflitos pela Administração Pública dos órgãos do Poder Judiciário em controvérsias oriundas de contratos administrativos. **Diário de Justiça eletrônico CNJ**: Brasília, DF, n. 194, p. 2, 23 ago. 2023.

BRASIL. Decreto nº 6.514/2008, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo

federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 23 jul. 2008.

BRASIL. Decreto nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 11.122/2022, de 6 de julho de 2022. Dispõe sobre a qualificação de empreendimento público federal do setor rodoviário no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 127, p. 1, 7 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14427, 18 jul. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16037, 9 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16509, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10649, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Suplemento, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990.

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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 9449, 17 jul. 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da

Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 15033, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14704, 11 jul. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19941, 10 set. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 fev. 1999.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 6 jun. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 16 mar. 2004.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**: extra, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 ago. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 27 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 6 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro),

disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018.

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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 121, p. 1, 26 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 14.057, de 11 de setembro de 2020. Disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública e dispõe sobre a destinação dos recursos deles oriundos para o combate à Covid-19, durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**: edição extra D, seção 1, Brasília, DF, n. 58-D, p. 1, 26 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: edição extra F, seção 1, Brasília, DF, n. 61-F, p. 2, 1 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021. Estabelece a Lei das Ferrovias; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.636, de 15 de maio de 1998, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.257, de 10 de julho de 2001, 10.636, de 30 de dezembro de 2002, 12.815, de 5 de junho de 2013, 12.379, de 6 de janeiro de 2011, e 13.448, de 5 de junho de 2017; e revoga a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973. **Diário Oficial da União**: edição extra C, seção 1, Brasília, DF, n. 241-C, p. 32, 23 dez. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética. Resolução nº 4, de 9 de setembro de 2021. Determina a realização de Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade, de que trata a Medida Provisória nº 1.055, de 28 de junho de 2021. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 175, p. 211, 15 set. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria Normativa nº 24/GM/MME, de 17 de setembro de 2021. Estabelece as Diretrizes para realização de Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade, na forma de energia de reserva, denominado Procedimento Competitivo Simplificado de 2021. **Diário Oficial da União**: edição extra B, Seção 1, Brasília, DF, n. 177-B, p. 3, 17 set. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria Normativa nº 55/GM/MME, de 19 de dezembro de 2022. Estabelece as diretrizes e condições para a resolução amigável

dos Contratos de Energia de Reserva firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 238, p. 202, 20 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1130. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 7 de junho de 2023. Ata nº 23/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 105, Brasília, DF, 16 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1797. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 30 de agosto de 2023. Ata nº 36/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 164, Brasília, DF, 11 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2139. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 28 de setembro de 2022. Ata nº 37/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 188, Brasília, 6 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2508. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 6 de dezembro de 2023. Ata nº 50/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 226, Brasília, 15 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 10, de 22 de novembro de 1995. Dispõe sobre a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 nov. 1995.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 27, de 2 de dezembro de 1998. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 7 dez. 1998.

BRASIL. Instrução Normativa TCU nº 46, de 25 de agosto de 2004. Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles. **Revista do TCU**: n. 104, Brasília, DF, 1 abr. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 52, de 4 de julho de 2007. Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 6 jul. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 27, de 2 de dezembro de 1998. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 7 dez. 1998.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 81, de 20 de junho de 2018. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Instrução

Normativa TCU nº 81/2018. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 119, Brasília, DF, 26 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 91, de 22 de dezembro de 2022. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Instrução Normativa TCU nº 91/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações: n. 239, Brasília, DF, 23 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 92, de 25 de janeiro de 2023. Altera a Instrução Normativa TCU nº 91/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações: n. 19, Brasília, DF, 1 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 195, de 23 de dezembro de 2022. Designa os membros das Comissão Temporária de Acompanhamento dos Procedimentos de Solução Consensual. Portaria TCU nº 195/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 241, Brasília, DF, 26 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria SECEXCONSENSO nº 1, de 12 de abril de 2023. Dispõe acerca da estrutura, das competências e diretrizes de atuação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos. Portaria SECEXCONSENSO nº 1/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 69, Brasília, DF, 13 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria SEGECEX nº 4, de 9 de fevereiro de 2023. Dispõe sobre as competências, a estrutura e a alocação de funções de confiança da Secretaria-Geral de Controle Externo. Portaria SEGECEX nº 4/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Especial: n. 5, Brasília, DF, 10 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria SEGECEX nº 17, de 22 de maio de 2023. Designa membros da Comissão de Solução Consensual relativa ao TC Processo 006.253/2023-7. Portaria SEGECEX nº 17/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 96, Brasília, DF, 24 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 347, de 12 de dezembro de 2022. Define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades da Secretaria do Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 347/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Especial: n. 31, Brasília, DF, 26 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 356, de 3 de maio de 2023. Altera os Anexos da Resolução-TCU nº 347, de 12 de dezembro de 2022, que define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades de Secretaria do Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 356/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Especial: n. 17, Brasília, DF, 11 mai. 2023.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 189-216, 2017.

CARNAES, Mariana. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022, 286 p.

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, p. 261-280, 2020.

DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023, 186 p.

DE OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, 2009.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book* (1096 p.).

Energia elétrica – Garantia física. Empresa de pesquisa energética (EPE), 2023. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/areas-de-atuacao/energia-eletrica/garantia-fisica>. Acesso em: 7 out. 2023.

Geração distribuída – Despacho centralizado: entenda como o ONS coordena a geração das usinas. **Blog Esfera**, 2023. Disponível em: <https://blog.esferaenergia.com.br/geracao-distribuida/despacho-centralizado>. Acesso em: 7 out. 2023.

GABRIEL, Yasser. Apagão da inovação pública? Levantamento do TCU sugere existência de ‘apagão das canetas’. **Jota**, 17 ago. 2022.

GALTER, Rodrigo. Glossário – Inflexibilidade. **MEGAWHAT**, 2023. Disponível em: <https://megawhat.energy/verbetes/344/inflexibilidade>. Acesso em: 7 out. 2023.

GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Sérgio.; PALMA Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Cezar Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, [s. l.] n. 71, 31 jan. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. 510 p.

MANTEGA, Guido. O programa de privatizações brasileiro e a sua repercussão na dinâmica econômica. *In*: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório de Pesquisa nº 53/2021 EAESP/FGV/NPP**, 2001.

MARQUES, M. P. New Role of the Brazilian Federal Court of Accounts in the Adequate Resolution of Disputes. *Alternative Energy & Power 2023, Brazil, Trends and Developments*, **Chambers and Partners**, 20 jul. 2023.

MOUTON, Jean. **Negociação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book* (176 p.).

MT PARTICIPAÇÕES E PROJETOS. MTPAR, 2023. **Relatório de Gestão e Balanço Anual – Relatório e Balanço Anual 2022**. Disponível em: <https://www.mtpar.mt.gov.br/relatorio-de-gestao-e-balanco-anual>. Acesso em: 20 set. 2023.

NICOLAU, Rafael Machado Viviani. A análise do modelo de mediação e conciliação proposto pelo CPC/2015 à luz do conceito de conflitos como propriedade. **Revista da Faculdade de Direito** - Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 113, p. 811-825, dez. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book*. (883) p.

NÚCLEO DE DIREITO SETORIAL E REGULATÓRIO – UNB. **Experiência jurídica das concessões de rodovias** - Silvia Machado Leão. YouTube, 23 jun. 2023. 1 vídeo (93min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mWisS6wzxA>. Acesso em: 18 set. 2023.

PACHECO, R. S. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro v. 40, n. 4, p. 523-543, jul. 2006.

PALMA, J. B. O TCU e sua consensualidade controladora: método adequado de solução de conflitos ou expansão de competências controladoras? **Jota**, 28 jun. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. 325 p.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** 2019. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. Solicitação de Solução Consensual: como vai funcionar na prática? Novo procedimento do TCU gera expectativas e dúvidas. **Jota**, 8 mar. 2023.

RAMOS, Carlos Henrique. O novo CPC, mediação e a administração pública. *In*: DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e arbitragem na administração pública**. Curitiba: CRV, 2018.

RIBEIRO, Adilson Pires; CAMPOS, Ellen Prim; GIGLIONE, Edite Zanela Maia. Direito administrativo do medo e contemporaneidade: casuística disfuncional nas ações de controle versus eficiência na gestão pública. **Economia do Conhecimento e Contemporaneidade em Pesquisa**, vol. 1. p. 62-78, 2023.

SANTOS, Helena Maria Lopes dos. *et al.* Direito administrativo do medo: fator de influência na inovação da administração pública? **Gestão Contemporânea**, v. 12, n. 1, p. 88-112, 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 400 p.

SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado, **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 335 p.

SILVA, Nathane Fernandes da. O consenso no dissenso: comentários à inclusão da mediação e da conciliação no CPC/2015, **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 24, n. 132, p. 143-172, fev./abr. 2022.

SPENGLER, Fabina Marion. WRASSE, Helena Pacheco. As possibilidades de autocomposição regulamentadas pela Lei nº 13.140/2015 em conflitos da administração pública federal, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 35, p.180-199, jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. TRISTÃO, C. Fugindo da armadilha do controle público médio. **Blog do Centro de Debates de Políticas Públicas**, 4 jul. 2022.

TONIN, Mauricio Moares. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019. 336 p.

ZYMLER, Benjamin. O controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Coluna Jurídica da Administração Pública**, Informativo JML: Contratações Públicas. ed. 55, 2019.

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA RECONHECIDA COM
MENÇÃO HONROSA

CATEGORIA
SOCIEDADE CIVIL

A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NA IMPLANTAÇÃO
DOS MEIOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS QUE
ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
PANORAMA ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS

da autora

AMANDA CAROLINA SANTOS PESSOA



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



**A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NA IMPLANTAÇÃO DOS MEIOS
CONSENSUAIS DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: PANORAMA ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS**

Monografia submetida ao Prêmio
Guilherme Palmeira.

RIO DE JANEIRO

2024

RESUMO

A ineficiência do Poder Judiciário e a elevada litigiosidade da Fazenda Pública são desafios centrais no contexto jurídico brasileiro, razão pela qual diversos estudos buscam soluções para esse problema, explorando tanto aspectos de direito material quanto de direito processual. Torna-se relevante, nesse cenário, como propõe este estudo, uma análise da atuação das instituições na implementação dos métodos consensuais de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Para tanto, são abordados alguns princípios constitucionais, processuais e administrativos considerados importantes nesse contexto, como o acesso à justiça, a celeridade, a duração razoável do processo, a cooperação, a legalidade administrativa, a publicidade e a eficiência. Além disso, o sistema multiportas é estudado com base no tratamento legislativo dado a situações que envolvem contratos administrativos e a participação do Poder Público nos meios consensuais de resolução de conflitos. A partir disso, a análise da atuação institucional que se pretende realizar é feita com base na estrutura do próprio Poder Executivo, ao se abordar a iniciativa da Advocacia-Geral da União (AGU) e a utilização desses meios pelas agências reguladoras, assim como se observa das medidas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e pela participação do Ministério Público (MP), concluindo-se por um significativo avanço normativo e institucional.

Palavras-chave: Administração Pública; conflitos; solução consensual; implantação; instituições.

ABSTRACT

The inefficiency of the Judiciary and the high litigation involving the Public Treasury are central challenges in the Brazilian legal context, which is why various studies seek solutions to this problem, exploring both aspects of substantive and procedural law. It becomes relevant, in this scenario, as proposed by this study, to analyze the performance of institutions in implementing consensual methods of conflict resolution involving the Public Administration. To this end, some constitutional, procedural, and administrative principles considered important in this context are addressed, such as access to justice, expeditiousness, reasonable duration of the process, cooperation, administrative legality, publicity, and efficiency. Additionally, the multi-door system is studied based on the legislative treatment given to situations involving administrative contracts and the participation of the Public Power in consensual means of conflict resolution. From this, the analysis of institutional performance intended to be carried out is based on the structure of the Executive Branch itself, addressing the initiative of the Attorney General's Office (AGU) and the use of these means by regulatory agencies, as well as the measures established by the National Council of Justice (CNJ), the Federal Court of Accounts (TCU), and the participation of the Public Prosecutor's Office (MP), concluding with a significant normative and institutional advancement.

Keywords: Public Administration; conflicts; consensual solution; implementation; institutions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CARF – Conselho de Administração de Recursos Fiscais

CCAF – Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal

CDRJ – Companhia Docas do Rio de Janeiro

CEJUSCS – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

CF – Constituição Federal

CLCs – Câmaras Locais de Conciliação

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

FEDERASSANTAS – Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos de Minas Gerais

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

MDH – Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania

MME – Ministério de Minas e Energia

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

MPT – Ministério Público do Trabalho

NUPEMEC – Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

SecexConsenso – Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos

SPA – Autoridade Portuária de Santos S.A.

SSC – Solicitação de Solução Consensual

TCs – Tribunais de Contas

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 BASES CONSTITUCIONAIS, PROCESSUAIS E ADMINISTRATIVAS	9
2.1 O ACESSO À JUSTIÇA: UMA BREVE PERSPECTIVA A PARTIR DA TEORIA DE MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH	9
2.2 A CELERIDADE, A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL	10
2.3 A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	12
2.4 A PUBLICIDADE INERENTE À ATIVIDADE PÚBLICA	13
2.5 A EFICIÊNCIA E SUAS REPERCUSSÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS	14
3 MEIOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS E PREMISSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO	16
3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O SISTEMA MULTIPORTAS	16
3.2 AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO	19
3.2.1 Panorama legislativo	19
3.2.2 Disposições comuns sobre a autocomposição administrativa	20
3.2.3 Mediação	22
3.2.3.1 <i>Cabimento e alcance da mediação nas contratações administrativas</i>	22
3.2.3.2 <i>A confidencialidade na mediação: o sigilo como regra extensível à Administração Pública</i>	23
3.2.4 Transação por adesão	24
3.2.5 Composição extrajudicial de conflitos entre órgãos ou entidades de direito público	26
3.3 HETEROCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DE ARBITRAGEM	27
3.3.1 Panorama legislativo	27
3.3.2 Pressupostos	28
3.3.2.1 <i>Arbitrabilidade subjetiva: capacidade de contratar</i>	28
3.3.2.2 <i>Arbitrabilidade objetiva: direitos patrimoniais disponíveis</i>	29
3.3.3 Outras questões procedimentais inerentes à Administração Pública	30
3.3.3.1 <i>Arbitragem de direito</i>	30
3.3.3.2 <i>A confidencialidade na arbitragem: publicidade como regra à Administração Pública</i>	31
3.3.3.3 <i>Convenção de arbitragem: a não obrigatoriedade de cláusula compromissória e a possível celebração de compromisso arbitral pela Administração Pública</i>	32
3.3.3.4 <i>Arbitragem ad hoc ou institucional?</i>	33
3.3.3.5 <i>A escolha dos árbitros</i>	34

4 A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NA IMPLANTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:	
PANORAMA ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS	36
4.1 ASPECTOS QUANTITATIVOS E ECONÔMICOS	36
4.2 A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NA IMPLANTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS EM CONFLITOS DECORRENTES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	38
4.2.1 A atuação protagonista da Administração Pública	38
4.2.1.1 <i>Advocacia-Geral da União (AGU)</i>	38
4.2.1.2 <i>A importância das agências reguladoras</i>	40
4.2.1.3 <i>O cenário nos demais entes federativos</i>	42
4.2.2 Conselho Nacional de Justiça (CNJ)	43
4.2.2.1 <i>Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses</i>	44
4.2.2.2 <i>Cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem</i>	46
4.2.3 Tribunal de Contas da União (TCU)	46
4.2.4 O papel do Ministério Público (MP)	49
4.3 PANORAMA ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

É uma tarefa árdua contextualizar o tema proposto sem mencionar a ineficiência e a morosidade do Poder Judiciário, sobre as quais muito se discute, ou sem considerar a alta litigiosidade da Fazenda Pública, que ocupa o painel de grandes litigantes como um dos principais, se não o maior, e contribui significativamente com a lentidão instalada na jurisdição estatal.

Com as atenções voltadas ao problema e, considerada a amplitude do ordenamento jurídico brasileiro, existem estudos com diversos enfoques sobre como solucioná-lo, entre alternativas tanto de direito material quanto de direito processual.

A partir disso é que surge, na busca constante por uma forma de minimizar os danos causados pelo colapso do sistema judiciário, a necessidade de se analisar atuação das instituições na implantação dos meios consensuais de conflitos em que figura como parte a Administração Pública.

São necessárias, portanto, em um primeiro momento, algumas considerações com base nas premissas constitucionais, processuais e administrativas que contornam o tema, merecendo destaque princípios relevantes como o acesso à justiça, a celeridade, a duração razoável do processo e a cooperação, assim como a legalidade administrativa, a publicidade inerente à atividade pública e a eficiência e suas repercussões econômico-financeiras.

Indo além, numa segunda parte, o sistema multiportas é inicialmente estudado de uma forma ampla e, posteriormente, sob a perspectiva do tratamento legislativo conferido às situações específicas que envolvem contratos administrativos e a respectiva participação do Poder Público. Nessa linha, são apresentados os meios consensuais de resolução de conflitos a partir da autocomposição, com foco na mediação, e a partir da heterocomposição por meio da arbitragem.

Caminhando para uma abordagem mais conclusiva sobre o panorama atual e perspectivas futuras da implantação dos meios consensuais em conflitos da Administração Pública, busca-se uma análise mais detalhada sobre a atuação das instituições envolvidas, considerando, para tanto, fundamentais as iniciativas do próprio Poder Executivo, por meio da Advocacia-Geral da União (AGU) e das agências reguladoras, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal de Contas da União (TCU), sendo igualmente importante o papel do Ministério Público em todos os cenários.

2 BASES CONSTITUCIONAIS, PROCESSUAIS E ADMINISTRATIVAS

2.1 O acesso à justiça: uma breve perspectiva a partir da teoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

Para refletir sobre o tema proposto, são necessárias algumas considerações prévias sobre acesso à justiça. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF) garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mandamento reproduzido pelo art. 3º do Código de Processo Civil (CPC), com expressão idêntica ao fixar que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, observada a inovação do termo “apreciação jurisdicional”.

Lições concentradas na ideia de acesso à justiça se difundiram especialmente a partir da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8), cuja ideia central é ampla e abrange não apenas o acesso físico aos tribunais, mas também o acesso substancial à resolução de disputas de maneira justa e eficaz. Decorrem dessa teoria **duas premissas** básicas: (i) o sistema deve ser igualmente acessível a todos; e (ii) o sistema deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Ambos, quando alcançados, configurariam um **acesso efetivo**. Todavia, é consenso que existe há muito tempo um grave problema de acesso à justiça. Essa abordagem teórica aponta as soluções práticas pertinentes, fracionadas em três ondas:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “*enfoque de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (Cappelletti; Garth, 1988, p. 31).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 75), dentro dessa terceira onda, que busca um enfoque mais amplo de acesso à justiça, apontam como tendências a reforma dos procedimentos judiciais em geral, os métodos adequados para decidir causas judiciais e a criação de instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular importância social.

No contexto brasileiro, José E. Carreira Alvim (2006, p. 178) identifica como obstáculo ao acesso à justiça brasileira a estrutura judiciária, a morosidade dos procedimentos e o uso indiscriminado de recursos, aconselhando a busca de novos rumos a partir dessa terceira onda, entendendo que, “de todas, é a que melhores condições oferece de superar os obstáculos a uma justiça rápida e eficaz”.

É com base nisso que este trabalho considera a utilização dos meios consensuais de conflitos, sobretudo naqueles em que a Administração Pública figura como parte, um fator essencial na busca por um acesso à justiça efetivo, embora ainda distante para a realidade atual.

2.2 A celeridade, a duração razoável do processo e a cooperação no direito processual

O art. 5º, LXXVIII, da CF prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, ao passo que o art. 4º do CPC dispõe que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Daí decorrem os princípios da celeridade e da duração razoável do processo que, como explicam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2021, p. 129), não são sinônimos e não indicam qualquer “direito à celeridade do processo”.

Na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior (2023, p. 68) se refere aos dois princípios como cláusulas gerais distintas – a razoabilidade do prazo de duração do processo e a celeridade da marcha processual –, observando que não se trata de um direito à celeridade “a qualquer custo, mas a uma duração que seja contida no espaço de tempo necessário” para propiciar uma resolução adequadamente justa. Destaca, ainda, que não se pode prever prazos determinados para a satisfação da tutela jurisdicional, pois as peculiaridades de cada procedimento levam a um curso de tempo diferenciado:

A consequência é não ser possível, de antemão, predeterminar qual seja a duração razoável de todos os processos. Também a celeridade processual não é algo que se possa predeterminar por meio de um ritmo único e preciso. Influem na duração razoável fatores vários como a natureza e a complexidade da causa, o comportamento das partes e das autoridades judiciárias e a necessidade de respeitar prazos para atos necessários à efetivação do contraditório e ampla defesa (Theodoro Júnior, 2023, p. 68).

A ideia por trás do princípio da celeridade é refletir a necessidade de que os processos legais sejam tratados com rapidez e eficiência, dentro do esperado pelo ritmo processual cabível, sendo importante para garantir que as partes envolvidas em um processo alcancem uma resolução justa de suas disputas e dentro de um prazo razoável, configurando-se como essencial para a garantia do acesso à justiça.

O princípio da duração razoável do processo, por vez, busca garantir que os litigantes não sejam prejudicados por atrasos injustificados no sistema judicial. Demoras excessivas podem levar a injustiças, perda de evidências relevantes, desgaste emocional e financeiro das partes envolvidas, entre outros prejuízos. E é justamente com esse fim que a legislação estabelece medidas como prazos processuais, regras de gestão de casos, mecanismos de resolução adequada de disputas e ações para evitar atrasos desnecessários.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2021, p.130) sintetizam que a duração razoável do processo encontra fundamento em três aspectos: a) tutela jurisdicional tempestiva; b) prazos adequados para a prática de atos processuais; c) ausência de dilações indevidas que podem tornar a marcha processual mais lenta.

Com o objetivo de favorecer tanto a celeridade quanto a duração razoável do processo, o art. 6º do CPC estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, consagrando a cooperação como outro princípio essencial do devido processo legal, que se refere à colaboração entre as partes envolvidas na busca de uma resolução justa e eficiente.

Pela explicação de Luiz Fux (2022, p. 54), a cooperação figura como um

dever abstrato imposto aos sujeitos do processo, e não só às partes, de atuar de forma integrada, conforme a boa-fé processual, a fim de que se tenha um provimento mais efetivo.

Isso inclui compartilhamento de informações relevantes, cumprimento de prazos e procedimentos estabelecidos e a busca e incentivo por soluções adequadas para resolver disputas, quando apropriado, condutas importantes para evitar ou reduzir conflitos e promover uma cultura de respeito mútuo entre as partes envolvidas.

Portanto, a adoção dos meios adequados de resolução de conflitos favorece, sem dúvida, tanto a celeridade quanto a duração razoável do processo e a cooperação, sobretudo nas demandas que envolvem a Administração Pública.

2.3 A legalidade administrativa

O princípio da legalidade administrativa é um dos pilares fundamentais do direito administrativo e decorre essencialmente do texto constitucional, ao dispor, no art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e, também no art. 37, *caput*, que

a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Trata-se de uma premissa básica presente em um contexto democrático que, de um lado, garante a autonomia da vontade que prevalece nas relações particulares e, por outra perspectiva, restringe a atividade administrativa ao que é legalmente permitido. Assim explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 89), ao ensinar que “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”.

Em decorrência disso, esse princípio implica que a Administração Pública só pode agir dentro dos limites estabelecidos pela lei e que sua atuação deve ser pautada nos procedimentos e formalidades previstos pelas normas e regras jurídicas vigentes, e não pode, como entende Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2023, p. 81), “por simples atos administrativos, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”.

Importante destacar, ainda, que a legalidade não significa necessariamente que cada aspecto da atividade administrativa precise ter uma previsão legislativa específica, ou seja, nas palavras de Marçal Justen Filho (2023, p. 84), esse princípio “não significa a exigência de disciplina legal literal, expressa e exaustiva, sobre a conduta a ser adotada pelos agentes administrativos”, pois

a disciplina jurídica é produzida pelo **conjunto** das normas jurídicas, o que demanda compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico disciplina as condutas de agentes públicos e de sujeitos privados.

Muitas vezes, a legalidade é assegurada por meio de princípios e regras constitucionais ou pelo conjunto de normas e regulamentos infraconstitucionais. Assim, a legalidade se manifesta por meio de um conjunto de previsões normativas que abrangem diferentes níveis hierárquicos do ordenamento jurídico.

Importante observação faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1057) ao explicar que o princípio da legalidade, atualmente, **em sentido estrito**, se refere às matérias que a CF exige ato legislativo propriamente dito, e **em sentido amplo**, “abrange a submissão, não só à lei, mas aos atos normativos do Poder Executivo (regulamentos) e da própria Administração Pública (resoluções, portarias, instruções, deliberações, dentre outros)”.

Além disso, a própria legislação pode delegar certa margem de discricionariedade à Administração Pública para regulamentar determinadas áreas, desde que respeitados os princípios constitucionais e os limites pré-estabelecidos.

Como se verá, a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos nas demandas que envolvem a Administração Pública é expressamente permitida por lei e acolhida por diversas normas jurídicas que regulam a matéria e permitem a sua implantação.

2.4 A publicidade inerente à atividade pública

A publicidade, igualmente explícita no art. 37 da CF como um dos princípios administrativos, busca garantir a transparência e a acessibilidade das informações relacionadas às atividades públicas. Na análise conceitual de José dos Santos Carvalho Filho (2022, p. 21), esse princípio

indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos.

Daí decorrem as importantes finalidades da publicidade inerente à atividade pública, pois, através dela é possível: conferir **transparência** aos atos praticados pela Administração Pública; facilitar o **controle** dos atos administrativos pelos órgãos de fiscalização, como o Poder Legislativo e os órgãos de controle externo, bem como pela própria sociedade civil; reforçar a **legitimidade** dos atos administrativos,

evitando arbitrariedades e favorecimentos indevidos; e favorecer a **participação democrática** na gestão pública.

No entanto, na ressalva feita por Dirley da Cunha Júnior (2023, p. 967), é importante ressaltar que não se trata de um princípio absoluto e, portanto, existem limitações à publicidade, como informações relacionadas à segurança nacional, segredo de justiça, privacidade de indivíduos, entre outros casos específicos previstos em lei (art. 5º, X e XXXIII, CF).

Essas exceções são igualmente necessárias para proteger interesses legítimos e garantir o bom funcionamento do Estado. Todavia, como observa Alexandre de Moraes (2022, p. 399),

a regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade; sendo, entretanto, vedadas as restrições genéricas e abusivas à garantia constitucional de acesso à informação.

Sendo assim, a publicidade inerente à atividade pública é um fator importante a ser considerado no contexto da utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos nas demandas que envolvem a Administração Pública, pois antes de expressamente inserida na Lei de Arbitragem (art. 2º, §3º), por exemplo, suscitava discussões a respeito de sua utilização, onde a regra geral que se apresenta é a confidencialidade. A publicidade é igualmente importante também no curso da mediação, onde, ao contrário, o sigilo é a medida que se impõe pela Lei de Mediação (art. 30) e abrange, inclusive, aquela que envolve o Poder Público.

2.5 A eficiência e suas repercussões econômico-financeiras

O princípio da eficiência possui raiz constitucional e também está previsto no art. 37 da CF, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o primeiro e o último aqui já brevemente estudados dada a sua relevância para o escopo deste trabalho.

De acordo com a definição dada por Hely Lopes de Meirelles (2018, p. 103), o princípio da eficiência “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. E, ao lembrar de que se trata do mais moderno princípio administrativo, pois inserido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, explica que a função administrativa “já não se contenta em ser desempenhada

apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

Entretanto, nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2018, p. 934), a ideia por trás da eficiência tal como posta no texto constitucional não é condicionar a atividade administrativa à opção economicamente menos onerosa em todas as situações concretas, indistintamente. Pelo contrário, esse princípio deve ser compreendido em sua amplitude para “abarcando o dever de a administração pública avaliar os custos e benefícios econômicos, sociais, ambientais etc. de suas decisões”.

Com esse fim, o texto constitucional também estabelece, além do controle externo, um sistema de controle interno a ser mantido em conjunto pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelecendo que, entre suas finalidades, é preciso

comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, II, CF).

Nesse contexto, ao abordar a eficiência e suas repercussões econômico-financeiras, Marçal Justen Filho (2023, p. 75) explica que, “em termos simplistas, a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados”, assim, portanto, “veda-se o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas”.

A adoção dos meios consensuais de conflito, sem dúvida, trata-se de um caminho alternativo que certamente pode prestigiar o princípio da eficiência na Administração Pública, como também entende Rafael Oliveira (2023, p. 440), por exemplo, ao citar e apontar a arbitragem como “uma forma moderna de solução de conflitos que atende às exigências de eficiência administrativa (princípio da eficiência), notadamente pela velocidade e tecnicidade da decisão”.

3 MEIOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS E PREMISSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1 Noções introdutórias sobre o sistema multiportas

Como ensina Luiz Fux (2022, p. 41), o sistema multiportas é um modelo de resolução de disputas que busca oferecer uma variedade de opções, além do tradicional litígio judicial, para a solução de conflitos. O modelo desenvolvido, agora estampado no *caput* e parágrafos do art. 3º do CPC, se apresenta como um outro caminho além do sistema de justiça convencional, visando proporcionar maior flexibilidade e adaptabilidade às necessidades das partes envolvidas em um conflito.

Assim, o conceito fundamental por trás do sistema multiportas é o reconhecimento de que diferentes tipos de disputas podem ser mais adequadamente resolvidos por diferentes mecanismos, tanto que o dispositivo legal traz a previsão mais ampla “apreciação jurisdicional”, fugindo sutilmente do “Poder Judiciário” constante no texto constitucional (art. 5º, XXXV, da CF). Assim, em vez de se concentrar exclusivamente na via judicial, o sistema multiportas oferece uma variedade de “portas” ou opções para as partes resolverem suas disputas de forma potencialmente mais eficaz e eficiente.

Essas “portas” podem ser melhor descritas se divididas em três amplos grupos, considerada a abordagem de Fredie Didier Jr. (2023, p. 222): a) autotutela, em que a solução dos conflitos é imposta por um dos conflitantes, pelas próprias ou por exercício arbitrário ou abuso de poder; b) autocomposição, quando as partes, entre si, buscam uma satisfação de um direito; e c) heterocomposição, em que um terceiro adjudica a solução a uma das partes.

A autotutela, via de regra, é meio vedado nos ordenamentos jurídicos civilizados, razão pela qual não será objeto de longas considerações neste trabalho, embora existam algumas raras permissões legais no próprio ordenamento brasileiro, exemplificados por Fredie Didier Jr. (2023, p. 225), ao citar a legítima defesa, o estado de necessidade, o direito de greve e o direito do Poder Público de executar os seus próprios atos.

Já a autocomposição inclui métodos como negociação, mediação e conciliação. A princípio, a autocomposição pode ocorrer a qualquer momento, tanto no âmbito administrativo quanto no curso de um processo judicial ou arbitral.

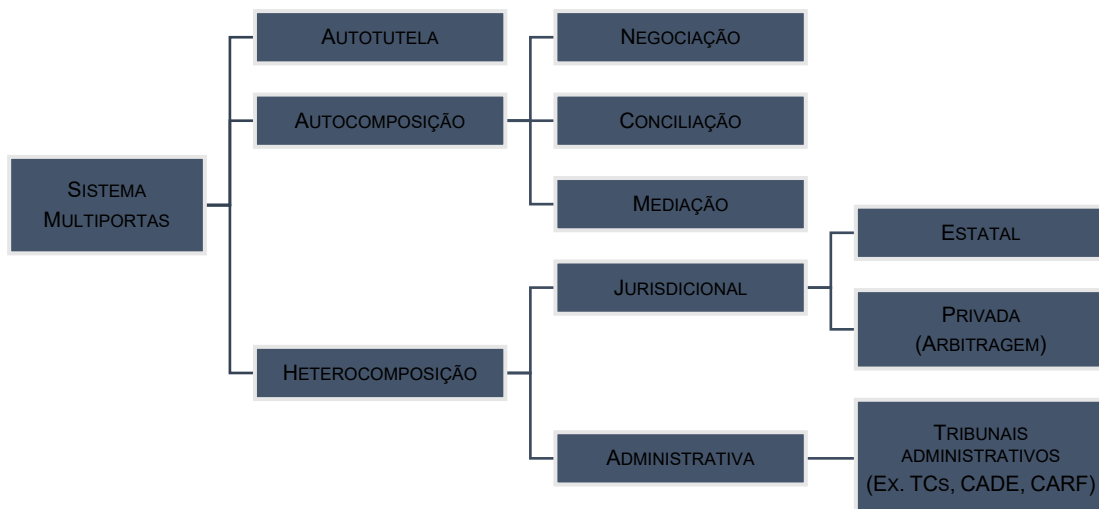
Por um lado, a negociação é uma opção onde as partes tentam chegar a um acordo diretamente entre si. Por outro lado, como diferenciam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2021, p.120), a conciliação e a mediação envolvem a participação de um terceiro imparcial que ajuda as partes a chegarem a um consenso. Enquanto no primeiro caso o conciliador participa de forma mais ativa na construção da solução do caso, na segunda hipótese o mediador tem uma atribuição mais discreta, atuando como mero facilitador do diálogo entre as partes.

Como outra hipótese, a heterocomposição pode se dar de forma jurisdicional, sendo estatal ou privada, por meio da arbitragem, ou administrativa, quando ocorre nos Tribunais administrativos. Sobre essa heterocomposição administrativa, Fredie Didier Jr. (2023, p. 231) sustenta que a decisão de conflito por tribunal administrativo é considerada **equivalente** jurisdicional pois,

embora se trate de solução por heterocomposição dada por um sujeito imparcial diante de uma situação concreta, faltam-se os atributos da aptidão para a coisa julgada material e da insuscetibilidade de controle externo, indefectíveis da atividade jurisdicional.

Dito isso, o meio de heterocomposição mais comum é a arbitragem, definida por Carlos Alberto Carmona (2023, p. 30) como meio adequado de solução de controvérsias segundo o qual um conflito relativo a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam transigir é dado a “uma ou mais pessoas [que] recebem poderes de uma convenção privada para decidir, com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.

Figura 1 – Panorama geral do sistema multiportas



Fonte: elaboração autoral.

Cada uma dessas opções possui suas próprias características e benefícios, podendo as partes escolher o método que melhor se adapte às suas necessidades específicas e à natureza do conflito em questão, respeitados os requisitos e procedimentos legalmente estabelecidos para cada uma delas.

A partir disso, é possível afirmar que o sistema multiportas tem várias vantagens. Em primeiro lugar, oferece às partes maior controle sobre o processo de resolução de disputas, permitindo-lhes, como dito, escolher o método que melhor se adapte às suas necessidades e interesses. Além disso, na maioria dos casos é mais rápido e menos dispendioso do que o litígio judicial tradicional, atendendo aos princípios da celeridade e da duração razoável do processo. Não bastasse, ainda pode promover a preservação dos relacionamentos entre as partes, uma vez que muitos desses métodos incentivam a comunicação e a colaboração, em conformidade com o princípio da cooperação.

Voltando brevemente às ponderações sobre acesso à justiça, Mauro Cappelletti (1994 p. 87) apresenta os meios consensuais de solução de conflitos como uma alternativa ao que denomina “obstáculo processual” ao acesso efetivo. E talvez daí surja um dos principais fundamentos do sistema multiportas: a promoção do acesso efetivo à justiça.

Há, porém, outro obstáculo, a que propus chamar processual. Por "obstáculo processual" entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal - o tradicional processo litigioso em Juízo - pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais (Cappelletti, 1994, p. 87).

Nesse contexto, ao observar a potencialidade e a evolução dos métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil, Vera Barros e Letícia Abdalla (2024, p. 4) afirmam que “representam um movimento universal que visa à garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, que garanta e prestigie os princípios e garantias constitucionais”.

Por isso, importante destacar que hoje existe previsão legal expressa relativa à adoção dos meios consensuais de conflitos no país, a começar pelo art. 3º do CPC: no §1º estabelece que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”; no §2º dispõe que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; e, no

§3º determina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Há, ainda, leis específicas que regulamentam a matéria, como a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) e a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação). A conciliação, observe-se, é comumente tratada pela legislação ao lado da mediação, se aplicando, portanto, as mesmas regras, mas é peça fundamental da política adotada pelo CNJ, regulamentada pela Resolução nº 125 de 9 de novembro de 2010, embora não possua lei própria, talvez pela menor complexidade do procedimento.

3.2 Autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público

3.2.1 Panorama legislativo

Ao tratar de aspectos gerais da autocomposição, mencionando os parágrafos do art. 3º do CPC, Fredie Didier Jr. (2023, p. 227) afirma que “até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negociada é estimulada”.

Com razão. Tanto que alterações e inovações legislativas têm refletido a crescente tendência de fomento à adoção desses meios que visam à construção de solução consensual na Administração Pública, como a Lei de Mediação, por exemplo, que dedica capítulo inteiro à “autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1059) explica que o termo **autocomposição** utilizado pela lei tem sentido genérico e, além de trazer disposições comuns sobre a autocomposição administrativa de conflitos (de que trata o art.32), abrange várias modalidades, como a mediação (referida no art. 33), a mediação coletiva de conflitos relacionados com a prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único), a transação por adesão (art. 35) e a composição extrajudicial de conflitos (arts. 36 e 37).

Cronologicamente, seguindo a ideia trazida pelo CPC e pela Lei de Mediação, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), a partir das alterações proporcionadas pela Lei nº 13.655, de 26 de abril de 2018, ditou a regra geral

permissiva de celebração de compromisso com interessados no âmbito do Poder Público, como se extrai da redação do art. 26 da LINDB. Flávio Tartuce (2023, p. 36) assim interpreta o dispositivo legal:

Como compromisso entenda-se um acordo em que as partes assumem deveres perante o Poder Público e que devem ser cumpridos posteriormente. [...] A norma emergente também estabelece que esse compromisso: a) buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; b) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; e c) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento (Tartuce, 2023, p. 36).

Na mesma linha consensual, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) também reserva capítulo próprio para falar “dos meios alternativos de resolução de controvérsias”, com disposições detalhadas nos arts. 151 a 154.

Ainda no contexto das contratações, também é possível apontar diversas previsões legislativas relacionadas ao tema, inclusive muito anteriores, como o art. 23, XV, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei Geral das Concessões) e o art. 11, III, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas). Todavia, como observam João Carlos Leal Júnior e Renata Penha (2022, p. 63)

embora a conciliação e a mediação já estivessem abrangidas na ideia desses ‘mecanismos privados’, não se dava a devida importância aos institutos nesse âmbito, tanto que sequer eram detalhados pelos diplomas, que exemplificavam tão somente a arbitragem.

Além disso, a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei Geral das Agências Reguladoras Federais), na primeira parte do §2º, art. 29, estabelece que

os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei de Mediação.

3.2.2 Disposições comuns sobre a autocomposição administrativa

O art. 32 da Lei de Mediação, replicando o art. 174 do CPC, substituindo apenas um ou outro termo, mas igualmente autorizando a atividade consensual envolvendo a

Fazenda Pública, diz que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver”, sobre o que comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1060) explicando que a “autocomposição de conflitos, no âmbito da Administração Pública, é feita em processo administrativo e, portanto, envolve matéria de competência legislativa de cada ente federativo”, razão pela qual critica a redação do dispositivo, sustentando “que deveria referir-se apenas à União”.

Essas câmaras têm competência para: a) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; b) 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; c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O dispositivo, em seu §1º, estabelece que o modo de composição e funcionamento das câmaras será estabelecido no regulamento de cada ente federado. E, no §2º, prevê que a submissão do conflito às câmaras é facultativa “e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado”. Havendo consenso, “o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial”, nos termos do §3º, regra importante que revela, como observam Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p.174), a intenção do legislador de “dar mais essa prerrogativa aos órgãos públicos, qual seja não ter que buscar, obrigatoriamente, a homologação judicial dos seus acordos”.

Além disso, sobre a competência das câmaras, por um lado, excluem-se “as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo”, de acordo com a determinação do §4º. Por outro lado, incluem-se, na linha do que descreve o §5º, os “conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”, inclusão considerada de grande importância por Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p. 174),

sobretudo para os contratos de longa duração, como em contratos de infraestrutura, uma vez que os indicadores econômicos tendem a variar, pressionados por fatores internos e externos, como a alta do dólar ou a saída de recursos financeiros.

3.2.3 Mediação

No Brasil, a promoção do uso da mediação em disputas envolvendo a Administração Pública tem sido fomentada tanto pela legislação quanto pelos órgãos encarregados de sua aplicação. A Lei de Mediação estabelece os fundamentos legais para a condução da mediação, tanto no contexto judicial quanto extrajudicial, buscando, entre outros objetivos, a diminuição do volume de litígios em tramitação no Poder Judiciário, especialmente aqueles que têm como partes entidades públicas.

O art. 33 da Lei de Mediação, reafirmando a facultatividade da instituição das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e reconhecendo a singularidade de cada ente federado, direciona a solução dos conflitos para o procedimento de mediação com base nas regras comuns da lei.

E o parágrafo único do mesmo artigo prevê a mediação coletiva de conflitos, como medida que busca resolver conflitos relacionados à prestação de serviços públicos e será instaurada, de ofício ou mediante provocação, pela Advocacia Pública da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1061) explica, porém, que “a lei não estabelece o procedimento a ser observado para esse fim, dependendo de regulamentação específica de cada um dos entes federados”.

3.2.3.1 *Cabimento e alcance da mediação nas contratações administrativas*

A Lei de Mediação não foi clara ao especificar em quais casos seria cabível a utilização da mediação pela Administração Pública, razão pela qual se extrai do disposto no art. 151, parágrafo único, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que o meio de resolução se aplica “às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

O legislador adotou o critério de jurisdição em razão da matéria, conforme estabelecido no art. 1º da Lei de Arbitragem, e aparentemente o estendeu a todos os demais métodos de resolução de conflitos. Embora essa disposição possa beneficiar

a arbitragem, sua interpretação literal poderia sugerir uma possível limitação ao alcance material de aplicação da mediação nos termos da Lei de Arbitragem.

Assim, deve-se privilegiar a especificidade da Lei de Mediação, que regula de maneira específica a mediação e atribui a ela a importante função de facilitar a resolução consensual de conflitos complexos, os quais vão além de questões puramente patrimoniais e de disponibilidade, mas que ainda assim devem ser resolvidos de forma consensual, com a intervenção de um terceiro imparcial e especializado.

Não faria sentido interpretar uma disposição ampliativa, como o art. 151 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, como uma restrição indireta a um mecanismo de tão amplo alcance prático como a mediação, sobretudo porque, como destaca Cesar Pereira (2023), considerado o contexto das contratações administrativas, “tudo o que for disciplinado pelo contrato firmado pela Administração Pública é patrimonial e disponível” e, além disso, qualquer disponibilidade considerada pelo cabimento da mediação se refere ao meio de resolução da disputa e não ao direito material.

3.2.3.2 A confidencialidade na mediação: o sigilo como regra extensível à Administração Pública

A Lei de Mediação, em seu art. 30, estipula que as informações obtidas durante a mediação devem ser mantidas em sigilo e utilizadas exclusivamente no contexto do processo de mediação. Regra que incide, inclusive, como explica José dos Santos Carvalho Filho (2023, p. 853), na mediação com a participação da Administração Pública.

O sigilo na mediação busca garantir tanto a confidencialidade interna (entre as partes e o mediador) quanto a externa (perante terceiros), fortalecendo a confiança no processo e encorajando as partes a buscarem uma solução negociada. A confidencialidade é fundamental para a mediação como um método distinto da arbitragem ou do processo judicial, pois permite que as partes discutam temas ou abordagens que talvez não discutissem com a mesma franqueza diante de um terceiro (juiz ou árbitro) que irá tomar uma decisão vinculativa para resolver o litígio.

As estratégias das partes na mediação diferem daquelas adotadas na arbitragem, o que demonstra a utilidade da mediação em mudar a postura das partes

em relação ao litígio e incentivá-las a contribuir de forma cooperativa para sua resolução.

Como observa Cesar Pereira (2023), não há exceções legais à confidencialidade quando a Administração Pública participa da mediação. Pelo contrário, os arts. 151 a 154 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos aplicam integralmente o regime da Lei de Mediação, incluindo a previsão de confidencialidade. Nota-se que o art. 152 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos se dirige claramente à arbitragem, afirmando que esse método sim está sujeito ao princípio da publicidade, reafirmando o que já está na Lei de Arbitragem, mas nada menciona sobre a mediação.

Com isso, a única forma de publicidade aceitável na mediação é a divulgação adiada de seu resultado, o que também chamam de publicidade diferida: ao final do procedimento, o acordo alcançado ou a informação sobre o término sem acordo podem se tornar públicos como parte da divulgação geral à qual a Administração Pública está sujeita, conforme o art. 37 da CF.

No entanto, o conteúdo das negociações entre as partes ou das reuniões individuais entre as partes e o mediador nunca pode ser tornada pública, nem mesmo de forma adiada. Essa divulgação comprometeria o propósito da mediação e a tornaria ineficaz como método de resolução de controvérsias, o que, por sua vez, violaria tanto a Lei de Mediação quanto a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que expressamente preveem a mediação em litígios envolvendo a Administração Pública.

3.2.4 Transação por adesão

De acordo com o art. 35 da Lei de Mediação, trata-se de medida a ser utilizada quando houver controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações com base em: i) autorização do Advogado-Geral da União, com fundamento na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou ii) parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. Assim, entendem Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p.177):

Pelo exame dos dispositivos, podemos aferir que na primeira hipótese há uma avaliação jurídica do caso. Trata-se de constatação técnica da inviabilidade ou da inviável procrastinação do feito diante de uma jurisprudência que já se pacificou. [...] Na segunda hipótese, temos uma situação eminentemente

política. Observe-se que o legislador não exige, aqui, nenhum outro requisito. É ato discricionário puro (Dalla; Mazzola, 2021, p. 177).

Ainda na perspectiva de Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p.178), parece haver uma “nítida correlação entre a transação por adesão prevista na Lei de Mediação e os mecanismos processuais que integram o microsistema de casos repetitivos delineado pelo Código de Processo Civil”. De fato, existe.

Os parágrafos do art. 35 dispõem sobre o procedimento a ser seguido. O §1º estabelece que os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1061) nota que “o dispositivo não diz a quem compete a resolução administrativa própria”, então “pode-se entender que ela cabe ao Advogado-Geral da União”.

Em seguida, o §2º requer que, ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa, que, por sua vez, conforme o §3º, terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

No §4º consta regra importante, pois a adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa. Ou seja, Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p.178) explicam que “se o particular se submete à proposta adesiva, por óbvio tem que desistir de qualquer outro procedimento, judicial ou não, sob pena de atentar contra o princípio do *non bis in idem*”.

Ainda sobre a renúncia, o §5º determina que se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

Quanto a isso, Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p.178) ressaltam que a transação por adesão “não gera, ainda que secundária ou indiretamente, renúncia, suspensão ou interrupção da prescrição” e, se ela “já tiver se operado, os particulares não poderão se beneficiar” do mecanismo, pois, de acordo com o §6º, a formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

3.2.5 Composição extrajudicial de conflitos entre órgãos ou entidades de direito público

O art. 36 da Lei de Mediação confere à Advocacia-Geral da União (AGU) a competência para a composição extrajudicial de conflitos entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal. Assim, nos termos do §1º, não havendo acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

A composição extrajudicial do conflito, porém, conforme o §3º do dispositivo, não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar. No mesmo sentido, determina o §4º que, nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do TCU, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

O art. 37 da Lei de Mediação, por sua vez, trata de conflitos entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, com órgãos ou entidades da Administração Pública federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1062), ao sintetizar que a lei previu duas soluções para a resolução de conflitos entre órgãos e entidades da própria Administração Pública, sendo (i) a constante no art. 32, pelas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, bem como (ii) a composição extrajudicial de conflito, conforme os arts. 36 e 37, mediante conciliação ou, em sua ausência, mediante decisão do Advogado-Geral da União, entende que a segunda forma é apenas subsidiária à primeira, aplicando-se apenas quando não forem criadas as câmaras do art. 32.

3.3 Heterocomposição na Administração Pública por meio de arbitragem

3.3.1 Panorama legislativo

Muito do histórico legislativo pertinente à autocomposição se aproveita à arbitragem, pois apesar de se diferenciar por se tratar de um meio heterocompositivo, sempre foi o meio consensual de resolução de conflitos de maior destaque.

Esse método, no Brasil, é regulamentado pela Lei de Arbitragem, mas obviamente encontra previsão também em diversas leis esparsas, sobretudo em disposições relativas às contratações públicas, pois, ao citar cada uma delas, como o art. 23, XV, da Lei Geral das Concessões e o art. 11, III, da Lei das Parcerias Público-Privadas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1049) afirma que “toda essa legislação é posterior à Lei de Arbitragem e provavelmente teve por objetivo suprir a sua omissão, no que diz respeito aos contratos administrativos”.

Dessa forma, para o que interessa a este trabalho, merecem destaque as disposições que tratam da utilização do procedimento pela Administração Pública, inseridas nos arts. 1º e 2º da Lei de Arbitragem, pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

Assim, como se extrai do texto legal vigente: i) a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º); ii) a autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações (art. 1º, §2º); e iii) arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade (art. 2º, §3º).

Além da legislação específica, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos também reserva capítulo próprio para falar “dos meios alternativos de resolução de controvérsias”, com disposições detalhadas nos arts. 151 a 154, como já visto anteriormente.

Essa lei estabelece, entre outras determinações, que: a) podem ser submetidas as controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (art. 151, parágrafo único); b) a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade (art. 152); c) os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias (art. 153); e que d) o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês

de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art. 154).

Além disso, a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais, na segunda parte do §2º, art. 29, prevê que “os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante [...] arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas”.

3.3.2 Pressupostos

A arbitrabilidade, que significa a possibilidade de um litígio ser submetido à arbitragem voluntária, depende de dois pressupostos, de acordo com a Lei de Arbitragem, que se subdividem da seguinte maneira: a) subjetiva: que se refere às pessoas que podem se submeter ao procedimento arbitral; e b) objetiva: que diz respeito às questões que podem ser decididas por meio desse método de resolução de conflitos.

3.3.2.1 *Arbitrabilidade subjetiva: capacidade de contratar*

Em relação à questão da arbitrabilidade subjetiva, José Antônio Fichtner *et al.* (2023, p. 369) explicam que se busca entender “quem” e “de que modo” um sujeito de direito pode se submeter à arbitragem. O art. 1º da Lei de Arbitragem inicialmente mencionava apenas indivíduos capazes, mas posteriormente foi acrescentado o §1º, que explicitamente estabelece a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta.

Com base nisso, não há qualquer dúvida de que podem recorrer à arbitragem como método de resolução de disputas tanto as entidades de direito público (entes federativos, autarquias e fundações estatais de direito público) quanto as entidades de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado).

Questão importante é levantada por Carlos Alberto Carmona (2023, p. 70): quem representa a Administração Pública direta? O §2º do art. 1º da Lei de Arbitragem determina que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta

para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

Indicando algumas inconsistências no texto legal sobre essa legitimidade, Carlos Alberto Carmona (2023, p. 70) conclui por ser válida

a convenção de arbitragem celebrada pelo servidor responsável para assinar o contrato no qual está inserta a cláusula compromissória ou para decidir a respeito da matéria objeto de compromisso

, ressalvando não existir impedimento para que a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios

editem lei específica – nas respectivas esferas de competência – que aponte a autoridade (ou o órgão) que deverá celebrar a convenção de arbitragem ou que deverá intervir, aprovar ou referendar o negócio jurídico processual em questão.

3.3.2.2 *Arbitrabilidade objetiva: direitos patrimoniais disponíveis*

No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, as disputas que podem ser submetidas à arbitragem devem envolver direitos que sejam passíveis de disposição e estejam relacionados a questões patrimoniais. No entanto, a definição do que constitui “direitos patrimoniais disponíveis” é altamente controversa, inclusive no âmbito normativo.

Sobre a discussão doutrinária, José Antônio Fichtner *et al.* (2023, p. 418) concluem que,

não obstante uma distinção ou outra, pode-se dizer que o entendimento majoritário é que a Lei de Arbitragem adotou, para fins de definir a arbitrabilidade objetiva, uma combinação entre o critério da livre disponibilidade e o critério da patrimonialidade.

Para o contexto da Administração Pública na arbitragem, Rafael Oliveira (2023, p. 441) explica que a definição da arbitrabilidade objetiva, em síntese, se trata de um tema intrinsecamente ligado aos contratos administrativos, já que o contrato é o meio pelo qual a Administração determina a melhor forma de atender ao interesse público. Em outras palavras, de maneira resumida, as questões que podem ser objeto de

contratação administrativa são, em princípio, passíveis de disposição e, portanto, podem ser submetidas à arbitragem.

3.3.3 Outras questões procedimentais inerentes à Administração Pública

3.3.3.1 *Arbitragem de direito*

A primeira parte do §3º do art. 2º, da Lei de Arbitragem determina que o procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública será sempre de direito. É a mesma regra disposta no art. 152 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Sobre isso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1057) identifica que “as normas têm fundamento no princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública direta e indireta, por força do art. 37, *caput*, da Constituição”.

Apesar disso, principalmente no contexto das arbitragens internacionais, é comum a utilização de critérios como costumes e equidade. Assim, por exemplo, reconhece o art. 2º, §2º da mesma lei ao permitir às partes “convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Nesse sentido, Rafael Oliveira (2023, p. 442) observa que,

nesse ponto, seria oportuno que a legislação mencionasse expressamente a possibilidade de aplicação dos usos, costumes, equidade e regras internacionais do comércio nas arbitragens internacionais envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta.

Essa hipótese, porém, poderia entrar em colisão com o princípio da legalidade administrativa.

Sob outra perspectiva, trazida por Carlos Alberto Carmona (2023, p. 95), o legislador não diz que deve ser aplicada a **lei brasileira**, mas sim que o julgamento deve sempre ser de **direito**. Isso significa dizer, conforme as impressões do autor, que a previsão de solução arbitral com a aplicação de **lei estrangeira** não afronta, necessariamente, o comando da lei de que seja de **direito**, sendo, portanto, admissível.

3.3.3.2 *A confidencialidade na arbitragem: publicidade como regra à Administração Pública*

A segunda parte do §3^a, do art. 2^o, da Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade. Assim reproduz o art. 152 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Havia discussão na doutrina sobre o tema, mas Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1057) entende que a modificação legislativa que inseriu expressamente a regra da publicidade “resolveu a questão do eventual conflito entre o sigilo que deve haver no julgamento arbitral e o princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição”.

Isso não impede, entretanto, como explica Rafael Oliveira (2023, p. 442), o sigilo em situações excepcionais, quando houver em risco a segurança da sociedade ou do Estado ou informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, conforme a proteção constitucional dada (art. 5^o, X e XXXIII, CF).

Hoje a doutrina é conclusiva no seguinte sentido:

No Brasil, o art. 2^o, § 3^o, da Lei de Arbitragem afirma, expressamente, que a arbitragem administrativa deve respeitar o princípio da publicidade. Essa publicidade arbitral brasileira é: i) como regra, de todo o processo arbitral e não apenas da sentença; ii) ativa (dever de revelar ao público atos e fatos administrativos) e passiva (dever de prestar informações requeridas pelo público); iii) complementada pela publicidade procedimental, ou seja, se a Administração ou câmara arbitral/árbitro negarem acesso às informações, o cidadão pode requisitá-las com base na Lei de Acesso à Informação (LAI) (Reimão, 2023).

Ou seja, a publicidade a ser praticada pela Administração Pública tem duas faces: o dever passivo de fornecer dados àqueles que demandarem informações e um dever ativo de disponibilizar as informações dos atos e do procedimento arbitral. Sobre isso, Eugenia Marolla e Paula Butti Cardoso (2023, p. 79) comentam que

os órgãos de advocacia pública têm disponibilizado, em seus sítios eletrônicos, informações referentes aos procedimentos arbitrais das administrações direta e suas autarquias, incluindo sentenças arbitrais.

É o que se verifica no caso da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em atendimento ao art. 12, §2^o, do Decreto Estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019.

3.3.3.3 *Convenção de arbitragem: a não obrigatoriedade de cláusula compromissória e a possível celebração de compromisso arbitral pela Administração Pública*

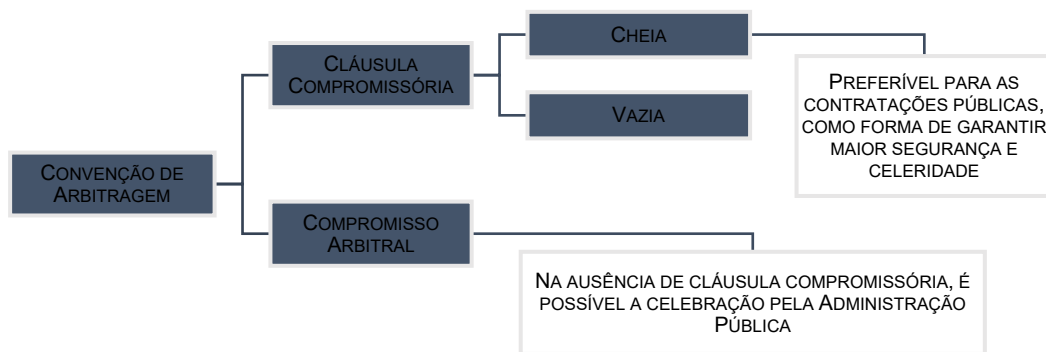
A partir da leitura do art. 3º da Lei de Arbitragem é possível identificar que a convenção de arbitragem, conceituada por Pedro Batista Martins (2008, p. 62) como instrumento de natureza contratual que busca “solucionar a controvérsia, futura ou presente, pela via da arbitragem, com a consequente exclusão da jurisdição estatal”, se divide em duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral. A Administração Pública pode fazer uso das duas espécies, cabendo algumas considerações sobre essa escolha.

A cláusula compromissória é definida pelo art. 4º como a “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Ainda, é subdividida em duas categorias: cláusula compromissória cheia, com o estabelecimento prévio das questões relativas à instituição e ao procedimento arbitral, como manda o art. 5º; e cláusula compromissória vazia (ou em branco), que não propõe qualquer regra prévia, mas tão somente a submissão à arbitragem.

Entende-se que a cláusula compromissória deve ser inserida no edital e na minuta do contrato administrativo, preferencialmente a cláusula compromissória cheia, considerando, como explica Rafael Oliveira (2023, p. 444), que essa previsão “garante maior celeridade ao procedimento”.

Já o compromisso arbitral é definido pelo art. 9º como a “convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Dessa forma, mesmo ausente previsão contratual, as partes podem decidir, posteriormente, em comum acordo, submeter a controvérsia à arbitragem.

Figura 2 – Convenção de arbitragem e Administração Pública



Fonte: elaboração autoral.

Embora permitida pelo art. 153 da Lei de Arbitragem o aditamento dos contratos para se permitir a adoção dos meios consensuais de resolução de controvérsias, em suas considerações, Eduardo Talamini (2018), entende pela não obrigatoriedade da cláusula compromissória nos contratos administrativos e afirma que não há qualquer vedação à celebração de compromisso arbitral pela Administração Pública:

A Administração Pública pode, tanto quanto qualquer particular, pactuar a arbitragem em compromisso arbitral, já tomando em conta um específico litígio (Lei 9.307/1996, arts. 3º e 9º a 11). Tratando-se de um conflito interno societário, é dispensável a prévia existência de cláusula arbitral no estatuto ou em outro ato constitutivo da estatal. Nos conflitos externos, decorrentes de contratos administrativos, é igualmente dispensável que a cláusula arbitral já constasse do contrato administrativo ou de sua minuta integrante do edital do processo licitatório. A não previsão no edital não obsta a posterior opção pela arbitragem. Sustentar o contrário implicaria confundir a esfera processual com a material (Talamini, 2018).

Partindo desse entendimento, conclui-se que a arbitragem não é em si mesma uma vantagem material que precisa ser estipulada antecipadamente. Em vez disso, é simplesmente a submissão de um litígio contratual a uma forma legal de resolução de conflitos. Por esse motivo, não é obrigatória a previsão de cláusula compromissória no edital de licitação e inclusão no contrato administrativo, sendo perfeitamente viável a celebração de compromisso arbitral em momento oportuno pela Administração Pública.

3.3.3.4 Arbitragem ad hoc ou institucional?

A Lei de Arbitragem não determinou a instituição de arbitragem *ad hoc* ou institucional, havendo, portanto, discricionariedade do administrador público para a escolha do caminho a seguir em cada caso concreto. Na lição de Francisco José Cahali (2022, p. 156) é possível encontrar a definição e distinção das duas espécies:

Na arbitragem institucional indica-se a instituição, geralmente nominada como “Câmara”, “Centro”, ou até, impropriamente, “Tribunal”, a quem será atribuída a gestão das etapas e trâmites da arbitragem.

Na arbitragem *ad hoc*, ou avulsa, é feita diretamente a indicação do árbitro, sendo ele totalmente independente e desvinculado de qualquer instituição para a arbitragem que foi nomeado. E, assim, caberá ao árbitro, ou à estrutura por ele criada, o cuidado com o desenvolvimento do procedimento em todos os seus detalhes, inclusive instrumentais (Cahali, 2022, p. 156).

Por um lado, na arbitragem *ad hoc* o procedimento é definido pelas partes ou pelos árbitros e tem como principal vantagem os custos reduzidos, mas acompanha a desvantagem de acarretar insegurança ao processo, sendo mais propícia para impasses na definição das questões procedimentais e, conseqüentemente, pode acabar frustrando ou retardando a solução da controvérsia.

Por outro lado, na arbitragem institucional as regras procedimentais são previamente definidas pela câmara arbitral escolhida, que potencialmente garante maior segurança às partes, além de oferecer experiência e estrutura pessoal e material específica, pois possui regulamento próprio e pode prestar serviços de secretária às partes, com a elaboração de documentos, recebimentos e organização das manifestações e realização de atos que impulsionam a arbitragem de maneira mais fluida. Por essa razão, apesar da discricionariedade administrativa, Rafael Oliveira (2023, p. 448) entende que o ideal seria a utilização da arbitragem institucional.

Na mesma linha, Eugenia Marolla e Paula Butti Cardoso (2023, p. 22) comentam que

há liberdade na escolha pelo administrador público, sendo certo, não obstante, que a utilização da arbitragem institucional se apresenta mais atrativa, considerando a segurança decorrente, por exemplo, da existência de regras de procedimento e sobre a fixação e pagamento de honorários de árbitros.

3.3.3.5 A escolha dos árbitros

A Lei de Arbitragem dispõe sobre a escolha dos árbitros em seus arts. 13 e 14, mas não tratou dessa escolha considerando a Administração Pública na arbitragem, o que apenas veio a ser tratado com redação específica no art. 154 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao determinar que “o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes”.

Eugenia Marolla e Paula Butti Cardoso (2023, p. 22) observam que essa disposição legal “não restringe, em demasia, a liberdade da administração pública para indicar árbitros, tão somente direcionando-a para uma escolha fundamentada em critérios técnicos”.

Sob um outro ângulo, Rafael Oliveira (2023, p. 448) discorre sobre a necessidade ou não de licitação para a contratação de árbitros ou do tribunal arbitral, entendendo que essa contratação não se submete à licitação, se enquadrando na hipótese de inexigibilidade da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Não seria cabível, portanto, a licitação nesse caso pelos seguintes motivos: i) seria inconveniente à celeridade e eficiência do procedimento; ii) seria mais uma despesa pública; iii) a inexistência de critérios objetivos para escolha de árbitro ou instituição arbitral revela a inviabilidade de competição.

Além disso, de modo ainda mais categórico, Juliano Heinen (2023, p. 969) entende que essa opção não deve ser considerada uma contratação pública, não sendo essa a natureza da escolha dos árbitros ou instituição arbitral, de modo que, com a indicação, forma-se, na verdade, uma relação jurídica jurisdicional e não estatal.

É o que também entende Marçal Justen Filho (2023, p. 480), ao afirmar que, nessa hipótese, os árbitros não são prestadores de serviços, e sim sujeitos investidos de poder jurídico equivalente à jurisdição, razão pela qual “a escolha do árbitro e da câmara arbitral não se subordina a um procedimento licitatório prévio”. E vai além, afirmando não se tratar sequer de hipótese de inexigibilidade de licitação, pois a incidência do regime dos contratos administrativos não é compatível com essa relação jurídica, ainda que utilizada a favor da isenção do processo licitatório.

Apesar disso, Rafael Oliveira (2023, p. 450) levanta a possibilidade de utilização do credenciamento por parte da Administração Pública, com o cumprimento dos requisitos básicos e proporcionais fixados pelo Poder Público, com o que concordam Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p. 268).

Nesse ponto, Eugenia Marolla e Paula Butti Cardoso (2023, p. 23) notam que esse credenciamento não gera qualquer vínculo e

se assemelha mais a uma autorização dada pela administração pública para que determinadas câmaras, selecionadas de acordo com critérios preestabelecidos e, portanto, consideradas capacitadas, possam conduzir arbitragens.

4 A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NA IMPLANTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PANORAMA ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS

4.1 Aspectos quantitativos e econômicos

Antes de se analisar a atuação das instituições na implantação dos meios consensuais de conflitos, é preciso levar em conta que a Administração Pública ocupa posição de destaque nos litígios do país, de acordo com “Painel de Grandes Litigantes”, elaborado pelo CNJ e faz parte do relatório “Justiça em Números de 2023”, não sendo raro encontrar na doutrina afirmações de que se trata, na verdade, do maior litigante, partindo daí alguns aspectos quantitativos e econômicos relevantes.

Ao identificar uma mudança de postura significativa no modelo de administração do Estado, marcada sobretudo pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que inseriu no art. 37 da CF o princípio da eficiência, por exemplo, Carlos Leal Júnior e Renata Penha (2022, p. 54) explicam a transição de um modelo de administração patrimonialista e patriarcalista, que passou por uma fase posterior de burocratização e desaguou em um modelo de administração gerencial, priorizando-se o interesse público e a sua fiscalização.

Muito se encontra sobre uma abordagem econômica direcionada à arbitragem, pois naturalmente é o meio consensual de conflitos que, principalmente por ser heterocompositivo, pode refletir uma diferença de custo significativa em comparação a outros mecanismos, em que a atenção sobre economicidade se concentra na instituição e manutenção das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

Importante ressaltar que essa é uma observação relativa aos custos envolvidos na implantação e escolha do procedimento, já que o proveito econômico obtido é

específico de cada caso concreto e pode variar de acordo com vários fatores, como o objeto da controvérsia, o valor do contrato e o quanto as partes estarão dispostas a negociar para chegar a um consenso com benefícios mútuos.

Olhando para a arbitragem, portanto, Selma Lemes (2007, p. 170) proporciona uma visão interessante ao utilizar a teoria dos custos de transação como base para um comparativo entre a arbitragem e o processo judicial, partido de duas premissas fundamentais: a duração de uma demanda e a capacidade em lidar com questões complexas.

Ao analisar a influência que a morosidade da justiça estatal exerce na resolução de conflitos, a destaca não somente como uma barreira de acesso à justiça, pois eleva o custo do processo, mas também como um fator que inibe a negociação com empresas estatais e com a própria Administração Pública, assim como diminui a possibilidade de atração de investimentos estrangeiros.

Além disso, quanto à capacidade em lidar com questões complexas, é preciso levar em conta a especialidade como característica essencial da arbitragem, que se configura principalmente pela possibilidade de escolha dos árbitros e considera como requisitos os conhecimentos técnicos referentes à matéria controvertida.

Desse modo, ao se analisar a relação custo-benefício, não parece correto o descarte da arbitragem pelos custos mais elevados, pois “esses valores podem ser diluídos e considerados pequenos em razão do negócio e da insegurança em aguardar anos por uma decisão judicial”, como alerta Selma Lemes (2007, p. 173), que também explica:

O agente privado podendo prever que o contrato administrativo disporá sobre a forma extrajudicial de solução de conflitos por arbitragem, tal como regulada na Lei n. 9.307 de 1996, e ciente que este processo é mais célere e especializado (considerando os aspectos técnicos do contrato) do que o Judiciário, levará em consideração este fator refletido no custo de transação e ofertará preço menor. Referida providência é de indubitável interesse da Administração. É dever da Administração otimizar os recursos públicos, dando guarida aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade que devem estar presentes em todas as contratações da Administração (Lemes, 2007, p. 169).

Nesse contexto, Bruno Lopes Megna (2019, p. 174) reconhece que a arbitragem “não é um método adequado somente aos interesses econômicos dos sujeitos privados, mas igualmente aos interesses públicos primários da Administração e de toda a população”.

4.2 A atuação das instituições na implantação dos meios consensuais em conflitos decorrentes de contratos administrativos

4.2.1 A atuação protagonista da Administração Pública

4.2.1.1 Advocacia-Geral da União (AGU)

Como visto anteriormente, o art. 174 do CPC trata da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da União, estados, Distrito Federal e municípios, determinação idêntica dada pelo art. 32 da Lei de Mediação.

Antes mesmo dessas previsões, já merecia destaque a criação da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF) pela AGU, a partir do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, já integralmente revogado por decretos posteriores. Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2021, p. 173) assim explicam:

Interessante notar, por fim, que o uso da mediação pelo Poder Público já era uma realidade desde a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CAAF), prevista no art. 18 do Decreto n. 7.392/2010. Essa Câmara, que tem atuação em diversos casos de alta relevância, propõe-se a mediar casos complexos e que envolvam entes da administração pública, em iniciativa absolutamente pioneira e exitosa (Dalla; Mazzola, 2021, p. 173).

Essa regulamentação por decreto, no entanto, apenas ampliou a atuação da AGU que já existia internamente, até então prevista pelo Ato Regimental nº 5 e pela Portaria nº 1.281, ambas de 27 de setembro de 2007, como recorda o Ministro José Antônio Dias Toffoli (2016), que à época era Advogado-Geral da União e impulsionou a iniciativa após algumas experiências conciliatórias positivas no âmbito administrativo da AGU.

A CCAF tem a missão institucional de atuar, por de meio de autocomposição, na busca da prevenção e solução consensual de conflitos que envolvam órgãos da administração pública federal, autarquias ou fundações federais, sendo representada nos estados pelas Câmaras Locais de Conciliação (CLCs).

Nos dias atuais encontra-se em vigência o Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023, que detalha a competência da CAAF no art. 41, a quem cabe: a) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da AGU; b) requisitar aos órgãos e às entidades da administração pública federal, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação; c) dirimir, por meio de mediação, as controvérsias que envolvam entes da Administração Pública Federal; d) buscar a solução de conflitos judicializados; e) promover a celebração de termo de ajustamento de conduta; f) encaminhar ao Consultor-Geral da União as controvérsias jurídicas não solucionadas por procedimento de mediação; e g) coordenar, orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

Em complemento, a Ordem de Serviço nº 4, de 29 de novembro de 2019 dispõe sobre o fluxo das atividades a serem desenvolvidas nos procedimentos de conciliação no âmbito da CCAF, enquanto a Ordem de Serviço nº 1, de 23 de janeiro de 2020 trata do percurso a ser seguido nas CLCs.

Aqui, portanto, se vê uma atuação direta da própria Administração Pública na implantação dos meios consensuais de conflitos.

Lucio Picanço Facci (2021) esclarece que a CCAF realiza atividade predominantemente de conciliação, com a finalidade principal de resolver o conflito com um acordo a respeito da questão controvertida, explicando ainda que:

Quando as partes envolvidas não alcançam a solução consensual, a matéria não é decidida por arbitragem, mas, sim, por arbitramento, eis que a questão passa ser resolvida por parecer que tem eficácia vinculante apenas em relação à Administração Pública Federal, ao contrário do que ocorre na arbitragem, pois a sentença arbitral se impõe a todos os envolvidos no conflito (Facci, 2021).

A arbitragem, contudo, também pode se realizar na CCAF, conforme permitem os §§1º e 2º do art. 1º e o § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem, desde que exista convenção de arbitragem, seja na forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Além disso, no âmbito da CCAF também se realiza mediação, aplicada em controvérsias nas quais o simples acordo não seria suficiente para resolver o conflito, sendo necessário o reestabelecimento do diálogo entre os interessados.

O sucesso obtido na implantação da câmara pode ser interpretado pelos dados disponibilizados por José Roberto da Cunha Peixoto, atual diretor da CAAF, em

entrevista ao Valor Econômico (2023), informando que o órgão “finalizou 143 processos nos últimos cinco anos, em um total negociado de R\$ 278,5 bilhões” e atualmente “há um total de 218 casos em tramitação – sendo cerca de 70 admitidos e o restante ainda em exame de admissibilidade – que estão nas mãos dos 15 mediadores da entidade”.

4.2.1.2 A importância das agências reguladoras

Ainda na esfera do Poder Executivo, Gustavo de Oliveira e Felipe Estefam (2020, p. 114) observam que a utilização dos meios consensuais de conflitos foi se tornando realidade nos contratos administrativos na medida em que as concessões de serviço público foram sendo reguladas, como pode ser extraído do art. 23, XV, da Lei Geral das Concessões e do art. 11, III, da Lei das Parcerias Público-Privadas.

No caso da arbitragem, em especial, Antonio Cury (2019) explica que, a partir disso, buscando suprir a ausência de autorização legislativa, as leis relativas às agências de regulação foram mencionando essa possibilidade, ainda que de modo mais genérico.

Na esfera de atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por exemplo, não há menção expressa à utilização de meios consensuais de conflitos, mas clara atribuição de competência ao órgão para “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (art. 3º, V).

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que cria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), prevê a necessidade de indicação do “foro e o modo para solução extrajudicial das divergências” decorrentes do contrato de concessão (art. 93, XV) e permissão (art. 120, X) com base nela celebrados.

A Agência Nacional de Petróleo (ANP), por exemplo, regulamentada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, determina que o contrato de concessão deve conter, entre suas cláusulas essenciais, “as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, X).

De modo semelhante ocorre no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), as

duas criadas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, onde também consta a regra de que, entre as cláusulas essenciais do contrato, devem ser estipuladas “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (art. 35, XVI).

Na Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), contrariando a tendência até então vista no âmbito regulatório, não há previsão expressa e detalhada sobre os meios consensuais de conflitos, mas se prevê a competência para “compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária” (art. 8º, XX).

No movimento mais recente, ainda merece destaque a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 que, ao dispor sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias, previu a arbitragem como meio de solução de litígios perante a administração do porto e a ANTAQ (art. 62, § 1º).

E a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que trata dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal, é a mais atual sobre a matéria, estabelecendo que as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nesses setores podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 31).

Daí decorre o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que “dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário”.

A falta de uniformidade na autorização legislativa para a utilização dos meios consensuais de resolução de disputas no âmbito dos contratos administrativos gerou controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive no âmbito do TCU, dada a participação da Administração Pública, especialmente no que se refere à arbitragem.

A partir desse breve histórico legislativo, portanto, se vê a importância das agências reguladoras no progresso do tema, embora hoje bem delimitado pela legislação vigente, com amparo no CPC, na Lei de Arbitragem, na Lei de Mediação, na Lei de Licitações e Contratos Administrativos e em diversas outras normas citadas.

4.2.1.3 O cenário nos demais entes federativos

A AGU atua na esfera federal com a CCAF, embora possua também em seu fluxo de trabalho as CLCs. Isso conduz ao seguinte questionamento: como tem sido tratada a questão no âmbito estadual e municipal?

Recorde-se o art. 3º, §2º do CPC, abrangente ao afirmar que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e também o art. 174 do CPC, ao impor que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”, o que foi expressamente adotado também pelo art. 32 da Lei de Mediação. Além disso, o art. 1º, §1º da Lei de Arbitragem permite amplamente a participação da administração pública direta e indireta na solução de controvérsias por esse meio de resolução de disputas.

Percebe-se, assim, que além da União, os estados, o Distrito Federal e os municípios também podem e devem estimular e adotar os meios adequados de solução de conflitos. Os estados de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e de São Paulo, por exemplo, já regulamentaram o uso da arbitragem em suas respectivas esferas de competência.

No estado de Minas Gerais, a Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011 “dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o estado seja parte e dá outras providências”. No estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018 “regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do rio de janeiro ou suas entidades”. E, no Estado de São Paulo, é o Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019 que “dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte”.

Isso já foi feito pelo Município de São Paulo, por meio da Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020. A norma, todavia, é muito mais ampla, pois vai além da arbitragem, com regulamentação dada pelo Decreto nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020, e trata de acordos em geral, da mediação e da transação tributária e por adesão, além de instituir a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos.

4.2.2 Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Como se sabe, o CNJ é órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário, ao qual foi concedida, a partir das atribuições descritas no art. 103-B, §4º da CF, “a elevada função de realizar o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário”, como resume Alexandre de Moraes (2022, p. 613).

No contexto da mudança legislativa e institucional sobre os meios consensuais de conflitos, portanto, algumas determinações decorrem da competência do CNJ, como se exemplifica a seguir ao analisar a sua atuação na implantação dos meios consensuais na esfera do Poder Judiciário, sobretudo no âmbito dos Tribunais, contribuindo significativamente com os problemas e entraves de acesso à justiça, refletindo, positivamente, também na Administração Pública, que participa e adota suas políticas.

Figura 3 – A atuação do CNJ na implantação dos meios consensuais de conflitos no Poder Judiciário



Fonte: elaboração autoral.

Além disso, é relevante a previsão do art. 6º da Resolução nº 125 de 9 de novembro de 2010, que atribui ao CNJ competência para

realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a

instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade

(inciso VII) e, ainda, para “atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência” (inciso VIII).

4.2.2.1 *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses*

O art. 165 do CPC estipula que

os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

O §1º do mesmo artigo vai além e determina que “a composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça”.

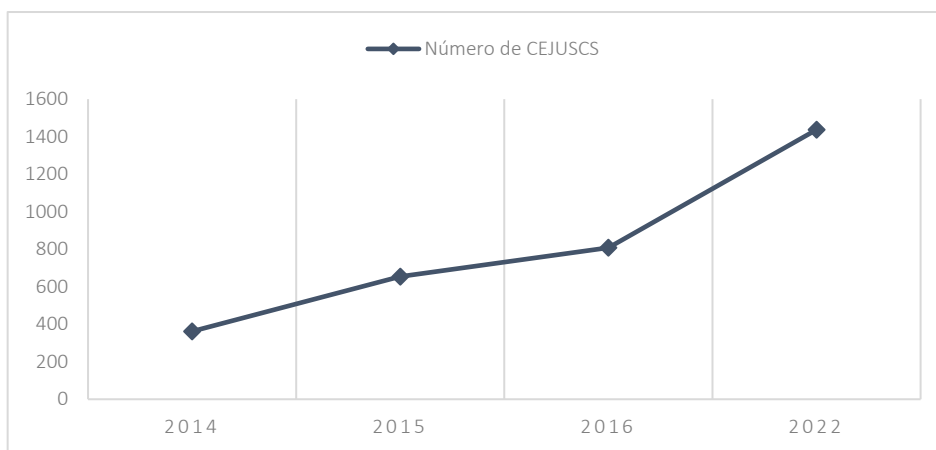
Essa previsão na lei processual, no entanto, veio apenas formalizar a iniciativa do CNJ anos antes, quando publicada a Resolução nº 125 de 9 de novembro de 2010, que deu origem à “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” que, como observa Fredie Didier Jr. (2023, p. 383), era o mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação até a edição do código vigente, momento em que foi consolidada.

Essa norma determinou a criação, pelos Tribunais, de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) (art. 7º), aos quais deu a atribuição de instalar, estruturar e fortalecer Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS), como unidades do Poder Judiciário responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão (art. 8º).

Além disso, a resolução também se atentou aos possíveis cenários fora do âmbito dos Tribunais, regulamentando o funcionamento de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação (art. 12-C), a partir de alteração promovida pela Emenda nº 2, de 8 de março de 2016.

A partir dessa regulamentação, que revela uma intenção muito positiva do CNJ quanto à implantação dos meios consensuais de conflitos, endossada pelo CPC, resta analisar, portanto, como isso tem se concretizado nos últimos anos. Voltando aos dados disponibilizados pelo próprio CNJ no relatório “Justiça em Números de 2023”, é possível extrair os seguintes dados, ilustrados em gráfico:

Gráfico 1 – Evolução da implantação dos CEJUSCS pelos Tribunais de Justiça



Fonte: elaboração autoral com base nos dados obtidos do relatório “Justiça em Números”, elaborado pelo CNJ (2023, p. 192).

Portanto, observa-se que entre os Tribunais de Justiça, em 2014, eram 362 CEJUSCS, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808, chegando a 1.437 em 2022, ou seja, em 8 anos, a estrutura basicamente triplicou.

Dessa forma, embora a implantação dos CEJUSCS não tenha referência direta à Administração Pública, é possível afirmar que essa medida adotada pelo CNJ reflete uma atuação significativamente importante na implantação dos mecanismos consensuais de conflitos, podendo beneficiar a Administração Pública de forma indireta, por contribuir com o descongestionamento do Poder Judiciário, ou até mesmo direta, pois não existe qualquer proibição relativa à participação da Fazenda Pública.

4.2.2.2 *Cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem*

A depender da complexidade das questões em litígio e das questões laterais envolvendo a controvérsia, a colaboração de diferentes órgãos do Poder Judiciário –

ou da própria Administração Pública – pode vir a se tornar essencial para a boa condução da controvérsia.

Assim reconhecendo, o CNJ, por meio da Resolução nº 350, de 27 de outubro de 2020, estabeleceu diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, mas foi na Resolução nº 421, de 29 de setembro de 2021 que tratou dessa possibilidade especificamente em matéria de arbitragem.

Como bem se sabe, os árbitros podem precisar do Poder Judiciário para fazer cumprir suas determinações, ou mesmo para viabilizar que seja efetivada a pacificação social após a solução da controvérsia, sendo importante, como expõem Marcela Suassuna e Bernardo Carrara (2022), que o dever de cooperação seja ampliado e encorajado dentro da troca institucional entre o juízo arbitral e as cortes judiciais, pois ainda que sejam jurisdições distintas, muitas vezes se tornam complementares.

Assim, embora a norma não traga disposições direcionadas à Administração Pública, em especial, é possível concluir que essa cooperação judiciária decorrente da atuação do CNJ na implantação dos mecanismos consensuais de conflitos é de grande contribuição àqueles submetidos à arbitragem de um modo amplo, benefício do qual se beneficiam também, por óbvio, as questões decorrentes de contratos administrativos.

4.2.3 Tribunal de Contas da União (TCU)

No contexto da implantação dos meios consensuais de conflitos decorrentes de contratos celebrados pela Administração Pública e das respectivas discussões na doutrina e na jurisprudência sobre sua viabilidade, o TCU foi o que apresentou maior resistência durante todos esses anos.

É possível encontrar referências a julgados que demonstram posicionamentos de maior controle e vedação à adoção de meios consensuais de conflitos quando decorrentes de contratos administrativos, sobretudo quando se trata de arbitragem. Nessa linha já orientava Dennys Zimmermann (2007):

No âmbito do Tribunal de Contas da União, verificou-se as mais acirradas objeções à utilização da via arbitral de solução de conflitos em contratos administrativos. Afirmava a E. Corte de Controle que, em sendo indisponível

o interesse público, não poderiam os entes administrativos - a que impende velar pela sua escorreita gestão - renunciar ao exercício da jurisdição estatal em benefício da adoção de um mecanismo dissuasório alternativo (Zimmermann, 2007).

Seguindo o histórico analisado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1050), merece destaque a decisão proferida no processo nº 008.217/1993-9, de relatoria do Min. Homero Santos, que entendeu, à época, que o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por

falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).

Somente na década seguinte, com base no acórdão de julgamento do processo nº 011.988/2007-4, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, passou a ser permitida a utilização da arbitragem para solucionar conflitos decorrentes de contratos celebrados com base na Lei de Parcerias Público-Privadas, apontando como fundamento o seu art. 11, III.

Na sequência, como se extrai do processo nº 005.605/2002-9, de relatoria do Min. Marcos Vinícios Vilaça, se decidiu pela possibilidade de arbitragem para a resolução de controvérsias com origem em contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, nessa hipótese equiparada ao particular.

O cenário passou a mudar com as mudanças legislativas no sentido de abranger a Administração Pública na busca pelo acesso à justiça através dos meios consensuais de conflitos.

O Min. Bruno Dantas, em texto colaborativo com Caio Victor Ribeiro dos Santos (2022), sinalizou a necessária mudança de postura do TCU de uma atividade imperativa unilateral à cultura do diálogo, ao final do qual, inclusive, junta proposta de projeto de lei para implantar o procedimento de mediação dentro do órgão.

E, nessa linha, foi aprovada a Instrução Normativa nº 91, de 22 de dezembro de 2022, que “Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal”.

Essa norma criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), responsável por atuar e dar andamento ao processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC).

Ao reconhecer a importância desse passo institucional na implantação dos meios consensuais em conflitos da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União (2023, p. 32) faz uma breve análise dos primeiros casos submetidos ao plenário da Corte, os processos nº 006.253/2023-7 e nº 006.252-2023-0, ambos de relatoria do Min. Benjamin Zymler e aprovados pelo Plenário do TCU, concluindo-se pelo impacto significativamente positivo para os cofres públicos.

Indo além dessas primeiras impressões sobre a implantação da SecexConsenso, é possível extrair de breve consulta processual no sistema de pesquisa integrada do TCU que o cenário revela um crescimento gradual dos processos de SSC, que somam, no momento, 25 processos, como se vê da tabela a seguir:

Tabela 1 – Levantamento de processos de “Solicitação de Solução Consensual” instaurados no âmbito da SecexConsenso a partir da Instrução Normativa do TCU nº 91/2022

	PROCESSO	UNIDADES	SITUAÇÃO DO PROCESSO EM 12 ABR. 2024
25	007.309/2024-4	ANAC	Em andamento
24	002.602/2024-5	SPA	Em andamento
23	002.386/2024-0	CDRJ	Não admitida pela ausência dos requisitos necessários: ilegitimidade e a solicitação não acompanha os documentos necessários (arts. 2º e 3º da IN-TCU 91/2022).
22	000.016/2024-1 (Rel. Vital do Rêgo)	ANAC	Em andamento
21	039.910/2023-7	ANAC	Em andamento
20	039.106/2023-3	ANTT	Em andamento
19	036.368/2023-7	ANTT	Em andamento
18	036.366/2023-4	ANATEL	Em andamento
17	035.124/2023-7 (Rel. Vital do Rêgo)	MDH	Não admitida pela ausência dos requisitos necessários (arts. 2º e 3º da IN-TCU 91/2022).
16	033.777/2023-3	ANTT	Em andamento
15	033.444/2023-4	ANTT	Em andamento
14	033.134/2023-5	BNDES	Em andamento
13	033.038/2023-6	MPT e AGU	Não admitida pela ausência dos requisitos de conveniência e oportunidade necessários para admissibilidade do pleito (art. 5º, caput, da IN-TCU nº 91/2022).
12	020.662/2023-8	ANATEL	Em andamento
11	006.449/2023-9	ANAC	Não apresentada proposta de solução consensual no prazo previsto (parágrafo 5º do art. 7º da IN-TCU 91/2022).
10	006.448/2023-2 (Rel. Aroldo Cedraz)	ANAC	Aprovada. Controvérsia envolvendo buscando o reequilíbrio econômico-financeiro contratual para adequação do sistema de pista do Aeroporto de Cuiabá (MT).
9	006.313/2023-0	FEDERASSANTAS	Não admitida por falta dos requisitos necessários: ilegitimidade e matéria que já foi objeto de decisão de mérito do TCU.
8	006.253/2023-7 (Rel. Benjamin Zymler)	ANEEL e MME	Aprovada. Controvérsia decorrente da contratação de energia de reserva durante a crise hídrica de 2021 e pode proporcionar vantagem ao consumidor de até R\$ 1,6 bilhão.
7	006.252/2023-0 (Rel. Benjamin Zymler)	ANEEL e MME	Aprovada. Controvérsia decorrente da contratação de energia de reserva durante a crise hídrica de 2021, com estimativa de que o consenso possa economia superior R\$ 224 milhões na conta de energia dos consumidores até 2025.

6	006.250/2023-8 (Rel. Benjamin Zymler)	ANEEL e MME	Em andamento
5	006.248/2023-3 (Rel. Benjamin Zymler)	ANEEL e MME	Em andamento
4	006.223/2023-0 (Rel. Benjamin Zymler)	ANEEL e MME	Em andamento
3	002.539/2023-3	AGU	Não admitida por falta dos requisitos necessários (arts. 2º e 5º, §1º, da IN-TCU nº 91/2022).
2	000.855/2023-5 (Rel. Jorge Oliveira)	ANTT e DNIT	Em andamento
1	000.853/2023-2 (Rel. Vital do Rêgo)	ANTT	Aprovada. Conflito relacionado à alteração do contrato de concessão da ferrovia Malha Paulista, com benefícios em torno de R\$ 1,1 bilhão.

Fonte: elaboração autoral com base nos dados obtidos na Pesquisa Integrada do TCU, pelo tipo de processo “Solicitação de Solução Consensual”, no período entre jan./2023 e abr./2024.

4.2.4 O papel do Ministério Público (MP)

Ao MP o texto constitucional atribuiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como se lê no art. 127 da CF. Competência adotada na esfera processual pelo art. 176 do CPC.

Sobre a atuação do MP na implantação dos meios consensuais de conflito, em específico, cabe citar a sua inclusão nominal no §3º do art. 3º do CPC, devendo a instituição, portanto, também estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial.

Ou seja, ainda que não seja parte, a intimação do MP nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana demanda a sua atuação como fiscal da ordem jurídica.

Reconhecendo a importância da sua atuação nesse processo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), através da Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, “dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências”. É uma atuação reconhecida tanto pelo próprio órgão quanto pelas demais instituições.

Analisando-se, por exemplo, a Instrução Normativa do TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, é possível notar que a proposta de solução consensual passa pela manifestação do MP, nos termos do art. 8º da norma. Inclusive, os acórdãos dos processos TC nº 006.253/2023-7 e nº 006.252/2023-0, os primeiros julgados, contaram com parecer favorável da Procuradoria do Ministério Público de Contas junto ao TCU.

Já no âmbito das tratativas realizadas pela AGU, embora não se encontre qualquer menção ao MP na Ordem de Serviço nº 4, de 29 de novembro de 2019, que dispõe sobre o fluxo das atividades a serem desenvolvidas nos procedimentos de conciliação no âmbito da CCAF, ao realizar um estudo de caso de uma controvérsia que lá tramitou, Boni Soares *et al.* (2020, p. 36) relatam que “o Ministério Público Federal (MPF) orbitou em torno do procedimento de conciliação desde o seu início”.

Abordando a atuação do MP na arbitragem, de modo amplo, é possível afirmar que não se justifica a sua obrigatória intervenção como fiscal da ordem jurídica no processo arbitral, nem se pode cogitar eventual nulidade pautada na sua ausência, considerando a natureza patrimonial e disponível do objeto sujeito ao processo arbitral e que o seu papel institucional está ligado à proteção de direitos indisponíveis em disputa, seja pelo objeto em questão ou pela parte envolvida, como visto acima.

No entanto, é possível que, em circunstâncias excepcionais, as partes e os árbitros possam permitir a participação do MP de forma preventiva, para levar em conta suas considerações e, conseqüentemente, aumentar a segurança do processo arbitral.

Nessa linha, mas fazendo um recorte na atuação do MP em arbitragem com a participação da Administração Pública, Alexandre Magalhães Jr. (2019) explica que, excepcionalmente, portanto, o MP pode ser legitimado para impugnar uma sentença arbitral que envolva o Poder Público, especialmente se direitos indisponíveis forem afetados, devido à sua responsabilidade em proteger o patrimônio público ou o interesse público e social, o que pode ocorrer por meio de uma ação direta ou incidental, especialmente se a execução da sentença arbitral já estiver em andamento.

Assim, é possível concluir que a supervisão exercida pelo MP em arbitragens que envolvem a Administração Pública contribui para um controle adequado desse meio consensual. No entanto, essa intervenção deve ser restrita e reservada para casos de extrema gravidade, a fim de evitar um controle judicial excessivo dessa decisão e preservar a eficácia da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

4.3 Panorama atual e perspectivas futuras

Analisando o cenário atual, observa-se o próprio Poder Executivo como protagonista na adoção dos meios consensuais de conflitos envolvendo a Administração Pública, o que teve como marco a iniciativa da AGU com a criação da

CAAF e, em paralelo, o avanço no contexto das concessões, que suscitou discussão sobre a utilização da arbitragem no âmbito das agências reguladoras. Importante notar, também, que os demais entes federativos, sobretudo Estados e Municípios, estão caminhando na mesma direção.

Nessa linha, o CNJ, dentro das atribuições constitucionais que lhe foram concedidas, andou bem ao estabelecer uma política nacional para tratamento adequado de conflitos e regulamentar a cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem, além da possibilidade de realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas, e atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação.

De igual modo, em decorrência do cuidado inerente à sua função institucional, o TCU sempre esteve atento a essas demandas que, inclusive, foram submetidas à sua apreciação em diversos momentos, como se extrai da jurisprudência analisada. Embora mais resistente em uma comparação com as demais atuações, também passou a considerar a possibilidade de utilização dos meios consensuais de conflitos nas demandas que envolvam a Administração Pública após disposições legislativas específicas sobre a matéria e a garantir, com a criação da SecexConsenso, maior segurança jurídica à solução alcançada por meio da conciliação, da mediação e da arbitragem na esfera federal.

Além disso, o papel do Ministério Público possui grande relevância em todos os cenários, sobretudo naqueles com a participação da Administração Pública, tendo em vista a presença de interesses complexos e com valores elevados, podendo atuar nesses casos de forma preventiva ou, a depender do meio utilizado e do direito envolvido, cumprir o seu papel como fiscal da ordem jurídica. Assim corrobora a política de incentivo adotada pelo CNMP e, ainda, o fluxo de trabalho da AGU e do TCU, que consideram o parecer do Ministério Público em suas decisões, como apontado.

Esse é o panorama atual da implantação, pelas instituições brasileiras, dos meios consensuais de conflitos envolvendo a Administração Pública.

Olhando para o futuro, a perspectiva que se tem, em síntese, é a de que as instituições avancem no sentido de continuar o incentivo e a adoção dos meios adequados nas controvérsias relativas a contratos administrativos.

Assim, espera-se que os entes federativos e as demais instituições, dentro de sua respectiva competência, passem a instituir as unidades específicas voltadas à resolução consensual de conflitos, considerando a sua importância para a Administração Pública. Nesse contexto, é igualmente importante a manutenção e o fortalecimento das unidades já criadas no âmbito de cada instituição e de cada ente.

Além disso, será determinante para o futuro a devida regulamentação da matéria, observadas as respectivas particularidades institucionais, bem como o respectivo cumprimento e a atualização das normas até então editadas, sem prejuízo de novas normas ou disposições que sejam capazes de atender à realidade e aos avanços sociais e tecnológicos cada vez mais constantes.

E o que se espera, também, nos próximos anos, é o reflexo dessas políticas em aspectos quantitativos, revelando uma redução significativa do congestionamento hoje existente na justiça estatal, capaz de sinalizar, ou até mesmo comprovar, a possibilidade de um acesso efetivo à justiça promovido pelo sistema multiportas, reconhecida a importância da atuação das instituições nesse processo.

Isso teria também, sem dúvidas, uma repercussão econômica, seja pelo grau de confiabilidade na segurança jurídica do país, o que aumentaria o interesse por investimentos e impactaria positivamente a economia, seja pela eficiência na gestão e redução de gastos públicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, a partir das bases constitucionais, processuais e administrativas traçadas quanto à adoção dos meios consensuais de conflitos envolvendo a Administração Pública, percebe-se uma nítida evolução na implantação dessas medidas.

De modo geral, as disposições constitucionais dão o ponta pé inicial com garantias que devem necessariamente observadas ao longo das controvérsias pelas quais se busca resolução; as determinações contidas na legislação processual estimulam que esse resultado seja alcançado por vias distintas, concretizado pelo sistema multiportas, considerando o método adequado para cada caso concreto, a fim de descongestionar a justiça estatal que, como se sabe, tem como características marcantes a ineficiência e a morosidade; e as premissas de direito administrativo

colaboram para que sejam incorporadas essas práticas no âmbito da Administração Pública.

Estudado o sistema multiportas sob a perspectiva do tratamento legislativo conferido às situações específicas que envolvem contratos administrativos e a respectiva participação do Poder Público, viu-se que os meios consensuais de resolução de conflitos a partir da autocomposição são tratados pela Lei de Mediação e, quanto à heterocomposição, a Lei de Arbitragem passou a expressamente permitir a sua utilização pela Administração Pública. Essa medida foi considerada ainda por leis importantes como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei Geral das Concessões e a Lei das Parcerias Público-Privadas, sem contar todas as legislações relativas às agências reguladoras e aquelas que atendem os interesses dos demais entes federativos.

A partir da análise sobre a atuação das instituições envolvidas na utilização desses meios, portanto, conclui-se que as iniciativas do próprio Poder Executivo, como a criação da CCAF pela AGU e a prática no âmbito das agências reguladoras, a instituição da política nacional de incentivo à autocomposição e a cooperação judiciária-arbitral pelo CNJ, assim como criação da SecexConsenso pelo TCU, revelam um significativo avanço normativo e institucional na implantação dos meios consensuais de conflitos, sobretudo daqueles que envolvam a Administração Pública, se mostrando igualmente relevante a atuação do Ministério Público em todas as situações.

REFERÊNCIAS

ACORDO de solução consensual no setor de energia elétrica deve gerar economia de R\$ 224 milhões. **Portal do TCU**, Brasília, 20 out. 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acordo-de-solucao-consensual-no-setor-de-energia-eletrica-deve-gerar-economia-de-r-224-milhoes.htm>. Acesso em: 11 abr. 2024.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista da AJUFE**, Brasília, v. 73, n. 21, p. 165-183, 2003.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de; ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva. A evolução dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação: RAbr**, v. 21, n. 80. p. 347-361, jan./mar. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Ordem de Serviço nº 4, de 29 de novembro de 2019. **Boletim de Serviço**, ano XXVI, 2 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/ordem_de_servico_n_4_2019__dispoe_sobre_o_fluxo_das_atividades_nos_procedimentos_de_conciliacao_no_.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Ordem de Serviço nº 1, de 23 de janeiro de 2020. **Boletim de Serviço**, ano XXVII, 23 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/ordem_de_servico_n_1_2020__dispoe_sobre_o_fluxo_das_atividades_nos_procedimentos_de_conciliacao_no_.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painel de Grandes Litigantes**. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 350 de 27/10/2020**. Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3556>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 421 de 29/09/2021**. Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4150>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2016].

BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário [...]. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 set 1942.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jun. 2001.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004.
BRASIL. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 set 2005.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral [...]. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal [...]. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.655 de 26 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 abr. 2018.

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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da

Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set 1996.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1996.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 ago. 1997.

BRASIL. Leiº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 91/2022. 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. **Boletim do Tribunal de Contas da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 005.605/2002-9**, Plenário. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça, 13 mar. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 006.252-2023-0**, Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler, jan. 30 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 006.253/2023-7**, Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler, jan. 6 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 008.217/1993-9**, Plenário. Relator: Min. Homero Santos, jan. 15 jul. 1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 011.988/2007-4**, Plenário. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 4 jul. 2007.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação e tribunal multiportas. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CÂMARA de mediação da AGU resolveu R\$ 278 bi em litígios. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 5 set 2023. Notícias. Disponível em:

<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/09/05/camara-de-mediacao-da-agu-resolveu-r-278-bi-em-litigios.ghtml>. Acesso em: 11 abr. 2024.

CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 4. ed. Barueri: Atlas, 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CURY, Antonio Alberto Rondina. Efeitos da corrupção em arbitragens envolvendo o Poder Público. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 60, p. 185-215, jan./mar. 2019.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro. Mediação no Tribunal de Contas da União: da atividade imperativa unilateral à cultura do diálogo. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 27, maio 2022.

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

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o estado seja parte e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 13 jan. 2011.

ESTADO DE SÃO PAULO. Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1º ago. 2019.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do rio de janeiro ou suas entidades. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Poder Executivo, 20 fev. 2018.

FACCI, Lucio Picanço. Aspectos processuais da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 69, p. 79-102, abr./jun. 2021.

FICHTNER, José Antônio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. **Convenção de arbitragem**: parte geral. 1º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/21. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LEAL JUNIOR, João Carlos; PENHA, Renata Mayumi Sanomya. Eficiência, consensualismo e os meios autocompositivos de solução de conflitos na Administração Pública. **Revista dos Tribunais**, v. 111, n. 1038, p. 51-67, abr. 2022.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. Administração Pública na Arbitragem e o papel do Ministério Público. **Revista de Processo: RePro**, v. 44, n. 296, p. 379-401, out. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1 ao 69. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto; CARDOSO, Paula Butti. Arbitragem e Administração Pública. *In*: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coord.). **Lei de Arbitragem Comentada**: Lei nº 9.307/1996. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020. Regulamenta o artigo 7º da Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020, para o fim de dispor sobre o emprego da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis que envolvam a Administração Pública Municipal Direta e Indireta, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da Cidade de São Paulo**, Poder Executivo, São Paulo, 7 dez. 2020.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020. Institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta. **Diário Oficial da Cidade de São Paulo**, São Paulo, 18 mar. 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e Administração Pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PEREIRA, Cesar. Mediação com a Administração Pública na Lei 14.133: solução consensual de litígios nas contratações administrativas. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 20, n. 78, p. 359-381, jul./set 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

REIMÃO, Clóvis. O rei está nu: o princípio da publicidade na arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 20, n. 77, p. 265-290, abr./jun. 2023.

SECEXCONSENSO: Prevenção de conflitos pelo diálogo entre as partes. **Revista do TCU**, Brasília, v. 1, n. 152, 2023. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCUCU/article/view/2014>. Acesso em: 11 abr. 2024.

SOARES, Boni de Moraes; MEGNA, Bruno Lopes; EIDT, Elisa Berton; BERTÃO, Rafael Calheiros. A autocomposição de conflitos na Câmara de Conciliação e arbitragem da Administração Federal: estudo do caso – UNIFESP x União. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution: RBADR**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 21-44, jun./dez. 2020.

SUASSUNA, Marcela Melichar; CARRARA, Bernardo Vieira Klüppel. A cooperação judiciária entre arbitragem e justiça: comentários sobre a resolução CNJ 421/2021. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 72, p. 43-55, jan./mar. 2022.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no direito brasileiro. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 9, p. 19-41, abr./jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara De Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 50, p. 229-240, jul./set 2016.

ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação: Rarb**, v. 12, p. 69-93, jan./mar. 2007.

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA RECONHECIDA COM
MENÇÃO HONROSA

CATEGORIA
SOCIEDADE CIVIL

CONSTRUINDO PONTES, EVITANDO MUROS:
SOLUÇÃO CONSENSUALDE CONFLITOS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

do autor

WANDERSON LACERDA DOS SANTOS



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**CONSTRUINDO PONTES, EVITANDO MUROS: SOLUÇÃO CONSENSUAL
DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

Esta pesquisa investiga o papel da solução consensual na administração pública como uma estratégia para resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos. Partindo de uma revisão abrangente da literatura sobre negociação, mediação e resolução de conflitos, este estudo examina os princípios fundamentais por trás da solução consensual e sua aplicação específica no contexto da administração pública. Destaca-se a importância da comunicação eficaz, da busca por interesses comuns e da criação de um ambiente propício para o diálogo construtivo como elementos essenciais para o sucesso dessa abordagem. Utilizando uma abordagem qualitativa, foram analisados estudos de caso e revisões de literatura para identificar os princípios subjacentes e os métodos eficazes da solução consensual. A hipótese central é de que a adoção dessa abordagem pode promover a colaboração entre partes interessadas, resultando em soluções mais eficientes e duradouras para questões administrativas. Os resultados destacam o impacto positivo da solução consensual em várias áreas da administração pública, incluindo gestão de recursos humanos, resolução de disputas contratuais e litígios ambientais. Por fim, são discutidas as possíveis limitações e desafios enfrentados na implementação da solução consensual na administração pública, bem como sugestões para superá-los e maximizar seu potencial transformador. Conclui-se que a solução consensual não apenas resolve conflitos de forma eficaz, mas também promove a transparência, confiança e sustentabilidade nas políticas públicas. Este estudo contribui para uma compreensão mais ampla do potencial da solução consensual na promoção de uma governança mais inclusiva e eficaz.

Palavras-chave: solução consensual; administração pública; resolução de conflitos; colaboração; governança.

ABSTRACT

This research investigates the role of consensual dispute resolution in public administration as a strategy to address complex controversies and prevent conflicts. Drawing from a comprehensive review of the literature on negotiation, mediation, and conflict resolution, this study examines the fundamental principles behind consensual dispute resolution and its specific application in the context of public administration. It highlights the importance of effective communication, seeking common interests, and creating an environment conducive to constructive dialogue as essential elements for the success of this approach. Employing a qualitative approach, case studies and literature reviews were analyzed to identify the underlying principles and effective methods of consensual dispute resolution. The central hypothesis is that adopting this approach can promote collaboration among stakeholders, resulting in more efficient and enduring solutions to administrative issues. The results underscore the positive impact of consensual dispute resolution in various areas of public administration, including human resource management, resolution of contractual disputes, and environmental litigation. Finally, the possible limitations and challenges faced in implementing consensual dispute resolution in public administration are discussed, along with suggestions to overcome them and maximize its transformative potential. It is concluded that consensual dispute resolution not only effectively resolves conflicts but also promotes transparency, trust, and sustainability in public policies. This study contributes to a broader understanding of the potential of consensual dispute resolution in promoting more inclusive and effective governance.

Keywords: *consensual dispute resolution; public administration; conflict resolution; collaboration; governance.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS	5
1.2 CONCEITOS BÁSICOS: MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS	5
2 DESENVOLVIMENTO	6
2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO E A SUPERAÇÃO DA MENTALIDADE ADVERSARIAL	6
2.2 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	7
2.3 REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS .	8
2.4 UMA SOLUÇÃO NÃO ADVERSARIAL BASEADA EM PRINCÍPIOS	8
2.5 FUNDAMENTO DA JUSTIÇA CONCILIATIVA.....	9
2.5.1 Heterocomposição, autocomposição e processo	9
2.5.2 Crise na justiça	10
2.5.3 Fundamento funcional das vias conciliativas: o efficientismo	10
2.5.4 Fundamento social: a pacificação	10
2.5.5 Fundamento político: a pacificação	11
2.6 CONSENSUALIDADE NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	11
2.7 O ARRANJO DE GOVERNANÇA NA POLÍTICA JUDICIÁRIA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	12
3 METODOLOGIA.....	13
3.1 AS FORMAS HETEROCOMPOSITIVAS.....	13
3.2 MEDIAÇÃO.....	14
3.3 CONCILIAÇÃO	14
3.4 NEGOCIAÇÃO.....	16
3.5 ARBITRAGEM	16
3.6 COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM (CCA)	17
3.7 AUTOCOMPOSIÇÃO E O TRATAMENTO ADEQUADO DAS CONTROVÉRSIAS.....	18
3.8 TUTELA JURISDICIONAL ESTATAL.....	19
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	19
REFERÊNCIAS	19

1 INTRODUÇÃO

Teixeira (2007, p. 26) bem resume a problemática da atuação adversarial na resolução do conflito:

O conflito, na visão competitiva, abrigada pelo Estado, acaba por revelar um contexto em que mais importantes que as partes são as referências ao sistema de resolução (no caso, o judicial). Isto é um modo de desvalorizar as pessoas e as desmotivar ou, antes, as motivar para mais combate [...]. O Direito, em tal sistema, engessa-se e não parece se revestir de maiores preocupações que não as de conformar os interesses de cada um dos litigantes às regras estabelecidas. A vontade das partes deve operar-se em consonância com a legislação existente e pugnar dentro de seu traçado. É como se o Direito tivesse chamado a si a tarefa de deter o curso da vida dos litigantes, a partir de determinado conflito que apresentam ao Estado para solução.

Desde tempos imemoriais, os conflitos de interesses têm sido uma realidade constante na sociedade, refletindo a natureza dinâmica e dialética das interações humanas. Esse fenômeno não é diferente no contexto das relações estabelecidas pela Administração Pública. Com o surgimento da chamada Administração Pública Consensual (ou dialógica), observa-se uma crescente valorização de técnicas alternativas de resolução de conflitos dentro das entidades e órgãos públicos, como a conciliação, mediação, instituição de comitês de resolução de disputas e arbitragem. Essa nova abordagem dialógica promove mudanças sutis na tradicional visão baseada na supremacia do interesse público, dando mais espaço ao diálogo, ao consenso e à negociação (Silva Filho, 2023).

O conflito, por sua vez, é caracterizado pelo dissenso, resultante de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja uma contingência humana natural, em situações conflituosas, é comum que as partes envolvidas se vejam como adversárias, desleais ou inimigas. Cada parte tende a concentrar seus argumentos e provas na defesa de sua posição unilateral, muitas vezes sem considerar o interesse comum. Esse estado emocional acirrado alimenta as polaridades e dificulta a percepção de um interesse mútuo (Vasconcelos, 2008).

Portanto, os conflitos são intrínsecos às relações humanas, surgindo de percepções e posições divergentes em relação a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns. Eles podem ser categorizados em quatro tipos principais, que frequentemente se sobrepõem: a) conflitos de valores (diferenças morais, ideológicas, religiosas); b) conflitos de informação (distorção de informações, conotação negativa); c) conflitos estruturais (diferenças nas circunstâncias políticas, econômicas, dos envolvidos); e d) conflitos de interesses (contradições na reivindicação de bens e direitos de interesse comum).

Diante desse contexto, o presente trabalho tem como objetivo propor e avaliar o uso da resolução consensual como uma forma de resolver conflitos dentro da Administração. Para isso, busca-se desenvolver um estudo aplicado, seguindo um caminho metodológico que inclui um mapeamento sistemático de experiências na adoção de soluções consensuais para conflitos na Administração Pública. Espera-se que este estudo contribua para uma gestão pública mais eficiente e para a efetiva resolução das controvérsias que surgem no exercício das atividades estatais.

1.1 Contextualização da solução consensual de conflitos

O artigo 3º, *caput*, do Novo Código de Processo Civil (NCPC) estipula que a apreciação jurisdicional não exclui a análise de ameaças ou lesões a direitos, podendo o conflito ser resolvido de forma litigiosa ou consensual. O NCPC também estabelece que o Estado-juiz deve promover, sempre que possível, meios alternativos de solução consensual de disputas, como a conciliação e a mediação.

Esses métodos de solução consensual são enfatizados no NCPC, incentivando juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a estimularem sua utilização ao longo do processo judicial (Artigo 3º, §§ 2º e 3º, NCPC). Segundo o doutrinador Didier Jr. (2015, p. 275), a solução negociada não só é eficaz e econômica, mas também promove o desenvolvimento da cidadania, permitindo que os envolvidos sejam protagonistas na resolução de suas próprias disputas.

Além disso, Câmara (2016, p. 7) destaca que os métodos consensuais muitas vezes são mais adequados do que a imposição jurisdicional de uma decisão, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça reconhece que o estímulo à conciliação e mediação pode reduzir a quantidade de processos no Judiciário. Por outro lado, Leonardo Carneiro da Cunha e João Lessa enfatizam que esses métodos não devem ser vistos apenas como uma forma de desafogar o Poder Judiciário, mas, sim, como a melhor maneira de resolver disputas.

Assim, a solução consensual de conflitos, amplamente promovida pelo NCPC, é considerada uma das principais inovações do novo código, visando não apenas à celeridade processual, mas também à eficácia na resolução de litígios. Para facilitar esse processo, o NCPC determina que todos os tribunais devem providenciar centros judiciários de solução consensual de conflitos para realizar audiências de conciliação e mediação (Artigo 165, NCPC), atendendo aos princípios da economia processual e da duração razoável dos processos.

1.2 Conceitos básicos: meios alternativos de soluções de conflitos

Os meios alternativos de solução de conflitos (métodos alternativos de solução de conflitos) são métodos ou procedimentos utilizados para resolver disputas ou controvérsias de forma diferente do tradicional sistema judicial.

Eles oferecem uma abordagem mais flexível, colaborativa e participativa na resolução de problemas, visando atender aos interesses das partes envolvidas de maneira mais eficiente e eficaz.

Um dos principais conceitos dos métodos alternativos de solução de conflitos é a busca pelo consenso e pela autocomposição, por meio dos quais as partes em conflito têm a oportunidade de dialogar, negociar e encontrar uma solução que seja mutuamente satisfatória. Dentre os meios alternativos mais comuns estão a conciliação, mediação, arbitragem e negociação.

A conciliação envolve a intervenção de um terceiro imparcial, o conciliador, que facilita a comunicação entre as partes e as ajuda a encontrar um acordo voluntário. A mediação segue uma abordagem semelhante, mas o mediador atua de forma mais ativa na facilitação da comunicação e na exploração de interesses subjacentes, buscando soluções criativas e mutuamente benéficas.

Já a arbitragem é um procedimento mais formal, em que as partes concordam em submeter o conflito a um árbitro ou tribunal arbitral, que irá proferir uma decisão vinculativa. Esse método oferece mais flexibilidade e confidencialidade do que o sistema judicial tradicional.

Por fim, a negociação é um processo direto entre as partes, na qual buscam chegar a um acordo por meio de discussões e trocas de propostas. É um método altamente flexível e personalizado, que pode ser utilizado em uma ampla variedade de situações e contextos.

Em resumo, os meios alternativos de solução de conflitos oferecem uma abordagem mais colaborativa e adaptável para lidar com disputas, proporcionando às partes envolvidas maior controle sobre o resultado e promovendo uma cultura de diálogo e entendimento mútuo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Direito administrativo e a superação da mentalidade adversarial

O Direito Administrativo, como ramo do direito público que regula a organização, o funcionamento e a atividade da Administração Pública, tem passado por uma transformação significativa nas últimas décadas. Uma das mudanças mais marcantes é a superação da mentalidade predominantemente adversarial que caracterizava as relações entre o Estado e os cidadãos. Tradicionalmente, as relações entre a Administração Pública e os administrados eram marcadas por uma postura de confronto e litigiosidade, onde o Estado era visto como detentor do poder e os cidadãos como meros destinatários de suas decisões. Esse modelo, muitas vezes, gerava conflitos e desconfiança mútua.

No entanto, com o avanço do Estado Democrático de Direito e a consolidação dos direitos fundamentais, houve uma mudança de paradigma no Direito Administrativo. Atualmente, busca-se uma atuação mais colaborativa e dialógica por parte da Administração Pública, visando à promoção do interesse público e ao respeito aos direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, a superação da mentalidade predominantemente adversarial no Direito Administrativo envolve:

- Participação e Transparência – A promoção da participação dos cidadãos nos processos decisórios da Administração Pública e o fomento à transparência das suas ações contribuem para uma relação mais democrática e inclusiva.
- Diálogo e Negociação – A busca por soluções consensuais e a utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, permitem que as partes envolvidas cheguem a acordos mutuamente satisfatórios.
- Responsividade e Accountability – A adoção de mecanismos de responsabilização e prestação de contas por parte da Administração Pública, como a Accountability, fortalece a sua legitimidade e promove a confiança dos cidadãos nas instituições estatais.
- Eficiência e Efetividade – A busca pela eficiência na prestação dos serviços públicos e pela efetividade das políticas públicas contribui para a melhoria da qualidade de vida da população e para a promoção do bem-estar social.

Vive-se uma época de hiperinflação adversarial, tônica que dificulta o relacionamento harmonioso entre o poder público e a sociedade. Isso ocorre por razões diversas, dentre as quais citam-se: a patrimonialista extrativista, a cegueira voluntária de governantes, o emprego ardiloso da legalidade de maneira lesiva à constituição e a grande rigidez autoritária.

O ponto é que esse ambiente de hostilidade é prejudicial e acarreta negativas externalidades perversas, afetando a produtividade global. Isso contraria, de maneira flagrante, os princípios fundamentais da Constituição brasileira, como a eficiência e a eficácia.

Em suma, a superação da mentalidade predominantemente adversarial no Direito Administrativo representa um avanço na construção de um Estado mais democrático, transparente e comprometido com a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

2.2 Mediação de conflitos na administração pública brasileira

A mediação é uma abordagem eficaz para a resolução de conflitos, onde uma terceira pessoa imparcial e neutra, com formação técnica adequada, auxilia as partes em conflito a dialogarem e encontrarem, de maneira autônoma e colaborativa, a solução mais apropriada para o problema. Normalmente, é aplicada em disputas complexas ou que envolvem múltiplas dimensões. Trata-se de um processo estruturado, sem prazo fixo, que pode ou não resultar em um acordo, pois as partes têm a liberdade de buscar soluções que atendam aos seus interesses e necessidades.

É fundamental superar o modelo obsoleto e ineficaz da cultura enraizada de judicialização, da sentença judicial e da dependência do paternalismo estatal que sobrecarregam o sistema judiciário brasileiro. O acesso à justiça deve ser entendido como o acesso a uma ordem jurídica justa, indo além do mero acesso ao Poder Judiciário.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a taxa anual de congestionamento do Judiciário, a qual mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, varia bastante entre os tribunais. Na Justiça Estadual, a média é de 73,9% e, na Justiça Federal, de 69,6%. Observa-se que, quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. E a maior litigante é a Administração Pública, que possui o maior número de demandas em trâmite.

A escolha do método mais adequado para resolver uma disputa deve considerar as características específicas do conflito, avaliando as vantagens e desvantagens de cada procedimento. Aspectos importantes incluem: custo financeiro, rapidez, confidencialidade, manutenção dos relacionamentos, flexibilidade processual, exequibilidade da solução, impacto emocional, cumprimento voluntário do resultado e possibilidade de recurso. Entre os mecanismos adequados de resolução de disputas (ADR, Alternative Dispute Resolution), existem métodos que podem ser utilizados simultaneamente em uma abordagem pluralista, permitindo a coexistência de vários deles: negociação, mediação, conciliação, arbitragem, facilitação assistida, med-arb, neg-med-arb e outras combinações híbridas, além de práticas autocompositivas não nominadas. Todos esses métodos compartilham um objetivo comum: são ferramentas eficazes para a pacificação social, resolução e prevenção de conflitos, controvérsias e problemas, além de promoverem a democratização da justiça.

As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em 2018 (Lei 13.655/2018), especialmente no art. 26, têm sido interpretadas por alguns especialistas como um marco na consensualidade no direito administrativo. Guerra e Palma (2018) argumentam que essa lei autoriza os administradores públicos a negociar com particulares, por meio de acordos e compromissos, com o intuito de resolver irregularidades, incertezas jurídicas e situações contenciosas.

A nova lei que estabelece mediação e arbitragem no processo de desapropriação (Lei n.º 13.867/2019) dá continuidade à recente inclusão da Administração Pública nos métodos consensuais, ao permitir que, em caso de discordância quanto aos valores indenizatórios arbitrados na desapropriação, seja possível buscar a consensualidade com o proprietário como primeira opção, em vez de recorrer diretamente ao Poder Judiciário.

No âmbito ambiental, o Decreto Federal nº 9.760/2019 estabeleceu a criação do Núcleo de Conciliação Ambiental, órgão responsável por realizar audiências de conciliação com infratores ambientais. Esse órgão apresenta soluções legais para encerrar o processo, como desconto para pagamento, parcelamento e conversão da multa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, garantindo sempre a obrigação de reparação ambiental.

É evidente que o Brasil está gradualmente fortalecendo suas políticas públicas de solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública. No entanto, a maioria desses instrumentos é originária de uma cultura baseada no regime jurídico de direito privado e precisa ser adaptada ao regime jurídico de direito público que rege a maior parte das ações administrativas. Portanto, é natural que surjam choques e a necessidade de ajustes nesse processo de transição.

A mediação de conflitos na administração pública brasileira desempenha um papel crucial na busca por soluções eficientes e consensuais para questões que envolvem órgãos governamentais, servidores públicos e cidadãos. Ao contrário do litígio tradicional, a mediação oferece um ambiente mais colaborativo e menos adversarial, incentivando o diálogo e a negociação entre as partes envolvidas.

A mediação na administração pública pode abranger uma ampla gama de questões, desde disputas contratuais entre o governo e fornecedores até conflitos relacionados a políticas públicas, licenciamento ambiental, questões tributárias, entre outros. Ela oferece uma alternativa eficaz para resolver controvérsias de forma mais rápida, econômica e menos desgastante para todas as partes envolvidas.

Por meio da mediação, as partes têm a oportunidade de trabalhar juntas para encontrar soluções criativas e personalizadas que atendam aos seus interesses e necessidades específicas, muitas vezes resultando em acordos mutuamente satisfatórios. Além disso, a mediação na administração pública promove a transparência, a eficiência e a responsabilidade, fortalecendo a confiança dos cidadãos nas instituições governamentais.

No Brasil, diversos órgãos públicos têm adotado programas de mediação para lidar com conflitos de forma mais eficaz e promover uma cultura de diálogo e resolução pacífica de disputas. Essas iniciativas demonstram o reconhecimento crescente da importância da mediação como uma ferramenta valiosa para promover a justiça e a harmonia nas relações entre a administração pública e os cidadãos.

2.3 Redução da judicialização por meio da solução consensual de conflitos

No contexto brasileiro, o termo "judicialização" é comumente entendido como o recurso à instância judicial para assegurar direitos ou acesso a serviços, tanto por indivíduos quanto por grupos.

Esse fenômeno coloca em destaque a necessidade da Administração Pública de adotar uma postura mais dialógica e participativa, em que o diálogo com os particulares desempenha um papel crucial na formação e execução das decisões administrativas, de acordo com Pieroni (2018).

A implementação de modelos consensuais teve início no final da década de 1970, com o surgimento do conceito de "Multidoor Courthouse" (Fórum de Múltiplas Portas). Nesse modelo, o Poder Judiciário atuava como um centro de resolução de disputas, oferecendo diferentes processos para atender às necessidades específicas de cada conflito. Essa abordagem visava não apenas simplificar o procedimento judicial, mas também encorajar soluções consensuais, expandindo as tutelas cautelares e antecipatórias dentro do processo judicial. Apesar desses esforços, as soluções internas ao processo judicial não eram suficientes para lidar com a enorme carga processual que sobrecarregava o sistema jurisdicional brasileiro.

Assim, gradativamente, o Brasil vem adotando métodos de solução extrajudicial de conflitos, muitos dos quais derivados do direito privado e gradualmente incorporados ao Regime Jurídico de Direito Público que rege a administração pública. As mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro em 2018, especialmente no art. 26, são interpretadas por alguns especialistas como um marco da consensualidade no direito administrativo.

Segundo Guerra e Palma (2018), essa lei autoriza os administradores públicos a negociar com particulares, celebrando acordos para resolver irregularidades e situações contenciosas, sem necessidade de lei ou regulamento específico.

Portanto, é evidente que o Brasil está fortalecendo suas políticas públicas de solução extrajudicial de conflitos com a Administração Pública. No entanto, a maioria desses instrumentos é originária do direito privado e precisa ser adaptada ao regime jurídico de direito público que rege a maior parte das ações administrativas, o que inevitavelmente gera desafios e necessidade de ajustes.

2.4 Uma solução não adversarial baseada em princípios

Um gestor público que busca evitar a judicialização de conflitos deve considerar alguns princípios preponderantes relacionados à consensualidade na esfera pública. Esses princípios atuam tanto de forma restritiva quanto promovem o uso de métodos alternativos de resolução de disputas (ADR). Podemos dividir esses princípios em dois blocos: aqueles que estabelecem limites para o gestor público e aqueles que promovem o uso de ADR.

Entre os princípios que atuam de forma restritiva, destacam-se a legalidade, a publicidade, a impessoalidade e a indisponibilidade do interesse público. A legalidade, embora não seja mais uma barreira significativa devido ao avanço das normas permissivas para a Administração Pública celebrar acordos, ainda pode gerar discussões em casos de lacunas legais. A questão da indisponibilidade do interesse público merece atenção, pois o sucesso dos métodos não adversariais depende da clareza sobre o que pode ser negociado sem incorrer em responsabilidade penal, civil ou administrativa. Os órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, têm sido reticentes em aceitar a aplicação de ADR, o que torna essencial estabelecer critérios claros sobre a disponibilidade para o consenso.

Diversos critérios são considerados para determinar o que está disponível para o consenso, incluindo a disponibilidade patrimonial, a tipologia do ato administrativo, a fundamentalidade do interesse envolvido e o regime jurídico contratual. Alguns bens e interesses públicos patrimoniais são considerados disponíveis para o consenso, ao passo que outros, especialmente aqueles relacionados aos interesses primários do Estado, são indisponíveis. Os contratos regidos pelo direito privado também são mais passíveis de acordo do que os administrativos.

Por outro lado, entre os princípios que promovem o uso de ADR, destacam-se o acesso à justiça, a eficiência e a razoabilidade/proporcionalidade. O acesso à justiça não se limita ao acesso formal ao sistema judicial, mas também envolve métodos alternativos que considerem aspectos temporais, econômicos e de resultados na resolução de conflitos. A eficiência exige que os conflitos sejam resolvidos de maneira que se apresente a melhor relação custo-benefício, enquanto a razoabilidade e a proporcionalidade garantem que os acordos sejam justos e morais. Embora haja desafios a serem superados para a universalização do uso de ADR pela Administração Pública, especialmente em relação à transparência e à confidencialidade, iniciativas como a resolução de disputas *online* e o uso de inteligência artificial podem potencializar a eficiência das soluções consensuais, adaptando-se à sociedade globalizada e tecnológica em que vivemos.

Na Administração Pública, a gestão de conflitos é uma tarefa essencial para promover a eficiência, a transparência e a justiça nas relações entre os órgãos públicos e os cidadãos. No entanto, muitas vezes, a abordagem tradicionalmente adversarial, baseada em litígios judiciais, pode ser custosa, demorada e prejudicial para todas as partes envolvidas. Diante desse cenário, surge a necessidade de adotar uma abordagem não adversarial, fundamentada em princípios que visam promover a conciliação e a resolução consensual de conflitos.

Um dos princípios fundamentais nessa abordagem é o da legalidade. Embora a Administração Pública esteja sujeita a uma série de normas e regulamentos, a legalidade não deve ser vista como uma barreira para a resolução consensual de conflitos. Pelo contrário, as normas permissivas devem ser interpretadas de maneira a incentivar a busca por soluções consensuais, desde que respeitados os limites legais estabelecidos.

Além da legalidade, a publicidade é outro princípio importante a ser considerado. Embora a confidencialidade seja muitas vezes necessária para facilitar o diálogo e a negociação entre as partes, é essencial garantir que os processos de resolução de conflitos sejam transparentes e acessíveis ao público, promovendo a confiança nas instituições e evitando qualquer suspeita de favorecimento ou injustiça. A impessoalidade é outro princípio-chave a ser observado na gestão de conflitos na Administração Pública. Os acordos e decisões devem ser tomados de forma imparcial, levando em consideração apenas os interesses públicos e o bem-estar da sociedade como um todo, sem favorecer qualquer indivíduo ou grupo em particular.

Por fim, a eficiência e a proporcionalidade são princípios que devem guiar a busca por soluções consensuais. As partes envolvidas devem buscar resolver os conflitos de maneira rápida, econômica e justa, levando em consideração a complexidade do caso e os recursos disponíveis. Em resumo, uma abordagem não adversarial para a gestão de conflitos na Administração Pública, baseada em princípios como legalidade, publicidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade, pode contribuir significativamente para a promoção da justiça, da transparência e da eficiência na administração pública. Ao adotar essa abordagem, os órgãos públicos podem evitar litígios desnecessários, economizar recursos e promover um ambiente de colaboração e confiança entre todas as partes envolvidas.

2.5 Fundamento da justiça conciliativa

Os fundamentos da justiça conciliativa se baseiam na ideia de resolver disputas de forma colaborativa e amigável, promovendo a comunicação e o entendimento mútuo.

Aqui estão alguns princípios fundamentais:

- **Autonomia das Partes** – As partes envolvidas têm autonomia para decidir sobre o resultado da disputa, com o apoio e orientação do conciliador, mas sem imposição de decisões.
- **Confidencialidade** – As comunicações e informações trocadas durante o processo de conciliação são confidenciais, criando um ambiente seguro para que as partes possam discutir abertamente seus interesses e preocupações.
- **Imparcialidade do Conciliador** – O conciliador é imparcial e neutro, não tomando partido de nenhuma das partes, mas facilitando o diálogo e auxiliando na busca por soluções mutuamente aceitáveis.
- **Voluntariedade** – A participação no processo de conciliação é voluntária, o que significa que as partes podem optar por encerrar a conciliação a qualquer momento se não estiverem satisfeitas com o andamento do processo.
- **Foco em Interesses** – Em vez de se concentrar apenas em posições ou demandas específicas, a conciliação enfatiza a identificação e acomodação dos interesses subjacentes das partes, buscando soluções que atendam às necessidades de ambas.
- **Rapidez e Eficiência** – A conciliação é geralmente mais rápida e menos formal do que outros métodos de resolução de disputas, o que pode resultar em soluções mais rápidas e menos dispendiosas para as partes envolvidas.
- **Preservação dos Relacionamentos** – A conciliação busca preservar os relacionamentos entre as partes, permitindo que elas continuem a se relacionar de forma produtiva após a resolução da disputa.

Esses fundamentos ajudam a estabelecer um ambiente propício para que as partes possam trabalhar juntas na busca por uma solução que seja mutuamente satisfatória e que evite litígios prolongados e custosos.

2.5.1 Heterocomposição, autocomposição e processo

O interesse na resolução consensual de conflitos levou a sociedade a rever seus conceitos de importância da conciliação e mediação.

Durante muito tempo, a heterocomposição e a autocomposição foram vistas como métodos típicos das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional era considerado uma conquista insuperável

da civilização. No entanto, atualmente, cresce o interesse por alternativas ao processo judicial que possam evitá-lo ou encurtá-lo, sem necessariamente excluí-lo.

A arbitragem, como método de heterocomposição, possui grandes méritos e é frequentemente mais adequada que o processo judicial para certos tipos de disputas. No entanto, ela ainda é um método adversarial, em que a decisão é imposta às partes, não por um juiz, mas por um árbitro. Por outro lado, a autocomposição abrange uma variedade de métodos que incentivam as partes envolvidas no conflito a encontrarem uma solução conciliatória, com o terceiro atuando apenas como mediador, ajudando as partes a chegarem a um acordo. Assim, os métodos que promovem a autocomposição não utilizam uma abordagem adversarial.

2.5.2 Crise na justiça

Por conta da grande quantidade de disputas no Judiciário, é inegável que temos uma crise na justiça brasileira. É válido salientar que a evolução do direito processual não acompanhou o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração pública.

A lentidão dos processos, seus custos elevados, a burocratização na gestão processual e a complexidade dos procedimentos são fatores que dificultam o acesso à Justiça. Além disso, a mentalidade de alguns juízes, que nem sempre utilizam plenamente os poderes conferidos pelos códigos, a falta de informação e orientação para as partes em conflito, e as deficiências na assistência jurídica gratuita contribuem para essa dificuldade. Esses fatores resultam não apenas no descrédito da magistratura e dos operadores do Direito, mas também incentivam a litigiosidade latente, que frequentemente se manifesta em conflitos sociais ou na busca por alternativas violentas ou inadequadas (como a justiça por conta própria, intermediações arbitrárias e atos de prepotência, chegando até os “justiceiros”).

Esses fatores não apenas geram descrédito na magistratura e entre os operadores do Direito, mas também aumentam a litigiosidade, ou seja, a propensão das pessoas a recorrerem ao sistema judicial para resolver seus conflitos. Essa crescente litigiosidade contribui significativamente para a sobrecarga dos juízes, que já enfrentam um volume excessivo de processos. A sobrecarga compromete a capacidade dos juízes de analisar os casos com a devida atenção e celeridade, resultando em um ciclo vicioso de atrasos e ineficiências. Como consequência, muitas vezes, as partes buscam alternativas inadequadas ou violentas para resolver suas disputas, como a justiça pelas próprias mãos, intermediações arbitrárias e atos de prepotência, levando a um aumento da tensão e dos conflitos sociais.

2.5.3 Fundamento funcional das vias conciliativas: o efficientismo

A crise da Justiça, marcada principalmente por sua inacessibilidade, lentidão e altos custos, destaca imediatamente a importância do primeiro fundamento das vias conciliativas: o 'fundamento funcional'. Isso implica buscar uma racionalização na distribuição da Justiça, aliviando a sobrecarga dos tribunais ao transferir a resolução de certas controvérsias para instrumentos institucionalizados que promovem a autocomposição. Além disso, envolve a recuperação de determinados conflitos que, na sociedade contemporânea, permaneceriam sem solução devido à inadequação da técnica processual para resolver questões como relações comunitárias ou de vizinhança, tutela do consumidor, acidentes de trânsito, entre outros. Embora os Juizados Especiais lidem com essas controvérsias, eles também estão sobrecarregados devido à ampla competência atribuída pela lei.

Deve-se atentar para isso com o intuito de melhorar os esforços no sentido de contribuir para o avanço do desempenho e da funcionalidade da justiça, buscando sempre inspirações e motivações que foram chamadas de efficientistas.

Nesse contexto, a mediação e a conciliação são elevadas ao *status* de instrumentos integrantes da 'política judiciária'. Dessa forma, o aspecto negocial do acordo, enfatizado em épocas passadas, é deixado de lado para considerar essas vias como verdadeiros equivalentes jurisdicionais. Essa mudança de perspectiva também se reflete na terminologia utilizada, que passa a ser mais técnica e precisa. Esse novo enfoque reconhece a mediação e a conciliação não apenas como formas de acordo entre as partes, mas como mecanismos fundamentais para a racionalização do sistema judicial, contribuindo para a eficiência e a eficácia na resolução de conflitos.

2.5.4 Fundamento social: a pacificação

No entanto, a justiça conciliativa não se preocupa apenas com a funcionalidade e a eficiência do sistema jurisdicional. Na verdade, é inadequado falar em racionalização da justiça apenas pela diminuição da sobrecarga dos tribunais, quando o objetivo dos equivalentes jurisdicionais é, principalmente, resolver controvérsias que muitas vezes não chegam ao conhecimento da justiça tradicional.

Assim como a jurisdição não tem apenas um objetivo jurídico (aplicação do direito objetivo), mas também objetivos sociais (como a pacificação) e políticos (como a participação), outras razões podem justificar a adoção

de vias conciliativas alternativas ao processo. A mediação e a conciliação, como já mencionado, são parte da política judiciária e podem ser entendidas dentro de um conceito mais amplo de jurisdição, visto de uma perspectiva funcional e teleológica.

Dessa forma, destaca-se o “fundamento social” das vias conciliativas, que consiste em sua função de promover a pacificação social. A sentença judicial, em geral, não alcança essa pacificação, pois se limita a impor uma regra para o caso específico, que muitas vezes não é bem recebida pela parte perdedora, levando-a a contestar a decisão por todos os meios durante a execução. Além disso, a sentença resolve apenas a parcela do conflito levada a juízo, sem abordar a lide sociológica mais ampla, da qual o caso específico é apenas uma manifestação visível. Por isso, é dito que a justiça tradicional olha para o passado, enquanto a justiça informal mira o futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia e previne tensões e rupturas, valorizando a coexistência.

Consequentemente, o método contencioso de resolução de controvérsias não é o mais adequado para certos tipos de conflitos, nos quais é necessário focar nos problemas de relacionamento subjacentes à litigiosidade, em vez de apenas nos sintomas que indicam a existência desses problemas.

2.5.5 Fundamento político: a pacificação

Considerados os fundamentos funcional e social das vias conciliativas, é necessário examinar a terceira dimensão da conciliação, baseada em seu “fundamento político”. Isso envolve explorar o aspecto da “participação popular” na administração da Justiça por meio da colaboração do corpo social nos procedimentos de mediação e conciliação.

A participação popular na administração da Justiça é, na verdade, uma faceta do tema mais amplo da democracia participativa.

A excessiva centralização que caracterizou os Estados modernos, onde o indivíduo se viu isolado perante o Estado devido a concepções individualistas, reduziu a vida social a um jogo de competições entre indivíduos. Por outro lado, as tendências coletivistas impuseram decisões políticas autoritárias aos indivíduos. Em ambos os casos, a autoridade estatal era a única força ordenadora da sociedade. Com o surgimento da crise e a comprovada insuficiência das estruturas políticas, econômicas e sociais, surgiram instâncias de participação que propuseram uma alternativa ao poder exclusivo do Estado, ou seja, ao poder exercido por poucos em nome de todos.

Essas instâncias destacaram a necessidade de submeter a delegação de poder a controles populares efetivos. Desse modo, a mediação e a conciliação não apenas promovem a resolução de conflitos de maneira mais eficiente e pacífica, mas também fortalecem a democracia participativa, permitindo que a população tenha uma voz ativa na administração da Justiça.

Assim surgiu o princípio participativo, que se divide em dois momentos principais: primeiro, a intervenção no momento da decisão; segundo, o controle sobre o exercício do poder. Na prática, o princípio participativo se manifesta de várias formas, desde a simples informação e conscientização, passando por reivindicação, consultas, cogestão e prestação de serviços, até a intervenção nas decisões e o controle, representando diferentes níveis de participação. A participação por meio da Justiça implica usar o processo como um veículo de participação democrática, seja por meio da assistência judiciária, seja através de esquemas de legitimação para agir.

A participação na administração da Justiça, por sua vez, tem diversas facetas. Com a inclusão dos procedimentos conciliativos, ainda que não jurisdicionais, no âmbito da política judiciária, a intervenção de leigos na função conciliativa também se insere na participação popular na administração da Justiça.

Os pilares funcionais, sociais e políticos das vias conciliativas são delineados de forma abrangente, destacando que a eficiência, a dimensão social e a relevância política da conciliação não são mutuamente exclusivas, mas sim interdependentes e complementares. Esses elementos constituem o cenário integrado dos diversos princípios que contribuíram para o ressurgimento desse instituto.

2.6 Consensualidade no direito positivo brasileiro

A consensualidade no direito positivo brasileiro é uma área em constante evolução e na qual, embora não haja uma legislação específica abordando expressamente a adoção de práticas consensuais pela administração, isso não impede o diálogo com os particulares. Por outro lado, existem casos em que o direito positivo brasileiro expressamente prevê essa possibilidade. São resumidas brevemente, a seguir, as principais disposições legislativas do ordenamento jurídico brasileiro relacionadas ao consenso (Barros, 2023).

Em primeiro lugar, a própria Constituição Federal estabelece um direito geral de participação ao garantir os direitos de petição, contraditório e informação administrativa (incisos XXXIV, LV e XXXIII do artigo 5º). Além disso,

a Constituição prevê a participação do particular na Administração Pública direta e indireta (artigo 37, § 3º) e institui as audiências públicas (artigo 58, § 2º).

No âmbito da legislação infraconstitucional, destacam-se o termo de ajustamento de conduta, a arbitragem (Lei nº 9.307/96), o termo de parceria (Lei nº 9.790/99, art. 9º), o termo de fomento (Lei nº 13.019/14, art. 2º, VIII), e o Procedimento de Manifestação de Interesse, especialmente relacionado à concessão de serviços públicos, licitações e contratos administrativos, conforme previsto nas Leis 8.987/95 e 14.133/2021. Ao observar essas disposições, torna-se evidente a base jurídica para a prática consensual na relação entre a Administração Pública e os particulares no Brasil.

No contexto do direito positivo brasileiro, a consensualidade tem sido cada vez mais reconhecida e incentivada como uma abordagem eficaz para a resolução de conflitos (Farias; Rosenvald, 2022). A consensualidade refere-se à capacidade das partes envolvidas em um litígio de alcançarem um acordo por meio de negociações diretas ou assistidas por um terceiro imparcial, como um mediador ou conciliador. Esse enfoque está alinhado com os princípios constitucionais da autonomia da vontade e da pacificação social, promovendo uma cultura de diálogo, cooperação e respeito mútuo.

Além de estar em consonância com os princípios constitucionais, a consensualidade também é respaldada por diversas legislações e instrumentos normativos no Brasil. Por exemplo, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece a promoção da autocomposição como um dos princípios fundamentais do processo civil brasileiro, incentivando as partes a resolverem suas controvérsias de forma consensual, antes mesmo do litígio judicial. Da mesma forma, a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e a Lei de Conciliação (Lei 13.105/2015) fornecem diretrizes específicas para a promoção e a regulamentação desses métodos consensuais de resolução de disputas.

Além disso, o Judiciário brasileiro tem adotado medidas para fomentar a consensualidade, como a criação de centros de conciliação e mediação nos tribunais, bem como a realização de mutirões de conciliação em diversas áreas do direito, como da família, do consumidor, trabalhista e empresarial. Essas iniciativas visam não apenas aliviar a carga do sistema judicial, mas também oferecer às partes uma alternativa mais rápida, econômica e satisfatória para a resolução de seus conflitos.

A consensualidade no direito positivo brasileiro não se limita apenas ao âmbito judicial. Ela também é amplamente incentivada em outros setores, como o empresarial, por meio de práticas como a negociação de contratos e a arbitragem. Empresas e indivíduos têm reconhecido os benefícios de resolverem suas divergências de forma consensual, evitando litígios prolongados e custosos, preservando relacionamentos e mantendo a autonomia na tomada de decisões.

Nesse sentido, a consensualidade no direito brasileiro representa não apenas uma alternativa eficaz para a resolução de conflitos, mas também uma mudança de paradigma na cultura jurídica, promovendo uma abordagem mais colaborativa, participativa e humanizada na busca pela justiça e pela paz social.

2.7 O arranjo de governança na política judiciária de solução de conflitos

É importante ressaltar que, de acordo com McFarland (2007 apud Cavalcante e Pires, 2018, p. 43),

o processo de governança envolve múltiplas categorias de atores, instituições, inter-relações e temas, cada um dos quais suscetível a expressar arranjos específicos entre interesses em jogo e possibilidade de negociação". Assim, surge a necessidade de estabelecer um arranjo de governança, definido por Gomide e Pires (2014, citado em Cavalcante e Pires, 2018, p. 29) como "o conjunto de regras e processos, formais e informais, que definem a forma particular como se articulam atores e interesses na implementação de uma política pública específica.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desempenha um papel central como principal ator na formulação da Política Judiciária dos métodos alternativos de solução de conflitos em nível nacional, juntamente com os órgãos judiciários e atores externos. Internamente, os tribunais de justiça federais e estaduais, juízes, mediadores e conciliadores (sejam servidores ou particulares) são atores-chave. Nos tribunais, também são estabelecidos os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Entre os atores externos, estão o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Defensoria Pública, representados pelos procuradores, promotores de justiça, advogados e defensores públicos.

Além disso, outros atores externos incluem o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), o Instituto de Conciliação, Mediação e Arbitragem (ICONCILIA), as Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, e as Universidades/Faculdades por meio de seus núcleos de práticas jurídicas.

Destacam-se os advogados, tanto públicos quanto privados, como atores externos importantes, uma vez que são frequentemente os primeiros contatados pelos litigantes em busca de solução para seus conflitos. O Código de Ética da Advocacia estabelece como um dos deveres do advogado "estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios" (OAB, 2015).

Considerando a multiplicidade de atores envolvidos nos métodos alternativos de solução de conflitos, é crucial identificar os instrumentos de coordenação da política pública em questão. De acordo com Cavalcante,

Gomide e Barbosa (2019), a coordenação de políticas públicas envolve o esforço conjunto de unidades governamentais e/ou intragovernamentais com o objetivo de fornecer bens ou serviços públicos. No entanto, alcançar essa coordenação é desafiador devido à diversidade de atores e organizações envolvidas, tornando necessário empreender esforços para reduzir redundâncias, lacunas e contradições.

No contexto dos métodos alternativos de solução de conflitos, no âmbito do Poder Judiciário, os instrumentos de coordenação incluem os fóruns de coordenadores de núcleos, as presidências e corregedorias dos respectivos tribunais e os diretores do foro nas comarcas. Os atores externos devem se adequar aos procedimentos de coordenação estabelecidos pelo CNJ e pelos tribunais, os quais são determinados por legislação e atos normativos, refletindo a hierarquia presente no Judiciário.

3 METODOLOGIA

A essência democrática desses métodos se revela em suas características. A mediação, a conciliação e a negociação visam solucionar conflitos de forma ativa, participativa, pacífica e inclusiva. Esses procedimentos enfatizam o diálogo, o respeito mútuo, a criação de parcerias e a participação ativa e responsável de todos os envolvidos.

Os pontos de contato entre os institutos e a democracia se revelam nas questões como o acesso à justiça, a participação, a inclusão social, o exercício da cidadania, o respeito aos direitos fundamentais e o resgate da dignidade humana, pois, como afirma Daldegan (1999, p. 114),

[s]eu fundamento básico tem sido o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, bem como a consciência da necessidade de participação democrática em todos os níveis, e a crença de que cada indivíduo pode e deve participar e ter o controle das decisões que dizem respeito a sua vida, a prevalência dos valores éticos que devem nortear os acordos particulares, e uma maior tolerância às diversidades caracterizadoras da cultura moderna-contemporânea.

3.1 As formas heterocompositivas

A heterocomposição é uma forma tradicionalmente reconhecida de se obter justiça, o que ocorre “quando um terceiro neutro e imparcial, não envolvido nos interesses conflitantes, determina quem tem razão no caso concreto, com força de título executivo judicial” (Tonin, 2019, p. 70).

Portanto, quando se utiliza algum método heterônomo de resolução de controvérsias, delega-se a um terceiro o poder de encontrar uma solução para o conflito e de impor a norma aplicável ao caso concreto que lhe foi submetido à apreciação (Scavone Junior, 2020, p. 32; Piccoli; Thomé, 2021, p. 2).

Esse tipo de solução adjudicatória segue o paradigma da litigiosidade, impondo aos contendores resultado do tipo “ganha-perde”, dado que, por se tratar de método contencioso, não é capaz de satisfazer ambas as partes porque sempre haverá um vitorioso e um derrotado (Rodrigues; Lyra, 2018, p. 4-7).

As formas heterocompositivas de resolução consensual de conflitos na administração pública referem-se a métodos de solução de disputas em que um terceiro neutro, geralmente um mediador ou árbitro, intervém para ajudar as partes envolvidas a alcançarem um acordo. Essas formas são chamadas de "heterocompositivas" porque envolvem uma intervenção externa, ao contrário das formas "autocompositivas", em que as partes resolvem o conflito por si mesmas.

Alguns exemplos de formas heterocompositivas de resolução consensual de conflitos na administração pública incluem:

- **Mediação** – Um mediador neutro facilita a comunicação entre as partes e as ajuda a chegarem a um acordo mutuamente satisfatório. A mediação é frequentemente usada em disputas entre funcionários públicos, agências governamentais e cidadãos.
- **Conciliação** – Similar à mediação, a conciliação envolve a intervenção de um terceiro neutro para ajudar as partes a encontrarem uma solução para o conflito. No entanto, o papel do conciliador pode ser mais ativo, sugerindo soluções e fazendo propostas para resolver o impasse.
- **Arbitragem** – As partes em disputa concordam em submeter a questão a um árbitro neutro, cuja decisão é vinculativa. A arbitragem é frequentemente utilizada em casos mais complexos ou quando as partes desejam uma resolução rápida e final do conflito.
- **Comissões de Conciliação e Arbitragem (CCA)** – São órgãos instituídos para resolver conflitos trabalhistas, nos quais representantes dos empregadores e dos empregados se reúnem com um terceiro imparcial para tentar alcançar um acordo. Essas formas heterocompositivas de resolução consensual de conflitos na administração pública são importantes ferramentas para promover a eficiência e a justiça na gestão de questões de interesse público, ajudando a evitar litígios prolongados e custosos.

3.2 Mediação

A abordagem estritamente adversarial e formal na resolução de conflitos intensifica a má gestão desses conflitos, frequentemente resultando em violência, tanto entre as partes envolvidas quanto na sociedade e entre os profissionais, perpetuando-se por gerações. Essa cultura, além de ser naturalmente assimilada pelas pessoas, que já lidam com aspectos maniqueístas, foi tradicionalmente fortalecida pelas faculdades de Direito no Brasil. Somente nos últimos anos essas instituições começaram a incluir disciplinas voltadas para a administração pacífica dos conflitos.

O diálogo é um elemento crucial na resolução de conflitos, porém, lamentavelmente, muitas disputas acabam chegando ao Poder Judiciário devido à prevalência da cultura do litígio na sociedade brasileira. Nesse contexto, o Judiciário, ao aplicar o Direito para resolver os casos, muitas vezes acaba não solucionando efetivamente os conflitos subjacentes entre as partes, apenas encerrando o processo judicial. Isso pode até mesmo gerar novos litígios, pois as raízes do problema permanecem intactas.

Para abordar de maneira adequada o conceito de mediação, é importante considerar as definições propostas por diversos estudiosos. Segundo Egger (2002, p. 60), a mediação é um método extrajudicial e não adversarial de resolução de conflitos baseado no diálogo, no qual as partes, auxiliadas por um mediador neutro, superam suas diferenças e alcançam um acordo voluntário que atende aos seus interesses. Cooley e Lubet (2001, p. 23) a definem como um processo em que uma parte neutra ajuda os contendores a chegarem a um acordo voluntário que define seu compromisso futuro. Lemos (2001, p. 81) destaca que, embora não haja legislação específica sobre mediação no Brasil, o processo envolve as partes em litígio tentando resolver suas pendências com a assistência de um terceiro imparcial, que facilita o diálogo e as propostas de solução.

Haynes e Marodin (1996, p. 11) descrevem a mediação como um processo no qual um mediador ajuda os participantes a resolverem um conflito, chegando a um acordo mutuamente aceitável que preserva suas relações. Esse método, que remonta a tempos antigos e foi especialmente difundido nas últimas décadas do século XX, visa principalmente restaurar a harmonia entre as partes, reconhecendo que a vontade das partes é a melhor sentença.

Zapparoli (2003) assevera que a mediação vai além do procedimento, do veículo pontual e eficaz para a administração e resolução pacífica de conflitos, de redução dos processos judiciais e da violência. Ela é fundada em um conhecimento profundo que pode ser usado como instrumental poderoso pelos operadores das mais diversas searas, tendo uma importância fundamental na mudança ética e cultural, na conscientização, para que as pessoas sejam senhoras de seus destinos, empoderadas e investidas na autogestão e resolução pacífica dos próprios conflitos, com autor responsável.

A formação de mediadores é crucial, pois requer habilidades de comunicação, empatia, seriedade, paciência, equilíbrio emocional e criatividade, bem como um profundo conhecimento em técnicas de resolução de conflitos não adversariais. Além disso, é necessário abordar a questão cultural da sociedade, que tende a recorrer ao litígio em vez do diálogo, e promover uma cultura de paz e resolução colaborativa de conflitos.

O princípio da competência exige que o mediador só aceite a responsabilidade de conduzir o processo se estiver seguro de suas habilidades para atender aos questionamentos, expectativas e preocupações das partes envolvidas. Treinamento, experiência em mediação, empatia e compreensão das diferenças culturais são atributos essenciais para um mediador. Se, ao iniciar o processo, o mediador identificar qualquer dificuldade na condução, ele deve recusar a tarefa.

O processo de mediação é essencialmente autocompositivo e informal, permitindo que as partes construam uma solução de acordo com seu envolvimento e interesse na resolução da controvérsia. Diferencia-se por enfatizar a participação ativa das partes e a construção conjunta da solução, destacando-se como um meio eficaz de alcançar uma resolução pacífica e duradoura para os conflitos. Assim, como dizem Cuéllar e Moreira (2017), “com a mediação, abandona-se a lógica do ‘ganha-perde’, [...] passando-se à lógica do ‘ganha-ganha’ [...]. Isto é, para que um vença, é necessário que o outro não seja derrotado em absoluto.”

3.3 Conciliação

A conciliação é recomendada pelo artigo 165, § 2º do Código de Processo Civil, especialmente para casos em que, preferencialmente, não exista um vínculo prévio entre os litigantes, permitindo a participação ativa do conciliador na sugestão de soluções alternativas, sem qualquer tipo de constrangimento ou pressão para que as partes cheguem a um acordo.

Mancuso (2014, p. 249) observa que, na conciliação, há uma mudança na função tradicional do juiz, que deixa de ser apenas um destinatário das provas e adota uma postura mais ativa, atuando como facilitador de uma possível solução negociada do conflito.

A conciliação, além de ser destacada na legislação processual, faz parte da Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, desenvolvida pelo CNJ. É importante destacar que o CNJ tem direcionado seus esforços para resolver conflitos por meio de métodos consensuais, apropriados à natureza e às particularidades de cada caso.

Essa Política Judiciária Nacional foi regulamentada pelo CNJ por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, e vem sendo promovida em iniciativas como a Semana Nacional de Conciliação. Durante essa campanha, processos com potencial de acordo são selecionados pelos tribunais, seja de ofício ou a pedido das partes envolvidas, para tentativas de conciliação.

A conciliação e a mediação são métodos alternativos de resolução de conflitos que oferecem às partes envolvidas a oportunidade de alcançar um acordo de forma colaborativa e pacífica, com a ajuda de um terceiro imparcial. Enquanto na conciliação as partes são auxiliadas por um conciliador, que pode sugerir propostas para um possível acordo; na mediação, um mediador facilita o diálogo entre as partes, permitindo que elas mesmas construam uma solução que atenda aos seus interesses e necessidades.

A conciliação geralmente é empregada em conflitos mais simples, em que o conciliador pode desempenhar um papel mais ativo, porém imparcial, buscando uma resolução breve e consensual. Já a mediação é frequentemente utilizada como um processo estruturado que não tem um prazo definido e pode ou não resultar em acordo, dependendo da autonomia das partes para encontrar uma solução.

Ambas as técnicas são guiadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade, e os mediadores e conciliadores devem aderir a princípios fundamentais estabelecidos, como confidencialidade, imparcialidade, competência e respeito às leis vigentes, para garantir a qualidade do processo.

Outro ponto distintivo entre a mediação e a conciliação é que o conflito abordado na mediação geralmente surge de uma relação continuada. Essa distinção ocorre devido à capacidade do mediador de identificar os conflitos subjacentes, que podem não ser óbvios inicialmente, especialmente em relações que envolvem laços afetivos. Portanto, para melhor compreender as questões em disputa, o mediador precisa de mais tempo para explorar toda a complexidade das interações envolvidas. Isso permite uma abordagem mais completa e aprofundada, facilitando a busca por soluções que atendam às necessidades e preocupações de todas as partes envolvidas.

A conciliação é um método de resolução de controvérsias que envolve um conciliador escolhido ou aceito pelas partes. Este conciliador deve ser um terceiro imparcial, competente em aproximar as partes, orientar as negociações, resolver divergências, sugerir e formular propostas, além de destacar vantagens e desvantagens, com o objetivo de resolver o conflito. O conciliador tem a prerrogativa de sugerir um acordo potencial após uma avaliação cuidadosa dos benefícios e desvantagens que tal proposta traria para as partes envolvidas.

A eficácia da conciliação reside na habilidade do conciliador em criar um ambiente de confiança e abertura, onde as partes se sintam seguras para expressar suas preocupações e interesses. Utilizando técnicas de comunicação assertiva e escuta ativa, o conciliador facilita a compreensão mútua e ajuda as partes a explorarem opções criativas para a resolução do conflito. Além disso, a conciliação promove a autonomia das partes, já que a solução do conflito é alcançada por meio de um acordo consensual, o que aumenta a probabilidade de cumprimento voluntário e duradouro das decisões acordadas. Esse processo não só resolve o problema imediato, mas também fortalece as relações entre as partes, prevenindo futuros conflitos e promovendo uma cultura de cooperação e respeito mútuo.

O instituto da conciliação encontra guarida no Ordenamento Jurídico Brasileiro, que muitas vezes busca seu estímulo. O Decreto (Regulamento) nº 737, de 25 de novembro de 1950, (Caetano, 2002) já instituía: “Art. 23. Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento das partes”. O Código de Ética e Disciplina do Advogado prevê em seu artigo 2º:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado: (...) VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

Esses métodos podem ser aplicados tanto em processos judiciais quanto em questões extrajudiciais, podendo o acordo resultante ser homologado judicialmente, se for o caso, e servir como título executivo. Por meio desses instrumentos, as partes podem fortalecer suas relações e construir uma sociedade mais justa e solidária, atendendo melhor aos seus interesses e necessidades.

3.4 Negociação

A negociação é empregada para resolver divergências que não exigem a intervenção de um terceiro não envolvido na situação conflitante. É adequada para casos em que não há vínculo emocional entre as partes, e estas chegam a um acordo para resolver o conflito, geralmente de natureza material.

A negociação é uma ocorrência comum na vida cotidiana, presente em diversas situações, desde a escolha do local de uma reunião até a definição de cláusulas de um contrato futuro. As negociações podem ser informais, sem necessidade de documentação, ou formais, culminando em um contrato. O aspecto mais crucial em qualquer negociação é a comunicação aberta e a boa-fé entre as partes. Esse ambiente de honestidade aumenta a probabilidade de que o acordo seja eficaz e respeitado, pois as soluções são decididas pelas próprias partes envolvidas.

É importante destacar que, embora os advogados possam participar desse processo, atuando como representantes das partes envolvidas no conflito, a negociação é um método autocompositivo no qual não há imposição de soluções por parte de terceiros.

A negociação é uma prática inerente à vida em sociedade, desempenhando um papel vital tanto nas interações pessoais quanto nas profissionais. No contexto pessoal, a negociação pode ocorrer em diversas situações, como na organização de eventos familiares, na resolução de desentendimentos domésticos ou na divisão de responsabilidades diárias. Essas interações exigem habilidades de comunicação, compreensão mútua e um esforço para alcançar um acordo que beneficie todas as partes envolvidas.

No ambiente profissional, a negociação é ainda mais crucial, abrangendo uma ampla gama de atividades, como a elaboração de contratos, parcerias comerciais, gestão de conflitos internos e externos, e a definição de termos de emprego. Profissionais que dominam a arte da negociação tendem a alcançar melhores resultados para suas organizações, assegurando acordos vantajosos e duradouros.

Existem várias abordagens à negociação, cada uma adequada a diferentes contextos e objetivos. A negociação distributiva, também conhecida como de soma zero, é comum em situações em que os recursos são limitados e as partes competem por sua maior parte. Nesse tipo de negociação, cada parte busca maximizar seus próprios ganhos, frequentemente à custa da outra. Por outro lado, a negociação integrativa, ou de soma variável, busca soluções que beneficiem todas as partes envolvidas. Essa abordagem é caracterizada pela cooperação, em que as partes trabalham juntas para encontrar soluções mutuamente vantajosas, frequentemente resultando em relações mais fortes e sustentáveis a longo prazo.

A eficácia de uma negociação depende de vários fatores, incluindo a preparação, a clareza dos objetivos, a flexibilidade e a capacidade de ouvir e entender as necessidades e preocupações da outra parte. A preparação envolve a coleta de informações relevantes, a definição de objetivos claros e a antecipação de possíveis objeções ou obstáculos. A clareza dos objetivos ajuda a manter o foco durante a negociação, evitando desvios e mal-entendidos. A flexibilidade é crucial, pois permite ajustar estratégias conforme a negociação evolui, mantendo aberta a possibilidade de soluções criativas e inovadoras.

Além disso, a negociação eficaz requer habilidades interpessoais fortes, como a empatia, que é a capacidade de entender e compartilhar os sentimentos da outra parte. A empatia facilita a construção de confiança, essencial para qualquer negociação bem-sucedida. A comunicação clara e assertiva também é vital, permitindo expressar necessidades e interesses de forma direta, mas respeitosa.

As técnicas de negociação também evoluíram com o tempo, incorporando *insights* de áreas como a psicologia, a economia comportamental e a teoria dos jogos. Por exemplo, a técnica de "BATNA" (Best Alternative to a Negotiated Agreement) é amplamente utilizada para ajudar as partes a avaliarem suas opções e entenderem o valor relativo de um acordo proposto. Conhecer seu BATNA fortalece a posição de negociação, proporcionando uma base sólida para tomar decisões informadas.

Em suma, a negociação é uma competência essencial que transcende as fronteiras culturais e organizacionais. A prática eficaz da negociação não só facilita a resolução de conflitos e a formação de acordos, mas também promove um ambiente de cooperação e confiança, fundamental para o desenvolvimento pessoal e profissional. Ao cultivar habilidades de negociação, as pessoas podem navegar melhor pelas complexidades das interações humanas, alcançando resultados positivos e sustentáveis em todas as esferas da vida.

3.5 Arbitragem

Discute-se na doutrina qual a natureza jurídica da arbitragem, existindo quatro teorias a respeito: a primeira teoria é a privatista ou contratual, que vê a arbitragem como negócio jurídico, onde as partes firmam um contrato, contudo esse argumento perdeu espaço para os fundamentos da teoria jurisdicional, adotada aparentemente pela Lei 9.307/1996, entendendo que a arbitragem tem natureza jurisdicional, no qual o Estado que possui autoridade outorgará poderes ao árbitro para resolver conflitos de interesses, sendo comparado ao poder do juiz. Já a teoria

intermediária ou mista coaduna fundamentos das teorias anteriores; nela, por meio de um contrato, elege-se um árbitro para decidir a questão como se juiz o fosse. Por fim, a teoria autônoma entende que a arbitragem é meio de solução desvinculado de qualquer sistema jurídico existente, principalmente quando se fala em procedimento arbitral utilizado em controvérsias que envolvem contratos internacionais, em que se observa certa dependência à ordem do local de uma ou da outra parte envolvida na controvérsia (Cahali, 2018).

A arbitragem é o meio que mais se aproxima com o do Judiciário, pois nessa modalidade há a figura do árbitro, que embora possa ser escolhido pelas partes, detém o poder de decisão, e esta tem validade de sentença e versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, como dispõe o art. 1º da Lei de Arbitragem nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Portanto, a arbitragem se apresenta como um procedimento mais formal e no qual há menor participação das partes no desenrolar do conflito. Geralmente se utiliza em casos que requeiram celeridade e conhecimento específicos, sendo, na maioria das vezes, o árbitro um especialista da matéria.

Frise-se que essa escolha pode ocorrer antes mesmo de haver conflito, por cláusula de compromisso contratual, já que existem duas espécies de arbitragem:

- a cláusula compromissória, que é justamente essa a que se referiu, prevista em contrato ou convenção; e
- o compromisso arbitral, que é a escolha pelo método após a ocorrência do conflito. De toda forma, resulta em sentença que figura como título executivo judicial, cujo cumprimento se dará por via judicial, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil.

A arbitragem oferece às partes envolvidas a liberdade de escolha e a confiança no árbitro, que possui especialização na área relacionada ao conflito. Essa autonomia permite que as decisões arbitrais sejam aceitas de forma mútua, aumentando a probabilidade de cumprimento, uma vez que as partes determinam a forma e o processo para resolver suas disputas.

Portanto, a arbitragem tem sido eficaz na abordagem de conflitos de natureza privada e pública, especialmente quando envolvem questões patrimoniais que podem ser discutidas e resolvidas em um procedimento de resolução de conflitos privado. Sob este instituto, as partes têm o poder de escolher o árbitro, o processo e as normas que guiarão todo o procedimento, promovendo assim uma resolução mais eficaz do impasse.

3.6 Comissões de Conciliação e Arbitragem (CCAs)

As Comissões de Conciliação e Arbitragem (CCAs) são órgãos instituídos para resolver conflitos trabalhistas, especialmente no contexto brasileiro. Elas desempenham um papel crucial na resolução de disputas entre empregadores e empregados, buscando alcançar acordos que sejam justos e mutuamente aceitáveis. No Brasil, as CCAs são regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e são compostas por representantes de empregadores e empregados, bem como por um presidente ou árbitro imparcial.

Suas funções incluem:

- Conciliação – As CCAs têm o objetivo principal de promover a conciliação entre as partes em disputa. Os representantes das empresas e dos trabalhadores se reúnem com o presidente da comissão para discutir o conflito e buscar um acordo que atenda aos interesses de ambas as partes.
- Arbitragem – Quando a conciliação não é possível, as CCAs podem recorrer à arbitragem. Nesse caso, o presidente da comissão ou outro membro neutro atua como árbitro e emite uma decisão vinculativa para resolver o conflito.
- Mediação – Em alguns casos, as CCAs também podem atuar como mediadoras, facilitando a comunicação entre as partes em conflito e ajudando a encontrar soluções mutuamente satisfatórias.

As CCAs desempenham um papel importante na promoção da paz laboral e na redução de litígios trabalhistas. Ao oferecerem um fórum para a resolução rápida e eficaz de disputas, elas contribuem para a estabilidade das relações de trabalho e para o bom funcionamento do mercado de trabalho.

As CCAs são órgãos extrajudiciais de resolução de conflitos especialmente criadas para lidar com disputas trabalhistas de maneira mais ágil e menos onerosa do que os tribunais tradicionais. Elas surgem como uma alternativa eficiente para solucionar litígios entre empregadores e empregados, promovendo a conciliação e, quando necessário, a arbitragem.

Estrutura e Funcionamento

As CCAs são compostas por representantes dos empregadores e dos empregados, com um terceiro membro que atua como presidente da comissão. Este último é escolhido de comum acordo entre as partes ou, na falta de consenso, indicado por uma entidade competente. A principal função desses comitês é intermediar as negociações, buscando um acordo mutuamente satisfatório.

- Conciliação – Nesta etapa, o objetivo é encontrar uma solução amigável para o conflito. As partes são encorajadas a dialogar e ceder em certos pontos para alcançar um acordo. A conciliação é um processo voluntário e pode ser interrompido a qualquer momento por qualquer das partes.

- Arbitragem – Se a conciliação não resultar em um acordo, as partes podem optar pela arbitragem. Nesse caso, um árbitro ou um painel de árbitros analisa as provas e os argumentos apresentados e emite uma decisão vinculante. A arbitragem é geralmente mais rápida que um processo judicial e as decisões são finais, com poucas possibilidades de recurso.

Vantagens das CCAs

- Rapidez – Os processos nas CCAs tendem a ser muito mais rápidos do que nos tribunais, uma vez que evitam a burocracia e os longos prazos processuais típicos do sistema judiciário.

- Custo reduzido – Os custos envolvidos na utilização das CCAs são geralmente menores, tanto para as empresas quanto para os trabalhadores, já que há menos taxas e despesas administrativas.

- Flexibilidade – A flexibilidade das CCAs permite que as partes escolham os conciliadores e árbitros, bem como estabeleçam prazos e procedimentos adaptados às suas necessidades específicas.

- Descongestionamento do Judiciário – Ao resolver conflitos extrajudicialmente, as CCAs contribuem para a redução da carga de trabalho dos tribunais, permitindo que estes se concentrem em casos mais complexos e de maior gravidade.

Desvantagens e Desafios

Apesar das inúmeras vantagens, as CCAs também enfrentam desafios. Um dos principais é a resistência de algumas partes em aceitar soluções extrajudiciais, devido à desconfiança na imparcialidade dos árbitros ou à falta de familiaridade com o processo. Além disso, a decisão arbitral é definitiva e pode não ser apelada, o que pode ser um ponto negativo para aqueles que desejam manter a possibilidade de um recurso judicial.

As Comissões de Conciliação e Arbitragem representam um avanço significativo na resolução de conflitos trabalhistas no Brasil. Elas oferecem um caminho mais rápido, menos oneroso e flexível para a resolução de disputas, beneficiando tanto empregadores quanto empregados. No entanto, para que seu potencial seja totalmente aproveitado, é necessário promover maior conscientização das pessoas e confiança no sistema, assegurando que todas as partes compreendam e aceitem suas vantagens e limitações.

3.7 Autocomposição e o tratamento adequado das controvérsias

A autocomposição, que ocorre quando uma ou ambas as partes cedem seus interesses, é tradicionalmente categorizada em três formas: renúncia, submissão e transação (Calmon, 2008, p. 11). A renúncia ocorre quando uma das partes desiste de sua pretensão, ao passo que a submissão se dá pela capitulação de um dos litigantes, e a transação implica concessões recíprocas. No entanto, é crucial explorar novas técnicas de autocomposição para lidar com conflitos de forma mais moderna e eficaz, visando diminuir preconceitos e fortalecer o papel do Estado como mediador.

A administração do conflito envolve a seleção e implementação de estratégias adequadas para cada situação, e a mediação surge como uma alternativa promissora. O papel do mediador é fundamental para direcionar o conflito de modo a alcançar resultados positivos, aproveitando a energia do litígio para promover a composição das relações afetadas.

Embora o conflito seja comumente visto de forma negativa, a oposição de ideias pode gerar sabedoria e novas perspectivas. No entanto, é importante adotar precauções e buscar alternativas para lidar com conflitos inevitáveis, como a adoção de um estilo de vida saudável e uma atitude positiva em relação à resolução de problemas (Vinyamata, 2005, p. 23). A mediação, embora eficaz para muitos tipos de litígios, não é adequada para todos os conflitos. Seu foco reside na resolução de disputas em relações preexistentes, visando restaurar a comunicação entre as partes.

A tendência global em direção aos meios alternativos de resolução de conflitos reflete a evolução da sociedade em direção à participação e solidariedade, buscando o consenso como meio de despolarizar a comunicação e alcançar um acordo intermediário.

A solução de conflitos pode ser alcançada por meio de métodos autocompositivos, como a transação, mediação ou conciliação, ou heterocompositivos, como a jurisdição estatal ou privada (Tonin, 2019, p. 69; Scavone Junior, 2020, p. 31). A arbitragem, por exemplo, permite que partes plenamente capazes deleguem a resolução de suas disputas a árbitros escolhidos por elas, evitando assim o recurso direto ao Poder Judiciário (Venosa, 2022, p. 213). Segundo Alvim (2022, p. 119), a arbitragem é uma forma de resolver conflitos por meio de um processo conduzido por particulares, aos quais o Estado confere autoridade para emitir sentenças com a

mesma eficácia das proferidas por seus próprios juízes, podendo ser utilizada para litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

3.8 Tutela jurisdicional estatal

A tutela jurisdicional, numa definição sintética, é a função do Estado de dirimir, pacificar e, por conseguinte, resolver conflitos que surgem no seu âmbito de atuação político-jurídico seguindo um procedimento de aplicação de leis aos casos concretos de modo a aproximar-se o máximo possível de um *decisum* justo.

Existem 3 tipos de tutela jurisdicional estatal:

- 1) a tutela jurisdicional de cognição ou conhecimento;
- 2) a tutela jurisdicional de execução; e
- 3) a tutela jurisdicional de assecuração ou cautelar.

Essas três formas de tutela guardam fidelidade com aquela característica "substitutiva" da jurisdição, intermediadora de conflitos e mantenedora da paz e da ordem. Essas formas de tutela podem ter as seguintes características: acessoriedade; autonomia; urgência; provisoriedade; perda da eficácia; sumariedade da cognição; revogabilidade; fungibilidade; e inexistência do objeto julgado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É amplamente reconhecido que, no Brasil, onde a cultura do litígio tem sido predominante, a introdução de novos métodos para lidar com conflitos é crucial. A mediação, por exemplo, surge como uma alternativa que promove o diálogo e busca soluções consensuais, potencialmente pacificando a sociedade de forma mais efetiva. Embora a mediação não deva ser vista como uma solução universal, representa um passo inovador em direção a uma sociedade mais madura, civilizada e menos dependente do sistema judicial.

O novo Código de Processo Civil busca priorizar a solução consensual de conflitos judiciais, incentivando audiências de conciliação e mediação como etapas iniciais do processo. Os magistrados são orientados a designar tais audiências e a intimar as partes para comparecerem, sob pena de considerar o não comparecimento como ato atentatório à dignidade da Justiça. No entanto, ao estabelecer o prazo para contestação após a data dessas audiências, o legislador pode inadvertidamente prolongar o curso do processo, violando o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Há também um esforço visível para melhorar as relações conflituosas entre a Administração Pública e a sociedade por meios extrajudiciais. No entanto, o congestionamento causado pela abordagem tradicional judicial/conflitual do poder público não será resolvido apenas por meio dos métodos convencionais. Alternativas de baixo custo, rápidas e seguras, como as resoluções de disputas *online*, precisam ser consideradas para garantir o interesse público.

O diálogo mostra-se indispensável na obtenção de uma solução de consenso na esfera da administração pública, e o agente responsável por esse processo deve implementá-lo tomando como parte algumas habilidades a serem utilizadas para alcançar esse fim. Dentre essas habilidades, podem ser citadas: a imparcialidade; a capacidade de escuta ativa e indagação aberta; a aptidão para construir saídas honrosas; a atitude amistosa à transparência radical.

Recentes mudanças na legislação indicam uma crescente aceitação da utilização de métodos alternativos de resolução de disputas pela Administração Pública. No entanto, ainda há falta de clareza sobre os limites dessas soluções consensuais. É fundamental identificar os bens públicos disponíveis para negociação, além de contratos e atos de gestão regidos pelo direito privado, para determinar a viabilidade da aplicação desses métodos.

Embora haja desafios, como a resistência à mudança, a falta de estruturação de órgãos de mediação e conciliação na esfera administrativa e a necessidade de conscientização e capacitação dos envolvidos, a adoção de novos paradigmas de resolução de conflitos na Administração Pública é essencial para garantir a efetividade na proteção do interesse público e aliviar a sobrecarga do sistema judicial.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. C. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643011/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BARROS, Letícia Mendes Martins Rêgo. Administração pública consensual. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 28, n. 7289, 16 jun. 2023. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/104499>. Acesso em: 16 mai. 2024.

BRASIL. Decreto nº 10.197, de 2 de janeiro de 2020. Altera o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015, para estabelecer o Consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo. **DOU**, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10197.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **DOU**, Brasília, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 10 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 4 ago. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **CNJ**, Brasília, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 9.307/1996, Lei de Arbitragem**. Brasília, DF: 23 set.1996.

BRASIL. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13190.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.460 de 23 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. **DOU**, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **DOU**, Brasília, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. 601 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 7.

CAVALCANTE, P. L. C.; PIRES, R. R. C. Governança Pública: das prescrições formais à construção de uma perspectiva estratégica para a ação governamental. **IPEA Boletim de Análise Político-Institucional nº 19**, Brasília-DF, dez. 2018.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Moodle USP**.

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf.

DALDEGAN, Dynair Alves de Souza. A mediação ontem e hoje: suas indicações. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 109-118, jul./dez. 1999.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 275.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorside. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

MANCUSO, R. de C. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 12. ed. rev., atual. e ampl., 2011.

PIERONI, Fabrizio de Lima. **A Consensualidade e a Administração Pública**: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, 2018. Disponível em: [https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/22206/2/Fabrizio de Lima Pieroni.pdf](https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/22206/2/Fabrizio%20de%20Lima%20Pieron.pdf).

RODRIGUES, A. G.; LYRA, J. F. D. C. As formas alternativas de solução de conflitos no código de processo civil: o processo pensado sob o prisma democrático. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Pernambuco, v. 5, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/issue/view/13>. Acesso em: 25 out. 2022.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação; 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA FILHO, Antônio Sabino da; SILVA, João Carlos Sedraz. On Line Dispute Resolution na Administração Pública Brasileira: Estudo a partir de um Mapeamento Sistemático. *Id on Line Rev. Psic.*, vol.17, n. 66, p. 352-369-317, maio/2023. ISSN: 1981-1179.

SOUZA, Luciane Moessa de; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. 1. ed., Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

TEIXEIRA, Salomão Lopes. **A mediação e o desafio da complexidade**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza – Unifor, Fortaleza, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

TONIN, M. M. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público**. São Paulo: Almedina, 2019. E-book. ISBN 9788584934720. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934720/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

VENOSA, S. S. **Direito civil: contratos**. 22. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022. v.3. E-book. ISBN 9786559772773. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772773/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. *In*: MUSZKAT, Malvina Ester (org.). **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003.

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

1º LUGAR

CATEGORIA
TRIBUNAIS DE CONTAS

A GESTÃO DE RISCOS COMO FERRAMENTA
AUXILIAR NO PROCESSO DE SOLUÇÃO
CONSENSUAL NO ÂMBITO DO CONTROLE
EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

dos autores

JOSÉ CARLOS DE SOUZA COLARES

EDILSON DE SOUSA SILVA

BRUNO BOTELHO PIANA



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**A GESTÃO DE RISCOS COMO FERRAMENTA AUXILIAR NO PROCESSO DE
SOLUÇÃO CONSENSUAL NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

PORTO VELHO – RO

2024

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi de apresentar um modelo de gestão de riscos de apoio ao processo decisório e a gestão dos acordos administrativos no âmbito do controle externo da Administração Pública. Para tanto, aplicou-se a metodologia documental, bibliográfica e indutiva, usando a técnica referente e o conceito operacional em uma pesquisa aplicada, descritiva e qualitativa com viés quantitativo para construção do modelo matemático. Para operacionalização dos dados utilizou-se os princípios da Norma ISO 31000 e do manual de gestão de riscos do TCU combinados com o Método ABC. Partiu-se da hipótese de que a gestão de riscos pode se mostrar adequada para aperfeiçoar a tomada de decisão e controlar resultados em situações que requeiram o posicionamento dos órgãos de controle externo da administração pública quando houver submissão de propostas de solução consensual de controvérsias que envolvam o interesse da administração. Os resultados apontaram que a gestão de riscos combinada com o Método ABC é uma ferramenta que possui relevante potencial para auxiliar no processo decisório e na gestão dos procedimentos que envolvam o consensualismo no controle externo, uma vez que permite uma rápida visualização dos riscos e a indicação daqueles que merecem tratamento prioritário, além de oferecer possibilidades de maior eficiência e celeridade no trabalho de instrução processual, auxiliando para uma percepção mais completa e abrangente do assunto, o que contribuiu para evitar, eliminar e mitigar as possibilidades de riscos à segurança jurídica e administrativa nos processos de solução consensual no âmbito do controle externo da administração pública.

Palavras-chave: Consensualismo; gestão; riscos; método; eficácia.

ABSTRACT

The objective of this work was to present a risk management model to support the decision-making process and the management of administrative agreements within the scope of external control of the Public Administration. To this end, documentary, bibliographic and inductive methodology was applied, using the referent technique and the operational concept in applied, descriptive and qualitative research with a quantitative bias to build the mathematical model. To operationalize the data, the principles of ISO 31000 and the TCU risk management manual were used combined with the ABC Method. The starting point was the hypothesis that risk management may prove adequate to improve decision-making and control results in situations that require the positioning of external control bodies of public administration when there is submission of proposals for a consensual solution to disputes involving the interest of the administration. The results showed that risk management combined with the ABC Method is a tool that has relevant potential to assist in the decision-making process and in the management of procedures that involve consensualism in external control, as it allows a quick visualization of risks and indication of those who deserve priority treatment, in addition to offering possibilities for greater efficiency and speed in procedural investigation work, helping to achieve a more complete and comprehensive perception of the subject, which contributed to avoiding, eliminating and mitigating the possibilities of risks to legal and administrative security in consensual solution processes within the scope of external control of public administration.

Keywords: Consensualism; management; scratches; method; efficiency.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Escala de Avaliação de Riscos Método ABC no processo de consensualismo.....	52
Tabela 2 – Determinação da magnitude dos riscos e gerenciamento das incertezas	53
Tabela 3 – Grau de prioridade dos riscos (para cada componente de risco)	56

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Análise do contexto (exemplificativo).....	499
Quadro 2 – Identificação dos Riscos (exemplos não exaustivos).....	51
Quadro 3 – Representação matemática do cálculo para gerenciamento das incertezas do risco para cada componente.	55
Quadro 4 – Tratamento dos riscos (exemplo)	609
Quadro 5 – Indicação dos fatores de riscos (exemplo).....	61

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

CCI – Câmara de Comércio Internacional

Cejuscs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPNJur – Comissão Permanente de Normas e Jurisprudência

CSC – Comissão de Solução Consensual

EC – Emenda Constitucional

LAI – Lei do Acesso à Informação

LACP – Lei da Ação Civil Pública

Masc – Métodos Adequados de Solução de Conflitos

MS – Mandado de Segurança

Nupemec – Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

OGU – Ouvidora-Geral da União

ONU – Organização das Nações Unidas

PLC – Projeto de Lei Complementar

RE – Recurso Extraordinário

SecexConsenso – Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos

SNJur – Secretaria de Normas e Jurisprudência

SSC – Solicitação de Solução Consensual

TAC – Termo de Ajustamento de Condut

TAG – Termo de Ajustamento de Gestão

TCA – Termo Circunstanciado Administrativo

TCE – Tribunal de Contas do Estado

TCM – Tribunal de Contas dos Municípios (ou do Município)

TCU – Tribunal de Contas da União

TIC – Tecnologia da Informação e da Comunicação

UE – União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA PESQUISADO.....	16
1.2 O PROBLEMA DA PESQUISA.....	177
1.3 HIPÓTESE DA PESQUISA	188
1.4 OBJETIVOS DA PESQUISA	188
1.5 JUSTIFICATIVA	188
2 REFERENCIAL TEÓRICO.....	20
2.1 FUNDAMENTO HISTÓRICO-CONCEITUAL E EVOLUÇÃO DO CONSENSUALISMO	20
2.2 O CONSENSUALISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	24
2.3 PRESSUPOSTOS PARA O CONSENSUALISMO	26
2.4 CORRELAÇÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E OS IDEAIS DO GERENCIALISMO, DO ESTADO EM REDE E DA GOVERNANÇA CORPORATIVA.	277
2.5 MODOS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL	31
3 REFERENCIAL EMPÍRICO	34
3.1 O CONSENSUALISMO NO BRASIL	34
3.1.1 O CONSENSUALISMO NO PODER JUDICIÁRIO.....	36
3.1.2 O CONSENSUALISMO NO PODER EXECUTIVO	399
3.1.3 O CONSENSUALISMO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS	41
4 METODOLOGIA USADA NESTA PESQUISA	45
5 A GESTÃO DE RISCOS COMO FERRAMENTA AUXILIAR DO PROCESSO DE CONSENSUALISMO NO CONTROLE EXTERNO.	477
5.1 CONCEITUAÇÃO ESPECÍFICA, PREMISSAS E OBJETIVO	477
5.2 PROPOSTA PARA APLICAÇÃO DA GESTÃO DE RISCOS NO PROCESSO DE CONSENSUALISMO.....	488
5.2.1 ANÁLISE DO CONTEXTO.	499
5.2.2 IDENTIFICAÇÃO DOS RISCOS.....	50
5.2.3 ANÁLISE DOS RISCOS (ESCALA ABC).....	52
5.2.4 AVALIAÇÃO DOS RISCOS USANDO O MÉTODO ABC.....	578
5.2.5 COMUNICAÇÃO DOS RISCOS.....	588
5.2.6 TRATAMENTO DOS RISCOS.....	599
5.2.7 MONITORAMENTO DOS RISCOS.....	63
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS.....	65
APÊNDICE A – LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O CONSENSUALISMO NO BRASIL	74
APÊNDICE B – LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O CONSENSUALISMO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL	777

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo o debate é centrado no processo de solução de conflitos entre a Administração Pública e particulares, especificamente no que se refere ao uso do consensualismo no controle externo da administração pública. Trata-se de um desafio que vem sendo enfrentado pelo poder público motivado pelas mudanças ocorridas em nível mundial e local em razão do rearranjo das regras de convivência social onde a comunidade vem exigindo, cada vez mais, a existência de um governo útil, célere e capaz de atender as crescentes necessidades coletivas.

No Brasil e no mundo, a legislação, a doutrina e a jurisprudência vêm editando transformações progressistas no que tange ao papel do estado em sua relação com particulares em questões que envolvem o interesse público. Notoriamente, o que se tem percebido é a reconsideração sobre o conceito e a atuação eminentemente coercitiva do poder público frente ao particular. Nessa senda, busca-se gerar um novo modelo de administração baseado na ampliação do diálogo e capaz de responder as reivindicações sociais de forma mais efetiva.

Assim, a chamada administração consensual é representada por um modelo que indica a possibilidade de adotar acordos negociados com base no diálogo, ao invés de simplesmente aplicar a imperatividade potestativa sobre particulares usando prerrogativas estatais identificadas no princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. É dizer, o estado vem ultimamente adotando e incentivando a adoção de métodos de solução consensual diante de conflitos entre interesse público e privado. A intenção é conseguir, por meio de acordos, atingir a finalidade pública de forma mais rápida, com menores custos e de modo mais eficiente possível, o que deve se traduzir no atendimento eficaz do interesse geral.

As mudanças de paradigma têm a pretensão de enfrentar a crise estatal motivada pela incapacidade do estado em atender o excessivo número de processos para serem julgados, em razão da insuficiência de dispositivos e procedimentos aptos a resolver as demandas em tempo razoável. No bojo desse entendimento, cria-se a expectativa de pacificação social por meio da aplicação de mecanismos amigáveis de solução de controvérsias.

A redefinição do papel estatal nessa seara não se mostra tarefa simples. O estado se vê diante da obrigação de liderar uma nova ordem que traz em seu âmago

a garantia mais efetiva dos direitos fundamentais, o que deve ser conseguido por meio da execução de uma boa administração pública, obrigando a reformulação da equação autoridade-liberdade e a renovação de conceitos que envolvem o vínculo entre o indivíduo e o estado.

Nessa direção, o presente trabalho apresenta um modelo de suporte à decisão e à gestão de processos de consensualismo no controle externo da administração pública, fundamentado na técnica de gestão de riscos com base no método ABC. A intenção é apresentar um modelo de ferramenta administrativa capaz de auxiliar no apoio à decisão e na gestão desses processos.

Com essa finalidade este trabalho foi organizado em 6 (seis partes). Na primeira apresenta-se a introdução, a contextualização do tema, o problema, a hipótese e os objetivos da pesquisa, além de sua justificativa.

Posteriormente faz-se a demonstração do referencial teórico, realizando-se uma exposição sobre o fundamento, a história e evolução do consensualismo no Direito Administrativo. Além disso, faz-se a correlação entre a Administração Pública Consensual e os ideais do gerencialismo, do estado em rede e da governança corporativa, fechando com uma análise sobre os modos de atuação da administração consensual.

Na parte 3 (três) traz-se a formulação empírica da pesquisa, demonstrando um panorama sobre o consensualismo no Brasil abrangendo as experiências no Poder Judiciário, assim como no Poder Executivo e nos Tribunais de Contas.

Depois, na parte 4 (quatro), exibe-se a metodologia usada na pesquisa e, seguidamente, na parte 5 (cinco), apresenta-se o modelo de gestão de riscos como ferramenta auxiliar do processo de consensualismo no controle externo, seguindo-se as considerações finais do trabalho onde são apresentados os resultados da pesquisa.

1.1 Contextualização do tema pesquisado

O Direito Administrativo pátrio tem por base o direito francês, cujas características evidenciam uma relação verticalizada entre o poder público e os indivíduos, tendo como pilar a supremacia do interesse público sobre o particular, situação que confere ao estado o direito de atuar por meio de atos administrativos autoritários, imperativos, autoexecutórios e unilaterais.

Em consequência, sedimentou-se o entendimento de que, ao administrador público, é vedado dispor ou ao menos contemporizar o princípio da indisponibilidade do interesse público, sob pena de incorrer no crime de improbidade administrativa. Tal ideia gerou uma administração inflexível e administradores receosos, inibindo a inovação e a geração de outros modelos de gestão capazes de propiciar melhores resultados.

No entanto, com o advento das mudanças decorrentes das transformações sociais, tecnológicas e econômicas motivadas pelo recrudescimento da globalização e do surgimento da sociedade do conhecimento, a noção tradicional sobre administração pública se tornou incompatível com o constitucionalismo democrático, notadamente pela necessidade de se garantir os direitos fundamentais dos indivíduos e sua primazia frente as aspirações comunitárias, bem como sua polivalência que pode abranger a preservação desses direitos e a perseguição dos objetivos coletivos.

Desse modo, surgiu o conceito de administração pública dialógica, marco do direito público neoconstitucional que reformata a relação entre o setor privado e o setor público, favorecendo, incentivando e privilegiando a participação ativa dos cidadãos nas decisões que envolvem o interesse público na relação dele com o estado. Assim, a moderna sociedade civil emerge como parte preponderante do cenário democrático, a fim de conferir não somente legalidade aos atos administrativos, mas sobretudo, sua legitimidade.

Em face do exposto, se entende que a administração pública se vê diante de um processo de transformação de sua relação com a iniciativa privada, o que requer o enfrentamento de desafios que vão desde o repensar dos conceitos basilares do Direito Administrativo vigente até a adoção de mecanismos aptos a promover a melhor gestão dos negócios públicos. É com base nesse entendimento que o presente trabalho está contextualizado.

1.2 O problema da pesquisa

Para o controle externo, em quais casos a decisão consensual se mostraria mais adequada?

Para responder a essa pergunta propõe-se discutir a seguinte problemática: “No âmbito do controle externo da administração pública, a gestão de riscos pode contribuir para o reconhecimento de situações adversas que tenham potencial de

gerar impacto negativo nos processos de consensualismo e, assim, fornecer subsídios ao processo decisório para identificar em quais casos a solução consensual pode ser aplicada?

1.3 Hipótese da pesquisa

Parte-se da hipótese que a melhor forma de melhorar processos decisórios e controlar resultados é com a utilização de metodologias consagradas que proporcionem maior eficiência e que possam garantir uma esmerada direção e orientação sobre as decisões. No presente caso, pressupõe-se que a gestão de riscos pode se mostrar adequada para aperfeiçoar a tomada de decisão e controlar resultados em situações que requeiram o posicionamento dos órgãos de controle externo da administração pública, quando houver submissão de propostas de solução consensual de controvérsias que envolvam o interesse da administração.

1.4 Objetivos da pesquisa

Apresentar um modelo de gestão de riscos capaz de auxiliar no apoio à decisão e na gestão dos processos relativos aos acordos administrativos no âmbito do controle externo da Administração Pública.

Os objetivos específicos são:

a) Indicar de que forma a gestão de riscos pode apoiar o processo decisório no exame de admissibilidade, acompanhamento e controle dos processos de solução consensual; e

b) Apontar meios de como a gestão de riscos pode auxiliar no reconhecimento de situações que precisam ser evitadas, eliminadas ou mitigadas a fim de garantir maior efetividade aos acordos administrativos.

1.5 Justificativa

O interesse em escrever este trabalho tem por escopo questões de ordem política, social e institucional.

A relevância política desta pesquisa é determinada pelo fato de que o trabalho poderá contribuir para o debate das questões que envolvam a formulação de políticas públicas que incentivem a maior participação da sociedade nas decisões dos

governos. Isso ocorre porque a presente pesquisa abrange a discussão teórica e prática sobre a necessidade de o poder público incrementar o diálogo com a iniciativa privada e com a comunidade na busca de adotar soluções concertadas para problemas que envolvem o interesse público. Ademais, como se verá adiante, autores consagrados indicam que a administração pública deve melhorar constantemente sua forma de comunicação com a população, esse é um dos preceitos da boa governança pública, mecanismo de mercado que visa preparar a administração para entregar serviços públicos satisfatórios, o que contribui para o fortalecimento da democracia, assunto que é tratado nesta pesquisa em razão da aplicação da governança no sistema que envolve o consensualismo na administração pública.

Do ponto de vista social, a investigação poderá contribuir para que a população conheça melhor o assunto que envolve os acordos administrativos entre a administração pública e particulares. Trata-se de um assunto ainda pouco debatido, inclusive no âmbito acadêmico, em face de sua recentidade no mundo jurídico. Assim, para que a sociedade possa ser mais ativa nos processos de consensualismo que envolvem o interesse público e social, é essencial que a população tenha acesso a informações específicas que despertem o interesse tanto no conhecimento do tema, como na produção acadêmica. Desse modo, o trabalho colocará à disposição da sociedade um tema relevante para o interesse público, contendo a síntese histórica, conceitual e evolutiva do assunto, permitindo o aprofundamento da questão na área das ciências sociais.

Por fim, no que se refere ao interesse institucional, a pesquisa se mostra importante uma vez que os Tribunais de Contas brasileiros exercem a função constitucional de fiscalização e controle externo da administração pública. Assim, ferramentas que possibilitem a otimização da função fiscalizatória dessas Cortes de Contas serão, ou deveriam ser, bem apreciadas e, quiçá, experimentadas pelos seus componentes, a fim de atestar de forma prática a utilidade do instrumento proposto nesta pesquisa. Dessa forma, o trabalho se mostra especialmente relevante para que os Tribunais de Contas tenham em mãos um estudo que demonstre a utilidade em aplicar a gestão de riscos no processo de consensualismo que abarcam acordos administrativos no âmbito do controle externo da administração pública.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Fundamento histórico-conceitual e evolução do consensualismo

Inicialmente destaca-se que os primeiros ventos transformadores da sociedade já sopravam no ocaso da Idade Média, impulsionados pelo movimento renascentista (séculos XIV a XVI) que, ao fixar ênfase na humanidade e na representação realista das pessoas, empreendeu valores que favoreceram a intervenção coletiva no mundo, especialmente na arte, na cultura e na ciência. Tal movimento foi o ponto de partida para o fim do estado formado por um modelo hierarquizado, influenciado pela igreja e comandado por senhores feudais que detinham o poder e o controle total sobre os meios de produção, época em que o vício prestava homenagem à virtude. O impacto do Renascimento foi robusto e praticamente arrebatou o homem do período das trevas imergindo-o na deslumbrante aventura da modernidade (Johnson, 2002).

A transição da Idade Média para o estado moderno rompeu com velhos paradigmas e inaugurou um novo modelo estatal. Em sua fase inicial, o estado moderno foi dominado quase que totalmente pelo Regime Absolutista, sistema político centralizado que concentrava o poder nas mãos do rei, onde a participação social era praticamente nula. As principais características desse modelo foram: a soberania, a territorialidade e monopólio do poder institucionalizado. Esse sistema não consagrou os anseios germinados na Renascença, pelo contrário, reprimiu os movimentos sociais com o uso da violência e sufocou os ideais renascentistas. Esse modelo de estado foi enfrentado pelo movimento iluminista (séculos XVI e XVII), que inspirou a luta pela limitação do poder estatal sobre os indivíduos e a busca por direitos fundamentais, tais como: o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, impactando inovações econômicas, políticas e culturais em todas as esferas da sociedade, dando início ao modelo de estado liberal e, posteriormente, ao estado do bem estar social seguido do neoliberalismo e chegando ao Estado Democrático de Direito, moldando a organização política hoje conhecida como globalização (Cassirer, 1997; Weber, 2015).

As mudanças sociais e políticas impulsionadas pelo movimento iluminista impeliu o estado a realizar transformações na forma de administrar a *res publica*, notadamente para atender o anseio social por democracia e pela ampliação do Estado

de Direito. Tal fenômeno assentou as bases para o surgimento do modelo de Administração Pública Gerencial, conhecido como Gerencialismo, modalidade que busca suplantar o patrimonialismo (aquele que mistura propositalmente interesses públicos e privados para privilegiar ambições pessoais). Além disso, a expansão do conhecimento proporcionada pelo iluminismo favoreceu o surgimento da 1ª Revolução Industrial (século XVIII) que trouxe crescimento econômico e fez surgir novas classes sociais cujos interesses foram mobilizados a ponto de provocar reformas políticas e, por consequência, a criação de novas instituições. Ademais, importa ressaltar que a revolução industrial estimulou a competição militar entre os países e despertou na sociedade o sentimento de defesa de seus direitos, alimentando reformas políticas que formataram o estado moderno (Fukuyama, 2015).

O Estado de Direito produzido no século XIX foi edificado com bases sociais e liberais tendo, a partir da segunda metade do século XX, evoluído para o Estado Democrático de Direito cuja característica essencial é a busca pela satisfação das garantias fundamentais dos indivíduos e da coletividade. Essa incessante busca exige que o poder estatal se movimente na direção de novos arranjos institucionais que possibilitem o alcance dos objetivos de forma eficiente e efetiva (Arendt, 1989).

Adiante, destaca-se que as transformações ocorridas no início do século XX colocaram o estado diante de um duplo desafio, a saber: ao mesmo tempo em que ele, o estado, é obrigado a assumir novos encargos, deve o poder estatal encarregar-se de encontrar formas claras de se desincumbir deles. Tais desafios são representados, essencialmente, pela necessidade de promover maior empoderamento social (Wilson, 1955).

No mesmo sentido, Caillosse (2003) e Cadiet (2008) assinalam que, no final do século XX, a ideia de transformação do estado rígido para um modelo mais flexível e participativo ganhou força a partir da adoção do gerencialismo adotado na França e em outros países. A ideia se baseia na adaptação, pela Administração Pública, de parâmetros de gestão usados na iniciativa privada entre os quais se destaca a governança corporativa que na esfera estatal foi denominada de governança da gestão pública. O objetivo do método é de resolver os problemas de inefetividade causados principalmente pela ineficiente burocracia estatal.

A força provocada pelo modelo de governança trazido da iniciativa privada impulsionou a reforma na gestão pública, impelindo a bandeira da modernidade e da eficiência e inspirando confiança na promoção de novas maneiras de estruturar

processos, de tomar decisões e de desenvolver atividades no setor público. Desse modo, a implantação da governança corporativa na administração pública permitiu a introdução de princípios de gestão mais modernos e transparentes, tais como: (i) a interação entre acionistas e diretores; e (ii) o cumprimento das diretrizes sobre regulação e integração mundial recomendadas pelas instituições financeiras internacionais nos países em desenvolvimento. A ideologia gerencial passou a tomar o lugar do estado rígido e indisponível, rompendo com a lógica do poder autoritário e inflexível e superando a questão eminentemente política, dando lugar aos aspectos técnicos, além de atenuar a supremacia unilateral do estado. Dentre essas iniciativas, destacam-se a possibilidade de resolução de conflitos por meio da negociação e a mitigação de incompatibilidades até então tidas como irredutíveis (Chevallier, 2003).

Como anotam Castro e Figueroa (2003), a evolução da civilização ocidental e o intenso desenvolvimento tecnológico e social que conceberam e consolidaram a globalização da economia com impactos direto em todas as esferas da sociedade, marcam a metamorfose do Direito Público no século XXI.

Nesse sentido, o estado passou a permitir e a incentivar a solução consensual dos conflitos entre os interesses públicos e privados na busca de encontrar melhores resultados mais favoráveis à população. Desse modo, a consensualidade passou a ser considerada como perspectiva inovadora na formulação do novo pensamento do jurídico-administrativo e do modelo evolutivo de gestão da administração pública brasileira (Castro e Figueroa, 2003).

Nesse seguimento destaca-se que, no entendimento da doutrina majoritária, a gênese do consensualismo reside na obrigação estatal contemporânea de liderar a aplicação efetiva dos direitos fundamentais, o que se convencionou chamar-se de estado garantidor, cuja função principal deve ser a de efetivação desses direitos. Dentre esses, surge como pilar da gestão pública o direito fundamental a uma boa administração, conforme previsto no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 18 de dezembro de 2000, conhecida como a Carta de Nice, documento no qual os cidadãos europeus obtiveram o privilégio de exigir dos órgãos governamentais e da justiça, uma série de direitos essenciais dos quais se assinalam: (i) o direito de ser ouvido ante qualquer medida individual que afete sua pessoa; (ii) o amplo direito ao acesso aos processos de seu interesse; (iii) o direito às decisões legitimamente fundamentadas; (iv) o direito à reparação de danos; e (v) o direito de ser ouvido (e de se manifestar) em sua língua natal (UE, 2000; Freitas, 2007).

Dromi (2015) anota que as transformações do Direito Público no século XXI são motivadas: (a) pela necessidade de coexistência glocal (acrônimo que designa global e local); (b) pelo redesenho das regras de convivência social hoje baseadas na tolerância, no respeito e na inclusão; (c) pelo reconhecimento de novas liberdades tidas como fundamentais; e (d) pela necessária reestruturação do modelo de organização de poder e autoridade estatal. O autor justifica sua tese com base na afirmação de que a sociedade moderna se articula sobre o fundamento da convivência local, porém, ao tempo em que permanece num mesmo lugar, essa comunidade se apoia em um espaço globalizado. Para ele, a sociedade atual possui mais espaços comuns e menos fronteiras, fenômeno que exige o repensar do conceito sobre sociedade civil, notavelmente sobre o significado de soberania em uma sociedade baseada no conhecimento e impactada pela impressionante dinâmica imposta pela tecnologia da informação e da comunicação (TIC), que gera informações sem fronteiras e desnuda um espaço de transparência e conexão nunca antes verificado.

Diante do exposto, entende-se que o consensualismo emerge no bojo do surgimento do estado moderno, forjado a partir das transformações sociais advindas do fim da Idade Média, da evolução do Estado Absoluto para o Estado Social, do arrefecimento do modelo patrimonialista (ao menos do ponto de vista histórico) e do desenvolvimento econômico produzido pela revolução industrial e pelo avanço da tecnologia da informação. Tais transformações modelaram o estado contemporâneo e formataram os ideais democráticos e o reconhecimento mais eficiente de direitos fundamentais, entre os quais o direito do cidadão de ser partícipe das funções estatais, com o objetivo de produzir atividades públicas cada vez mais alinhadas aos interesses sociais.

Destaca-se, no entanto, que o estado continua a ter o monopólio autêntico do poder estatal obtido por meio da validação popular para execução da lei e da ordem, permitindo a manutenção da paz, a defesa do território e a produção de bens e serviços públicos necessários. Contudo, a autenticidade do exercício desse poder está cada vez mais atrelada à participação da sociedade. Pelo que se viu, o consensualismo é um dos meios apropriados para atingir essa legitimidade.

Terminada a exposição sumária sobre o fundamento histórico-conceitual e evolução do consensualismo, a seguir será feita uma breve exposição sobre a evolução do consensualismo no Direito Administrativo.

2.2 O consensualismo no Direito Administrativo

O Direito Administrativo tem origem nas bases do estado liberal forjado na Europa (principalmente na França) a partir do século XIX. Nesse período, o entendimento dominante privilegiou o poder de império do estado, compreensão que expressa autoridade estatal frente aos particulares em razão de sua soberania. Tal entendimento acabou por configurar os institutos e categorias norteadores desse ramo do Direito, conformando a chamada ação administrativa típica, que tem como características o autoritarismo, a desigualdade entre a Administração e os indivíduos, e a designação de atributos de poder de autoridade aos órgãos e entes públicos sobre os particulares (Mafra Filho, 2004).

De acordo com Mafra Filho (2004) e Berti (1988), a configuração histórica da concepção do Direito Administrativo pode ser justificada, principalmente, sob dois aspectos: (i) o enraizamento dos deveres dos funcionários públicos do estado contemporâneo em algumas instituições feudais e absolutistas, estando presentes os vieses de fidelidade do vassalo ao seu senhor (agora personalizado pelo estado), consequências da transição entre o feudalismo, estado absoluto e o estado moderno; e (ii) a necessidade de se conferir proteção ao novo poder político por meio de uma adequada e especial juridicidade.

Assim, o ato imperativo conformou referência tão somente na entidade administrativa, deixando de lado qualquer orientação consensual com a outra parte (o particular). O resultado foi a configuração de um poder estatal predominantemente autoritário, a qual ainda possibilitou à Administração Pública modificar ou restringir os efeitos de seus atos de forma unilateral (Mafra Filho, 2004).

Importa destacar, entretanto, que a base conceitual dura e inflexível que moldou o Direito Administrativo foi útil para o enfrentamento de oposições históricas, políticas e econômicas que costumam desmanchar as leis. Assim, a estabilidade conceitual oriunda da doutrina francesa e do Conselho de Estado, conferiu êxito a esse ramo do Direito instituindo-o como um núcleo quase inexpugnável, o que serviu como amparo para a manutenção de suas teorias centrais, notadamente no que se refere à imperatividade e a indisponibilidade do interesse público sobre o particular (Dantas, 2020).

Contudo, o ideal que dá ao Direito Público o fundamento de imperatividade absoluta e irredutível sobre o administrado está, há muito, ultrapassado. O estado

precisa compreender que o jurisdicionado clama por uma justiça despojada de sofisticação, acessível, menos cerimoniosa e mais aproximada dos problemas do dia a dia, o que se pode chamar de “justiça de proximidade” (NABAIS, 1994; PERROT, 1998).

Agindo nessa direção, movimentos reformadores contemporâneos vêm impondo à Administração Pública a necessidade de modernizar sua forma de ação frente aos particulares. O que se tem percebido é a utilização de métodos e técnicas negociais no campo do Direito Público que envolvem interação com o setor privado e com o terceiro setor. Nesse sentido, a Administração Pública dialógica se apresenta como alternativa para que o estado atue na direção de atender as aspirações da sociedade contemporânea e ao fenômeno da diversidade social. A ideia é que o estado configure suas atividades segundo princípios que facilitem o diálogo com a sociedade e dessa consigo mesma. É importante destacar que, em âmbito mundial, a cultura do diálogo vem, cada vez mais, ganhando força e prestígio (Belloubet-Frier e Timsit, 1994).

Nessa rota, as discussões legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais têm se concentrado em debates sobre o impulsionamento de novos mecanismos de gestão pública. No presente caso, fala-se da promoção de modelos consensuais de resolução de conflitos. Trata-se da quebra do paradigma imperial gestado na origem dos princípios gerais da Administração Pública, notadamente porque, a partir dos anseios da sociedade emergente o estado deve, em determinados casos, abrir mão de sua potestade predominante para buscar acordos a fim de encontrar soluções pacíficas que atendam ao interesse público sem sobrepujar o interesse particular. Desse modo, a administração pública deverá reconhecer que a imposição da autoridade nem sempre será eficaz para o alcance de resultados que atendam de forma mais efetiva o interesse público (Enterría, 1999; Araújo e Macedo, 2023).

Entretanto, Medauar (2003) e Moreira Neto (2003) advertem que a quebra de paradigma pela administração pública não requer a renúncia da potestade estatal, mas sim o exame de fatos onde o acordo representaria o melhor remédio para sanar, mitigar ou terminar litígios mediante concessões recíprocas entre o estado e o indivíduo, ou entre aquele e a coletividade. O objetivo é responder ao interesse público pretendido da forma mais efetiva possível, sem que o ordenamento jurídico seja descumprido.

Na esteira desse entendimento, Moreira Neto (2007) diz que a imperatividade sofre um refluxo saudável e necessário, o que força o surgimento de novos conceitos e de modelos de gestão, assim como tem ocorrido com a desestatização, a despolitização e a deslegalização. Nesse propósito, aponta-se ao menos três fundamentos sobre os quais a consensualidade se apresenta como técnica apropriada à reformatação do Direito Administrativo. O primeiro reflete a necessidade de adaptação e, se necessária, a criação de normas jurídicas que tornem o modelo de gestão administrativa mais eficiente. O segundo fundamento se baseia no aproveitamento do acordo para o gerenciamento de interesses públicos usando formas consensuais de cooperação e colaboração. Por último, se entende que a resolução de conflitos por meio do consenso se revela como uma oportunidade mais eficiente para recondução à normalidade antecedente, o que permitiria encontrar soluções mais rápidas e menos custosas ao erário (Moreira Neto, 2007).

Acabada a súmula sobre a evolução do consensualismo no ramo do Direito Administrativo, a seguir faz-se a apresentação resumida dos pressupostos desse modelo que justificam sua utilização pela administração pública.

2.3 Pressupostos para o consensualismo

Inicialmente é importante destacar que a adoção do consensualismo pela administração pública não significa, em hipótese alguma, a disponibilidade indevida do interesse público. O que se busca, é encontrar a melhor maneira (*best way*) de se alcançar o objetivo da lei ao invés de, simplesmente, aplicar a regra sob a óptica *dura lex sed lex* (a lei é dura, mas é lei). Nesse sentido, o exercício do poder não pode ser considerado afetado se, em compromisso com determinados indivíduos e em alguns casos, o titular (estado) promete, mediante ato bilateral ou unilateral, não exercer o poder ou exercitá-lo sob condições pré-determinadas e dentro de certos limites. Essa seria a forma mais eficaz de se atingir a finalidade do ato sem afrontar a autoridade estatal, uma vez que tais acordos não eliminam o poder que, em qualquer caso, permanece (Gaudin, 2007; Romano, 1964).

As três principais razões pelas quais o estado dever adotar preferência por acordos são apresentados por Lora (1998), a saber: (1) a onda de privatizações ocorrida na década de 1990, que fez surgir o estado regulador e aumentou consideravelmente o número de atividades fiscalizadas pelo estado, em face do

crescimento da participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, o que trouxe maior complexidade às decisões governamentais. Assim, decisões estatais adotadas por meio da ponderação e do consenso se tornam bem mais seguras e eficientes para o alcance dos propósitos comuns, do que aquelas impostas unilateralmente; (2) em razão das pretensões do estado em intervir na vida econômica e social da população, o uso de imposições unilaterais não se mostra o mais eficiente quando o assunto é obter o desejo de colaboração de particulares; e (3) a intervenção na vida econômica do país pretendida pelo estado foi inibida pela crise fiscal. Desse modo, diante da falta de recursos financeiros suficientes para empreender tal pretensão, a negociação com os agentes econômicos privados parece ser a solução mais viável.

À vista disso, a instrumentalização do Direito Administrativo deve, quando possível, privilegiar meios que possibilitem preferência aos atos consensuais, na intenção de conseguir a colaboração dos particulares em uma ação concertada para atingir finalidades públicas específicas de forma eficiente. É dizer, a arquitetura estabelecida no Direito Administrativo deve passar por uma reconstrução dogmática para incluir o modelo conciliatório entre suas fontes, já que o modelo clássico baseado em uma Administração autoritária está superado, especialmente porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) privilegia a busca do consenso com o indivíduo como critério de legitimidade substancial e de justificação das decisões administrativas, conforme se depreende do direito à ordem jurídica justa, albergado no art. 5º, XXXV da CF/88 (Alfonso, 2003; Mangnaro, 2000; Marques Neto, 2000).

Apontados os pressupostos do consensualismo, pretende-se a seguir demonstrar, concisamente, a correlação entre a administração pública consensual e o gerencialismo e entre ela e o estado em rede e a governança corporativa.

2.4 Correlação entre a Administração Pública consensual e os ideais do gerencialismo, do estado em rede e da governança corporativa

Como visto, a transformação da Administração Pública contemporânea ganhou forma a partir da adaptação, em países da Europa (destacadamente na França), de técnicas de gestão usadas na iniciativa privada, especialmente o modelo de governança corporativa enquanto função direcionadora que busca dirigir, monitorar

e avaliar a efetividade e a economicidade da gestão; e o modelo de gerencialismo, que busca alcançar maior eficiência nos resultados organizacionais e sociais (Chevallier, 2003; TCU, 2014; Pollit e Bouckaert, 2002).

No que se refere à administração pública gerencial, pode-se dizer que essa técnica se originou nos anos de 1980 e 1990 em países do norte da Europa e no Canadá, Estados Unidos e na Oceania. Anote-se que o gerencialismo adotado nesses países primou pela reestruturação da máquina pública visando substituir a rigidez burocrática e a centralização excessiva por outros valores, tais como a eficiência, eficácia e a competitividade. A relação do gerencialismo com a transformação da Administração Pública é umbilical, uma vez que, entre outros pressupostos, os novos valores priorizam a governança, a produtividade, a descentralização, o foco no cidadão (cliente), a orientação para o serviço, a liberdade de escolha, *accountability*, *disclosure* (acesso público), transparência e responsabilidade, neologismo que indica que o agente encarregado pela prestação do serviço se obriga a dar a melhor resposta à demanda (Barzelay, 2001; Kettl, 2005).

Particularmente, a Administração Pública consensual encontra espaço destacado no modelo gerencial, considerando que o conceito de transformação de um governo supremo para um governo empreendedor fundado em argumentos sólidos, doutrinas empíricas e justificativas plausíveis derivadas da interpretação positiva de valores mais abrangentes, está em sintonia com os princípios da administração dialógica. Esse novo paradigma impõe ao estado a necessidade de atuar por meio de um verdadeiro e efetivo diálogo com os indivíduos e com a coletividade, como condição para validação da atuação administrativa perante as esferas atingidas (Pollitt e Bouckaert, 2002; Maffini, 2010).

Um dos movimentos fomentado pelo gerencialismo é a Governança Pública, conceito que sucedeu o estado burocrático de Max Weber. Esse movimento foi fortalecido a partir da crise estatal desencadeada pelo fracasso do capitalismo e pelo avanço dos movimentos sociais que provocaram a crise do estado na década de 1980. A governança pública atenuou a rigidez hierárquica da administração burocrática trazendo para a área pública preceitos e mecanismos de mercado com vistas a melhorar a entrega de serviços públicos. Os efeitos pretendidos foram otimizados pela potencialização das relações transacionais originada do novo padrão de atividade econômica global, o que impulsionou a perspectiva neoliberal e neodesenvolvimentista e, por consequência, fortaleceu a democracia. É dizer, a

governança pública permite ao poder estatal ampliar seu campo de visão e se voltar para a sociedade em todos os níveis (local, regional e transnacional), na busca de um modo de desenvolvimento pautado em um processo pensado de forma consensada visando a coprodução por meio da participação e colaboração social, com o objetivo de alcançar resultados sob diversas perspectivas e não somente sob a visão econômico-financeira (Secchi, 2009; Bevir, 2010).

Entrelaçada à governança pública se encontra o estado em rede, representado por uma concepção dogmática que se associa às variadas formas de integração de organismos e entidades governamentais e não governamentais, na busca de formular e implementar políticas públicas que envolvam maior participação da sociedade. Essa concepção moldou, nas palavras do professor Paulo Neves de Carvalho, o “Direito Administrativo Vivo”, aquele que opera aberto, ciente dos valores sociais emergentes e não se limita à letra fria da lei. Nesse sentido, o estado em rede se revela como campo aberto à administração pública consensual (Araújo *et al.*, 2014).

Castells (2002), destaca que a sociedade em rede e o estado em rede têm origem no aparecimento de três processos autônomos surgidos na Era da Informação iniciada nos idos de 1960 e fortalecida a partir de 1970, quais sejam: (i) a terceira revolução industrial caracterizada pelo notável avanço da tecnologia da informação que produziu a internet, rede que interconectou toda a sociedade mundial, eliminou fronteiras e imprimiu a disseminação de informações de forma instantânea; (ii) a crise econômica do capitalismo e do estatismo, modelos superados e carentes de reestruturação; e (iii) o esplendor dos movimentos sociais que trouxeram para o centro do debate público questões como os direitos humanos, feminismo, libertarismo, ambientalismo, acessibilidade, tolerância, entre outros.

A inter-relação desses processos e os resultados por eles iniciados fizeram aflorar uma nova estrutura social prevalecente: a sociedade em rede. Junto a ela, floresceu uma nova ordem mundial com reflexos na economia e na cultura, notadamente pelo surgimento da economia informacional/global e pela cultura da virtualidade real. Dessa forma, as características elementares da sociedade em rede não se amoldaram ao modelo de Administração Pública inflexível, forçando, por outro lado, o poder público a repensar sua forma de atuação. Destaca-se, entretanto, que tais acontecimentos não extinguem a organização política estatal, apenas a redimensiona. Nessa nova ordem, a Administração Pública passa a ampliar seus

projetos e a iniciar um modelo de negociação que envolve governos, empresas e organismos nacionais e internacionais buscando superar a falta de recursos por meio da atuação em rede (Castells, 2002).

Diante disso, forma-se a percepção de que as organizações sociais contemporâneas estão cada vez mais dominadas pela lógica difusa da sociedade em rede, fenômeno que desconsidera a existência de centros e periferias e que exige da organização estatal a necessidade de evoluir na implementação (se não existente) e na incrementação (se já existente) dos meios de participação da sociedade nas atividades do estado, sob pena de tornar sem efeito prático as políticas públicas destinadas a beneficiar a população (Castells, 2002; Habermas, 2001).

A ligação entre o estado em rede e a governança corporativa aplicada ao setor público (governança pública) é interagente. Nesse sentido, a governança pública se apresenta como o modelo de coordenação estatal que privilegia o processo de colaboração e cooperação entre o estado, a sociedade civil organizada e o mercado, na busca de fortalecer o estado democrático de direito. Essa nova configuração requer a reinstrumentalização do estado para geração de um novo *modus operandi* em sua relação com a comunidade. Ao pretender reformatar projetos e ações por meio de participação coletiva, tem-se por objetivo principal atender a variedade de esferas sociais e suas demandas específicas, muitas delas além das perspectivas mercadológicas e econômicas (Dias e Cario, 2014).

Uma importante definição sobre governança pública é especificada no Livro Branco da Governança da União Europeia (UE). Para aquele organismo, Governança Pública é representada por um conjunto de normas, atos e procedimentos que se referem à qualidade do exercício do poder, especialmente no que tange à responsabilidade, transparência, conformidade e processos eficientemente conduzidos e aquisição de resultados comprovadamente eficazes (UE, 2001).

Diante de todo o exposto, verifica-se que a adoção do modelo de administração consensual se harmoniza com os preceitos tanto do gerencialismo, como do estado em rede e da governança pública, considerando que a negociação desponta como um requisito essencial para a prática desses modelos conquanto, dentre as mudanças significativas exigidas na arquitetura organizacional do estado, encontra-se a necessidade de ampliação da participação da sociedade nas decisões do governo, situação que mostra a evidente importância do consensualismo.

Superada essa exposição, no tópico seguinte discorre-se abreviadamente sobre as formas de expressão do consensualismo.

2.5 Modos de atuação da Administração Consensual

Os modos de atuação da administração consensual são formas de expressão conhecidas como concertação administrativa e contratualização administrativa. Para isso, a Administração Pública dá preferência ao emprego de meios, técnicas e procedimentos negociais, com o objetivo de alcançar resultados sem ter que lançar mão do seu poder de império conferido por lei. Nesses institutos a Administração Pública busca interagir com os interessados visando obter diálogo e negociar interesses dentro das possibilidades legais. Ressalte-se, entretanto, que a decisão de pactuar é exclusiva da Administração, cabendo ao particular, além de participar. Concordar ou não com a negociação (Moreira Neto, 2003).

A concertação administrativa ocorre quando a Administração Pública abre mão do poder de imperatividade e unilateralidade sob os quais os particulares estão sujeitos, aceitando compor negociação de modo a obter a colaboração dos jurisdicionados envolvidos. Trata-se de um modelo de administração flexível com base em debates conjuntos entre o poder público e o indivíduo (ou a coletividade) com a finalidade de obter consenso sobre qual medida pode-se adotar para a solução de determinada lide, que seja favorável para ambas as partes e que atenda ao interesse público (Fernández e Enterría, 1999; Machado 1982).

Há, pelo menos, três princípios constitucionais que fundamentam a atuação administrativa concertada, quais sejam: (i) o princípio democrático; (ii) o princípio da eficiência administrativa; e (iii) o princípio da procedimentalização da atuação administrativa. Assim, ao invés de a Administração optar por sua singularidade, deve permitir que o particular participe do processo de acordo, ajuste e concertação de sua atuação. Desse modo, entende-se que o princípio democrático se mostra adequado a fundamentar e justificar o uso da concertação dos atos da administração, considerando que a origem autoritária e antidialógica da administração imperativa deve se harmonizar com os princípios democráticos (Barroso, 2011).

Ressalta-se todavia, que a doutrina tem entendido que a concertação administrativa deve ser desenvolvida observando os ritos procedimentais legais destinados às manifestações dos envolvidos, para que esses tenham a oportunidade

de concordar com o seu conteúdo e, com isso, formar a decisão administrativa com base no alinhamento dos interesses envolvidos. É dizer, a procedimentalização administrativa deve ser feita observando-se os parâmetros normativos adequados à juridicidade e às exigências do devido processo legal, desde o início até a conclusão. Assim, o procedimento administrativo revela-se como o conjunto de formalidades de observância obrigatória desenvolvido dentro de um processo administrativo que obedece a um rito próprio que dita a forma de como se deve proceder. É o chamado devido processo equitativo, que se apresenta válido como garantia contra o exercício abusivo do poder. Assim, o princípio da procedimentalização da atuação administrativa de atos destinados a acordos negociais fundamenta, junto com os princípios democrático e da eficiência, a atividade da concertação no Direito Administrativo (Bitencourt Neto, 2017).

Já a contratualização administrativa pode ser entendida como a comutação das relações da administração pública fundadas no poder unilateral e impositivo do estado sobre o jurisdicionado, por relações baseadas na administração dialógica, negocial e na permuta. Nessa operação, o poder público busca o consenso com o particular, o que exige o reconhecimento, pelo estado, de que o exercício legítimo e democrático do poder estatal não se baseia somente na imposição das leis e na subordinação a elas, mas também na existência de um pluralismo administrativo que confere ao administrador público a capacidade de agir e decidir de forma autônoma, a fim de obter a colaboração e a concordância do administrado. Assim, o termo “contrato” não mais representa uma validação jurídica em sua essência, mas remete a uma nova espécie de administração pública, baseada no acordo e não mais na imposição unilateral. Por isso é válido falar que ocorre um “movimento de contratualização”, resultado da metamorfose provocada na administração pública em razão do conjunto de mudanças que afetaram os modos tradicionais de exercício da autoridade pública (Chevallier, 1999).

No Brasil, a evolução do contratualismo na administração pública foi representada, principalmente, pelo surgimento dos contratos administrativos de parceria e dos acordos de coordenação. A exemplo da Lei 8.987/95 (concessão e permissão da prestação de serviços públicos) modificada pela Lei 11.196/05 que inovou os critérios de julgamento, inverteu as fases de escolha da melhor proposta e trouxe a previsão do emprego de mecanismos privados para resolução de disputas relacionadas ao contrato, a chamada arbitragem (Brasil, 1995).

Além disso, pode-se destacar a Lei 11.079/2004, que instituiu a Parceria Público-Privada, cujo próprio nome já expressa o alinhamento desses dois ramos do Direito. Essa lei trouxe em seu bojo a possibilidade de saneamento de falhas e correção de inconformidades durante o julgamento das propostas (procedimento antes impensável) e, sobretudo, a aplicação de mecanismos admitidos no direito privado para solução de litígios dos contratos. Destaca-se, ainda, o Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/11 regulamentada pelo Decreto 7.581/11), que estabeleceu a possibilidade de negociação com o licitante vencedor mesmo após a conclusão definitiva do julgamento, o que demonstra o puro consensualismo positivo na legislação pátria (Brasil, 2004; Brasil, 2011).

Ademais, vislumbra-se na Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) um dos maiores expoentes do consensualismo contratual na administração pública. Essa lei trouxe profundas inovações ao contratualismo, ampliando a admissão de métodos e técnicas da iniciativa privada no âmbito público, dos quais destacam-se: (i) as regras de governança pública voltadas ao agentes públicos envolvidos nos processos de contratualização; (ii) o critério do maior retorno econômico (não mais o menor preço, necessariamente); (iii) a adoção do rito procedimental de julgamento das propostas antes da habilitação para as modalidades de concorrência, como regra; (iv) a inserção de critérios de sustentabilidade e da dimensão social nos contratos; (v) a possibilidade de fornecimento e prestação de serviço associado; (vi) a ampliação da participação de estrangeiros nas licitações; (vii) a consagração da pré-qualificação para futura contratação (adotando jurisprudência do TCU); e (viii) a previsão de regras agravantes e atenuantes em caso de sanção administrativa, entre outras inovações (Brasil, 2021).

Assim, verifica-se que as espécies contratuais de parceria estão se multiplicando no Direito Administrativo brasileiro e com tendência a crescer ainda mais, em razão da diversidade atual demandada pelas áreas econômica e social. É de se destacar que os arranjos contratuais criativos e inovadores oriundos da iniciativa privada já fazem parte do cotidiano administrativo do país, demandando novas formas de relacionamento contratual entre o poder público e a iniciativa privada, agora com base no diálogo e no consenso, o que permite vislumbrar o deslocamento do eixo pautado unicamente na autoridade sobre o particular, para um modelo de contratualização administrativa fundada na consensualidade (Dantas, 2023).

Insta registrar que a Administração Pública ainda dispõe de duas técnicas negociais que podem ser usadas como instrumentos da administração consensual: o acordo administrativo e a transação administrativa (Marques Neto, 2000).

A administração por acordo é o instrumento pelo qual a administração opera a conciliação e a transação administrativa. Nessa perspectiva, a administração manobra as ações sob quatro noções básicas: (1) a noção lógica do acordo, que é expressa pelo consenso de uma ou mais pessoas em torno de uma determinada finalidade; (2) a noção lógico-jurídica, que ocorre quando uma determinada norma jurídica reconhece o efeito vinculante do consenso construído; (3) a noção de contrato, que surge no acordo cujo objeto representa relações patrimoniais; e (4) a noção de acordo administrativo, que é retratada no ato bilateral pelo qual a administração pública atua com o objetivo de estabelecer relações de direito público. Em sentido estrito, o acordo administrativo está contido no processo de consensualidade e representa um acordo de vontades formado no âmbito da administração pública entre o estado e particulares, em situações em que esses fazem parte das decisões administrativas ((Damiani, 1992; Marques Neto, 2000).

No que concerne à transação administrativa, pode-se informar que se trata de uma tática de negociação na qual as partes litigantes em processo administrativo concordam em fazer concessões recíprocas a fim de prevenir ou terminar controvérsias litigiosas. É dizer, transação administrativa acontece numa relação jurídica controvertida onde as próprias partes estabelecem a forma de melhor solucioná-la, sem imposição de vontade unilateral, mas de forma negociada. (Batista Júnior, 2007).

Concluído o debate sobre as formas de expressão mais comuns do consensualismo, passa-se a apresentar o referencial empírico de suporte a este trabalho, apresentando um panorama sobre o consensualismo no Brasil.

3 REFERENCIAL EMPÍRICO

3.1 O consensualismo no Brasil

A concepção dogmática que gerou uma Administração Pública brasileira monológica tem origem no direito francês, no qual o Direito Administrativo pátrio se espelha. Essa idealização moldou um regime jurídico apoiado nos princípios da

supremacia do interesse público e na indisponibilidade desse interesse. Desse modo, firmou-se a ideia de que os interesses da Administração não podem ser submetidos a transações diversas daquelas previstas na letra fria da lei (Binenbojm, 2023).

Contudo, o chamado Estado-juiz sofreu, no epílogo do século XX, um notável redimensionamento em seu modelo de resolução de controvérsias. Trata-se da adoção, em diversos países, do chamado movimento do consensualismo, forma de solução de conflitos que privilegia o diálogo negociado no lugar da rigidez procedimental e das relações verticais entre o estado e os particulares. Esse movimento ganhou força nos albores do século XXI a ponto de ter sua fronteira de ação expandida para além do poder judiciário, alcançando a Administração Pública e quebrando paradigmas teóricos basilares do Direito público, como o da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, até então tidos como invulneráveis. Assim, alguns aspectos do núcleo conceitual do Direito Administrativo sofreram revisões e permitiram o desenvolvimento de inovações, das quais se destaca a possibilidade de realização de transações pelo poder público (Dantas, 2020).

O movimento mundial pela solução pacífica de litígios na área pública provocou, no Brasil, a abertura para a consensualidade e a reformulação dos seus conceitos fundamentais, permitindo superar os obstáculos que impediam a adoção de técnicas negociais para solução de conflitos no âmbito da Administração Pública. Já nos idos de 1941, o Decreto-Lei nº 3.365 de 1 de junho de 1941, previu por meio do artigo 10, a possibilidade de desapropriação por meio de acordo. Esse Decreto foi alterado pela Lei 13.867/2019 que incluiu, dentre as possibilidades de solução consensual, a alternativa da mediação e da arbitragem. Assim, a idealização burocrática autoritária forjada no século XIX não mais encontra espaço exclusivo frente aos contornos democráticos entalhados na CF/88 e na atual modelagem social formada com base em um mundo globalizado que, cada vez mais, clama por justiça comunitária e participativa (Brasil, 1941; Brasil, 2019; Pieroni, 2018).

A onda transformadora atingiu, primeiramente, o Poder Judiciário brasileiro, vindo posteriormente a expandir-se para as outras áreas e ramos do Direito, fatos que serão mais bem explicitados a partir dos subtópicos seguintes.

3.1.1 O consensualismo no Poder Judiciário

Como visto, as transformações políticas, sociais e econômicas ocorridas no século XX e impulsionadas a partir do início do século XXI exigiram a reformatação dos métodos de ação do poder público, com especial destaque para o Poder Judiciário. Nessa senda, ao promover o acesso integral à justiça, o sistema judiciário brasileiro, que já operava além dos limites de sua capacidade, foi impactado pela alavancagem da demanda que, confrontada com a morosidade judicial, o número insuficiente de juízes, o custo elevado do serviço forense, o número excessivo de possibilidades de recursos e com uma legislação processual defeituosa, provocou o que se convencionou chamar de “crise do judiciário” (Pieroni, 2018).

Na busca pelo enfrentamento dessa crise, o Poder Judiciário buscou e continua buscando promover uma prestação jurisdicional mais eficiente. Assim, a partir de decisões jurisprudenciais seguidas de alterações e inovações legislativas, o país adotou-se uma série de medidas com vistas a desenvolver instrumentos processuais capazes de mitigar o quantitativo de ações judiciais, desafogar o sistema e permitir uma atuação mais célere e produtiva. Dentre essas, destaca-se a criação de espaços para uso do consenso na via judiciária (Andrade, 2020).

No âmbito jurisprudencial traz-se a lume a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra da Ministra Ellen Gracie, prolatada no Recurso Extraordinário RE 253885 / MG – Minas Gerais, na qual reconheceu-se a validade da transação entre o estado e o particular, a despeito da regra geral da indisponibilidade do interesse público. A r. Ministra considerou que a atenuação do princípio da indisponibilidade do interesse público para o caso concreto analisado foi razoável, uma vez que ficou demonstrada que solução adotada foi a que melhor atendeu ao interesse público (Brasil/STF, 2002).

Além desses, há outros importantes julgados que reconhecem a utilidade de mecanismos extrajudiciais que buscam o consenso negociado. É o que se depreende da decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ no Agravo Regimental de Mandado de Segurança prolatado pelo Ministro Luiz Fux ao julgar o MS nº 11.308/DF. Na ocasião, o Ministro decidiu que a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo é justificada quando o interesse coletivo atende ao interesse público primário e envolve determinados direitos patrimoniais pragmáticos. Ou seja, na época, o entendimento do STJ já reverberava sobre ser cabível o juízo arbitral, em

casos envolvendo contrato administrativo, não obstante relacionar-se a direitos tidos como indisponíveis (Brasil/STJ, 2006).

Arrematando, ao julgar o Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petrobrás (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519 – RJ 2015/0076635-2), o STJ concluiu que a solução de litígios por meio da arbitragem que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não afronta o interesse público nem abdica ao seu atendimento. Assim sendo, a Corte superior decidiu, no mérito, declarar a competência do Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, em relação à jurisdição estatal. Ressalte-se que o colegiado, com amparo no art. 42 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC/2015), pronunciou que a parte tem sim direito de optar pela arbitragem. Ademais, o STJ asseverou que o CPC/2015 estimulou o uso de meios alternativos pela Administração Pública para solução de litígios, tendo considerado que a solução consensual configura como dever do estado, cabendo ao poder público promover e incentivar sua utilização, conforme decisão da lavra do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho (Brasil/STJ, 2017).

A guinada para valorização do consensualismo no Poder Judiciário foi promovida pela Lei nº 9.307/96 (dispõe sobre a arbitragem) alterada pela Lei nº 13.129/15 e pelas modificações introduzidas pela Lei nº 13.655/18 no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). As inovações recaíram nas disposições sobre segurança jurídica e sobre a eficiência na criação e na aplicação do direito público brasileiro. Ademais disso, tem-se a criação do sistema de justiça multiportas estimulado no §2º do artigo 3º da Lei nº 13.105 (Código de Processo Civil), com destaque para o §3º do mesmo dispositivo que estabeleceu que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (Brasil, 1996; Brasil, 2018; Brasil, 2015).

Não se pode olvidar que o passo decisivo para a consolidação do consensualismo no Poder Judiciário foi estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao editar a Resolução Nº 125 de 29/11/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Esse documento estabeleceu uma política pública

destinada a dar cuidados apropriados aos conflitos de interesse na justiça, com vista, principalmente, à disseminação da cultura de pacificação social, notadamente pelo que foi estabelecido já no parágrafo único do art. 1º da citada resolução, que incumbiu aos órgãos judiciários o dever de, antes de qualquer solução adjudicada mediante sentença, sejam oferecidos outros mecanismos de solução de conflitos com destaque para os meios consensuais, visando a celeridade da prestação jurisdicional e a melhoria do atendimento ao cidadão (Brasil/CNJ, 2010).

Destaque especial deve ser dado ao emprego dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos, conhecidos como Masc. Trata-se de meios de solução de controvérsias que não envolvem o sistema judicial formal. No lugar disso, prefere-se o uso de técnicas de negociação conhecidas como mediação, conciliação e arbitragem. O Objetivo é auxiliar as partes litigantes a chegarem a um acordo negociado. Como corolário, o uso desses métodos é menos oneroso, mais rápido e bem menos complexo que o processo judicial tradicional. Insta ressaltar que a Resolução CNJ n. 125/2010 incentivou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscs e dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - Nupemec, com a finalidade de robustecer a estrutura de unidades judiciais destinadas ao atendimento dos casos de solução pacífica de conflitos. Para se ter uma ideia da expansão dos Masc no Poder Judiciário, no ano de 2014 a justiça brasileira possuía 362 Cejuscs instalados no país. No final de 2022, o número dessas unidades saltou para 1.437, um vultoso crescimento em 8 anos (CNJ, 2023).

No âmbito penal brasileiro destaca-se a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Essa lei criou o modelo de justiça criminal consensual, notadamente em seus artigos 76 e 89 que estabeleceram, respectivamente, os institutos da transação penal e a suspensão condicional do processo, mecanismos que romperam com os paradigmas da indisponibilidade da ação penal e do princípio *nulla poena sine iudicio* (não há pena sem processo, sem aferição da culpabilidade). Com isso, abriu-se espaço para o consensualismo na justiça penal, possibilitando a solução mais célere e eficiente dos casos de crimes de menor gravidade. É importante destacar que há, na esfera criminal, uma tendência de ampliação do consensualismo. É o que se depreende do exame do art. 283 do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, aprovado em Plenário na sessão extraordinária ocorrida em 7/12/2010 e encaminhado à Câmara dos Deputados onde passou a

tramitar sob o Projeto de Lei Complementar – PLC nº 8.045/2010), onde se busca inserir na legislação uma forma de solucionar a ação penal mais rapidamente e de modo mais simples, com base no consenso fundado na confissão (Andrade, 2020).

Destaca-se, ainda, na esfera penal, a existência dos acordos de leniência sob a óptica da concertação administrativa interorgânica, no que refere à negociação e celebração de acordos na área da anticorrupção previstos na Lei nº 12.846/2013. Nessa lei, o consensualismo é notado especialmente pela diferenciação entre a sanção punitiva e as chamadas sanções premiais, reconhecidas como uma conduta positiva que produz resultados benéficos para a sociedade (Brasil, 2013; Bitencourt Neto, 2017).

Diante do exposto, verifica-se o protagonismo do Poder Judiciário no fomento aos meios consensuais de solução de conflitos, demonstrado de forma destacada pela pujante atuação do CNJ que promove, a olhos vistos, a transição paradigmática da metodologia sobre a resolução de litígios com valorização da dimensão consensualista. Assim, a despeito da tradição pautada em decisões unilaterais e impositivas formada em um passado não muito remoto, o Poder Judiciário vem ampliando os espaços de negociação, inclusive por acordos substitutivos de decisões sancionatórias ponderando posturas eminentemente punitivistas (Tartuce e Megna, 2021).

Na mesma direção, como poderá ser observado no tópico seguinte, o Poder Executivo vem adotando métodos e técnicas que privilegiam o consensualismo.

3.1.2 O consensualismo no Poder Executivo

No âmbito do Poder Executivo, a consensualidade se mostra positivada por meio da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Essa lei estabeleceu os princípios para mediação, dos quais destaca-se a busca pelo consenso e a inclusão de possibilidade de resolução de conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Os procedimentos estabelecidos por essa lei diferenciam mediadores judiciais e extrajudiciais estabelecendo que, qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes poderá atuar como mediador extrajudicial, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou

associação, ampliando as possibilidades de solução de conflitos independente da estrutura de pessoal do poder público (Brasil, 2015).

Insta ressaltar que a Lei nº 13.140/2015 autorizou o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, a realizar de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais (Brasil, 2015).

Além disso, pode-se mencionar a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão pertencente à estrutura organizacional da Advocacia-Geral da União – AGU, que tem a missão de realizar o exame de admissibilidade dos pedidos de solução de litígios no âmbito da AGU, além de dirimir controvérsias entre órgãos do Poder Executivo Federal, assim como entre esses e a Administração Pública dos demais entes federados, usando a técnica de conciliação.

Adiciona-se a esses o papel da Ouvidoria-Geral da União – OGU, órgão pertencente à estrutura da Controladoria-Geral da União – CGU (Decreto nº 11.330/2023) que, com base na Lei nº 12.527/2011 regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012 (Lei do Acesso à Informação – LAI) se utiliza de 2 (duas) estratégias de solução de conflito sobre transparência pública, a saber: (i) a resolução negociada, quando se procura solucionar o conflito diretamente com o órgão detentor da informação, direcionando providências para que o cidadão receba a informação negada e, com isso, resolvendo a questão de modo célere e confiável; (ii) resolução facilitada, que ocorre quando, além do órgão implicado, o cidadão interessado também é envolvido diretamente na negociação para solução da lide (Brasil, 2011; Brasil, 2012; Brasil, 2023).

Ponto de destaque no uso dos métodos consensuais de solução de conflito na Administração Pública veio com a Lei Federal nº 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos, já destacada no tópico anterior deste trabalho), notoriamente pelo explicitado no Capítulo XII (arts. 151 a 154 da norma) que dispõe sobre meios alternativos de resolução de controvérsias, especificamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. A referida norma veio para mitigar os inúmeros litígios entre particulares contratados e a Administração Pública, considerando que as relações contratuais entre eles representam uma verdadeira fonte de controvérsias, muitas vezes levadas para resolução judicial infinda, causando prejuízos ao interesse público, como é o caso do

grande número de obras paradas (mais de oito mil, segundo o Painel de Obras Paralisadas do TCU/2022) em razão de conflitos entre a empresa vencedora da licitação e a Administração Pública contratante (Brasil, 2021; Brasil/TCU, 2023).

Realizada a visão panorâmica do consensualismo no Poder Executivo, faz-se no subtópico seguinte a abordagem da questão nas Cortes de Contas brasileiras.

3.1.3 O consensualismo nos Tribunais de Contas

Na esteira da metamorfose pela qual passa a Administração Pública contemporânea em razão das transformações sociais, políticas e econômicas já debatidas neste trabalho, os Tribunais de Contas no Brasil, a luz da jurisprudência, da orientação doutrinária e das mudanças e inovações trazidas pela legislação, vêm admitindo medidas para adoção de acordos administrativos no âmbito do controle externo da Administração Pública, mesmo nos casos de substituição de sanção. Ao alinhar-se ao movimento pelo consensualismo, o controle externo, sem descuidar de sua função constitucional de controle dos atos do poder público, avança para uma atuação mais abrangente, ampliando as dimensões de desempenho na busca de iniciativas de natureza mais propositiva, contributiva e com foco em resultados esperando, além de coibir desvios, aprimorar a governança e as políticas públicas (Dantas, 2023).

Do ponto de vista prático, traz-se a lume a decisão jurisprudencial do egrégio Tribunal de Contas da União no ACÓRDÃO 2121/2017 – PLENÁRIO, da lavra do Ministro Bruno Dantas, onde o TCU não vislumbrou óbices nos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A. Na r. decisão o Tribunal asseverou que o acordo firmado seria mais efetivo que as multas aplicadas pela Anatel, em razão da baixa efetividade de sua arrecadação mesmo na fase de execução fiscal. É dizer, o TCU considerou que o interesse público estaria sendo melhor atendido através daquele acordo do que pela ação punitiva que poderia ser desencadeada pela Agência (Brasil/TCU, 2017).

Mais recentemente o Tribunal de Contas da União, de forma pioneira, inaugurando um novo modelo de atuação da Corte, aprovou a solicitação de solução consensual 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 01/2021, relativos às usinas da Karpowership Brasil Energia Ltda - KPS. Na controvérsia, buscou-se resolver de forma amigável a alteração contratual da KPS a fim de ajustar a execução do contrato às necessidades do sistema no horizonte de curto e médio prazos, considerando os impactos tarifários da energia contratada num cenário de escassez de energia, assim como os esforços da empresa para investir e viabilizar os empreendimentos. O objetivo do acordo foi de identificar alternativas para harmonizar a execução contratual com o interesse público relacionado à redução do impacto tarifário decorrente da contratação emergencial e à segurança jurídica dos contratos celebrados. Na decisão, o TCU aprovou integralmente a autocomposição do acordo com base na instrução técnica, na qual se destacam pelo menos cinco benefícios (Brasil/TCU, 2023):

a) Em termos econômicos, a aprovação do termo proporcionou a redução de 60% dos dispêndios com parcela de aquisição de combustível para geração de energia inflexível da KPS, e aproximadamente 19% dos custos totais com a remuneração total dos CER firmados com a KPS.

b) Em relação à gestão, o procedimento trouxe benefícios qualitativos a todo o processo decisório da tomada de decisão.

c) Atinente à segurança jurídica, o TCU entendeu que a solução tomada considerou o momento crítico e oportuno e foi adotada dentro dos limites legais conferidos aos autores. Dessa forma, a autocomposição se demonstrou adequada para ser usada como instrumento pela Corte de Contas, trazendo segurança jurídica não apenas ao termo específico, mas extensivo aos gestores envolvidos no processo de tomada de decisão, notadamente pela existência de cláusulas de não responsabilização e arquivamento de processos cujo mérito seja resolvido pela solução consensual, inspiradas nos princípios e nos resultados obtidos pelo acordo de cooperação técnica entre o TCU e outros órgãos federais que culminaram nas minutas dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Ademais, o ato permitirá uma utilização mais eficiente dos recursos de energia atualmente disponíveis, sem comprometer a segurança jurídica.

d) No que tange à sociedade, a decisão prolatada considerou que a celebração do termo não submeteu à União nem os consumidores ao risco de renúncia de recebíveis ou assunção de novas obrigações financeiras. Adicionalmente, a autocomposição permite a coordenação de ação entre os agentes para aumentar a eficiência do contrato, à luz do interesse público;

e) Referente à ação de controle externo, a relato técnico indica a existência de benefícios quantitativos potenciais na ordem de quase R\$ 580 milhões, em decorrência da redução de custos dos custos setoriais do mercado de energia, como resultado dos mecanismos previstos no termo de autocomposição; e

f) Em relação ao desenvolvimento de soluções consensuais, a decisão aponta potenciais benefícios qualitativos, destacadamente em relação ao aumento da segurança jurídica do processo de tomada de decisão em soluções concertadas de disputas no âmbito da Administração Pública.

Em relação aos mecanismos de consensualidade, verifica-se que o TCU adotou ações estruturantes significativas. Destaca-se a Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, alterada pela Instrução Normativa TCU nº 92/2023, que instituiu, no âmbito daquela Corte, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Além disso, o TCU criou uma unidade específica, a saber: a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), dotada de recursos materiais e humanos, a quem compete a análise prévia de admissibilidade da Solicitação de Solução Consensual – SSC por meio da Comissão de Solução Consensual – CSC, quando formuladas por autoridades legitimadas definidas no art. 2º da referida Instrução.

Assim, percebe-se que o Tribunal de Contas da União tem dado destaque e relevância ao consensualismo, tanto em suas decisões, que têm potencial de gerar jurisprudência em face de sua ascendência, quanto no ordenamento normativo interna *corporis* e na estruturação de setor específico para tratamento da temática. Assim, seguindo os ventos transformadores do *modus operandi* da Administração Pública, o TCU, no uso de suas competências constitucionais, se mostra alinhado à necessidade de aumentar a eficiência estatal na busca de diálogo entre o setor privado e a Administração Pública Federal (para mais informações sobre jurisprudência do TCU, consultar a Tabela constada no Apêndice A deste trabalho).

No âmbito dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, percebe-se que as Cortes têm, em regra, adotado normativas voltadas a implantar três instrumentos destinados a regulamentar a operacionalização de acordos consensuais, quais sejam: (a) o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC; (b) o Termo Circunstanciado Administrativo – TCA; e o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG (ver Apêndice B).

Como evidência da atuação consensualista pelos Tribunais de Contas Estaduais, destacam-se duas decisões emanadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE-RO. Trata-se da Decisão Monocrática DM 0125/2023-GCESS lavrada no exame da Tomada de Contas Especial instaurada para apuração de indícios de danos ao erário detectados no bojo de processo de Fiscalização de Atos e Contratos, na qual foram apontadas falhas na execução de contrato celebrado entre o Departamento de Estradas e Rodagens de Rondônia – DER/RO e a empresa MSL Construções Eireli – ME, cujo objeto era a construção de ponte sobre o Rio da Vala, localizado no Município de Porto Velho/RO. Nesse processo, o TCE-RO decidiu acatar a concordância com a adoção de providências para tentativa consensual do objeto contratual pactuada a partir de audiência entre o Ministério Público de Contas do Estado – MPC e os jurisdicionados envolvidos. Na ocasião, o Tribunal entendeu que a abertura de oportunidade para autocomposição no bojo dessa Tomada de Contas foi a medida mais razoável a ser adotada. Além disso, o Tribunal considerou que os acordos devem ser incentivados pela Corte, de modo a garantir a efetiva pacificação social e atender ao interesse público da população já afetada (Rondônia/TCE, 2023).

Na mesma direção o TCE-RO, através da Decisão Monocrática – DM 0132/2023-GCESS/TCE-RO decidiu pela homologação da autocomposição realizada entre o DER e o MPC, ampliando o prazo para cumprimento integral das medidas de saneamento das irregularidades constatadas na Tomada de Contas Especial instaurada em face da inexecução do contrato nº 17/17/GAB/DERRO, firmado entre o DER e a empresa Rápida Construtora, Comércio e Serviços Ltda. ME, para a elaboração de projeto básico de ampliação da pista de pouso dos aeródromos localizados nos municípios de Ariquemes e Ji-Paraná (Rondônia/TCE, 2023).

Na ocasião o TCE-RO decidiu pelo sobrestamento do feito e suspensão do prazo prescricional, considerando não haver qualquer vedação legal que as partes, em comum acordo, reajustem eventuais obrigações pactuadas a fim de atender na plenitude o objetivo da autocomposição, sem descuidar do dever de observar o interesse público e o efetivo cumprimento das condições assumidas (Rondônia/TCE, 2023).

Na mesma senda, destacam-se as ações que vêm sendo desenvolvidas no Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. O TCE-MT editou o Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso, indicando como norma fundamental do Tribunal a promoção de soluções consensuais ou autocompositivas,

inclusive com uso da mediação e celebração de negócios jurídicos processuais (art. 2^a, IV da LCE nº 752/2022). Além disso, o TCE-MT editou quatro resoluções normatizando o TAG, o TAC, o TCA e, de modo destacado, a instituição pela Corte de Contas mato-grossense das Mesas Técnicas destinadas a promover o consensualismo, a eficiência e o pluralismo na solução de temas controvertidos relacionados à administração pública e ao controle externo, conforme a Resolução Normativa nº 13/2021 (Mato Grosso/TCE-MT, 2021).

As Mesas Técnicas instituídas pelo TCE-MT têm por objetivo promover o consensualismo mediante a mediação e a conciliação antes de deflagrado qualquer processo fiscalizatório (levantamento, auditoria, inspeção) ou de responsabilização (contas, tomada de contas, denúncia ou representação), procedimento que também pode ser admitido na fase processual. Ressalta-se que, a partir de 2021, foram admitidos 12 acordos, sendo 6 já finalizados (Novello e Castilho, 2024).

Como visto, os Tribunais de Contas brasileiros têm aplicado o consensualismo utilizando-se de instrumentos práticos, tais como: o Termo de Ajuste de Conduta, o Termo de Ajuste de Gestão e o Termo Circunstanciado Administrativo, com base na legislação pátria e em suas Leis Orgânicas, assim como em suas Resoluções e Normativos específicos (vide Apêndice B deste trabalho).

Finalizada a exposição teórica e empírica de suporte bibliográfico e documental deste trabalho, apresenta-se a seguir a metodologia aplicada na pesquisa para formatação do modelo de gestão de riscos de apoio ao processo decisório e a gestão dos acordos administrativos no âmbito do controle externo da Administração Pública.

4 METODOLOGIA USADA NESTA PESQUISA

Considerando tratar-se de avaliação de leis e normas que tratam de tema específico, para delineamento da pesquisa utilizou-se o método eminentemente documental, complementado pela pesquisa bibliográfica, tendo em mente que se fez a investigação por meio de leitura e interpretação de livros, jurisprudências e coletâneas legais (Cervo e Bervian, 2002; Pasold, 2011).

No que se refere ao método, tendo em vista que nesse trabalho buscou-se pesquisar de forma analítica as partes do fenômeno a fim de se obter uma conclusão geral decorrente da comparação, a pesquisa é indutiva (Pasold, 2011).

Quanto à técnica, utilizou-se basicamente de dois métodos: (i) o referente, onde buscou-se explicar previamente as razões do trabalho a fim de apresentar o produto desejado, delimitado ao alcance da abordagem temática; e (ii) o conceito operacional, uma vez que foram apresentadas definições conceituais próprias objetivando sua aceitação para os efeitos das ideias reveladas neste trabalho (Pasold, 2011).

Quanto à classificação, considerando que o objetivo do trabalho é apresentar conhecimentos para aplicação prática dirigidos ao aperfeiçoamento de técnica de solução de problemas específicos, além de descrever características e estabelecer relações entre vários segmentos na busca de interpretar os fenômenos e lhes atribuir significados, a pesquisa é aplicada, qualitativa e descritiva (Lakatos e Marconi, 2021).

Para operacionalização da pesquisa e apresentação da proposta do modelo de gestão de riscos como instrumento de apoio à decisão e na gestão dos processos relativos aos acordos administrativos no âmbito do controle externo da Administração Pública, utilizou-se dos princípios estabelecidos na Norma ISO 31004:2015, *Risk management – Principles and guidelines – Gestão de riscos – Princípios e diretrizes* (2015), no Manual de gestão de riscos do TCU (2020) e na Normas ISSO 31000 – *Gestão de riscos – Diretrizes* (2018), combinadas com o Método ABC.

O Método ABC (*Activity Based Costing* ou Custeio Baseado em Atividades) é usado em organizações para avaliar as atividades desenvolvidas com maior precisão possível, com o objetivo de direcionar e alocar despesas específicas a fim de dar suporte à decisão sobre a gestão de estoques e gerenciamento de custos. Trata-se de um processo que combina os recursos organizacionais (recursos humanos, tecnologia, materiais, métodos, ambiente etc.) para descrever a melhor maneira de empregá-los para que as metas e objetivos sejam atingidos e os resultados sejam satisfatórios (Nakagawa, 1994).

Na área de gestão de riscos, o Método ABC vem sendo usado na abordagem de gestão de riscos para a preservação do patrimônio cultural, produzido pelo Instituto Canadense de Conservação do Governo Canadense – CCI em parceria com o Centro Internacional para o Estudo da Preservação e Restauo de Bens Culturais – ICCROM. A abordagem coloca a perda de valor como ponto essencial a ser atacado na prevenção, mitigação e eliminação de riscos. Ao contrário dos demais instrumentos de gestão de riscos, o Método ABC adaptado à gestão de riscos contempla todos os eventos que possam impactar no valor esperado (CCI, Iccrom, Ibermuseus, 2017).

Desse modo, tendo em vista que, para adaptação e aplicação do Método ABC, combinou-se dados provenientes de abordagens qualitativas e quantitativas, com vista à compreensão de fatos simulados que envolve coleta de dados empíricos e seu correlacionamento com experiências teóricas, buscando-se interpretar informações quantitativas por meio de símbolos numéricos e dados qualitativos mediante observação documental, admite-se que esta pesquisa possui viés quantitativo (Schneider; Fujii; Corazza, 2017).

Assim sendo, aproveitando-se da literatura, fez-se a adaptação para a temática do processo de consensualismo, definindo-se conceitos e ferramentas complementares desenvolvidos especificamente para fins deste trabalho. No caso do controle externo, considerou-se que os impactos negativos são retratados pela perda de valor da eficácia esperada. O detalhamento da proposta poderá ser verificado no tópico 5 a seguir.

5 A GESTÃO DE RISCOS COMO FERRAMENTA AUXILIAR DO PROCESSO DE CONSENSUALISMO NO CONTROLE EXTERNO

O risco está relacionado a possíveis acontecimentos que tenham potencial de interferir negativamente e prejudicar a conquista dos objetivos pretendidos em algum processo, atividade ou ação. A gestão de riscos tem o objetivo principal de detectar as ameaças existentes ou potenciais e planejar medidas capazes de minimizar e eliminar tais perigos (Brasil/TCU, 2020).

A ideia principal atinente à gestão de riscos nas corporações repousa no fato que toda e qualquer organização existe para gerar valor às partes interessadas. Isso porque o ambiente organizacional é permeado de incertezas que trazem adversidades que, por sua vez, requerem dos gestores uma análise eficiente que lhes permita compreender até que ponto essas imprecisões podem ser aceitas e como elas podem afetar a geração de valor pretendida. Para a efetivação de uma gestão de riscos eficiente é importante levar em conta os riscos tanto na construção da estratégia quanto no melhoramento da performance organizacional (Coso, 2017).

5.1 Conceituação específica, premissas e objetivo

Para fins deste trabalho, o conceito sobre a gestão de riscos, assim como as premissas e o objetivo foram adaptados e elaborados para a finalidade específica desta tarefa, sendo entendidos como:

a) Gestão de Riscos em processos de consensualismo: técnica de gestão destinada a identificar, analisar, avaliar, tratar e monitorar riscos, levando em consideração tanto a chance de ocorrer quanto seu impacto esperado, visando subsidiar o processo decisório e permitir o acompanhamento eficiente das ações decorrentes da aplicação do consensualismo no âmbito do controle externo da administração pública;

b) Premissas: A opção pela via do acordo no lugar do processo de apuração sancionatória deverá ser devidamente motivada, não deve descuidar das regras e princípios que regem a atividade administrativa, demonstrar vantagens, ter tratamento impessoal e isonômico entre as partes, conferir segurança jurídica e garantir a transparência dos pressupostos exatos que balizam a aceitabilidade das ofertas. Além disso, a opção deve ser baseada em evidências pautadas em estudos prévios, confiáveis e verificáveis, de modo a permitir a avaliação das ações a serem efetivadas para o alcance dos objetivos pretendidos; e

c) Objetivo: fornecer informações ao decisor sobre a existência de situações adversas com chance de ocorrer a ponto de impactar negativamente o processo de consensualismo, que precisam ser evitadas, eliminadas ou mitigadas a fim de garantir maior efetividade aos acordos administrativos destinados a solucionar litígios entre a administração pública e particulares, sob a óptica do controle externo.

5.2 Proposta para aplicação da gestão de riscos no processo de consensualismo

Os riscos no processo de consensualismo são representados pelos impactos negativos sobre os processos de acordos celebrados entre a Administração Pública e particulares. Neste trabalho os impactos negativos são expressos em perda de valor da eficácia esperada. A estrutura proposta para a gestão de risco no presente estudo, são apresentadas nos tópicos a seguir:

Para fins deste trabalho, a proposta de gestão de risco no processo de consensualismo está estruturada em 7 (sete) fases, a saber: (1) análise do contexto; (2) identificação dos riscos; (3) análise dos riscos – escala ABC; (4) avaliação dos riscos

– método ABC; (5) comunicação dos riscos; (6) tratamento dos riscos; e (7) monitoramento dos riscos.

5.2.1 Análise do contexto

Para a análise do contexto deverão ser consideradas as situações que permitam compreender todos os aspectos relevantes do contexto em que se encontra inserido o processo, sendo relevante analisar aos menos 8 (oito) aspectos, quais sejam: (1) ambiente político; (2) as partes interessadas; (3) interesses envolvidos; (4) aspectos econômicos; (5) fatores legais; (6) questões sociais; (7) benefícios potenciais passíveis de serem oferecidos ao jurisdicionado; e (8) eficácia esperada.

No quadro abaixo é fornecido um exemplo hipotético da análise de um contexto (não exaustivo).

Quadro 1 – Análise do contexto (exemplificativo)

CONTEXTO	EXEMPLO
Ambiente político	<p>Nos últimos anos, o ordenamento jurídico pátrio assistiu a um verdadeiro espraiamento da figura dos acordos de Leniência Administrativa, em paralelo ao uso de institutos análogos na seara criminal. Esse movimento foi influenciado por um esforço internacional de convergência na adoção de políticas judiciais e legislativas de combate à corrupção. Tal influência, se traduziu por meio da incorporação ao sistema jurídico interno de tratados multilaterais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (internalizada pelo Decreto 3.678/2000); a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Decreto 4.410/2002; a Convenção de Palermo (Decreto 5.015/2004); e a chamada Convenção de Mérida, conforme Decreto 5.687/2006. (STF, MS 35.435, Min. Gilmar Mendes).</p> <p>A consensualidade tem sido reconhecida como meio eficiente de aprimorar a governabilidade (eficiência), garantir freios contra o abuso (legalidade), o atendimento do interesse público (justiça) e a responsabilidade pública (legitimidade), além de desenvolver a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornar os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). Com efeito, a solução pacífica das controvérsias é um valor constitucional apregoado no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 (Noveli e Castilho, 2024).</p>
Partes interessadas	Verificar a legitimidade das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na negociação.
Interesses envolvidos	<p>Interesse público: eficiência processual (menor tempo de duração, economia de custos processuais, evitar ônus e lentidão da via judicial etc.). Execução da “boa administração”, em que o estado de coisas que vigora é a prestação de serviços de modo célere e competente, pelo que se reveste de grande relevo a racionalização da máquina administrativa (Penedo, 2021);</p> <p>Interesse privado: possibilidade de conversão de multas aplicadas no “bojo” de processos administrativos sancionadores em obrigações de fazer (realização de investimentos) configuraria uma conjugação dos princípios do interesse público e da eficiência (Binenbojm, 2023).</p>

CONTEXTO	EXEMPLO
Aspectos econômicos	<p>Listar os benefícios quantitativos potenciais (valores financeiros) estimados, em decorrência de possíveis redução de custos a serem previstos no termo de aucomposição.</p> <p>Listar os benefícios qualitativos (exemplo: aumento da segurança jurídica em processos de tomada de decisão em soluções consensuais).</p>
Fatores legais	<p>Citar as leis, regulamentos, jurisprudências sobre o assunto. Exemplo: Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas). Lei nº 13.105/2015 Código de Processo Civil. Lei nº 13.140/2015 (dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública). INSTRUÇÃO NORMATIVA - TCU Nº 91/2022 (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). TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Solicitação de Solução Consensual TC 006.253/2023-7 Relator: Ministro Benjamin Zymler. Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica; Ministério de Minas e Energia. Interessado: Karpowership Brasil Energia Ltda. Proposta de solução consensual aprovada.</p>
Questões sociais	<p>Analisar possíveis efeitos que impactem no (a): Implicação em desemprego. Efeitos negativos na renda familiar. Impacto na geração de emprego. Efeitos no meio ambiente. Especulação imobiliária. Transporte público. Segurança. Habitação. Violência. Favelização etc.</p>
Benefícios potenciais passíveis de serem oferecidos ao jurisdicionado	<p>Suspensão dos processos administrativos relativos à (citar a causa da lide) atualmente em análise no Tribunal de Contas por meio do processo n. 000.000/0000, com garantia de emissão de certidão positiva com efeitos de negativa, na forma da legislação. Preservação da eficácia das outorgas e da garantia física inicialmente contratualizada. Reversão dos recursos depositados em juízo à Conta do particular participante do acordo. Suspensão dos impedimentos em contratar com a Administração Pública, preservado o cumprimento dos termos do acordo.</p>
Eficácia esperada	<p>Os resultados esperados devem ser indicados de forma: (i) específica; (ii) mensurável; (iii) alcançável; (iv) relevante; (v) temporal; e (vi) verificável*. Exemplo: Ao final do prazo de vigência da presente autocomposição, previsto para ocorrer período de 01/06/2024 a 31/05/2026, o procedimento deverá apresentar os seguintes resultados: 1) Retomada das obras paradas no prazo de 60 (sessenta dias). 2) Conclusão de 100% da obra contratada no prazo de 2 (dois) anos a contar de 01/06/2024. 3) Redução de custos operacionais na ordem de 30% em relação à processualística desenvolvida no Tribunal. 4) Geração de 100 (cem) empregos para a sociedade do entorno do empreendimento. 5) Plantação de 5000 (cinco mil) mudas de árvores na região localizada ao norte das instalações que estão sendo construídas. *Juntar memorial de cálculos, estudos qualitativos e outras evidências que tornem as informações verificáveis.</p>

Fonte: elaborado pelo autor a partir das referências bibliográficas indicadas.

5.2.2 Identificação dos riscos

Nessa fase busca-se identificar o maior número possível de riscos com potencial de ameaçar o sucesso do processo e afetar a eficácia esperada. A pergunta-base que se faz nesse momento é: “quais os acontecimentos que podem causar perda de valor da eficácia esperada no processo de consensualismo em evidência?”

Os riscos mais comuns no processo de consensualismo envolvem pelo menos 14 fatores: (1) *Ne bis in idem*; (2) tutela por distintas esferas de responsabilização; (3) gerar ineficiência no sistema antifraude e anticorrupção; (4) impedimento da funcionalidade da empresa; (5) não materialização; (6) não participação da parte (7) burocratização; (8) risco de razoabilidade; (9) desvio da legalidade; (10) inexistência de balizas.; (11) inadimplência; (12) fiscalização; (13) fatores internos; e (14) fatores externos. No quadro a seguir são apresentados exemplos não exaustivos da identificação dos riscos aqui listados.

Quadro 2 – Identificação dos Riscos (exemplos não exaustivos)

FATORES DE RISCO	EXEMPLO
1) <i>Ne bis in idem</i> .	Risco de determinado jurisdicionado (pessoa física ou jurídica) ser apenado duas ou mais vezes pelo mesmo fato, em função das múltiplas instâncias de responsabilização no sistema brasileiro de controle.
2) Tutela por distintas esferas de responsabilização.	impossibilidade de o Tribunal de Contas aplicar sanção de inidoneidade, se os fatos apurados integrarem o escopo de um outro Acordo com o mesmo objeto.
3) Gerar ineficiência no sistema antifraude e anticorrupção.	Quando a perspectiva punitiva não é coordenada pelos regimes de responsabilidade cível e administrativa.
4) Impedimento da funcionalidade da empresa.	Quando as cláusulas do acordo são tão severas a ponto de impossibilitar à empresa a cumprir com tais sanções, impossibilitando que ela continue funcionamento e operando em seu mercado usual.
5) Não materialização.	Risco de formalizar acordos sem os elementos de materialidade, risco e relevância que justifiquem o interesse público no trato da matéria, com a conclusão pela admissão.
6) Não participação da parte.	Não permitir a participação da parte (jurisdicionado) na dimensão e na amplitude devida, como prejuízo para uma negociação mais célere, de menor custo, exequível e democrática.
7) Burocratização.	Elevado apego às normas; o excesso de formalização, rotinas e registros; a resistência às mudanças; a despersonalização dos relacionamentos; a ausência de inovação e conformidade às rotinas; a exibição de sinais de autoridade; dificuldade no atendimento.
8) Risco de razoabilidade.	Não razoabilidade da proposta em relação à natureza e à gravidade das condutas praticadas.
9) Desvio da legalidade.	Assinatura de acordo com agentes públicos que agiram com dolo ou erro grosseiro, devidamente verificado, o que é vedado (ver art. 12 e parágrafos do Decreto 9.830/2019).
10) Inexistência de balizas.	Não definição de limites objetivos para franquear um escopo possível do que pode ser ofertado em benefícios para atrair o interessado.
11) Inadimplência.	Risco de não cumprimento do acordo pelo jurisdicionado.
12) Fiscalização.	Falta de recursos (materiais e humanos) para realização de uma fiscalização eficiente capaz de acompanhar e monitorar resultados de forma concomitante e conclusiva.

FATORES DE RISCO	EXEMPLO
13) Fatores internos.	<p>Risco de discricionariedade: Falta de cultura de negociação (recentidade da consensualidade, despreparo dos agentes públicos).</p> <p>Risco de eficiência: Falta de diretriz ou deturpação da racionalidade empregada na utilização do instrumento (consensualismo). O excesso de normativas (ou sua falta), assim como um inadequado cotejamento entre a realidade social e jurisprudencial, pode produzir, em alguma medida, ineficiência das ações administrativas consensuais, causando desestímulo à celebração de acordos.</p> <p>Risco de perda de oportunidade e menor custo-benefício: não celebração do acordo devido a resistência ao modelo amparada na visão tradicional dos princípios da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade (atuar por meio de um processo sancionador pode ser menos arriscado do que optar pela via consensual). A relutância pode ocasionar perda da oportunidade de alcançar um melhor custo-benefício na ação.</p>
14) Fatores externos.	Concorrer para a impunidade.

Fonte: elaborado pelo autor a partir das referências bibliográficas indicadas.

5.2.3 Análise dos riscos (escala ABC)

Após a necessária identificação dos riscos é preciso medir o tamanho deles, entender quais são aceitáveis e como compreender as prioridades. Nessa etapa busca-se compreender melhor o risco identificado, sua importância, a chance de ocorrer e seu impacto negativo em relação à eficácia esperada no acordo em formação. O objetivo da escala ABC é permitir o cálculo, a comparação e a magnitude do risco para o processo de consensualismo. São escalas numéricas destinadas a quantificar a ocorrência e a perda de valor da eficácia esperado no procedimento. Neste trabalho a escala de avaliação de riscos está organizada da seguinte forma:

a) Escala de avaliação dos riscos

De acordo com a Tabela a seguir, a escala ABC possui 3 componentes. Na coluna “A” estão indicados os níveis de importância do risco. Na coluna “B” constam os níveis de impactos negativos prováveis que o risco pode causar à eficácia esperada. Por fim, na coluna C são indicados os índices de probabilidade de ocorrência do risco.

Tabela 1 – Escala de Avaliação de Riscos Método ABC no processo de consensualismo

Componente “a” – Importância	Componente “B” – Impacto negativo provável	Componente “C” – Probabilidade de ocorrência
------------------------------	--	--

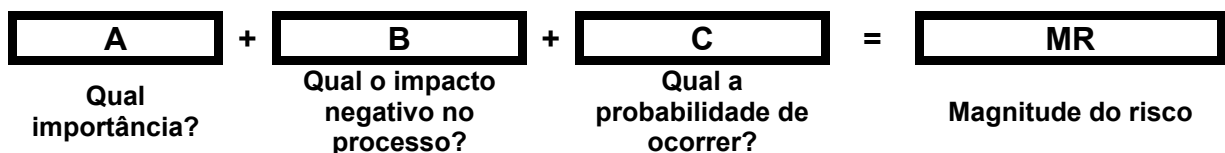
5,0	Extremamente importante	5,0	100%	Extremo	5,0	100%	Extrema
4,9	De grande importância	4,9	30%	Grande	4,9	30%	Grande
4,0	Muito importante	4,0	10%	Muito	4,0	10%	Muita
3,9	Moderadamente importante	3,9	3%	Moderado	3,9	3%	Moderada
3,0	Levemente importante	3,0	1%	Leve	3,0	1%	Leve
2,9	Pouco importante	2,9	0,3%	Pouco	2,9	0,3%	Pouca
2,0	Importância ínfima	2,0	0,1%	Ínfimo	2,0	0,1%	Ínfima
1,9	Importância diminuta	1,9	0,03%	Diminuto	1,9	0,03%	Diminuta
1,0	Importância insignificante	1,0	0,01%	Insignificante	1,0	0,01%	Insignificante
0,9	Nenhuma	0,9	0,003%	Nenhum	0,9	0,003%	Nenhuma

Fonte: Elaborada pelo autor.

Conforme a Tabela 1 acima, as dimensões dos riscos estão escaladas de 0,9 a 5,0. Já as grandezas estão explicitadas em extrema, grande, muita, moderada, leve, pouca, ínfima, diminuta, insignificante e nenhuma. O próximo passo é calcular a magnitude do risco.

b) Calculando a magnitude dos riscos

A magnitude dos riscos representa o potencial para causar perda de valor da eficácia no processo de consensualismo. O cálculo é realizado somando as colunas A + B + C, conforme formulação a seguir.



c) Determinação da magnitude dos riscos e Gerenciamento das incertezas.

Tabela 2 – Determinação da magnitude dos riscos e gerenciamento das incertezas

Risco	Componente "A" - Importância			Componente "B" - Impacto			Componente "C" - Probabilidade			Magnitude do risco (máximo de 15)		
	LS (PC)	LI (MC)	CMP	LS (PC)	LI (MC)	CMP	LS (PC)	LI (MC)	CMP	LS (PC)	LI (MC)	CMP
<i>Ne bis in idem.</i>	3	2	2,5	4	1,5	2,75	3	1	2	10,0	4,5	7,3
Tutela por distintas esferas de responsabilização.	3	1	2	5	2	3,5	2	0,5	1,25	10,0	3,5	6,8
Gerar ineficiência no sistema antifraude e anticorrupção.	2	0,5	1,25	4	2,5	3,25	3	1	2	9,0	4,0	6,5
Impedimento da funcionalidade da empresa.	1,5	1	1,25	3	1,5	2,25	2,5	0,5	1,5	7,0	3,0	5,0
Não materialização.	3	1,5	2,25	3	0,5	1,75	2,5	0,5	1,5	8,5	2,5	5,5

Não participação da parte.	3	2,5	2,75	4	2,5	3,25	2,5	0,5	1,5	9,5	5,5	7,5
Burocratização.	4	0,5	2,25	3,5	1,5	2,5	4,5	2	3,25	12,0	4,0	8,0
Risco de razoabilidade.	1	0,5	0,75	2	0,5	1,25	1	0,5	0,75	4,0	1,5	2,8
Desvio da legalidade.	1,5	0,5	1	3	1,5	2,25	3,5	0,5	2	8,0	2,5	5,3
Inexistência de balizas.	4	3	3,5	4	2	3	2,5	1	1,75	10,5	6,0	8,3
Inadimplência.	5	3	4	5	3,5	4,25	4	2,5	3,25	14,0	9,0	11,5
Fiscalização.	2	1	1,5	2,5	0,5	1,5	1,5	1,5	1,5	6,0	3,0	4,5
Fatores internos.	3	1,5	2,25	3,5	1,5	2,5	3	1	2	9,5	4,0	6,8
Fatores externos.	4	2,5	3,25	3,5	1,5	2,5	3,5	2	2,75	11,0	6,0	8,5

Fonte: Elaborada pelo autor a partir das referências bibliográficas indicadas.

Legenda:

LS (PC) = Limite superior, pior cenário.

LI (MC) = Limite inferior, melhor cenário.

LMP = Cenário mais provável.

Na Tabela 2 acima, faz-se uma simulação meramente exemplificativa do cálculo da magnitude e das incertezas dos riscos utilizando os fatores listados no Quadro 2.

A análise de riscos visa fornecer informações calculadas sobre os riscos que o evento, se ocorrer, pode causar para a perda de eficácia do processo de consensualismo, tanto para mensuração da eficiência processual quanto nos resultados esperados (eficácia). Ou seja, depois de identificar o risco, sua importância, o impacto negativo provável sobre o processo e a probabilidade de ocorrência, deve-se fazer o gerenciamento das incertezas dos riscos. Por óbvio, o modelo não fornece 100% de certeza dessas ocorrências e seus impactos. Nessas situações, sempre haverá uma margem de incerteza que pode ser pequena ou significativa.

Importa destacar que o grau de incerteza na análise de riscos depende da qualidade e precisão na identificação dos riscos e de outras variáveis que compõem a suscetibilidade natural dos processos.

Para lidar com a incerteza da análise de riscos usando a escala ABC, deve-se quantificar a magnitude de risco para cada componente de risco analisado considerando 3 (três) cenários: (i) o pior cenário, representado pelo limite superior da pontuação de risco - LS-PC; (ii) o melhor cenário representado pelo limite inferior da pontuação de risco - LI-MC; e (iii) o cenário mais provável - CMP (Ver Tabela 2).

O cálculo matemático que permite chegar aos resultados médios para gerenciamento das incertezas dos riscos, visa identificar o cenário mais provável em

cada componente analisado e, finalmente, informar qual a magnitude total do risco sobre determinado item, sob a óptica do pior e melhor cenário e do cenário mais provável.

No quadro a seguir se apresenta a representação matemática do cálculo para gerenciamento das incertezas do risco para cada componente.

Quadro 3 – Representação matemática do cálculo para gerenciamento das incertezas do risco para cada componente

Componente “A” para o cenário mais provável

O cenário mais provável para o Componente “A” – Importância é igual à média dos Limites superior (pior cenário) e inferior (melhor cenário) deste componente, dado pela seguinte fórmula:

$$CMPa = \frac{(Lsa + Lia)}{2}$$

Onde:

CMPa – Cenário mais provável para o Componente “A”;

Lsa – Limite superior (pior cenário) do Componente “A”;

Lia – Limite inferior (melhor cenário) do Componente “A”.

Componente “B” para o cenário mais provável

O cenário mais provável para o Componente “B” – Impacto é igual à média dos Limites superior (pior cenário) e inferior (melhor cenário) deste componente, dado pela seguinte fórmula:

$$CMPb = \frac{(Lsb + Lib)}{2}$$

Onde:

CMPb – Cenário mais provável para o Componente “B”;

Lsb – Limite superior (pior cenário) do Componente “B”;

Lib – Limite inferior (melhor cenário) do Componente “B”.

Componente “C” para o cenário mais provável

O cenário mais provável para o Componente “C” – Probabilidade de ocorrência é igual à média dos Limites superior (pior cenário) e inferior (melhor cenário) deste componente, dado pela seguinte fórmula:

$$CMPc = \frac{(Lsc + Lic)}{2}$$

Onde:

CMPc – Cenário mais provável para o Componente “C”;

Lsc – Limite superior (pior cenário) do Componente “C”;

Lic – Limite inferior (melhor cenário) do Componente “C”.

Limite superior (pior cenário)

O Limite superior (pior cenário) da Magnitude do risco é igual à soma dos Limites superiores dos Componentes “A”, “B” e “C”, dado pela seguinte fórmula:

$$LsMr = Lsa + Lsb + Lsc$$

Onde:

LsMr – Limite superior (pior cenário) da Magnitude do risco;

Lsa – Limite superior (pior cenário) do Componente “A”;

Lsb – Limite superior (pior cenário) do Componente “B”;

Lsc – Limite superior (pior cenário) do Componente “C”;

Limite inferior (melhor cenário)

O Limite inferior (melhor cenário) da Magnitude do risco é igual à soma dos Limites inferiores dos Componentes “A”, “B” e “C”, dado pela seguinte fórmula:

$$LiMr = Lia + Lib + Lic$$

Onde:

LiMr – Limite inferior (melhor cenário) da Magnitude do risco;

Lia – Limite inferior (melhor cenário) do Componente “A”;

Lib – Limite inferior (melhor cenário) do Componente “B”;

Lic – Limite inferior (melhor cenário) do Componente “C”;

Magnitude de risco - Cenário mais provável

O cenário mais provável para a Magnitude do risco é igual à média dos Limites superior (pior cenário) e inferior (melhor cenário), dado pela seguinte fórmula:

$$CMPMr = \frac{(LsMr + LiMr)}{2}$$

Onde:

CMPMr – Cenário mais provável para a Magnitude do risco;

LsMr – Limite superior (pior cenário) da Magnitude do risco;

LiMr – Limite inferior (melhor cenário) da Magnitude do risco.

Fonte: elaborado pelo autor.

d) Grau de prioridade dos riscos

Após a identificação do risco(Quadro 2), sua respectiva importância (Tabela 1), o reconhecimento do impacto negativo provável sobre o processo, a probabilidade de ocorrência e o gerenciamento das incertezas por meio da análise dos três cenários (Tabela 2), é preciso decidir sobre a prioridade de tratamento. Os critérios de prioridade são sugeridos na tabela a seguir.

Tabela 3 – Grau de prioridade dos riscos (para cada componente de risco)

Magnitude do Risco	Grau de prioridade	Cenário prospectado	Conclusão técnica sugerida
11 a 15	Extrema	Todo, ou quase todo valor da eficácia do processo poderá ser afetado	O processo de solução consensual é inviável, sob pena de comprometer o interesse público.
8 a 10,5	Grande	Significativa fração do valor da eficácia (mais de 70%) do processo poderá ser afetado	O processo de solução consensual é viável, desde que adotadas com a devida antecedência (antes da assinatura do pacto), as medidas necessárias para evitar, eliminar ou diminuir o impacto sobre a eficácia esperada.
6 a 7,5	Muita	Importante fração do valor da eficácia (mais de 50%) do processo poderá ser afetado	O processo de solução consensual é viável, desde que sejam adotadas as medidas necessárias para evitar, eliminar ou diminuir o impacto sobre a eficácia esperada, antes de decorrer metade do prazo estipulado para o cumprimento do ajuste pactuado.

Magnitude do Risco	Grau de prioridade	Cenário prospectado	Conclusão técnica sugerida
4 a 5,5	Média	Considerável fração do valor da eficácia (menos de 50%) do processo poderá ser afetado	O processo de solução consensual é viável, desde que adotadas no decorrer do processo (até o final do prazo pactuado), as medidas necessárias para evitar, eliminar ou diminuir o impacto sobre a eficácia esperada.
Inferior a 3,5	Baixa	A probabilidade de que o valor da eficácia do processo é pequeno (menor que 10%)	Os riscos identificados são aceitáveis, viabilizando a solução consensual da lide. O acompanhamento da solução pactuada é necessário e suficiente para mitigar possíveis impactos no decorrer do prazo pactuado.

Fonte: elaborado pelo autor.

Para estabelecer os valores da Magnitude de Riscos – MR, os fatores são classificados segundo o grau de prioridade extrema, grande, muita, média e baixa, conforme indicado na Tabela acima.

Uma vez determinada a escala de avaliação dos riscos (Tabela 1) e feita a magnitude dos riscos e gerenciamento das incertezas para cada componente (Tabela 2) combinada com o estabelecimento das prioridades dos riscos (Tabela 3), pode-se partir para a avaliação dos riscos.

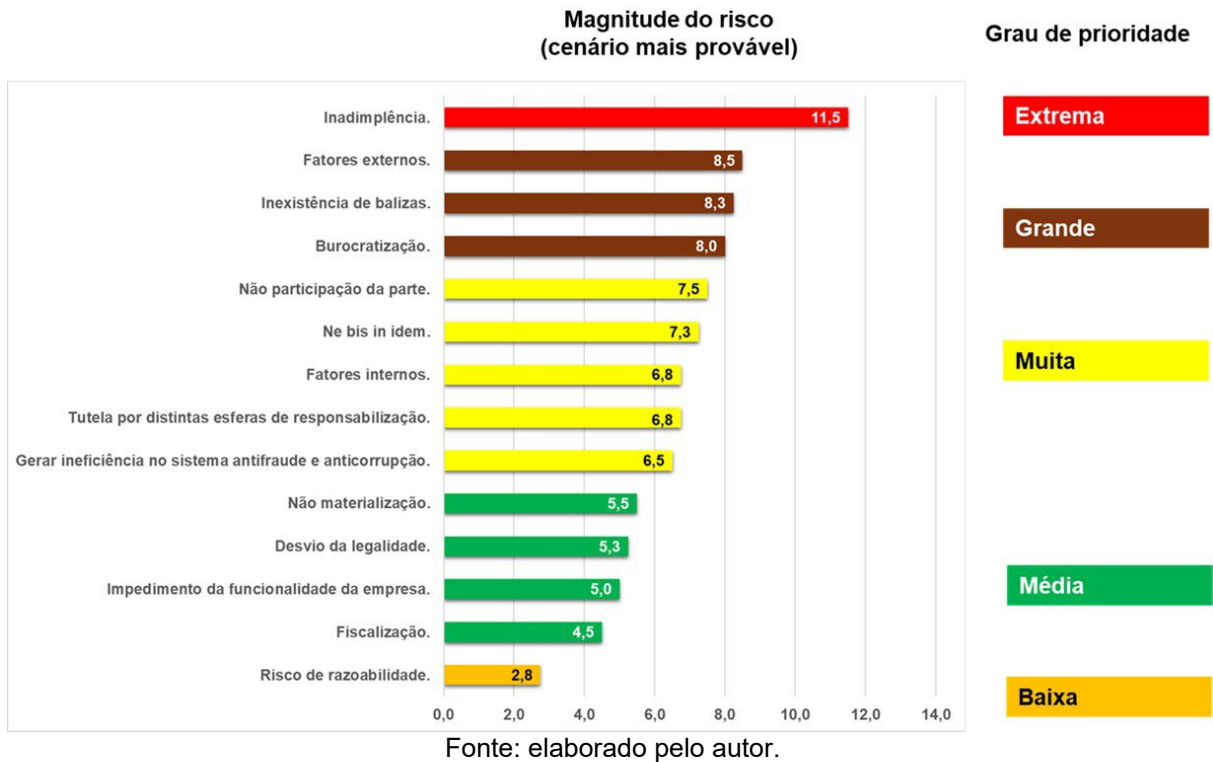
5.2.4 Avaliação dos riscos usando o método ABC

Com base nos dados da Tabela 2 (determinação da magnitude dos riscos e gerenciamento das incertezas) fez-se a elaboração de um gráfico considerando a o grau de prioridade dos riscos (Tabela 3).

Esses valores servem para subsidiar a decisão sobre a admissibilidade do acordo e sua gestão, ou seja, define-se se os níveis de riscos são aceitáveis e podem ser evitados, combatidos ou diminuídos, com a finalidade de garantir que o valor da eficácia esperada não seja afetado.

No gráfico abaixo é apresentado o resultado da simulação efetuada, ou seja, da avaliação dos riscos com base na magnitude do risco, o cenário mais provável (Tabela 2) e o e no grau de prioridade (Tabela 3).

Gráfico 1 – Avaliação dos riscos com base na magnitude do risco (cenário mais provável) e o grau de prioridade (exemplo)



5.2.5 Comunicação dos riscos

A comunicação dos riscos identificada deve ser feita de forma tempestiva e de modo claro. No caso dos riscos inerentes ao processo de consensualismo, a comunicação dos riscos tem duas finalidades precípuas: (i) a decisão pela admissibilidade; e (ii) fornecer subsídios para o correto tratamento dos riscos.

No caso específico do processo e consensualismo, se houver uma situação extrema, capaz de indicar a inviabilidade de acordo para solução consensual e/ou riscos de comprometer o interesse público, antes de qualquer tratamento deve-se decidir pela admissibilidade da proposta. Ou seja, para o exemplo que está sendo utilizado, o risco de inadimplência representou uma prioridade extrema (vide Gráfico 1). Tal situação, se ocorrer, precisa ser comunicada imediatamente a autoridade competente para decisão sobre a continuidade ou inadmissibilidade do acordo.

Esse procedimento é necessário para evitar que sejam adotadas medidas de tratamento e, somente depois, seja declarada a inadmissibilidade da solução consensual, considerando que, nessa hipótese, o esforço laboral e os custos advindos do tratamento adotado seriam perdidos, causando prejuízos a administração.

A comunicação de riscos deve ser realizada principalmente para a autoridade responsável pela decisão (no caso, o Conselheiro ou Ministro Relator), mas também

deve considerar os demais atores, principalmente a parte interessada e as distintas esferas e órgãos de controle envolvidos no processo.

5.2.6 Tratamento dos riscos

Em geral essa é a última etapa do processo de gestão de riscos. Ocorre após a identificação dos riscos, sua magnitude e definição das prioridades. Nessa fase são concebidas as medidas necessárias para evitar e/ou eliminar riscos inaceitáveis e monitorar e reduzir aqueles considerados como aceitáveis.

O tratamento dos riscos envolve ao menos 6 (seis) etapas que consistem em:

a) Evitar: é a busca de toda e qualquer ação de risco. Consiste em deter toda e qualquer causa de risco que possa comprometer o valor da eficácia do processo. Quando possível adotá-la, é a ação mais eficaz em um processo de gestão de riscos;

b) Bloquear: não sendo possível evitar a causa do risco, deve-se adotar medidas que inibam, detenham ou impeçam que a situação venha a se consolidar, impossibilitando assim que as ações danosas prossigam e prejudiquem o valor da eficácia do processo;

c) Reconhecer: consiste na vigilância atenta a fatores que possam surgir e ameaçar o valor da eficácia do processo. Em regra ocorre de forma concomitante e busca identificar situações que possam causar efeitos nocivos ao procedimento, a fim de permitir a ação rápida em caso de ameaça iminente;

d) Mitigar: ocorre em caso de reconhecimento de ameaças. Trata-se de atuar ante a situações que forem detectadas de modo a responder de forma rápida e eficiente a qualquer ação danosa com potencial para atingir o valor da eficácia do processo. É o momento em que se desenvolvem medidas para evitar que o risco se concretize ou, ainda, para atenuar seu impacto;

e) Transferir: consiste em compartilhar os riscos com terceiros, a fim de promover a garantia do processo; e

f) Aceitar: são situações que não requerem ação imediata e podem ser monitoradas no decorrer do processo, sem prejuízos ao valor da eficácia do processo.

É importante dizer que essas 6 (seis) etapas incluem ações preventivas e reativas, devendo-se priorizar as ações preventivas, em razão de sua maior chance de eficácia. Contudo, deve-se integrar prevenção e reação em todo o processo de

gestão de riscos, para que os resultados desejados sejam alcançados com maior grau de sucesso possível.

No quadro a seguir faz-se uma exemplificação indicativa de tratamento de riscos identificados.

Quadro 4 – Tratamento dos riscos (exemplo)

AÇÃO	FATORES DE RISCO	INDICADOR	TRATAMENTO SUGERIDO
EVITAR	Inadimplência	Não cumprimento do acordo pelo jurisdicionado.	<ul style="list-style-type: none"> • Analisar os antecedentes da parte, a fim de identificar o comportamento histórico em casos semelhantes (ausência de cooperação, descumprimento de acordos etc.).
	Legalidade	Assinatura de acordo com agentes públicos que agiram com dolo ou erro grosseiro.	<ul style="list-style-type: none"> • Vedação do acordo (ver art. 12 e parágrafos do Decreto 9.830/2019).
BLOQUEAR	Burocratização.	Elevado apego às normas; o excesso de formalização.	<ul style="list-style-type: none"> • Criação de mesas de trabalho específicas. • Criação de setor específico, com método de trabalho eficiente.
	Falta de balizas	Não definição de limites objetivos para franquear um escopo possível do que pode ser ofertado em benefícios para atrair o interessado.	<ul style="list-style-type: none"> • Realização de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, bem como da análise de custo-benefício do instrumento (Acórdão TCU nº 2.121/2017).
	Fatores externos	Concorrer para a impunidade.	<ul style="list-style-type: none"> • Adotar regras de controle a serem inseridas no termo contratual do acordo, de modo a permitir claramente que o consenso perseguido não é para incentivar a impunidade.
RECONHECER e MITIGAR	<i>Ne bis in idem.</i>	Múltiplas instâncias de responsabilização no sistema brasileiro de controle.	<ul style="list-style-type: none"> • Mesas de trabalhos com os demais órgãos envolvidos na lida. • Alinhamento conjunto das ações.
	Tutela por distintas esferas de responsabilização.	Fatos apurados integram o escopo de um outro Acordo com o mesmo objeto.	<ul style="list-style-type: none"> • Estabelecimento de termo de cooperação entre os órgãos de controle sancionadores.
	Gerar ineficiência no sistema antifraude e anticorrupção.	Falta de coordenação sobre a perspectiva punitiva.	<ul style="list-style-type: none"> • Criar meios de coordenação entre os regimes de responsabilidade cível e administrativa, a fim de garantir a perspectiva punitiva em caso de descumprimento do acordo.
	Impedimento da funcionalidade da empresa	Severidade nas cláusulas do acordo.	<ul style="list-style-type: none"> • Fazer o diagnóstico da situação empresarial a fim de evitar sua paralização, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

AÇÃO	FATORES DE RISCO	INDICADOR	TRATAMENTO SUGERIDO
			<ul style="list-style-type: none"> • Analisar os aspectos sociais que envolvem as medidas, a fim de evitar desemprego.
	Não materialização.	Risco de formalizar acordos sem os elementos de materialidade, risco e relevância que justifiquem o interesse público.	<ul style="list-style-type: none"> • Os estudos e análises devem ser feitos por meio de elementos consistentes e provas evidentes.
	Não participação da parte.	Não permitir a participação da parte (jurisdicionado) na dimensão e na amplitude devida.	<ul style="list-style-type: none"> • Criar meios para que a parte participe de todos os atos processuais possíveis, a fim de garantir sua participação nas decisões que lhe afetem.
	Fiscalização	Falta de recursos (materiais e humanos) para realização de uma fiscalização eficiente.	<ul style="list-style-type: none"> • Instituir setor específico para tratamento desses assuntos é medida que se impõe para garantir a eficácia do modelo (exemplo: Mesas de Trabalho no TCEMT; SecexConsenso no TCU).
	Fatores internos	Risco de discricionariedade: Falta de cultura de negociação.	<ul style="list-style-type: none"> • Estabelecimento de uma política de administração consensual. • Eventos de sensibilização. • Cursos de capacitação.
ACEITAR	Razoabilidade	Não razoabilidade da proposta em relação à natureza e à gravidade das condutas praticadas.	<ul style="list-style-type: none"> • Conciliar a burocracia com eficiência e razoabilidade. • Observar o ordenamento jurídico, os fins sociais, a proporcionalidade, a economia processual e a efetividade.
TRANSFERIR	Impedimento da funcionalidade da empresa	Severidade nas cláusulas do acordo.	<ul style="list-style-type: none"> • Pactuar com a empresa os riscos existentes sobre a funcionalidade da organização a fim de compartilhar ações que obstem situações que demonstrem potencial de impedir o funcionamento da organização.

Fonte: elaborado pelo autor.

O tratamento dos riscos deverá ser direcionado aos fatores de riscos identificados. No exemplo aqui usado, sugere-se algumas medidas que podem ser elencadas para combater esses riscos, utilizando-se dos fatores relacionados no Quadro 2, conforme sugestões simplificadas constadas no Quadro a seguir.

Quadro 5 – Indicação dos fatores de riscos (exemplo)

AÇÃO	<i>Ne bis in idem.</i>	Tutela por distintas esferas de	ineficiência no sistema antifraude e	Impedimento da funcionalidade	Não materialização	Não participação	Burocratizaçã o.	Risco de razoabilidade.	Desvio da legalidade.	Inexistência de balizas.	Inadimplência.	Fiscalização	Fatores internos	Fatores externos
EVITAR									X		X			
BLOQUEAR							X			X				X
RECONHECER	X	X	X	X	X	X						X	X	
MITIGAR	X	X	X	X	X	X						X	X	
TRANSFERIR				X										
ACEITAR								X						

Fonte: elaborado pelo autor.

Destaca-se que, considerando que cada processo ou evento tem sua peculiaridade, não existe uma receita padrão para o tratamento dos riscos. Assim, dependendo das espécies de riscos levantadas, a equipe de trabalho deverá se debruçar nos estudos do fenômeno a fim de indicar quais ações serão eficazes para tratar tais problemas e, assim, contribuir para o sucesso do acordo (valor da eficácia).

5.2.7 Monitoramento dos riscos

Nesse parte é realizado o acompanhamento e a apuração do desempenho relativo à gestão de riscos que está sendo efetuada. Abrange todas as ações pactuadas no acordo, desde os prazos, ressarcimentos de valores (se houver), compromissos, comportamentos, condutas do agente, entre outros aspectos, bem como o controle sobre o estágio da execução das medidas adotadas para o tratamento de riscos e a eficácia delas.

Como regra, o monitoramento deve ser amparado por um processo sistemático que envolva, ao menos, o cronograma das inspeções e o estabelecimento de emissão de relatórios periódicos (mensais, bimestrais, trimestrais, quadrimestrais, semestrais, conforme for convencionado) e de um relatório anual ou final de gestão onde constem as ações, as providências, as justificativas para os casos de insucesso e os resultados alcançados. Além disso, o relatório deve conter recomendações e sugestões para dar suporte à melhoria contínua do processo.

De acordo com o TCU (2020) o monitoramento dos riscos deve abranger 3 (três) dimensões, quais sejam: (i) o funcionamento da sistemática adotada; (ii) a

execução das medidas de tratamento de riscos adotadas e seus resultados; e (iii) a evolução do nível dos riscos, a fim de identificar aqueles que, por terem sido resolvidos, dispensam a continuidade do tratamento.

Destaca-se que o monitoramento integra o processo de gestão de riscos e deve ser feito de forma simples e objetiva, de modo a não burocratizar o processo.

Finalizando, ressalta-se que a avaliação dos riscos por meio do método ABC se mostra útil porque permite uma visualização rápida dos riscos que merecem tratamento prioritário. Esse fato é relevante uma vez que oferece possibilidade de maior eficiência e rapidez no processo, mitigando a possibilidade de risco a segurança jurídica e administrativa do pretense acordo, além de auxiliar no trabalho de instrução processual, permitindo a visualização mais completa e holística do evento analisado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo principal apresentar um modelo de gestão de riscos capaz de auxiliar no apoio à decisão e na gestão dos processos relativos aos acordos administrativos no âmbito do controle externo da Administração Pública.

Especificamente a monografia teve a finalidade de indicar de que forma a gestão de riscos pode apoiar o processo decisório no exame de admissibilidade, acompanhamento e controle dos processos de solução consensual e apontar meios de como a gestão de riscos pode auxiliar no reconhecimento de situações que precisam ser evitadas, eliminadas ou mitigadas a fim de garantir maior efetividade aos acordos administrativos.

Partiu-se da hipótese que os processos decisórios podem ser melhorados a partir da utilização de metodologias consagradas e eficientes que proporcionem maior eficiência a tomada de decisão. No caso em comento, a suposição indicou que a gestão de riscos seria um instrumento capaz de aperfeiçoar a tomada de decisão e controle de resultados em situações que requeiram o posicionamento dos órgãos de controle externo da administração pública quando houver submissão de propostas de solução consensual de controvérsias que envolvam o interesse público.

Os resultados apontaram que a gestão de riscos combinada com o Método ABC é uma ferramenta que possui relevante potencial para auxiliar no processo decisório e na gestão dos procedimentos que envolvam o consensualismo no controle externo, uma vez que permite uma rápida visualização dos riscos e a indicação

daqueles que merecem tratamento prioritário, além de oferecer possibilidades de maior eficiência e celeridade no trabalho de instrução processual, auxiliando para uma percepção mais completa e abrangente do assunto, o que contribuiu para evitar, eliminar e mitigar as possibilidades de riscos à segurança jurídica e administrativa nos processos de solução consensual no âmbito do controle externo da administração pública. Assim, considera-se que a hipótese inicialmente formulada foi confirmada.

Em face do exposto, conclui-se que os objetivos da pesquisa foram alcançados.

Finalizando, com base na extensa informação teórica e empírica informada neste trabalho, amparada nas indicações da legislação, da jurisprudência e nas referências doutrinárias de renomados autores (ver Apêndice A e as referências bibliográficas), é possível afirmar que o consensualismo já se apresenta como técnica consolidada e eficaz para solução de conflitos na relação jurídica-administrativa controvertida, não restando mais dúvidas sobre o cabimento de acordos na esfera administrativa.

No entanto, se verificou que a aplicação da técnica pelos Tribunais de Contas ainda é tímida, em geral baseada em normativas internas sobre a aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, Termo Circunstanciado Administrativo – TCA e Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, alguns dos quais foram efetivados somente nos anos de 2022 a 2024 (ver Apêndice B). Contudo, se destacam as boas práticas adotadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso (Mesas Técnicas), assim como pelo TCU (instituição da SecexConsenso) e pelo TCE de Rondônia (decisões consensuais efetivas demonstradas nesta pesquisa), bem como o protagonismo demonstrado pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.

Por fim, se enfatiza que a concertação administrativa não deve ser entendida como um ato deliberado para favorecer infratores. Antes, precisa ser vista como um meio de solução pragmática onde se busca alcançar os melhores resultados práticos possíveis, mas sempre balizada pela juridicidade. Ou seja, a escolha pelo consenso não pode ser adotada por meios puramente subjetivos, mas fundamentada em parâmetros estabelecidos na constituição e na legislação pátria e, ainda, motivada pela demonstração aprimorada de suas vantagens comparativas.

Assim, a adoção de mecanismos necessários para facilitar o arranjo das regras e princípios regentes da atividade administrativa se mostra útil para aprimorar o processo. Nisso reside a importância do presente trabalho, um vez que a ferramenta

de gestão de riscos combinado com o Método ABC se mostrou adequada ao aperfeiçoamento dos desenhos procedimentais para a gestão mais eficiente dos processos de consensualismo no âmbito do controle externo da administração pública.

Como proposta para novos trabalhos, sugere-se pesquisar sobre a evolução das decisões nos Tribunais de Contas com base nos meios alternativos para solução de controvérsias, tendo em vista o incentivo contido na legislação e o reconhecimento de que o método contribui para a pacificação social, atenuação de custos, redução dos prazos processuais e maior efetividade do provimentos.

REFERÊNCIAS

ABNT ISO 31000. 2ª ed. 28/03/2018. **Gestão de riscos — Diretrizes**. Disponível em: https://dintegcgcin.saude.gov.br/attachments/download/23/2018%20-%20Diretrizes%20-%20Gest%C3%A3o%20de%20Riscos_ABNT%20NBR%20ISO%2031000.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

ABNT ISO/TR31004. 1ª ed. 05/10/2015. **Gestão de riscos — Guia para implementação da ABNT NBR ISO 31000**. Disponível em [https://planejamentoestrategico.mcti.gov.br/arquivos/Gestao_Riscos_%20Guia Impl ementaCAO_ABNT.pdf](https://planejamentoestrategico.mcti.gov.br/arquivos/Gestao_Riscos_%20Guia_Impl ementaCAO_ABNT.pdf). Acesso em: 20 abr. 2024.

ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C**, Belo Horizonte, v. 13, 2003.

ANDRADE. O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa: (in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, set./dez. 2020.

ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. PIMENTA, Evaristo Caixeta. PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. O Estado em Rede na lógica do “Direito Administrativo” vivo. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, jul./set. 2014.

ARAÚJO, Maria Arlete Duarte de. MACEDO, Marconi Neves. O Estado como Mediador de Interesses: da concepção da ciência política à concepção da sociologia. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, 2023.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda., 1989.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011

BARZELAY, Michael. **The new public management: improving research and policy dialogue**. The Aaron Wildavsky forum for public policy. Berkeley, New York: University of California Press; Russell Sage Foundation, 2001.

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

BELLOUBET-FRIER, Nicole. TIMSIT, Gérard. L'administration en chantiers. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger**, Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994.

BERTI, Giorgio. **Il principio contrattuale nell'attività amministrativa**. In: SCRITTI in onore di Massimo Severo Giannini. Milano: Giuffrè, 1988. v. 2, p. 47-65. p. 49.

BEVIR, M. **Democratic Governance**. New Jersey: Princeton, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada para a gestão eficiente de interesses sociais. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 154, p. 16-26, jan./jun. 2023.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**. São Paulo: Almedina, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Brasília, 2010. Publicação: DJE/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15.

BRASIL. Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023. **Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Advocacia-Geral da União**. Brasil, 2023. Publicação: DOU de 1º.1.2023. Edição especial.

BRASIL. Decreto nº 11.330, de 1º de janeiro de 2023. **Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Controladoria-Geral da União**. Brasília, 2023. Publicação: DOU de 1º.1.2023. Edição especial e republicado no DOU de 6.1.2023.

BRASIL. Decreto nº 7.581, DE 11 DE OUTUBRO DE 2011. **Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. (Redação dada pelo Decreto nº 8.251, de 2014). Brasília: 2011. DOU de 13.10.2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.** Rio de Janeiro, 1941. Publicação: DOU de 18.7.1941.

BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. **Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição.** Brasília, 2012. Publicação retificada: DOU de 18.5.2012.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.** Brasília: 2004. DOU de 31.12.2004.

BRASIL. Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019. **Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica.** Brasília: 2019. Publicação: DOU de 27.8.2019.

BRASIL. LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.** Brasília: 2011. DOU de 5.8.2011 - Edição extra e retificada em 10.8.2011.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.** Brasília, 2011. Publicação: DOU de 18.11.2011 - Edição extra.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Brasília, 2013. Publicação: DOU de 2.8.2013.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília: 2015. DOU de 17.3.2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.** Brasília, 2015. Publicação: DOU de 29.6.2015.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Brasília, 2018. DOU de 26.4.2018.

BRASIL. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília: 2021. DOU de 1º.4.2021. Edição extra-F.

BRASIL. LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995, com alterações da Lei 11.196/05; 9074/1995 e 14.133/2021. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Brasília: 2005. DOU de 14.2.1995, republicado em 28.9.1998.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** Brasília, 1995. Publicação: DOU de 27.9.1995.
BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. **Dispõe sobre a arbitragem.** Brasília, 1996. DOU de 24.9.1996 e DOU de 27.5.2015.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.** Brasília, 1985. Publicação: DOU de 25.7.1985.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. CT - Reforma do Código de Processo Penal - PLS 156/2009 (art. 374-RISF). Publicação: **Diário do Senado Federal**, nº 202 de 2010, de 7/12/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 - DF (2005/0212763-0).** Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: União. Agravado: TMC - Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Administrativo. Mandado de segurança. Agravo Regimental desprovido. Publicação: DJ: 14/8/2006. Brasília: 2006.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519 - RJ (2015/0076635-2).** Conflito positivo de competência. Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal.. Conflito de competência julgado Procedente. Publicação: - DJe: 10/11/2017. Brasília, 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Recurso Extraordinário RE 253885 / MG - MINAS GERAIS.** Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 04/06/2002. Publicação: 21/06/2002. Órgão julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 21-06-2002. Brasília, 2002.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Representação TC 022.280/2016-2 – Medida Cautelar.** Relator: Ministro Bruno Dantas. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Interessado: Telefônica Brasil S/A. Medida Cautelar indeferida. Ata nº 39/2017 – Plenário. Data da Sessão: 27/9/2017 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2121-39/17-P. Brasília: TCU, 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Solicitação de Solução Consensual TC 006.253/2023-7** Relator: Ministro Benjamin Zymler. Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica; Ministério de Minas e Energia. Interessado: Karpowership Brasil Energia Ltda. Proposta de solução consensual aprovada. Ata nº 23/2023 – Plenário. Data da Sessão: 07/06/2023 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1130-23/23-P. Brasília: TCU, 2023.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA - TCU Nº 91, de 22 de dezembro de 2022, alterada pela Instrução Normativa TCU nº 92/2023. **Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.** Brasília: TCU, 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Painel de Obras Paralisadas**/Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2023. Disponível em <https://painéis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffea6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas** / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2014.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de gestão de riscos do TCU** / Tribunal de Contas da União. Brasília : TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão (Seplan), 2020.

CADIET, Loic. **Case management judiciaire et déformalisation de la procédure.** Revue Française D'Administration Publique, n. 125, 2008/1, p. 133-150. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm>. Acesso em: 4 fev. 2024.

CAILLOSSE Jacques, "**The Crisscrossing Functions of Lawyer and Manager in French State Reform Policy**", Revue française d'administration publique, 2003/1-2 (No 105-106), p. 121-134. DOI: 10.3917/rfap.105.0121. Disponível em: <https://www.cairn-int.info/journal-revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-121.htm>. Acesso em 5 fev. 2024.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia Do Iluminismo.** Campinas/SP: 3ª. Ed. Editora Unicamp, 1997.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: fim de milênio.** 3. ed. Vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. FIGUEROA, Rodrigo Ochoa. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável ("gerencial"). A&C: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

CCI. Instituto Canadense de Conservação do Governo Canadense. Centro Internacional para o Estudo da Preservação e Restauro de Bens Culturais - ICCROM. IBERMUSEUS. **Guia de Gestão de Riscos para o Patrimônio Museológico - O método ABC** – Uma abordagem de gestão de riscos para a preservação do patrimônio cultural. Lisboa: 2017.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CHEVALLIER Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? **Revue française d'administration publique**, 2003/1-2 (n. 105-106), p. 203-217. DOI: 10.3917/rfap.105.0203. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-203.htm>. Acesso em 5 fev. 2024.

CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999. *E-Book*. p. 397-414. p. 403.

COSO ERM. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. **Integrating with Strategy and Performance**. COSO, 2017. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/2017-COSO-ERM-Integrating-with-Strategy-and-Performance-Executive-Summary.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de **Justiça**. **Justiça em Números 2023/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2024.

DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e regulação**: reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 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, p. 261-280, jun./set. 2020.

DIAS, Taisa. CARIO, Silvio Antonio Ferraz. Governança Pública: ensaiando uma concepção. **Revista de Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília v. 17, n. 3 p. 89-108, set./dez. 2014.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 13ª. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. 1. Madrid: Civitas, 1999.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de derecho administrativo**. 9. ed. Vol. I. Madrid: Editorial Civitas, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FUKUYAMA, F. **Ordem política e decadência política**: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Miguel Mata. Lisboa: Dom Quixote, 2015.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

JOHNSON, Paulo. **O Renascimento**. São Paulo: Objetiva, 2002.

KETTL, Donald F. **The global public management revolution**. 2. ed. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2005.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 8ª. ed. Atualização: João Bosco Medeiros. São Paulo: Atlas, 2021.

LORA, Alejandro Huergo. **Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas**. Madrid: Civitas, 1998.

MACHADO, João Baptista. **Participação e descentralização**: democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almeida, 1982.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 253, p. 161, jan./abr. 2010.

MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. **Nascimento e Evolução do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 238, p. 167-174, out./dez. 2004.

MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa**: i profili critici e principi ricostruttivi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 139-141.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 355-357, 2000.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso – TCE-MT. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 13/2021 – TP: **Institui a Comissão Permanente de Normas e Jurisprudência – CPNJur, cria a Secretaria de Normas e Jurisprudência – SNJur, e dá outras providências**. Cuiabá: TCE-MT, 2021.

MATO GROSSO. Lei Complementar nº 752, de 19 de dezembro de 2022. **Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso**. Publicação: DO 19.12.22 (Edição Extra) e republicação no DO 01.02.23 (Edição Extra). Cuiabá, 2022.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em evolução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 210-211, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo nº 231. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129-156.

NABAIS, José Casalta. **Contratos fiscais**. Coimbra: Coimbra, 1994.

NAKAGAWA, Masayuki. **Custeio Baseado em Atividades**. São Paulo: Atlas, 1994.

NOVELLI, José Carlos. CASTILHO, Ricardo. **A prática do consensualismo no Tribunal de Contas de Mato Grosso por meio das Mesas Técnicas: efetividade do controle dialógico**. Revista Controle, Doutrina e artigos. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE-CE, v. 22, n. 1, p. 46-75, jan./jun. 2024.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PENEDO. **Consensualismo Administrativo: Considerações sobre a Aplicação da Mediação no âmbito da Administração Pública** Revista VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 390-406, 2º sem. 2021 – ISSN 1678-3425. Disponível em: <file:///C:/Users/profr/OneDrive/13.ARTIGOS%20PUBLICADOS/3.ARTIGOS%202024/2024%20-%20TCU%20Pr%C3%AAmio%20Monografia/27985-Texto%20do%20artigo-103269-3-10-20220306.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2024.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. J.C. Barbosa Moreira. **Revista Forense**, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998.

PIERONI, Fabrízio de Lima. **A Consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes ao entes públicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Avaliando reformas da gestão pública: uma perspectiva internacional**. **Revista do Serviço Público**, v. 53, n. 3, p. 5-30, 2002.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE-RO. DM 0125/2023-GCESS. Processo 00968/19 – TCERO. Relator: Conselheiro Edilson de Sousa Silva. **Tomada de Contas Especial. Adoção de medidas preliminares para autocomposição. Sobrestamento do feito. Suspensão do prazo prescricional. Interesse das partes**. Contrato nº 037/2018/PJ/DER-RO - Construção de ponte em concreto pré-moldado protendida localizada sobre o rio da vala (km 2,7), no ramal aliança. Trecho I-28 de novembro/nova aliança com extensão de 100,00m, largura de 6,35m e área de 635,00m² no município de Porto Velho-RO. Jurisdicionado: Departamento Estadual de Estradas de Rodagem e Transportes – DER. Publicação: DOeTCE-RO nº 2929 - ano XIII, de 03/10/2023, pág. 5-8. Rondônia, 2023.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE-RO. DM 0132/2023-GCESS/TCE-RO. 02912/2020-TCERO. Relator: Conselheiro Edilson de Sousa Silva. **Tomada de contas especial instaurada em função de possível dano**

ao erário decorrente da execução do contrato n. 17/17/GAB/DERRO, firmado entre o DER e a empresa Rápida Construtora, Comércio e Serviços Ltda. ME, para a elaboração de projeto básico de ampliação da pista de pouso dos aeródromos localizados nos municípios de Ariquemes e Ji-Paraná. Contrato nº 037/2018/PJ/DER-RO - Construção de ponte em concreto pré-moldado protendida localizada sobre o rio da vala (km 2,7), no ramal aliança. Trecho I-28 de novembro/nova aliança com extensão de 100,00m, largura de 6,35m e área de 635,00m² no município de Porto Velho-RO. Jurisdicionado: Departamento Estadual de Estradas de Rodagem e Transportes – DER. Autocomposição homologada. Prazo de execução das etapas. Sobrestamento do processo. Publicação: DOeTCE-RO nº 2944 - ano XIII, de 26/10/2023, pág. 12-15. Rondônia, 2023.

ROMANO, Santi. **Fragmentos de un diccionario jurídico**. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1964.

SECCHI, L. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-69, mar./abr. 2009.

SCHNEIDER, Eduarda Maria; FUJII, Rosangela Araujo Xavier; CORAZZA, Maria Júlia. **Pesquisas qualiquantitativas: contribuições para a pesquisa em ensino de ciências**. Revista Pesquisa Qualitativa, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 569-584, dez. 2017. Disponível em: <https://editora.sepq.org.br/rpq/article/download/157/100>. Acesso em: 18 mai. 2024.

TARTUCE, Fernanda; MEGNA, Bruno Lopes. **Fomento Estatal aos Meios Consensuais de Solução de Conflitos pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo**. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 281.

UE. **CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. C 364/1-C 364/22. UE: 18.12.2000. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 7 mar. 2024.

UE. **Livro Branco sobre a Governança**. Comunicação da Comissão, de 25 de Julho de 2001, «Governança Europeia - Um Livro Branco» [COM(2001) 428 final - Jornal Oficial C 287 de 12.10.2001]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/white-paper-on-governance.html#:~:text=O%20Livro%20Branco%20sobre%20a,assinatura%20do%20Tratado%20de%20Lisboa>. Acesso em: 13 mar. 2024.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: **Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Vol 2. Universidade de Brasília: Editora UnB, 2015.

WILSON, W. **O estudo da administração**. Cadernos de Administração Pública, Rio de Janeiro, n. 16, p. 1-35, 1955.

APÊNDICE A – Legislação e Jurisprudência sobre o consensualismo no Brasil

Fonte	Área	Órgão	Descrição
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: 2004. DOU de 31.12.2004.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Brasília: 2011. DOU de 5.8.2011 - Edição extra e retificada em 10.8.2011.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Brasília, 2011. Publicação: DOU de 18.11.2011 - Edição extra.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, 2013. Publicação: DOU de 2.8.2013.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: 2015. DOU de 17.3.2015.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, 2015. Publicação: DOU de 29.6.2015.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 2018. DOU de 26.4.2018.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: 2021. DOU de 1º.4.2021 - Edição extra-F.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995, com alterações da Lei 11.196/05; 9074/1995 e 14.133/2021. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: 2005. DOU de 14.2.1995 republicado em 28.9.1998.
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, 1995. Publicação: DOU de 27.9.1995.

Fonte	Área	Órgão	Descrição
Legislação	Poder Legislativo	CONGRESSO NACIONAL	BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Dispõe sobre a arbitragem . Brasília, 1996. DOU de 24.9.1996 e DOU de 27.5.2015.
Legislação	Poder Executivo	GOVERNO FEDERAL	BRASIL. Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Advocacia-Geral da União . Brasil, 2023. Publicação: DOU de 1º.1.2023 - Edição especial.
Legislação	Poder Executivo	GOVERNO FEDERAL	BRASIL. Decreto nº 11.330, de 1º de janeiro de 2023. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Controladoria-Geral da União . Brasília, 2023. Publicação: DOU de 1º.1.2023 - Edição especial e republicado no DOU de 6.1.2023.
Legislação	Poder Executivo	GOVERNO FEDERAL	BRASIL. DECRETO Nº 7.581, DE 11 DE OUTUBRO DE 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 . (Redação dada pelo Decreto nº 8.251, de 2014). Brasília: 2011. DOU de 13.10.2011.
Legislação	Poder Executivo	GOVERNO FEDERAL	BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição . Brasília, 2012. Publicação retificada: DOU de 18.5.2012.
Legislação	Poder Judiciário	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ	BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências . Brasília, 2010. Publicação: DJE/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15.
Jurisprudência	Poder Judiciário	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 - DF (2005/0212763-0) . Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: União. Agravado: TMC - Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Administrativo. Mandado de segurança. Agravo Regimental desprovido. Publicação: DJ: 14/08/2006. Brasília: 2006.
Jurisprudência	Poder Judiciário	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519 - RJ (2015/0076635-2) . Conflito positivo de competência. Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal.. Conflito de competência julgado Procedente. Publicação: - DJe: 10/11/2017. Brasília, 2017.

Fonte	Área	Órgão	Descrição
Jurisprudência	Poder Judiciário	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Recurso Extraordinário RE 253885 / MG - MINAS GERAIS . Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 04/06/2002. Publicação: 21/06/2002. Órgão julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 21-06-2002. Brasília, 2002.
Jurisprudência	Controle Externo da Administração Pública Federal	TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU	BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Representação TC 022.280/2016-2 – Medida Cautelar . Relator: Ministro Bruno Dantas. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Interessado: Telefônica Brasil S/A. Medida Cautelar indeferida. Ata nº 39/2017 – Plenário. Data da Sessão: 27/9/2017 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2121-39/17-P. Brasília: TCU, 2017.
Jurisprudência	Controle Externo da Administração Pública Federal	TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU	BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Solicitação de Solução Consensual TC 006.253/2023-7 Relator: Ministro Benjamin Zymler. Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica; Ministério de Minas e Energia. Interessado: Karpowership Brasil Energia Ltda. Proposta de solução consensual aprovada. Ata nº 23/2023 – Plenário. Data da Sessão: 07/06/2023 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1130-23/23-P. Brasília: TCU, 2023.
Legislação	Controle Externo da Administração Pública Federal	TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU	BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA - TCU Nº 91, de 22 de dezembro de 2022, alterada pela Instrução Normativa TCU nº 92/2023. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal . Brasília: TCU, 2022.
Legislação	Controle Externo da Administração Pública Federal	TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU	BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial para avaliação de governança em políticas públicas / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2014.

APÊNDICE B – Legislação e Jurisprudência sobre o consensualismo nos Tribunais de Contas do Brasil

Tribunais de Contas	Legislação	Jurisprudência
Acre	Não identificada.	
Alagoas	Resolução Normativa 004/2024 - Regulamenta os procedimentos de sindicância, processo administrativo disciplinar, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC e Termo Circunstanciado Administrativo - TCA, no âmbito da Corregedoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas, e dá outras providências.	
Amapá	RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 193/2023 – TCEAP - Institui o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Amapá.	
Amazonas	RESOLUÇÃO Nº 21, DE 4 DE JULHO DE 2013 - Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG – no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.	
Bahia	Resolução nº 000084/2020 de 10 de dezembro de 2020. Ementa: Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) e o Plano de Ação (PA) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado da Bahia.	
Bahia (TCM-BA)	RESOLUÇÃO Nº 1463/2022 - Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) e o Plano de Ação (PA) e dispõe sobre as decisões expedidas no âmbito do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.	
Ceará	RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 06/2018 - Institui o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, como solução alternativa a Incidentes Disciplinares, de menor lesividade, no âmbito dos Processos Administrativos da Corregedoria do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.	
Espírito Santo	Instrução Normativa Nº 82, de 8 de fevereiro de 2022 - Regulamenta a celebração de Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.	
Goiás	LEI Nº 16.168, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2007 (Art. 110-A). - O Tribunal de Contas pode propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade (acrescido pela Lei nº 17.260, de 26-01-2011).	
Goiás (dos municípios do estado - TCM-GO)	INSTRUÇÃO NORMATIVA IN Nº. 0004/2018 – Técnica Administrativa Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão - TAG - no âmbito do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás.	

Tribunais de Contas	Legislação	Jurisprudência
Maranhão	RESOLUÇÃO TCE/MA Nº 296, DE 20 DE JUNHO DE 2018 - Institui o Termo de Ajustamento de Gestão, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, regulamenta sua aplicação e dá outras providências.	
Mato Grosso	<p>LEI COMPLEMENTAR Nº 752, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2022 - Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso (art. 2ª, IV).</p> <p>RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 1/2013 – TP Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.</p> <p>RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 9/2010 - Dispõe sobre a adoção do termo de compromisso de ajustamento de conduta como solução alternativa a incidentes disciplinares no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.</p> <p>RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 28/2016 – TP: Institui o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.</p> <p>RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 12/2021 – TP: Institui a Mesa Técnica no TCE-MT, visando promover o consensualismo, a eficiência e o pluralismo na solução de temas controvertidos relacionados à administração pública e ao controle externo, e dá outras providências.</p> <p>RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 13/2021 – TP: Institui a Comissão Permanente de Normas e Jurisprudência – CPNJur, cria a Secretaria de Normas e Jurisprudência – SNJur, e dá outras providências.</p>	
Mato Grosso do Sul	<p>LEI COMPLEMENTAR Nº 160, DE 2 DE JANEIRO DE 2012 - Dispõe sobre o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências (art. 25-A)</p> <p>RESOLUÇÃO TCE/MS Nº 81, DE 05 DE SETEMBRO DE 2018 - Regulamenta o artigo 25-A da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012, que dispõe sobre o Termo de Ajustamento de Gestão-TAG no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul e dá outras providências.</p>	
Minas Gerais	<p>Resolução 14/2014 –10.09.2014 - Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG – no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.</p> <p>Resolução 5/2012 – 18.05.2012 - Dispõe sobre o encaminhamento ao Tribunal de Contas dos termos de ajustamento de conduta firmados entre o Ministério Público Estadual e os Poderes, órgãos ou entidades submetidos à jurisdição deste Tribunal.</p>	

Tribunais de Contas	Legislação	Jurisprudência
Pará (estadual)	RESOLUÇÃO Nº 19.104 - Dispõe sobre Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Pará.	
Pará (dos municípios do estado TCM-PA)	ATO Nº 23, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2020 - Dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará. (art. 254 a 278).	
Paraíba	RESOLUÇÃO NORMATIVA RN TC Nº 05/2007 - Estabelece normas para o Pacto de Adequação de Conduta Técnico-Operacional, e dá outras providências.	
Paraná	RESOLUÇÃO Nº 59/2017 - Normatiza o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.	
Pernambuco	RESOLUÇÃO TC Nº 201, DE 31 DE MAIO DE 2023 (atualizada pela Resolução nº 208/2023) - Regulamenta o Termo de Ajuste de Gestão em meio eletrônico e revoga a Resolução TC nº 2, de 7 de janeiro de 2015.	
Piauí	RESOLUÇÃO TCE/PI nº 27, de 30 de julho de 2015 - Disciplina o Termo de Ajustamento de Conduta como solução alternativa a incidentes disciplinares no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. RESOLUÇÃO TCE/PI nº 10, de 07 de abril de 2016. Institui o Termo de Ajustamento de Gestão, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, regulamenta sua aplicação e dá outras providências.	
Rio de Janeiro (Estado)	RESOLUÇÃO Nº 333, de 13 de março de 2019 Dispõe sobre a aplicação do TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC, como solução alternativa a incidentes disciplinares, de menor lesividade, no âmbito dos processos administrativos da Corregedoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. DELIBERAÇÃO Nº 338 de 8 de fevereiro de 2023 - Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (SEÇÃO VII art. 78ª 92).	
Rio de Janeiro (do Município - TCM-RJ)	RESOLUÇÃO TCMRIO Nº 073/2023, de 02 de agosto de 2023. Regimento Interno / Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (art. 1º, XXXIII e art. 121, IX).	
Rio Grande do Norte	RESOLUÇÃO Nº 025/2023-TCE, de 22 de novembro de 2023 - Institui o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como solução alternativa a incidentes disciplinares de menor gravidade no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. RESOLUÇÃO Nº 024/2023-TCE, de 22 de novembro de 2023 - Institui o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA) como solução para casos de	

Tribunais de Contas	Legislação	Jurisprudência
	extravio ou danos a bem público que implique prejuízo de pequeno valor no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.	
Rio Grande do Sul	RESOLUÇÃO Nº 1044/2015 - Institui o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, e dá outras providências.	
Rondônia	RESOLUÇÃO N. 246/2017/TCE-RO - Institui o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. RESOLUÇÃO N. 132/2013/TCE-RO - Institui e disciplina o Termo de Ajustamento de Conduta como solução alternativa a incidentes disciplinares no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.	
Roraima	Não identificada.	
Santa Catarina	RESOLUÇÃO N.TC-0245/2023 - Altera a Resolução N. TC-06/2001, que institui o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (inclusão do Termo de Ajustamento de Gestão (TAG). Arts. 1º, XXI e 109, VIII.	
São Paulo (Estadual)	Não identificada.	
São Paulo (do Município - TCM-SP)	RESOLUÇÃO Nº 02/2023 - Normatiza o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) no âmbito do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.	
Sergipe	RESOLUÇÃO Nº 270, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2011 – Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (art. 3º, XIII; art. 28, V; art. 122 ao 130.	
Tocantins	RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TCE/TO Nº5, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2016. Dispõe sobre as normas procedimentais para o Termo de Ajustamento de Conduta Disciplinar no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. INSTRUÇÃO NORMATIVA – TCE /TO Nº 1/2019, DE 15 DE MAIO DE 2019. Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão - TAG, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.	
Distrito Federal	Não identificada.	

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

2º LUGAR

CATEGORIA
TRIBUNAIS DE CONTAS

A CONSENSUALIDADE NO TCU: FUNDAMENTOS
TEÓRICOS, ENQUADRAMENTO JURÍDICO,
OPORTUNIDADES DE APERFEIÇOAMENTO E
RISCOS ASSOCIADOS

do autor

JOÃO PAULO GUALBERTO FORNI



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**A CONSENSUALIDADE NO TCU: FUNDAMENTOS TEÓRICOS,
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, OPORTUNIDADES DE APERFEIÇOAMENTO E
RISCOS ASSOCIADOS**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, bem como de entrevista semiestruturada, objetiva-se analisar os fundamentos teóricos, a natureza jurídica, a normatização e os riscos da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) à luz do direito positivo, além de verificar eventuais oportunidades de melhoria na formatação da consensualidade adotada pelo órgão de controle. Constatou-se que o TCU seria uma espécie de mediador ativo com ascendência deliberativa sobre a pertinência e o aperfeiçoamento do acordo, que difere, em grande medida, dos acordos substitutivos de sanção, embora de maneira pouco clara em certos casos. Por fim, foram identificados dois riscos e duas oportunidades de melhoria na atuação consensual do TCU: (i) risco de incorrer na “consensualidade abusiva”; (ii) risco operacional de processamento das demandas; (i) oportunidade de detalhamento da participação de particulares no procedimento; e (ii) oportunidade de aprimoramento do papel do Presidente do TCU no trâmite processual.

Palavras-chave: consensualidade; Tribunal de Contas da União; mediação; controle externo.

ABSTRACT

Through bibliographical and documentary research, as well as semi-structured interviews, the objective is to analyze the theoretical foundations, legal nature, regulations and risks of the actions of the Federal Court of Accounts (TCU) in the light of positive law, in addition to verify possible opportunities for improvement in the format of the consensus adopted by the control body. It was found that the TCU would be a type of active mediator with deliberative ascendancy over the pertinence and improvement of the agreement, which differs, to a large extent, from substitutive sanction agreements, although unclear in certain cases. Finally, two risks and two opportunities for improvement in the TCU's consensual performance were identified: (i) risk of incurring "abusive consensuality"; (ii) operational risk of processing demands; (i) opportunity to detail the participation of individuals in the procedure; and (ii) opportunity to improve the role of the President of the TCU in the procedural process.

Keywords: *consensuality; Federal Court of Accounts (TCU); mediation; external control.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CONSENSUALIDADE E SUA PAULATINA ADOÇÃO NO BRASIL	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3 A NORMATIZAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NO TCU: “CONSIDERANDOS” E PROCEDIMENTO	15
4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU: CONCILIADOR, MEDIADOR OU ÁRBITRO?	19
5 COMPETÊNCIA DO TCU PARA A CELEBRAÇÃO DE AJUSTES CONSENSUAIS E NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE <u>AUTOCOMPOSIÇÃO</u>	23
6 RISCOS DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU E OPORTUNIDADES DE MELHORIA	26
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS	3535
NOTAS DE FIM	38

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU) ganhou, em anos recentes, cada vez mais protagonismo no cenário jurídico nacional. Sua gama de competências de controle, nos termos não tão precisos dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), possibilita ampla intervenção nos rumos da Administração Pública brasileira.

Os referidos dispositivos, lidos conjuntamente, assentam que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, que, por sua vez, recebe extenso rol de competências próprias e privativas diretamente do texto constitucional.

Importante ressaltar que o fato de auxiliar o Legislativo no desempenho do controle externo não torna a Corte de Contas “órgão auxiliar” do parlamento, no sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional (Britto, 2018), uma vez que recebe atribuições diversas diretamente da Carta Maior, sendo, pois, órgão constitucionalmente independente, responsável por amplo controle técnico da gestão administrativo-financeira do Estado (Moreira Neto, 2014).

Dadas essa vasta possibilidade de atuação e a já mencionada pouca clareza constitucional a respeito de seus limites, o TCU é constantemente criticado pela postura dita “expansionista” na interação com outros órgãos e entidades (Cf. Dutra e Reis, 2020).

Esse aspecto ganha contornos ainda mais evidentes e controversos quando se considera a relação do TCU com as agências reguladoras, uma vez que essas entidades foram desenhadas para atuar com independência e tomar decisões técnicas concernentes à normatização e à fiscalização dos serviços e atividades reguladas.

Sendo assim, eventual postura expansiva do TCU nesse contexto pode gerar problemas mais graves do que em outros âmbitos, pois os agentes do mercado – sejam usuários, sejam prestadores de serviço – podem recair em sincera dúvida a respeito de quem regula de fato o setor.

Esse é o pano de fundo da criação, pelo TCU, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso), no final de 2022, bem como da normatização de procedimento destinado à consensualidade. É o que se depreende de trecho da fala do Ministro do TCU Benjamin Zymler, no XI Fórum Jurídico de Lisboa em 2023¹:

Acho que o TCU fez um passo no sentido de homenagear a ideia de autocomposição entre Poder concedente, agências regulatórias e as empresas. Editamos normativa que cria a solicitação de solução consensual, um procedimento por meio do qual agências reguladoras, poder concedente e autoridades especificadas podem solicitar ao tribunal análise de um termo de autocomposição que será firmado entre as partes.

Ao abrir-se institucionalmente às modalidades consensuais de endereçamento de conflitos, o TCU dá um passo em direção à moderação. É relevante, entretanto, analisar os fundamentos teóricos, a natureza jurídica, a normatização e os riscos dessa atuação da Corte de Contas à luz do direito positivo, bem como verificar eventuais oportunidades de melhoria na formatação da consensualidade adotada pelo TCU. Essa é a proposta do presente trabalho, o qual se vale, para tanto, de pesquisa bibliográfica e documental, bem como de entrevista semiestruturada com um integrante da Secex Consenso.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CONSENSUALIDADE E SUA PAULATINA ADOÇÃO NO BRASIL

Para que se possa compreender o atual momento do direito administrativo brasileiro, permeado por diversos institutos impregnados da ideia de consensualidade, faz-se necessário retomar as origens desse modo de atuação do Estado e seus principais fundamentos. Neste tópico, além dos referidos pontos, serão brevemente apresentadas normas que exemplificam a contínua inserção da axiologia consensual no contexto nacional.

A partir das lições de Moreira Neto (2003), é possível apontar o período pós Segunda Guerra Mundial como um momento de virada na atuação estatal. Antes centrado nas reivindicações liberais², o Poder Público se vê diante de novas demandas por prestações positivas, ampliando seu espectro de atuação até um momento de inflexão. A partir da década de 1970, esse processo se inverte, com

mudanças nos processos econômicos ligadas, notadamente, à perda de poder do Estado no processo produtivo, ao acúmulo de déficits crescentes, à escassez de recursos para dar conta das demandas sociais e à falta de condições de aumento da carga tributária (Moreira Neto, 2001).

Paralelamente, intensifica-se a insatisfação social com a atuação estatal. Reivindicações crescentes por maior participação fazem emergir, com mais clareza, o que Moreira Neto (2001) denomina “Estado Pluriclasse”, uma forma de organização política marcada pela pluralidade e maior envolvimento da sociedade, com ampliação de seu protagonismo na determinação de mudanças, sob uma lógica coletiva. Esse movimento se caracteriza por cinco princípios, quais sejam: a subsidiariedade, em lugar da hipertrofia dos entes centrais; a coordenação, em lugar da exclusividade de atuação; a privatização, quando a execução do interesse público pode ser mais bem realizada por meios privados; a publicização, no sentido de retirar do Estado determinadas prestações, que passam ao setor privado, mas com um paralelo reforço dos instrumentos regulatórios das atividades delegadas; e a consensualidade, objeto deste trabalho, que será detalhada na sequência.

O Estado Pluriclasse, mais democrático, acresce de maneira mais nítida o critério da *legitimidade* à atuação do Poder Público, exigindo-se um grau mais elevado de consenso sociopolítico na tomada de decisões. Esse critério atua ao lado da legalidade, já presente na conformação original do Estado de Direito. A participação popular é incrementada tanto materialmente, conforme o grau de amadurecimento democrático, como “formalmente, na medida em que se multiplicam os instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (associações e parcerias), na linha da consensualidade” (Moreira Neto, 2001, p. 41).

A correlação entre democracia e consensualidade fica clara na lição de Almeida (2012, p. 337), ao afirmar ser esperado “que um dos vetores da evolução do Direito Administrativo, na democracia, seja a substituição dos mecanismos de imposição unilateral – tradicionalmente ditos de ‘império’ – por mecanismos de consenso”. Essa transformação é observada também por Silva (2016, p. 467), ao destacar que, de autoritária e agressiva, a Administração modifica-se no sentido de “procurar o consenso com os particulares, quer mediante a generalização de formas de actuação contratuais, quer pela participação e concertação com os privados, ainda quando estejam em causa actuações unilaterais”. No mesmo sentido, Muñoz (2010, p. 30)

vislumbra alterações que o perfil mais democrático acarreta à atividade administrativa, ensejando que sejam repensadas instituições e categorias próprias de um ramo do Direito “que esteve por muito tempo vinculado e apegado a uma dimensão unilateral e estática do interesse público, a qual deve ser substituída por uma versão mais participativa e mais transparente”.

A consensualidade, para Moreira Neto (2001), é alternativa preferível à imperatividade, notadamente quando não houver necessidade de aplicar o poder coercitivo, o que tende a ampliar a legitimidade das decisões estatais e a torná-las mais aceitáveis e facilmente obedecidas, além de serem, via de regra, mais baratas e mais ágeis. De modo similar, Guerra e Palma (2018, p. 131) assinalam que, “em termos de cultura jurídica, a consensualidade se afirmou como técnica de desenvolvimento de atividades administrativas por vezes preferível dentre as vias tradicionais”. Situando essa mudança axiológica no tempo, Dantas (2020) assenta que, a partir dos primeiros anos do século XXI, as soluções consensuais passam a ser sistematicamente preferidas às fórmulas unilaterais, devendo as escolhas ser resultado de negociações e compromissos, levando em consideração os pontos de vista das partes envolvidas, a partir de discussões nas quais o Estado se coloca em pé de igualdade com os demais atores no âmbito das decisões coletivas.

Entre as vantagens da atuação consensual do Estado estão o incentivo ao potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração) e da constelação estatal (cooperação), e a redução de custos para o Estado e a sociedade (economicidade) (Moreira Neto, 2001).

Outro potencial benefício da consensualidade é a redução ou prevenção de conflitos. A maior pluralidade e o incremento da participação na atuação do Estado tendem a gerar maior conflituosidade, afinal, de uma estrutura formalmente impermeável ao impulso social, concebido como “monolítico e separado dos sujeitos privados destinatários de suas ações, tornou-se progressivamente fragmentário, multiplicando com isso as relações com o resto da sociedade e assim aumentando as ocasiões de confronto com ela” (Fracchia, 198, p. 2). O crescente grau de litigiosidade “atulha as prateleiras dos órgãos burocráticos com milhares de processos, muitos deles semelhantes quando não repetitivos”, o que levou, em resposta, à concepção de “institutos em que o consenso pode atuar vantajosamente na prevenção administrativa de conflitos” (Moreira Neto, 2003, p. 152), ou, mais propriamente, no

escalonamento de conflitos, uma vez que tende a brechar seu espraiamento para outras esferas e reduzir seus efeitos danosos, pois os acordos gozam de maior legitimidade, por serem fruto da construção conjunta.

A consensualidade, nesse contexto, materializa-se quando Administração, empresas, organizações não governamentais e cidadãos cedem mutuamente “sobre pontos relativos ao objeto em discussão, favorecendo a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos, os quais permaneceriam contrapostos se não fosse pela ocorrência de trocas e concessões entre as partes” (Oliveira, 2005, s.p.).

Como fundamentos centrais da atuação consensual da Administração, Ferraz destaca a “dialogicidade”, caracterizada pela abertura da Administração Pública ao diálogo franco com o mercado, os cidadãos e a sociedade civil, e a “contratualização”, que denota a crescente utilização da técnica contratual em variados domínios da atuação administrativa (Ferraz, 2020). A rigor, todas as manifestações da consensualidade por parte do Estado podem ser reconduzidas a essa tipologia. O resultado da atuação consensual é um acordo estabelecido entre a Administração Pública e um ou mais sujeitos de direito, submetido ao regime jurídico-administrativo e celebrado no seio de um processo administrativo, no qual se estabelecem os termos de constituição, modificação ou extinção de determinada relação jurídica, em relação à qual o Poder Público poderia interferir unilateralmente por meio de suas prerrogativas (Faria, 2022).

Passando-se ao contexto do controle da Administração, Ferraz (2020) traça uma oposição entre o controle consensual e o controle-sanção. Neste, ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é, ensejando penalização em caso de desconformidade, independentemente das circunstâncias práticas vivenciadas pelo sujeito na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa. Normalmente realizado *a posteriori*, esse tipo de controle (sanção) o mais das vezes não tem compromisso com a correção de rumos, centrando-se na responsabilização: “faz-se autópsia ao invés de se fazer biópsia” (Ferraz, 2020, p. 107). Não servindo a ações corretivas, o controle perde efetividade, como alerta Gordillo (1981, p. 119):

[...] el control existe en la medida en que resulta posible pasar de la detección de la falta de legalidad, mérito y oportunidad, a acciones correctivas. De no ser así, no se ha cumplido el fin perseguido y el problema es más bien de responsabilidad por hechos que resultan irreparables.

Aplica-se ao controle a afirmação de Batista Júnior (2007, p. 463): “mandar não basta, é preciso convencer e fazer convergir as vontades”, uma vez que “o ato unilateral assegura, por certo, a submissão, mas é incapaz de assegurar o entusiasmo e o desejo de colaboração”.

Em linhas gerais, são esses os fundamentos teóricos da consensualidade no contexto da Administração e seu controle. Cabe, agora, verificar sua incorporação no contexto normativo brasileiro.

Como destaca Faria, o direito administrativo, no Brasil, sempre conviveu com instrumentos consensuais, do que é exemplo o art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, ao dispor que “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará”. Entretanto, apenas a partir da década de 1990, com esteio na doutrina administrativista italiana, espanhola e portuguesa, o tema da consensualidade administrativa passa a ser estudado no Brasil³ de modo sintetizado, como um fenômeno a impactar o direito administrativo (Faria, 2022, p. 143-144).

No início, as manifestações mais evidentes da consensualidade no direito brasileiro foram fruto do perfil democrático da CF/88, que deu azo especialmente à disseminação de consultas e audiências públicas no agir da Administração. No entanto, apesar de formalmente haver espaço, com uso desses instrumentos, à apresentação, pela sociedade, de seus anseios e demandas, “via de regra muito pouco disso acaba sendo realmente levado em consideração pelas autoridades administrativas”, razão pela qual continuaram presentes “no direito administrativo reivindicações de uma democratização mais concreta”. É nesse cenário que exsurge o fenômeno da consensualização em sua formulação mais moderna (Faria, 2022, p. 150).

Entretanto, por muito tempo, houve forte objeção à consensualidade no contexto do Poder Público brasileiro, centrada, em grande medida, em um entendimento restritivo do princípio da indisponibilidade do interesse público. Como ressalta Sundfeld (2022, p. 83), prevalecia a ideia de que um suposto princípio geral da indisponibilidade do interesse público impediria a Administração Pública de

transacionar, ou seja, de celebrar acordos com particulares para satisfazer finalidades públicas, em detrimento da atuação estatal imperativa e unilateral, “pois um de seus efeitos seria a ausência de espaço para negociações e atos de disposição nos campos em que as leis previssessem ação estatal via autoridade”. Nessa linha de pensamento, a negociação na esfera administrativa seria indistinguível de negociar o interesse público, o que proscreveria todos os instrumentos do gênero, a exemplo da conciliação, da mediação, da arbitragem e dos ajustes de conduta (Moreira Neto, 2003). Contudo, como bem assinala Moreira Neto (2003, p. 154), nas “modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, [...] jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”.

Deve-se considerar, nesse sentido, que coexistem o interesse público deduzido no conflito e o interesse público de compô-lo, caracterizado, este último, pelo interesse em dirimir o conflito e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, tanto na esfera social como na econômica. Se for a via compositiva a mais adequada, é necessário que sejam utilizados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, diferentes dos unilateralmente aplicados pelo Poder Público. Milita também a favor da via consensual a celeridade, pois a persistência do conflito e sua multiplicação em diversas instâncias termina por inviabilizar o atendimento satisfatório do interesse público por mais tempo, quando não exige ônus superiores às vantagens públicas esperadas (Moreira Neto, 2003, p. 154). A aferição da eficiência (traduzida na maximização do bem-estar social) de eventual solução consensual pode ser feita, segundo Meneguim e Severo (2024, s.p.), pela construção de seu contrafactual (o que teria acontecido aos agentes na ausência do consenso). A partir disso, “estima-se o impacto comparando os resultados contrafactuais (processamento habitual do litígio) com os resultados observados na solução consensual”, com atenção aos custos de oportunidade.

A paulatina disseminação dessas ideias foi, aos poucos, mitigando a resistência à consensualidade no Brasil, o que o ocasionou uma “virada pró-consenso” (Cyrino; Salathé, 2024, p. 636) em anos recentes. Diversas normas passaram a prever dispositivos alinhados a essa axiologia, notadamente acerca de acordos substitutivos de sanção, tanto no contexto regulatório⁴ quanto em leis destinadas ao combate à corrupção. São exemplos dessas últimas o acordo de leniência previsto na Lei

12.846/2013 – Lei Anticorrupção e o acordo de não persecução cível previsto na Lei 8.429/1992 (com modificações introduzidas pela Lei 14.230/2021).

Contudo, a norma mais relevante na disseminação da consensualidade, por se aplicar a todo o direito público brasileiro, é a Lei 13.655/2018, que reformou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O art. 26⁵ da referida norma assenta que a autoridade administrativa poderá celebrar compromisso com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. É considerado, por parte da doutrina, “um novo regime jurídico geral que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos e compromissos, visando pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas” (Guerra; Palma, 2018, p. 138). Os incisos do § 1º do dispositivo citado pugnam pela construção de solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, que preveja com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de inadimplemento. Importante ressalva é feita por Sundfeld (2022, p. 86), quando assinala que os compromissos entabulados à luz do referido art. 26 “se destinam ao ajuste de situações passadas, não à construção de regimes individuais alternativos à margem dos regimes gerais”. De seu turno, o Decreto 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos arts. de 20 a 30 da LINDB, prevê, em seu art. 13, § 1º, que “a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”.

Delineados os fundamentos teóricos da consensualidade e apresentadas algumas das principais normas que marcam uma virada no direito público brasileiro nesse sentido, vale conferir como se deu a normatização da consensualidade no TCU.

3 A NORMATIZAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NO TCU: “CONSIDERANDOS” E PROCEDIMENTO

A Instrução Normativa TCU 91/2022 (IN-TCU 91/2022) é a norma interna da Corte de Contas que instituiu procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

De início, merecem atenção os “considerandos” que abrem a norma, pois indicam com clareza suas principais bases, tanto legais quanto políticas, bem como as finalidades imaginadas.

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 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 (Brasil, 2022).

Partiu-se da constatação de que o TCU já exerce relevante papel pedagógico e orientador, no sentido de auxiliar gestores a resolver problemas jurídico-administrativos, bem como de que há necessidade de se definirem procedimentos voltados à busca de soluções consensuais envolvendo o TCU, o que contribuiria para acelerar e dar maior efetividade à sua atuação. Infere-se que essa “necessidade” se relaciona aos recentes movimentos do Direito Administrativo no sentido da mitigação do uso do poder de império do Estado em prol de maior dialogicidade, o que tenderia a reduzir tensões e produzir resultados mais legítimos. Esses últimos pontos seriam os esteios da “maior efetividade” propugnada.

As bases legais mencionadas são a Lei 13.140/2015, notadamente seus arts. de 32 a 40, que compõem o Capítulo II, intitulado “Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, e o art. 13, § 1º, do Decreto 9.830/2019, já transcrito. Curiosamente, o art. 26 da LINDB, citado no tópico anterior, não é arrolado entre os dispositivos que embasam a IN-TCU 91/2022, em que pese constar em notícia publicada no portal do TCU como um dos fundamentos das soluções consensuais (Brasil, 2023).

De todo modo, o art. 13, § 1º, do Decreto 9.830/2019 enaltece a prevenção em detrimento da sanção, relegada a posição subsidiária, no mesmo sentido de diversos

outros dispositivos da LINDB, que estreitam e qualificam o espaço da sanção, propugnando a atenção do controlador às consequências práticas de suas decisões e às reais condições do gestor público⁶. Nesse sentido, o TCU buscou maior alinhamento à atual tendência do Direito Administrativo no sentido da mitigação de tensões, da menor inclinação a sanções, do enaltecimento do diálogo e da busca do consenso. Essas tendências serão mais bem analisadas no tópico seguinte.

Passando-se aos dispositivos IN-TCU 91/2022 que inauguram o procedimento (art. 2º, I, II e III), prevê-se que a solicitação de solução consensual, apta a desencadear o trâmite estabelecido, pode partir de determinadas altas autoridades⁷, dos dirigentes máximos das agências reguladoras⁸ e de relatores de processos em tramitação no TCU. A solicitação deve vir acompanhada, no mínimo, de alguns elementos, quais sejam: a indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada; pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução; a indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia; e a indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual (art. 3º da IN-TCU 91/2022).

Os referidos elementos serão providenciados por unidade criada especialmente para conduzir, no âmbito do TCU, os processos consensuais: a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso)⁹, também responsável por análise prévia de admissibilidade dos casos.

Ao presidente do TCU, após referida análise prévia, compete decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual, levando em consideração a competência do TCU para tratar da matéria, bem como sua relevância e urgência; a quantidade de processos de solicitação de solução consensual (SSCs) em andamento; e a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos SSCs. A solicitação não será admitida nos casos em que haja processo com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual, e, nos casos em que a solicitação não for admitida pelo presidente do TCU, o processo será arquivado (art. 5º da IN-TCU 91/2022).

Há uma diferença procedimental relativa à existência ou não de processo em tramitação no TCU sobre a matéria objeto da solicitação. No caso de já haver processo, a solicitação será analisada em processo próprio, paralelamente ao original, manifestando-se o presidente e, posteriormente (se a primeira manifestação for favorável), o relator. Caso um ou outro não sejam favoráveis à solução consensual, esta não prossegue. Havendo concordância do presidente e do relator a respeito da pertinência da solicitação, fica sobrestada a análise dos pontos coincidentes do processo original. A partir disso, o processo será encaminhado à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para, ouvida a Secex Consenso, designar, por meio de portaria, os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC), composta por um servidor da Secex Consenso, que atuará como coordenador; um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e um representante de cada órgão ou entidade da administração pública federal que tenha solicitado a solução consensual ou que tenha manifestado interesse na solução (§ 1º do art. 7º da IN-TCU 91/2022). No caso de não haver processo no TCU sobre a matéria objeto da solicitação, a partir da análise prévia do presidente do TCU (se favorável), o processo já segue para a Segecex (arts. 5º, 6º e 7º da IN-TCU 91/2022).

Após, a Segecex poderá, avaliadas as circunstâncias da SSC, admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia. Já a CSC, por unanimidade dos seus membros, poderá convidar para participar das reuniões, na qualidade de colaboradores, especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia, e terá noventa dias, contados da sua constituição, para elaborar proposta de solução, podendo o referido prazo ser prorrogado por até trinta dias, a critério do presidente (§§ 2º a 4º do art. 7º da IN-TCU 91/2022).

Ao final do referido prazo, não sendo possível elaborar a proposta de solução, a CSC dará ciência ao presidente, que determinará o arquivamento do processo. Por outro lado, havendo concordância de todos os membros da CSC externos ao TCU e de ao menos uma das unidades representantes do TCU (cuja manifestação contemplará a opinião do auditor, do diretor e do titular das respectivas unidades) na CSC com a proposta de solução apresentada, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para que, no prazo de quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta. Em seguida, far-se-á sorteio de relator entre

os ministros, e este deverá submeter a proposta de solução à apreciação do Plenário do TCU, que poderá, por meio de acórdão, sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC, acatá-la integralmente ou recusá-la. Em caso de sugestão de alteração, os membros da CSC terão 15 dias para se manifestarem sobre ela. Não havendo concordância de algum dos membros da CSC, o relator determinará o arquivamento do processo (§ 5º do art. 7º e arts. do 8º ao 11º da IN-TCU 91/2022).

Por fim, a formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo presidente do TCU e pelo dirigente máximo dos órgãos e entidades, em até 30 dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que a aprovar. A verificação do cumprimento do referido termo deverá ser realizada por meio de monitoramento (arts. 12 e 13 da IN-TCU 91/2022).

Em síntese, foram expostos as bases, as finalidades e o procedimento estabelecidos pela norma interna do TCU que cuida da solução consensual, a IN-TCU 91/2022.

A título de aperfeiçoamento, seria adequada a inclusão do art. 26 da LINDB entre os fundamentos expressos da Instrução Normativa em tela, e não apenas de dispositivo do decreto regulamentador da lei. Vale acrescentar, ainda, entre os fundamentos legais da atuação consensual do TCU, o art. 3º, § 2º, da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que assim dispõe: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Como bem ressaltado pelo ministro do TCU Bruno Dantas, em seminário destinado à discussão da consensualidade na Administração Pública¹⁰, o dispositivo citado não restringe a preferência pelas soluções consensuais ao Judiciário, sendo claramente voltado a todas as manifestações do poder estatal.

4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU: CONCILIADOR, MEDIADOR OU ÁRBITRO?

Inicialmente voltados ao contexto de assoberbamento do Poder Judiciário¹¹, os meios de Resolução Apropriada de Disputas (RAD) – terminologia utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para designar o que antes se denominava Resolução Alternativa de Disputas – foram, especialmente com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC), enaltecidos como mecanismos de desafogamento

das instâncias judiciais. O art. 3º, § 3º, do NCPC propugna que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, até mesmo no curso do processo judicial (Forni, Santos e Tomazette, 2020).

Em um espectro relativo ao grau de intervenção estatal na resolução de conflitos, estando, à esquerda, as formas que proporcionam maior autonomia ao indivíduo, e, à direita, maior intervenção estatal, a negociação, que pode ser conceituada como a comunicação voltada à persuasão (que, num cenário litigioso, representa o total controle sobre o processo e seus resultados pelas partes) está na extrema esquerda (Forni, Santos e Tomazette, 2020). Além de deixar em aberto o local e o momento das tratativas, essa prática caracteriza-se pela maior flexibilidade procedimental e pela prescindibilidade de um intermediário, podendo ser simples e direta (Brasil, 2016). Essa última característica, para parte da doutrina, é essencial para que se caracterize a negociação (Calmon, 2007).

Na extrema direita do espectro, está a decisão judicial ou jurisdição, conceituada como a “atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social” (Neves, 2017, p. 59). É uma modalidade em que o controle e o resultado do processo cabem ao Estado, sendo a decisão (heterônoma) vinculante. É o instrumento adequado quando, por exemplo, um litígio necessita de maior recorribilidade e publicidade, para que gere um precedente socialmente desejável (Brasil, 2016).

Mais ao centro, ainda do lado direito, aparece a arbitragem. Essa modalidade de solução de conflitos caracteriza-se pela possibilidade de escolha, pelas partes, de um terceiro de sua confiança, que será responsável pela solução do conflito de interesses e pelo fato de sua decisão ser impositiva, ou seja, resolutiva do conflito independentemente da vontade das partes (Neves, 2017). Regulada pela Lei nº 9.307/1996, a arbitragem é processo cuja decisão final é vinculante e inserida na categoria de título judicial. Limita-se a competência do juízo arbitral, no entanto, à decisão, não se estendendo à execução, que segue privativa do Judiciário (Theodoro Júnior, 2020).

Também ao centro do espectro, mas já do lado esquerdo, encontram-se a mediação e a conciliação. A ênfase dada pelo NCPC a essas práticas fica clara em

seu já citado art. 3º, § 3º. Ademais, há audiência específica para tal desiderato, que não irá ocorrer apenas em duas situações (i) se houver manifestação expressa de desinteresse de ambas as partes (sinalizada pelo autor na petição inicial e pelo réu em petição apresentada ao juízo com dez dias de antecedência, contados da data designada para a audiência); e, (ii) quando o objeto do litígio não admitir a autocomposição. Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização dessa audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes (Theodoro Júnior, 2020).

As diferenças conceituais entre conciliação e mediação geralmente gravitam em torno de pontos específicos. A mediação visa à resolução do conflito e à restauração da relação social subjacente ao caso; parte de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento; é, em regra, mais demorada e envolve diversas sessões; é voltada às pessoas e tem cunho preponderantemente subjetivo; é confidencial e prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções; é um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções; e se materializa em um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas, como psicologia, administração, direito, matemática e comunicação (Brasil, 2016).

Por sua vez, a conciliação busca apenas o acordo e o fim do litígio; permite a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador; é um processo mais breve, com apenas uma sessão; é voltada aos fatos e direitos, com enfoque essencialmente objetivo, retrospectivo e voltado à culpa; é eminentemente pública; é um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos (fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos por esses; e é unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito (Brasil, 2016).

Em suma, a mediação pode ser considerada uma abordagem mais moderna, centrada nas causas do conflito, em oposição a um maior tradicionalismo da conciliação, centrada no conflito em si (Forni, Santos e Tomazette, 2020). O próprio NCPC sugere uma distinção entre as práticas em seu art. 165, §§ 2º e 3º, afirmando que o conciliador “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio”. Já o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes” e, privilegiando a mencionada visão mais moderna, auxiliará os interessados “a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo

restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

É possível, porém, utilizar um conceito que abarque os dois termos: conciliação e mediação seriam processos autocompositivos nos quais as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro neutro, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-los, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução, acordo ou composição (Brasil, 2016; Forni, Santos e Tomazette, 2020).

À luz da conceituação exposta, a consensualidade normatizada pelo TCU, também uma forma de lidar com o assoberbamento processual (Reolon, 2023)¹², situa-se em algum ponto entre a conciliação, a mediação e a arbitragem.

No que concerne à conciliação, verifica-se participação ativa do TCU na sugestão de soluções, e não simplesmente como um facilitador do relacionamento entre partes conflitantes, o que fica claro a partir da composição da CSC. Em relação à mediação, ressalta-se que o TCU lida com relações em que há vínculo anterior entre as partes, que dificilmente serão resolvidas em uma única “sessão” (ou com uma única reunião), nas quais se busca uma compreensão mais profunda dos interesses envolvidos e, em regra, com traços multidisciplinares. Por fim, no que se refere à arbitragem, há, embora menos significativo, um traço de similaridade: o TCU é agente que “precisa” ser convencido da pertinência dos argumentos aventados para que o ajuste consensual se aperfeiçoe. Em caso de não concordância do órgão, o acordo não é firmado – ou, ao menos, não é firmado nos moldes pretendidos pelas partes quando optaram por levar a controvérsia ao órgão de controle. Ademais, o comprometimento do TCU com a não responsabilização dos signatários a não ser nos casos de dolo ou fraude é (o mais) forte atrativo e ganha contornos de instrumento de pressão. Por outro lado, a mais nítida diferença em relação à arbitragem é que a posição do TCU não vincula as partes, que podem desistir do ajuste no meio do processo.

Em suma, o TCU seria uma espécie de mediador ativo com ascendência deliberativa sobre a pertinência e aperfeiçoamento do acordo, razão pela qual o enquadramento jurídico de sua atuação nas soluções consensuais é marcado pela hibridez, mesclando-se os papéis de mediador, conciliador e árbitro, com prevalência do primeiro.

5 COMPETÊNCIA DO TCU PARA A CELEBRAÇÃO DE AJUSTES CONSENSUAIS E NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AUTOCOMPOSIÇÃO

O primeiro aspecto a ser ressaltado neste tópico é, como assentado nos “considerandos” da IN-TCU 91/2022, que o TCU já executa diversas ações de interlocução com gestores e particulares com vistas a exercer seu papel orientador, de forma a auxiliá-los no estabelecimento de alternativas para a solução de problemas de interesse da administração pública. Exemplos disso, lembrados por Oliveira (2024), são as reuniões com os gestores – debates técnicos, interações para a viabilização de mudanças fundamentais antes da deliberação do plenário do tribunal – realizadas no bojo de processos de desestatização. No mesmo sentido, Nicola Khoury, titular da Secex Consenso, destacou, em seminário destinado à discussão da consensualidade na Administração Pública¹³, a relevância da Resolução-TCU 315/2020 na construção de soluções conjuntas com os gestores. Essa norma, que dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelos jurisdicionados do TCU, prevê, em seu art. 14, que, antes da conclusão do relatório, a unidade técnica da Corte de Contas deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas. Logo, atuações que denotam interação e formação de consensos entre gestores e TCU, mesmo que não executadas de maneira específica, ou com formatação mais modesta, já ocorriam.

Quanto à competência do TCU para a atuação consensual, entende-se, com Cavallari (2024, s.p.), que os controles prévio e concomitante exercidos pelo TCU têm respaldo no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, segundo o qual compete à Corte de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. Segundo o jurista, se o TCU “pode determinar a correção de ilegalidades, pode, *ex ante*, orientar para evitar que essas ilegalidades ocorram ou, até mesmo, adotar medidas cautelares para evitá-las de modo cogente conforme competência reconhecida pelo STF¹⁴”. Essa constatação vai ao encontro da lição de Almeida (2012, p. 302), quando assinala que “está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção por se decidir

de modo consensual com o destinatário da decisão”¹⁵. Cavallari (2024) faz, ademais, a ressalva de que a solução consensual buscada pelas partes não está condicionada à manifestação do TCU, pois as partes podem celebrar o acordo sem a interveniência do órgão, que, todavia, poderá, nesse caso, prolatar decisão contrária ao acordo.

Ainda conforme Cavallari (2024, s.p.), a competência do TCU para exercer controle sobre soluções consensuais encontra amparo na jurisprudência do STF¹⁶; a Corte Suprema “já decidiu que a Corte de Contas, ao examinar um acordo extrajudicial firmado entre particulares e a administração pública, pode determinar a sua anulação, se não tiver sido homologado judicialmente”. Nesse sentido, se o TCU pode realizar controle prévio e concomitante, bem como pode realizar controle de soluções consensuais (a exemplo do citado acordo não homologado judicialmente), conclui-se que pode exercer controle na junção desses dois quesitos, que é a novidade da recente normatização.

Passando-se à verificação da natureza jurídica do ajuste, inicialmente, cabe assentar, seguindo as lições de Cavallari (2024, s.p.), que não se assemelha, *a priori*, aos Termos de Ajustamento de Gestão (TAG) ou aos Acordos Substitutivos de Sanção (ASS). A razão para tanto é que ambos “são soluções alternativas para o tratamento a ser dado ao autor de uma conduta ilícita, a fim de se evitar a aplicação imediata de uma sanção”, o que não ocorre na SSC. Em sua atuação consensual, o TCU não avalia condutas ilícitas, mas analisa, essencialmente, conflito de interesse entre a administração pública contratante e a empresa contratada à luz de seu entendimento do que seja o interesse público, não sendo, ademais, parte na solução consensual, mas apenas seu “homologador”, atuando, durante o procedimento, como “mediador técnico” (Dantas, 2024). A natureza jurídica do Termo de Autocomposição homologado pelo TCU seria, portanto, de acordo extrajudicial, que se formaliza no mundo jurídico por meio de termo aditivo ao contrato em andamento ou por termo de rescisão amigável (Cavallari, 2024).

Em entrevista semiestruturada realizada com um integrante da Secex Consenso¹⁷, este afirmou que a principal diferença em relação ao TAG seria que, nesses casos (quando há “ajustes de gestão”), o controlador tem o “tacape na mão”, pois há irregularidade pré-verificada passível de punição e, em caso de insucesso do ajuste, a punição é quase certa. Nos casos das soluções consensuais, via de regra, não há “irregularidade posta”, mas, sim, um “problema sem solução”, o que alivia a

pressão sobre as partes. O entrevistado ressaltou, entretanto, que há um caso em que existe alguma convergência da solução consensual com o TAG: o tratado no processo TC 029.845/2016-5, que versa sobre possíveis irregularidades ocorridas no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no bojo de aportes unilaterais ao Plano Básico de Benefícios (PBB) da Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES (Fapes), relacionados a eventos ocorridos em data anterior à instituição da paridade contributiva. Nesse caso, o TCU encontrou irregularidades¹⁸ e, paralelamente, encaminhou-o para solução consensual¹⁹, bem como prolatou determinações²⁰. Aqui, há características de “ajuste de gestão”, pois há “irregularidade pré-verificada”.

Em relação aos acordos substitutivos de sanção, o entrevistado assinalou que não há precedentes de transação de sanções que o TCU tenha aplicado ou iria aplicar, ou mesmo de dano ao erário encontrado pela Corte, contudo, o item 9.4.1 do Acórdão 1703/2023-Plenário, ao dispor que as negociações consensuais devem observar “a necessidade de se obter, em solução de compromisso, a devolução dos recursos no maior montante possível” (Brasil, 2023, s.p.), levando em consideração tanto a possibilidade de contribuição adicional dos beneficiários e assistidos em limites suportáveis quanto a sustentabilidade financeira do plano de benefícios, acarreta, de certa forma, possibilidade de o TCU “abrir mão” de valores que poderiam ser considerados “dano ao erário”, bem como de valores de eventual multa (sanção) associada ao dano. Isso, destacou o entrevistado, não é uma peculiaridade do processo de solução consensual, pois há diversos precedentes nos quais o TCU deixou de sancionar em vista da correção de eventuais problemas. De todo modo, vê-se que a distinção entre SSC e acordos substitutivos de sanção pode não ser tão clara quanto pareceria à primeira vista.

Em relação a esse aspecto, o entrevistado acrescentou que em certos casos de SSC, havia processos tramitando no TCU que foram arquivados, o que, de certa maneira, representa “abrir mão” de sancionar ou apurar dano. Isso fica ainda mais evidente quando, nos processos de SSC, multas e eventuais sanções aplicadas pela agência às concessionárias faziam parte da controvérsia, e, a partir de análises de risco, probabilidade de recebimento e juridicidade, houve redução desses valores, o que não deixa de ser, ao menos de maneira indireta, espécie de transação de sanção.

A argumentação do entrevistado é pertinente. Como afirmam Guerra e Palma (2018), no setor de infraestrutura, concessionárias de serviço público deixam de pagar os valores decorrentes de multas aplicadas por agências reguladoras por cumprir, por exemplo, plano de investimento e expansão de redes e, em vez “de serem sancionadas pelo agente regulador, as concessionárias propõem – e firmam – um acordo para aplicação dos valores em determinadas utilidades” (Guerra e Palma, 2018, p. 139-140). Ora, se o TCU trabalha, no contexto de processos de solução consensual, com casos similares ao exemplo citado, indiretamente, ao admitir ajustes nos quais multas são reduzidas, homologa a substituição de sanções.

A partir disso, pode-se dizer que a atuação do TCU se aproxima da mediação e gera um acordo extrajudicial, caso as negociações sejam bem-sucedidas, diferindo do TAG por não dizer respeito à substituição de atos ilícitos apurados e julgados em processos da Corte de Contas. Entretanto, há casos em que há maior aproximação com os acordos substitutivos de sanção, tendo em vista o arquivamento de processos no próprio TCU, como assinalado pelo entrevistado, e a homologação da redução de valores de multas prolatadas por agências reguladoras.

6 RISCOS DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU E OPORTUNIDADES DE MELHORIA

É comum, no contexto acadêmico atual, encontrar postura otimista em relação à consensualidade, enaltecida da superação de certo autoritarismo unilateral na atuação estatal. Entretanto, o movimento encerra críticas e apresenta alguns riscos, que serão abordados neste tópico.

Como adverte Faria (2022, p. 122), dada a carga positiva que a atuação consensual angariou, “posicionar-se contra alguma postura consensual da Administração parece ser [...] o mesmo que encampar a figura de saudosista ultrapassado que se encontra amarrado a dogmas sem fundamento e utilidade do regime jurídico-administrativo”. Todavia, é não só devido como essencial proceder a reflexões sobre aspectos menos benéficos da consensualidade, até mesmo para aprimoramento dos instrumentos.

O principal ponto de alerta recai sobre o que Cyrino e Salathé (2024) denominam *consensualidade abusiva*. A expressão denota “situações nas quais os

instrumentos consensuais são desvirtuados”, com “resultados não tão legítimos e concertados, mas definições impositivas, unilaterais e até arbitrárias pelo Poder Público”. Nesses casos, “apesar da aparente composição, há um *excesso de autoridade* por parte do Poder Público a implicar desequilíbrio, circunstâncias que fazem com que o particular contraia obrigações ilegítimas” (Cyrino e Salathé, 2024, p. 636).

No contexto da atuação do TCU, o ponto foi levantado por Cavallari (2024, s.p.), quando pontuou que “não poderá o tribunal impor às partes qualquer tipo de solução, pois, como o próprio nome diz, a solução tem de ser consensual”. No mesmo sentido, Reolon (2023, s.p.) afirmou a inadequação técnica de eventual imposição, pelo TCU, de uma solução, uma vez que deve apenas participar de modo imparcial das negociações, analisar as opções da Administração e indicar os pontos a serem aprimorados, em termos de legalidade ou de aderência à Constituição, “mas a escolha da solução deve ser dos órgãos ou das entidades administrativas”. Eventualmente, “até poderia o tribunal apresentar uma solução, mas desde que não influencie a decisão administrativa. Caberá ao Tribunal o papel imparcial de deliberar, mas sem impor a sua solução”. A materialização da controvérsia atinente a esse aspecto foi abordada por Carvalho e Damasceno (2024), que discorreram sobre os acórdãos 2514/2013 e 854/2024, ambos do plenário do TCU. A questão enfrentada nessas decisões era proposta de autocomposição sobre a metodologia de cálculo do processo de devolução de trechos ferroviários da Malha Sul, na qual o colegiado da Corte de Contas teria estabelecido determinados itens como condição *sine qua non* para a aprovação do acordo, que não constavam da primeira versão. Após submissão à comissão de negociação, segundo as autoras, houve acordo e as condições foram incluídas, mas,

ao que parece, mais que espaço de debate ou avalizador, o TCU nesse caso chegou a atuar de forma determinante na formação do próprio objeto da solução, nele incluindo matérias que as partes, por falta de consenso quanto a elas, expressamente haviam optado por excluir da minuta de acordo.

Ressalva-se que o impacto dessa atuação não é necessariamente negativo. Caso a primeira minuta do acordo houvesse sido aprovada, ficaria aberta a possibilidade de litígio futuro sobre os temas que haviam sido excluídos do seu escopo, com ônus adicionais às partes e risco de ineficácia do próprio ajuste (Carvalho; Damasceno, 2024, s.p.).

As observações são relevantes e representam o mais importante aspecto a ser observado e analisado na consensualidade pública, tendo em vista que ser o limite de intervenção do TCU nas soluções entabuladas a questão nevrálgica de sua adequação jurídica.

Outra questão, levantada por Palma (2023, s.p.), gira em torno da “expansão das competências controladoras”, uma vez que “ganha o TCU espaço decisório sobre atividades-fim regulatórias, agora com consentimento das partes”. A jurista ainda aponta que o grande atrativo para “sentar à mesa” de negociação com o TCU não é propriamente encontrar a solução ótima para os casos, mas evitar a responsabilização pessoal, o que representa “um grande ganho ao jurisdicionado, assim como para a empresa e seus sócios diretores, considerando a tendência de o TCU também sancionar particulares”. Duque (2024, s.p.), na mesma linha, afirma que o número expressivo de pedidos de negociação “foi impulsionado pelo fato de o carimbo do tribunal no acordo afastar a responsabilização pessoal dos gestores por condições negociadas em processo de SSC, salvo se verificada fraude ou dolo”. Ressalta, ainda, que o TCU não ficará imune a questionamentos, pois “ao (auto)ampliar sua competência e protagonizar as negociações, assumiu grande responsabilidade. Terá que responder aos atores com interesse no objeto da controvérsia e à sociedade sobre as soluções dadas nos acordos”. Ainda no mesmo sentido, mas em tom menos crítico, Gabriel (2024, s.p.), em recente texto, levantou a hipótese de a solução consensual, em determinado caso, ter tomado ares de consulta ao TCU. Discorrendo acerca do Acórdão 51/2024-Plenário, que tratou da concessão do Aeroporto de Cuiabá, Yasser destacou que parecia haver certa concordância prévia entre os envolvidos – Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Ministério dos Portos e Aeroportos e Aeroeste Aeroportos S/A, concessionária do aeroporto de Cuiabá. Por que razão, então, a Anac não teria decidido o assunto sem necessitar da participação do TCU? Para Gabriel (2024, s.p.), “talvez o TCU tenha servido aos envolvidos mais como ‘homologador’ da solução imaginada, dando-lhes respaldo de que ela não seria posteriormente contestada quando o tribunal estivesse desempenhando sua função fiscalizatória”. Segundo ele, a Secex Consenso “teria ajudado na prevenção de um possível conflito: que teria, de um lado, Anac, ministério e concessionária, e, de outro, o próprio TCU, mas na condição de fiscalizador”.

As críticas são pertinentes, mas merecem algumas ressalvas. Em certo sentido, o TCU envereda sobre o mérito da decisão regulatória, tendo que ser “convencido” da pertinência do ajuste para que o homologue, o que turva a fronteira entre regulação e controle da regulação. Ademais, o verdadeiro atrativo do acordo, além da busca de uma solução negociada, é, de fato, reduzir o risco de sancionamento do TCU, o que, é bom ressaltar, não é um problema em si. O TCU já atua ordinariamente sobre a matéria, e o faz de modo mais distante e menos dialógico. O que muda com a atuação consensual é que, voluntariamente, o regulador aceita, de fato, renunciar a certa autonomia decisória, buscando a opinião do TCU *a priori*, em troca da segurança de não enfrentar atuação sancionatória ou interventiva posteriormente. Nesse sentido, é frágil afirmar que a atuação consensual por si só acarrete mais intervenção. Como disse Gabriel (2024), de um modo ou de outro, a solução consensual previne conflitos futuros, ainda que com o próprio órgão de controle. A pertinência da opção pela atuação consensual em oposição à atuação ordinária decorre, ainda, do fato de grande parte das demandas que aportam ao TCU já se encontrarem judicializadas, o que impõe reflexões mais amplas de cunho econômico “sobre o custo de oportunidade do litígio, o custo do dinheiro no tempo e o risco de derrota judicial” em casos com grande impacto social e para os quais “soluções tempestivas não se avizinham num futuro próximo”, como ressaltado pelos ministros do TCU Bruno Dantas e Benjamin Zymler (2024, s.p.).

Outro ponto de atenção, aventado por Carnaes (2023, s.p.), é o condicionamento do processamento da solução consensual à disponibilidade operacional do TCU. Optando a Corte de Contas pela instituição de um procedimento consensual, “necessário dispor de estrutura suficiente para dar sequência às solicitações e qualquer exame de admissibilidade deve considerar apenas e tão somente questões atinentes ao processo em si”. Carnaes ainda critica o condicionamento da participação de representantes do setor privado nas discussões a “circunstâncias casuísticas”, bem como a inexistência de previsão de que peçam diretamente a instauração do processo consensual (Carnaes, s.p.).

O primeiro apontamento procede, pois, se a solução consensual for pleiteada e, especialmente, se for a melhor opção para a resolução célere e efetiva do caso, não devem questões operacionais do TCU interferir na opção pelo meio consensual. Essa questão também foi abordada por Araújo, Lino e Moerbeck (2023, s.p.), ao

assinalarem que o “temor sobre a possibilidade de um certo ‘congestionamento’ da Secex Consenso não parecer ser infundado, haja vista que a atuação das CSC tem sido percebida como um remédio para superar o chamado ‘apagão das canetas’”.

Quanto à participação de particulares, há, de fato, algumas questões em aberto. A princípio, parece fazer sentido que a presença de particulares esteja condicionada a “circunstâncias” que serão avaliadas pela Segecex, pois, hipoteticamente, é possível imaginar casos em que tal providência não seja relevante. Porém, dada a natureza dos casos até então levados à Secex Consenso, que, em geral, envolvem controvérsia entre concessionária e Poder Concedente, alijar o particular de participação seria inadequado. Nesse sentido, como bem pontuado por Araújo, Lino e Moerbeck (2023, s.p.), seria pertinente maior clareza a respeito das hipóteses nas quais seria cabível à Segecex inadmitir a participação do particular diretamente envolvido na controvérsia, afinal, “o desenho escolhido intencionalmente deixou aberta a porta para a exclusão do particular nas reuniões da CSC, que podem ensejar a alteração do seu contrato, sem apresentar quaisquer parâmetros para tal decisão”. Os autores aventam que o quadro se agrava caso o Plenário do TCU sugira alterações na proposta elaborada pela CSC, pois, nessa hipótese, apenas os representantes da administração pública que solicitaram a solução consensual ou que tenham manifestado interesse nos termos do art. 3º, V, serão intimados a se manifestarem (artigo 11, § 1º, IN-TCU 91/2022). Logo, “ainda que o particular seja admitido na CSC, na hipótese de modificações da proposta pelo tribunal, sua concordância, ao que tudo indica, não será requisito para homologação do acordo”. Endossa-se integralmente os apontamentos apresentados.

Quanto à impossibilidade de apresentação de solução consensual por agentes privados diretamente ao TCU, concorda-se que pode comprometer, de certa maneira, as possibilidades de ajuste consensual, pois teriam que, em um primeiro momento, convencer as agências reguladoras ou outros legitimados a propor a SSC a respeito dos benefícios da consensualidade promovida pela Cortes de Contas, para que estes apresentem a solicitação ao TCU. A depender dos custos do convencimento, a negociação a ser travada no TCU “pode se iniciar, desde o marco zero, com elevados custos à construção do consenso, afetando a formulação de um ambiente dialógico propício à formulação de uma boa solução para todas as partes e para o caso concreto” (2023, s.p.). Entretanto, esse raciocínio merece ressalvas. A necessidade

de “costura” prévia da solução consensual com ente legitimado à propositura da SSC é necessária de qualquer forma, pois a negativa deste, mesmo na hipotética possibilidade de pleito direto ao TCU por parte do ente privado, acabaria com a possibilidade de acordo. Imaginar que a provocação direta do TCU pelo ente privado diminuiria o custo dessa “costura” anterior parece frágil.

Por fim, uma última crítica se dirige ao protagonismo da figura do Presidente do TCU nas soluções consensuais. Considerando os dispositivos da Lei Orgânica do TCU (Lei 8429/1992) e do Regimento Interno do órgão dedicados à competência de seu Presidente, há apenas dois deles que se referem ao exercício do controle externo propriamente dito – à atuação finalística do TCU: o inciso IX do art. 28 do Regimento, que dispõe ser competência do Presidente proferir voto de desempate em processo submetido ao Plenário; e o inciso X do mesmo artigo, que oportuniza ao Presidente votar quando se apreciar inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público no bojo de processos de controle externo. As demais disposições se referem ou à representação institucional do TCU ou a questões atinentes à gestão do órgão, papel primário do ministro que ocupa a presidência.

Como se detalhou em tópico anterior, no procedimento das soluções consensuais, o presidente decide sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual, sozinho ou juntamente com o relator, caso haja processo no TCU sobre a matéria objeto da solicitação. Além disso, decide sobre a eventual prorrogação do prazo de conclusão dos trabalhos da CSC. Por fim, assina o termo que formaliza a solução.

Entende-se que o processo de SSC, assim como qualquer outro processo de controle externo, deveria ser conduzido por relator definido a partir dos critérios de praxe desde seu início, a quem deveria ser atribuída a decisão a respeito da admissibilidade do caso. Se houver processo relacionado ao objeto da SSC em tramitação, o relator deste poderá participar da decisão sobre a admissibilidade da SSC em conjunto com o relator sorteado – do mesmo modo que a IN 91/2022 prevê em relação ao presidente –, ou ser designado relator (único) diretamente. A assinatura do termo, por outro lado, é papel institucional que só ocorre após aprovação do colegiado, razão pela qual deve permanecer entre as atribuições presidenciais.

Compilando as críticas expostas, vislumbram-se dois riscos e duas oportunidades de melhoria na normatização da consensualidade no TCU: (i) risco de

incorrer na “consensualidade abusiva”, em virtude da tênue diferença entre participação propositiva das unidades do TCU nas comissões criadas e a imposição dos contornos que o órgão entende como a solução adequada ao caso (risco inerente à hibridez do papel exercido pelo TCU, descrito neste texto, que mescla as posições de conciliador, mediador e árbitro); (ii) risco operacional de não conseguir processar a contento e com a devida celeridade a potencial demanda por soluções consensuais em diversos casos enquadráveis na norma interna; (i) oportunidade de detalhar de maneira mais clara a participação de particulares no procedimento, especificando em que circunstâncias os pedidos de ingresso podem ser negados, bem como criando, normativamente, a possibilidade de o particular integrar as comissões, até com poder de veto, o que já ocorre na prática; (ii) oportunidade de tornar o papel do Presidente do TCU mais coerente com as demais competências previstas na Lei Orgânica do TCU (Lei 8443/1992) e no Regimento Interno do órgão, no sentido de apenas proceder à assinatura do termo em caso de aprovação pelo colegiado, mas sem decidir acerca da admissibilidade das soluções ou dos prazos procedimentais, o que deve ficar a cargo de relator designado desde o início ou de relator de processo já existente no TCU.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo analisar os fundamentos teóricos, a natureza jurídica, a normatização e os riscos da atuação do TCU à luz do direito positivo, bem como verificar eventuais oportunidades de melhoria na formatação da consensualidade adotada pelo órgão de controle. A investigação se valeu de pesquisa bibliográfica e documental, bem como de entrevista semiestruturada com um integrante da Secex Consenso.

Inicialmente, foram apresentados os fundamentos teóricos da consensualidade, com destaque para suas vantagens em relação ao atuar tradicional do poder público, pautado na unilateralidade. Em seguida, foram brevemente enumeradas algumas das principais normas que ilustram a virada consensual no direito administrativo brasileiro.

Em seguida, verificou-se que o TCU tem competência para atuar consensualmente, nos moldes de sua normatização interna, tendo em vista se tratar

apenas de um modo diferente de exercer sua missão institucional, nos moldes previstos na CF/88, focando-se o controle preventivo e negociado. O termo firmado ao final do procedimento consensual tem natureza de acordo extrajudicial e difere, em grande medida, dos acordos substitutivos de sanção, em que pese essa diferença se tornar, em alguns, menos clara.

Após, analisando-se os meios de RAD, apontou-se que o TCU encerra primordialmente o papel de mediador, mas também de conciliador e até de árbitro, em nítida hibridez. No que concerne à conciliação, a participação ativa do TCU na sugestão de soluções, e não simplesmente como um facilitador do relacionamento entre partes conflitantes, fica clara a partir da composição da CSC. Em relação à mediação, o TCU lida com relações em que há vínculo anterior entre as partes, que dificilmente serão resolvidas em uma única “sessão” (ou com uma única reunião), nas quais se busca uma compreensão mais profunda dos interesses envolvidos e, em regra, com traços multidisciplinares. Por fim, quanto à arbitragem, embora em menor grau, há um traço de similaridade: o TCU é agente que “precisa” ser convencido da pertinência dos argumentos aventados para que o ajuste consensual se aperfeiçoe. Em caso de não concordância do órgão, o acordo não é firmado – ou, ao menos, não é firmado nos moldes pretendidos pelas partes quando optaram por levar a controvérsia ao órgão de controle. Ademais, o comprometimento do TCU com a não responsabilização dos signatários a não ser nos casos de dolo ou fraude é (o mais) forte atrativo e ganha contornos de instrumento de pressão. Por outro lado, a mais nítida diferença em relação à arbitragem é que a posição do TCU não vincula as partes, que podem desistir do ajuste no meio do processo. Em suma, constatou-se que o TCU seria uma espécie de mediador ativo com ascendência deliberativa sobre a pertinência e o aperfeiçoamento do acordo.

Em seguida, verificou-se que consensualidade no TCU resulta em termo firmado ao final do procedimento que tem natureza de acordo extrajudicial e difere, em grande medida, dos acordos substitutivos de sanção, notadamente do TAG, em que pese essa diferença se tornar, em alguns, menos clara, notadamente quando há arquivamentos de processos do TCU no contexto dos acordos e homologação de reduções de multas por parte de entes privados contratados pelo poder público, o que turva, de certa forma, a distinção verificada *a priori*.

Por fim, foram abordados os riscos da atuação consensual no TCU e apresentadas oportunidades de melhoria da normatização interna, assim sintetizados: (i) risco de incorrer na “consensualidade abusiva”, em virtude da tênue diferença entre participação propositiva das unidades do TCU nas comissões criadas e a imposição dos contornos que o órgão entende como a solução adequada ao caso (risco inerente à hibridez do papel exercido pelo TCU, descrito neste texto, que mescla as posições de conciliador, mediador e árbitro); (ii) risco operacional de não conseguir processar a contento e com a devida celeridade a potencial demanda por soluções consensuais em diversos casos enquadráveis na norma interna; (i) oportunidade de detalhar de maneira mais clara a participação de particulares no procedimento, especificando em que circunstâncias os pedidos de ingresso podem ser negados, bem como criando, normativamente, a possibilidade de o particular integrar as comissões, até com poder de veto, o que já ocorre na prática; (ii) oportunidade de tornar o papel do Presidente do TCU mais coerente com as demais competências previstas na Lei Orgânica do TCU (Lei 8443/1992) e no Regimento Interno do órgão, no sentido de apenas proceder à assinatura do termo em caso de aprovação pelo colegiado, mas sem decidir acerca da admissibilidade das soluções ou dos prazos procedimentais, o que deve ficar a cargo de relator designado desde o início ou de relator de processo já existente no TCU.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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

ARAÚJO, Thiago; LINO, Lívia; MOERBECK, Ana Luiza. Consensualidade no TCU: perguntas em aberto na Corte de Contas. **Revista Consultor Jurídico**, 23 ago. de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-23/opiniao-consensualidade-tcu-perguntas-aberto/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1703/2023-Plenário**. Rel. Ministro-Substituto Augusto Sherman. Julgado em 16.08.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa - TCU n. 91, de 22 de dezembro de 2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/norma>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução - TCU n. 315, de 22 abril de 2020**. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/norma>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública. **YouTube**, 4 jun. 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g4NT28psZ9o>. Acesso em: 05 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? **Secom TCU**, em 10 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRITTO, Carlos Ayres. Regime constitucional dos tribunais de contas. **Fórum**, set. 2018. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 29 maio 2024.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNAES, Mariana. A Instrução Normativa 91: a solução consensual na pauta do TCU. **Revista Consultor Jurídico**, 26 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-26/publico-pragmatico-instrucao-normativa-91-solucao-consensual-pauta-tcu/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

CARVALHO, Mariana; DAMASCENO, Vitória. Soluções consensuais: o papel do TCU na definição do que deve ser negociado. **JOTA**, em 16 maio 2024. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2024/05/16.5.24-Solucoes-consensuais_-o-papel-do-TCU-na-definicao-do-que-deve-ser-negociado.pdf. Acesso em: 05 abr. 2024.

CAVALLARI, Odilon. As novas soluções consensuais no Tribunal de Contas da União. **Revista Consultor Jurídico**, 22 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-22/odilon-cavallari-novas-solucoes-consensuais-tcu/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

CYRINO, André; SALATHÉ, Felipe. A consensualidade abusiva no direito administrativo: notas iniciais de teorização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 634-86, maio/ago., 2024.

DANTAS, Bruno; ZYMLER, Benjamin. Consensualismo é inevitável na solução de conflitos. **Estadão**, 21 jun. 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/tudo-sobre/direito-ciencia-juridica/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

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, p. 261-280, jun./set. 2020.

DANTAS, Bruno. Um ano de Secex Consenso e a mediação técnica no TCU. **Correio Braziliense**, 01 fev. 2024. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/direito-e-justica/2024/02/6796046-bruno-dantas-um-ano-de-secexconsenso-e-a-meditacao-tecnica-no-tcu.html>. Acesso em: 05 abr. 2024.

DUQUE, Gabriela. Soluções consensuais no TCU: entre comemorações e críticas. **JOTA**, 14 fev. 2024. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2024/02/7.2.24-Solucoes-consensuais-no-TCU_-entre-comemoracoes-e-criticas.pdf. Acesso em 05 abr. 2024.

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

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

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FORNI, João Paulo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; TOMAZETTE, Marlon. As Contribuições da Economia Comportamental para o Aperfeiçoamento da Mediação e da Conciliação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 11, p. 113-130, 2020.

FRACCHIA, Fabrizio. **L'Accordo Sostitutivo**: Studio sul consenso disciplinato dal Diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere. Milão: Cedam, 1998.

GABRIEL, Yasser. A 'solução consensual' seria a nova 'consulta' ao TCU? **JOTA**, 12 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-solucao-consensual-seria-a-nova-consulta-ao-tcu-12062024>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GORDILLO, Agustin. **Problemas del control de la administración pública en América Latina**. Madrid: Civitas, 1981, p. 119.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonarcosi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

MENEGUIN, Fernando; SEVERO, Letícia. Soluções consensuais: o papel do TCU na definição do que deve ser negociado. **JOTA**, 16 maio 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/o-consensualismo-na-administracao-publica-eficiencia-e-incentivos-10062024>. Acesso em: 10 jun. 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Adm.**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar., 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005.

OLIVEIRA, Igor Pereira. Corte de Contas: soluções consensuais em detrimento de soluções unilaterais. **Revista Consultor Jurídico**, 29 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-29/corte-de-contas-solucoes-consensuais-em-detrimento-de-solucoes-unilaterais/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

PALMA, Juliana Bonarcosi de. O TCU e a sua consensualidade controladora. **JOTA**, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2023/06/28.06.23-O-TCU-e-sua-consensualidade-controladora-1.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2024.

REOLON, Jaques F. O TCU e a solução consensual de controvérsias: a Secex Consenso. **Revista Consultor Jurídico**, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-24/jaques-reolon-tcu-solucao-consensual-controversias/>. Acesso em: 11 abr. 2024.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. El Interés General como Categoría Central de la Actuación de las Administraciones Públicas. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1.

¹ Este e outros trechos da fala do Ministro constam em: Secretaria criada pelo TCU dá força a acordos por autocomposição. **Revista Conjur**, em 26.07.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-26/secretaria-criada-tcu-forca-acordos-autocomposicao/>. Acesso em: 05.04.2024.

² Em momento anterior, desde a criação do Estado-Nação até o advento das revoluções burguesas, mesmo as liberdades individuais eram restritas, pautando-se a vida pública por uma suposta necessidade de um “polo de poder dotado de suficiente concentração de poder para impor comportamentos e assegurar uma convergência fundada na coerção” (Moreira Neto, 2003, p. 132-133).

³ São pioneiros nessa investigação, no contexto nacional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Luciano Ferraz, cujas ideias moldaram não só escritos doutrinários, mas instrumentos de gestão e controle hoje amplamente difundidos no país. O livro “Mutações do direito administrativo” (de Moreira Neto), cuja primeira edição data do ano 2000, já apresentava tópico intitulado “Administração pública consensual” (p. 37 e seguintes). A tese de doutorado de Ferraz, defendida em 2003, intitulada “Novos rumos para o controle da administração pública: auditorias de gestão e eficiência administrativa”, trazia as bases teóricas para a disseminação da consensualidade no direito administrativo, especialmente no controle.

⁴ Cyrino e Salathé (2024, p. 635) apresentam o seguinte inventário: ANTT – Resolução nº 5.823/2018 e Portaria nº 24/2021; ANATEL – Resolução nº 629/2013, art. 5º, da Resolução nº 589/2012, art. 54 do Regimento Interno; ANS – art. 29 da Lei nº 9.656/1998, Resolução nº 372/2015; ANTAQ – art. 46, incisos III e IV, do Regimento Interno, Resolução nº 92/2022; ANCINE – art. 3º, inciso XXIX, do Regimento Interno, Instrução Normativa nº 118/2015; ANAC – art. 479 da Resolução nº 472/2018, Portaria nº 534/2012, art. 22, inciso V, do Regimento Interno da ANAC, Instrução Normativa nº 126/2018; ANP – Resolução nº 848/2021; ANA – Portaria nº 418/2022; Banco Central – arts. 11 a 15 da Lei nº 3.506/2017.

⁵ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

⁶ A exemplo dos seguintes: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

⁷ O art. 2 da IN se refere às “autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU”, quais sejam: “I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II – Procurador-Geral da República; III – Advogado-Geral da União; IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V – presidentes de tribunais superiores; VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; VII – comandantes das Forças Armadas”.

⁸ Mais especificamente as agências que constam no rol do art. 2º da Lei n. 13.848/2019, quais sejam: “I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM)”, nos termos do art. 3º da IN-TCU 91/2022.

⁹ A unidade é dividida em quatro eixos principais que priorizam, transversalmente, a construção colaborativa de soluções consensuais na administração pública; o diálogo com as instituições na prevenção dos conflitos; o compartilhamento de informações entre entidades públicas durante a fase de negociação dos acordos de leniência, com a inclusão dos processos do TCU no escopo desses acordos; a elaboração e execução de estratégias para a participação cidadã no dia a dia do TCU, com o intercâmbio nacional e internacional de boas práticas; a articulação de ações do controle externo com os Tribunais de Contas do Brasil, além do compartilhamento de boas práticas de políticas públicas

descentralizadas. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? **Secom TCU**, 10 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 04 abr. 2024.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública. **YouTube**, 4 de junho de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g4NT28psZ9o>. Acesso em: 05 jun. 2024.

¹¹ De acordo com Forni, Santos e Tomazette (2020, p. 114), com base em dados do CNJ, “O Poder Judiciário brasileiro encontra-se assoberbado, conforme se depreende dos dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: são 79,9 milhões de processos em tramitação (aguardando alguma solução definitiva); o estoque de processos aumenta desde o ano de 2009 (quando a série histórica foi iniciada), com crescimento acumulado, até o final de 2016, de 31,2%, o que equivale a 18,9 milhões de processos; e, apesar de, em 2016, o Judiciário ter baixado 100,3% do número de processos que ingressaram (ao todo, 29,4 milhões de processos; foram baixados pouco mais de 29,4 milhões), o estoque de processos subiu 3,6%. Esses números revelam um modelo processual fadado à morosidade, o que, em grande parte, deve-se à cultura brasileira de litigiosidade, atestada pelo fato de que, para cada 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2016. Além disso, quando comparado a países como França, Itália, Inglaterra, Alemanha e Portugal, o Brasil apresenta um percentual do Produto Interno Bruto, destinado a despesas com o Sistema de Justiça, quase seis vezes maior que os citados países”.

¹² “Em 2017, os colegiados do TCU julgaram 24.236 processos; em 2018, foram 30.979; em 2019, os julgamentos totalizaram 31.033; em 2020, totalizaram 32.092; e, em 2021, o total foi de 41.418” (Reolon, 2023).

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública. **YouTube**, 4 de junho de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g4NT28psZ9o>. Acesso em: 05 jun. 2024.

¹⁴ O autor se refere à seguinte decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 24.510**. Rel. min. Ellen Gracie. Julgado em 19.11.2003.

¹⁵ Assinala-se que a posição de Almeida não versa, no contexto no qual foi expressa, sobre tribunais de contas.

¹⁶ O autor se refere à seguinte decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Mandado de Segurança 24.379**. Rel. min. Dias Toffoli. Julgado em 7.4.2015.

¹⁷ Realizada por meio eletrônico no dia 11.4.2024.

¹⁸ “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.2. considerar irregulares os contratos de confissão de dívida celebrados em 16/11/2004 pelas entidades do Sistema BNDES, onde já foram realizados pagamentos nos valores atualizados até março/2023 de R\$ 1.045.569.358,78, conforme números apresentados pela Fapes (peça 371): 9.2.1. em relação à parcela atinente à redução do teto do salário-contribuição para o INSS, ocorrida em 1989, em razão da não submissão dos contratos de confissão de dívida à oitiva prévia do então Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (Dest); 9.2.2. em relação à parcela relativa à unificação dos cargos de Assistente Técnico-Administrativo A (ATAA) e de Assistente Técnico-Administrativo B (ATA B), realizada pela Resolução 986/2001, de 14/12/2001, em razão da: 9.2.2.1. não observância da obrigatoriedade da paridade contributiva, prevista no art. 202, § 3º, da Constituição Federal de 1988, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, considerando que a unificação dos cargos ocorreu em 14/12/2001, portanto, posteriormente à data de vigência da Emenda Constitucional 20/1998; 9.2.2.2. não submissão dos contratos de confissão de dívida à oitiva prévia do então Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (Dest); 9.3. considerar irregulares os aportes decorrentes de (1) unificação dos cargos de Operador de Equipamento de Reprografia A e B e dos cargos Técnicos de Informática A e B do Plano Uniforme de Cargos e Salários (PUCS), conforme proposta, de 02/12/2002, aprovada pelas diretorias do BNDES e da BNDESPAR, no valor de R\$ 740.300,00, pago à vista no exercício de 2002; e (2) enquadramento de quatro funcionárias (que ocupavam o cargo de Técnico de Informática C) no cargo de Assistente Administrativo do PUCS, conforme proposta, de 02/12/2002, aprovada pelas diretorias do BNDES e da Finame, no valor de R\$ 427.042,58, pago à vista no exercício de 2002, em razão de as datas das propostas aprovadas serem posteriores à data de vigência da Emenda Constitucional 20/1998” (Brasil, 2023).

¹⁹ “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.4. encaminhar a matéria, nos termos do art. 2º, inciso III, da IN-TCU 91/2002, para adoção de procedimento de solução consensual, envolvendo, de um lado, as entidades do Sistema BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, BNDES Participações S.A. - BNDESPAR e Agência Especial de Financiamento Industrial - Finame), e, de outro, a Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, com o objetivo de buscar a implementação da devolução de recursos repassados à Fapes por força dos contratos de confissão de dívida celebrados em 27/12/2002 e 16/11/2004, objetos de suspensão cautelar por força do despacho à peça 51 destes autos e de suspensão definitiva determinada pelos subitens 9.5.1 e 9.5.2 deste Acórdão, considerando nas negociações: 9.4.1. a necessidade de se obter, em solução de compromisso, a devolução dos recursos no maior montante possível, considerando, de um lado, a possibilidade de contribuição adicional dos beneficiários e assistidos em limites suportáveis e, de outro, a sustentabilidade financeira do plano de benefícios; 9.4.2. que, tendo em vista a avaliação deste Tribunal pela regularidade dos pagamentos não-paritários realizados em razão da parcela consignada nos contratos de confissão de dívida celebrados em 16/11/2004 atinente à redução do teto do salário-contribuição para o INSS, ocorrida em 1989, regularidade essa ainda sujeita à submissão e aprovação da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest), os valores referentes a essa parcela pendentes de pagamento desde a adoção da medida cautelar por força do despacho à peça 51 destes autos devem ser utilizados em favor da Fapes, por meio de encontro de contas, como parte da solução a ser acordada entre as entidades, caso haja expressa autorização da Sest para tanto; 9.4.3. a existência de dois outros aportes não-paritários do BNDES à Fapes no ano de 2002, considerados irregulares pelo Tribunal, decorrentes da unificação dos cargos de Operador de Equipamento de Reprografia A e B e dos cargos Técnicos de Informática A e B do Plano Uniforme de Cargos e Salários (PUCS), no valor de R\$ 740.300,00, bem como do enquadramento de quatro funcionárias (que ocupavam o cargo de Técnico de Informática C) no cargo de Assistente Administrativo do PUCS, no valor de R\$ 427.042,58;” (Brasil, 2023).

²⁰ “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.5. determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ao BNDES Participações S.A. (BNDESPAR) e à Agência Especial de Financiamento Industrial (Finame), que: 9.5.1. suspendam definitivamente os pagamentos dos contratos de confissão de dívida celebrados em 27/12/2002, nos valores históricos de R\$ 264.342.300,00 (duzentos e sessenta e quatro milhões, trezentos e quarenta e dois mil e trezentos reais), de responsabilidade do BNDES, R\$ 54.316.607,00 (cinquenta e quatro milhões, trezentos e dezesseis mil, seiscentos e sete reais), de responsabilidade do BNDESPAR, e R\$ 19.174.554,00 (dezenove milhões, cento e setenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais), de responsabilidade da Finame; 9.5.2. suspendam definitivamente os pagamentos dos contratos de confissão de dívida celebrados em 16/11/2004, nos valores históricos de R\$ 123.689.913,50 (cento e vinte e três milhões, seiscentos e oitenta e nove mil, novecentos e treze reais e cinquenta centavos), de responsabilidade do BNDES, R\$ 34.316.814,22 (trinta e quatro milhões, trezentos e dezesseis mil, oitocentos e quatorze reais e vinte e dois centavos), de responsabilidade do BNDESPAR, e R\$ 12.464.106,28 (doze milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, cento e seis reais e vinte e oito centavos), de responsabilidade da Finame - posteriormente ajustados por meio de instrumentos de re-ratificação e aditamento de 13/8/2008 para as importâncias de R\$ 118.553.161,03 (cento e dezoito milhões, quinhentos e cinquenta e três mil, cento e sessenta e um reais e três centavos), de responsabilidade do BNDES, R\$ 32.891.660,18 (trinta e dois milhões, oitocentos e noventa e um mil, seiscentos e sessenta reais e dezoito centavos), de responsabilidade do BNDESPAR, e R\$ 11.946.479,68 (onze milhões, novecentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e setenta e nove reais e sessenta e oito centavos), de responsabilidade da Finame - com a Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES (Fapes); 9.5.3. abstenham-se de realizar aportes relativos aos valores que teriam sido reconhecidos como dívidas em favor da Fapes nos anos de 2013 e 2014, listados a seguir, bem como quaisquer outros aportes não-paritários que sejam destinados ao financiamento do plano de benefícios administrado pela Fapes, mesmo para a cobertura de déficits: 9.5.3.1. manutenção das gratificações de função nos Planos de Cargos e Salários vigentes em 1988; 9.5.3.2. contratos de confissão de dívida de 2002 e 2004: contratos apresentariam insuficiência decorrente da forma de atualização da dívida; 9.5.3.3. Fator Previdenciário: em 1999, a introdução do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) do denominado Fator Previdenciário acarretou a redução dos benefícios pagos por aquele regime público em razão da idade da aposentadoria, representando elevação do valor

do benefício complementar honrado pelo Plano Básico de Benefícios da Fapes; 9.5.3.4. alterações no Plano Uniforme de Cargos e Salários (PUCS) em 2001, com a unificação dos cargos de Assistente Administrativo A e de Assistente-Técnico Administrativo B: o contrato de confissão de dívida vinculado apresentou insuficiência decorrente da forma de atualização da dívida; 9.5.3.5. alterações no PUCS em 2005, 2007 e 2008 (com essas alterações as empresas do sistema BNDES reconheceram a necessidade de acréscimo nas reservas matemáticas e efetuaram aportes à vista em junho de 2009, mas ainda restaria diferença a ser paga);” (Brasil, 2023)

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

3º LUGAR

CATEGORIA
TRIBUNAIS DE CONTAS

O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO COMO FERRAMENTA
DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS
COMPLEXAS E DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

do autor

UADSON ULISSES MARQUES MARTINS



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



**O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO COMO FERRAMENTA DA SOLUÇÃO
CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS COMPLEXAS E DE PREVENÇÃO DE
CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

A solução de controvérsias complexas e a prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública é um movimento de avanço significativo na busca da cultura do consensualismo e da pacificação voltadas para atender as necessidades da sociedade. Este trabalho tem o objetivo de demonstrar a utilização da negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos entre Administração Pública e fornecedores, prestadores de serviço, cidadãos e órgãos de controle. Realizou-se uma pesquisa exploratória na forma de pesquisa bibliográfica, para levantar informações sobre os principais meios de solução consensual de conflitos utilizados pela Administração Pública, métodos de negociação e processo de negociação e se procedeu a análise documental de normas legais obtidas nos portais institucionais e na doutrina dentro de uma abordagem qualitativa. Verificou-se que os órgãos públicos estão instituindo procedimentos de solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos e que utilizam o modelo de Harvard para nortear seus processos de negociação. A monografia sugere um processo de negociação e entende-se que seria necessária a elaboração pelos órgãos públicos de um manual de negociação para orientar os servidores e fomentar o desenvolvimento de habilidades na sua aplicação. Entende-se, por fim, que, para garantir a segurança jurídica e estabelecer diretrizes gerais, as Cortes de Contas, especialmente o Tribunal de Contas da União, poderiam elaborar um referencial básico de solução de controvérsias e prevenção de conflitos.

Palavras-chave: solução de controvérsias; prevenção de conflitos; negociação; processo de negociação.

ABSTRACT

The resolution of complex controversies and the prevention of conflicts within the scope of Public Administration is a significant step forward in the search for a culture of consensualism and pacification aimed at meeting the needs of society. This work aims to demonstrate the use of negotiation as a tool for consensual resolution of complex controversies and conflict prevention between Public Administration and suppliers, service providers, citizens and control agency. An exploratory research was carried out in the form of bibliographical research, to gather information about the main means of consensual conflict resolution used by the Public Administration, negotiation methods and negotiation process and a documentary analysis of legal norms obtained on institutional and in doctrine within a qualitative approach. It was found that public institutions are establishing consensual dispute resolution and conflict prevention procedures and that they use the Harvard model to guide their negotiation processes. The monograph suggests a negotiation process and understands that it would be necessary for public institutions to prepare a negotiation manual to guide employees and encourage the development of skills in its application. Finally, it is understood that to guarantee legal certainty and establish general guidelines, the Courts of Auditors, especially the Brazilian Courts of Auditors Auditors, could develop a basic reference for resolving disputes and preventing conflicts.

Keywords: *controversy resolution; conflict prevention; negotiation; negotiation process.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

BDI - Bonificações de despesas indiretas

CGU – Controladoria-Geral da União

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MAANA - Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo

MAPAN - Melhor Alternativa para um Acordo Negociado

MASA – Melhor Alternativa sem Acordo

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Secex Consenso - Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e
Prevenção de Conflitos

SUS - Sistema Único de Saúde

TAC - Termo de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

ZOPA – Zona Possível de Acordo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 PROBLEMA	9
1.2 JUSTIFICATIVA	9
1.3 OBJETIVOS	10
1.3.1 <i>Objetivo geral</i>	10
1.3.2 <i>Objetivos específicos</i>	10
2 DESENVOLVIMENTO	12
2.1 MEIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
2.1.1 <i>Conciliação</i>	16
2.1.2 <i>Mediação</i>	18
2.1.3 <i>Arbitragem</i>	20
2.1.4 <i>Termo de Ajustamento de Conduta</i>	21
2.1.5 <i>Comitê de Resolução de Disputas</i>	22
2.1.6 <i>Negociação</i>	22
2.2 MÉTODOS DE NEGOCIAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS	24
2.3 PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS COMPLEXAS E DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
3 METODOLOGIA	41
3.1 COLETA E ANÁLISE DE DADOS	42
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública é responsável pela execução das políticas públicas, seja na forma de prestação direta de serviços para a sociedade, seja na regulação dos serviços concedidos, seja intervindo na economia de forma empreendedora na produção e comercialização de bens e serviços.

No exercício dessas funções surgem controvérsias e conflitos com fornecedores, prestadores de serviços delegados, cidadãos e órgãos de controle, interno e externo, que poderiam ter sido evitados ou solucionados de forma consensual.

Tradicionalmente, as controvérsias e os conflitos têm sido tratados de acordo com regras preestabelecidas na legislação, cujo conteúdo se fundamenta, em dada medida, nos elementos formadores do modelo de administração pública burocrática, limitando a tomada de decisão aos preceitos do princípio da legalidade no sentido estrito, ou seja, fazer o que a lei determina.

A dinâmica da evolução tecnológica, o aumento das demandas da sociedade, a necessidade de respostas rápidas do poder público a essas demandas e toda a complexidade do modelo burocrático estruturante da Administração Pública exigem a modernização do serviço público e a adoção de ferramentas que possibilitem prevenir controvérsias e solucionar conflitos em menor tempo para que a oferta de bens e serviços seja feita de forma adequada, contínua e tempestiva para a sociedade.

O processo de negociação vem sendo introduzido paulatinamente na Administração Pública na busca de fomentar soluções consensuais de conflitos instalados e para prevenção de conflitos nas relações institucionais com fornecedores, prestadores de serviços, cidadãos e órgãos de controle.

A inovação tecnológica e a multiplicidade de alternativas envolvendo uma diversidade de variáveis, a exemplo de custos, prazos, garantias, funcionalidade, segurança, qualidade, modernidade, acessibilidade, permitem que a solução consensual possibilite atender ao interesse público de acordo com as demandas da sociedade contempladas pelas políticas públicas legitimadas.

Com o tema “A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à Administração Pública”, esta monografia aborda o processo de negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da

Administração Pública, o que contribuirá para induzir melhorias no contencioso administrativo e fomentar o atendimento das necessidades públicas de forma efetiva.

1.1 Problema

No sentido de contribuir com o estudo da temática, coloca-se como problema a ser estudado neste trabalho a negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos entre Administração Pública e fornecedores, prestadores de serviço, cidadãos e órgãos de controle.

1.2 Justificativa

A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à Administração Pública é tema que vem sendo incorporado, em dada medida, na rotina dos órgãos da Administração Pública, pois possibilita a redução de processos de contencioso, administrativo e judicial, direciona agentes públicos ao cumprimento de ações que atendam demandas da sociedade e aumenta a eficiência dos serviços prestados, agregando valor à realização das políticas públicas.

A cultura legalista arraigada no modelo de administração pública burocrática gera entraves na busca da solução consensual, e a maioria das controvérsias e dos conflitos são tratados com os mecanismos legais e tradicionais que preestabelecem todo o rito a ser realizado para o deslinde da questão.

A solução consensual de conflitos, apesar de ser uma prática comum na iniciativa privada na resolução de disputas que envolvem bens disponíveis, no campo da administração pública necessita de fundamento legal para dar segurança jurídica aos servidores, gestores, cidadãos, órgãos de controle e às empresas envolvidas no eventual contencioso administrativo.

Em razão dos inúmeros processos litigiosos que ingressavam no Poder Judiciário, a evolução legislativa possibilitou meios consensuais de solução de conflitos, a exemplo da negociação, conciliação, mediação e arbitragem, para reduzir a demanda judicial e proporcionar a paz social com a solução consensual.

Os órgãos da Administração Pública, inclusive órgãos de controle, também passaram a utilizar em determinados tipos de processo a solução consensual, amparados pela legislação superveniente que vem proporcionando a sua utilização.

Para que a solução consensual venha ser utilizada e alcance resultados adequados tanto na prevenção das controvérsias como na solução dos conflitos, faz-se necessária a utilização da negociação das propostas apresentadas, em maior ou menor intensidade, a depender da capacidade dos negociadores, da complexidade do objeto, dos recursos, dos interesses envolvidos e do poder exercido pelas partes.

Com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do tema no âmbito da Administração Pública, a monografia apresenta levantamento dos meios de solução consensual utilizados, identifica os principais métodos de negociação e, por fim, demonstra o processo de negociação como ferramenta na solução consensual para resolver controvérsias complexas e solucionar conflitos relacionados à Administração Pública.

1.3 Objetivos

Esta monografia apresenta um objetivo geral e três objetivos específicos para responder à problemática adotada diante do tema “A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e de prevenir conflitos relacionados à Administração Pública”.

1.3.1 Objetivo geral

Demonstrar a utilização da negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos entre Administração Pública e fornecedores, prestadores de serviço, cidadãos e órgãos de controle.

1.3.2 Objetivos específicos

A monografia apresenta três objetivos específicos para responder a problemática deste estudo:

- a) levantar os principais meios de solução consensual de conflitos utilizados pela Administração Pública;
- b) identificar os principais métodos de negociação e suas características; e
- c) demonstrar o processo de negociação na solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública.

2 DESENVOLVIMENTO

A Administração Pública na execução das políticas públicas criadas e aprovadas pelo governo acaba, em dada medida, por envolver-se em controvérsias e conflitos nas suas relações com cidadãos, fornecedores, prestadores de serviço e órgãos de controle, gerando inicialmente o contencioso administrativo, o qual pode evoluir para o contencioso judicial.

A solução do contencioso administrativo é tratada em processo administrativo, de rito geral ou específico, seguindo regras, prazos, procedimentos, julgamentos e recursos estabelecidos na legislação.

Acontece que o número de processos de contencioso administrativo avoluma-se, demandando maior força de trabalho, sistemas de tecnologia específicos, e tempo para sua resolução. Além do contencioso administrativo, a mesma máquina da Administração Pública deve continuar prestando seus serviços para a sociedade, e ineficiências, atrasos e falhas acabam por ocorrer como consequência de todo esse processo.

A demora na resolução de controvérsias e de conflitos gera ineficiência sistêmica no processo como um todo, fato que tem levado cidadãos e empresas a buscarem o Poder Judiciário com a intenção de um deslinde mais imediato por meio de mandados de segurança e concessão de medidas cautelares.

Essas medidas, apesar de não solucionarem as controvérsias e os conflitos no mérito, propiciam o exercício de um direito controvertido ou conflituoso na seara administrativa, a exemplo da judicialização da saúde, quando se busca um medicamento não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou o custeio de um tratamento de saúde não ofertado pelo poder público.

A mesma situação ocorre com obras paralisadas ou que podem ser paralisadas, em que se discute determinada metodologia de execução ou de equilíbrio econômico-financeiro dentro de um rito processual que envolve muito tempo e recursos para o seu julgamento.

A partir da entrada em vigor, em 18 de março de 2016, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei 13.105, de 16 de março de 2015, nos termos de seu art. 1.045 (Brasil, 2015a) e de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2016), foram intensificadas medidas para fomentar a eficiência na resolução dos processos em tempo razoável, sendo fundamentado no art. 3º, § 2º, da citada lei, que determina,

sempre que possível, a busca de métodos de solução consensual, a exemplo da conciliação e da mediação, sem prejuízo do acesso à justiça (art. 3º, *caput*).

A finalidade da norma é estabelecer uma diretriz para que o Estado venha promover meios alternativos de solução de disputas, com o fim de resolver o conflito e atender aos princípios da economia processual e do prazo razoável dos processos.

Este movimento na busca da solução consensual dos conflitos já vinha sendo induzido no Poder Judiciário por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente com a edição da Resolução CNJ 125/2010, que estabelece, em seu art. 8º, a obrigatoriedade da criação de Centros Judiciários de Solução Consensual, preferencialmente responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação (Brasil, 2010).

No mesmo sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) baixou a Resolução 118/2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, a fim de obter de forma mais imediata a solução de suas demandas e reduzir a propositura de ações judiciais (Brasil, 2015).

Na Administração Pública, foram também sendo incorporados métodos de prevenção de controvérsias e solução de conflitos, até nos órgãos de controle externo, seguindo uma tendência internacional de adoção de meios de solução consensual que facilitam o processo de pacificação social.

Vale destacar que a solução consensual de conflitos não gera apenas o benefício da redução de demandas judiciais, do tempo para solução ou da pacificação social, tem ainda o benefício da cultura do aprendizado de não conflito, em que as partes envolvidas passarão a ter um aprendizado cognitivo da experiência, que pode evitar o surgimento de novos conflitos. Neste ponto, vale a lição de Daniel (2021):

A interação proveniente do diálogo entre as partes do conflito na busca da consensualidade ocasiona, também, uma vantagem ainda mais profunda, qual seja, as partes terão uma melhor compreensão da origem e da evolução dos conflitos de interesses que comumente fazem parte das relações jurídicas, seja no âmbito da Administração Pública, nas relações de trabalho, empresariais, pessoais, familiares, sociais, etc.

Dessa forma, na continuidade de suas relações jurídicas, futuramente, as partes terão melhores condições para antever e evitar o surgimento de novos conflitos ou, ainda, poderem frear conflitos ou conduzir de uma forma mais proveitosa ou apropriada a todos a evolução de conflitos inevitáveis por meio do aprendizado quanto à percepção da necessária atenção ao real interesse de cada uma das partes da relação e, na via contrária, da boa-fé e lealdade quanto à assunção de suas factíveis responsabilidades.

Para tanto, a solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos necessita da negociação para fomentar o processo de retorno ao diálogo e de geração de alternativas na busca de resolução adequada para as partes, e, no caso da Administração Pública, que atenda também ao interesse público.

Essa mudança da cultura do conflito para a cultura do consensualismo vai ao encontro do princípio da juridicidade, em que se busca ampliar o contexto do princípio da legalidade, fundamentando a tomada de decisão no conjunto de normas do sistema jurídico, incluindo interpretação segundo a Constituição.

Isto não quer dizer que seja abandonado o princípio da legalidade. Muito pelo contrário, a legalidade é o fundamento do Estado de Direito e arcabouço norteador de toda a Administração Pública. O fundamento do princípio da juridicidade é no sentido de ampliação do conceito da legalidade, a fim de atender interesses sociais e de cidadania, sem perder de vista os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, o princípio da legalidade não pode ser interpretado no conteúdo estático da norma (sentido restrito da legalidade), e sim, de forma dinâmica e ampla, com amparo de todo o sistema jurídico (sentido amplo da legalidade).

Nesse sentido, Daniel (2021) arremata:

A doutrina contemporânea evoluiu o conceito de legalidade para juridicidade na construção de uma ideia de uma Administração Pública vinculada não apenas aos preceitos da lei determinante, mas sim a todo o Direito, o que incluiria as regras e princípios previstos na Constituição Federal.

2.1 Meios de solução consensual de conflitos na Administração Pública

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, consagrou o princípio do acesso à justiça como um princípio fundamental (Brasil, 1988). Esse princípio assegura o exercício da cidadania, pois possibilita que, em processo adversarial, as partes venham buscar a resolução dos conflitos pela via judicial.

As demandas judiciais envolvem tempo e recursos para seu custeio, sendo comum que processos se arrastem por anos sem que ocorra decisão de mérito, a qual pode ainda ser questionada em sucessivos recursos previstos na legislação.

Mesmo com tempo elevado de resolução dos conflitos, a jurisdição estatal é a forma mais utilizada. Em razão da elevada cultura de litigância, o Judiciário torna-se

um órgão abarrotado de processos e, conseqüentemente, moroso em suas decisões meritórias, o que resulta em prejuízo à realização da efetiva justiça (Freitas, 2014).

Para mitigar ou evitar longo tempo na busca de uma solução judicial, acompanhada de uma mudança da cultura adversarial para uma cultura consensual, a legislação vem autorizando a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, os quais passaram a ser incorporados na atuação administrativa.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 3º, § 2º, estabelece que, sempre que possível, o poder estatal deve buscar métodos de solução consensual, a exemplo da conciliação e da mediação (Brasil, 2015a).

Inicialmente, a lei não delimita o número de métodos de solução consensual, exemplificando apenas a conciliação e a mediação. A norma vai ao encontro de boas práticas de governança corporativa prezando pelo uso de meios alternativos de solução de conflitos, com a utilização da via judicial para demandas inevitáveis, a exemplo de direitos indisponíveis.

Em termos gerais, a solução de um conflito entre as partes pode ser resolvida por intermédio da autocomposição, a qual é realizada pelas próprias partes de forma assistida (mediação) ou de forma não assistida (conciliação e negociação) ou por heterocomposição, a qual é desempenhada por um terceiro alheio aos litigantes em sede de jurisdição estatal (judicial) ou de jurisdição não estatal (privada).

É nesse sentido que o Novo Código de Processo Civil de 2015 fortalece o sistema multiportas para solução dos conflitos, valorando a busca pela justiça não apenas na esfera judicial, mas também dentro da Administração Pública nas suas relações com sociedade, empresas e outros órgãos públicos, utilizando mecanismos de mediação, arbitragem, conciliação, negociação ou outro meio de composição que venha surgir.

No âmbito da Administração Pública, a solução de conflitos vem sendo uma preocupação crescente, uma vez que representa a maior litigante do país, seja no polo passivo ou polo ativo, considerando os níveis federal, estadual, distrital e municipal (Freitas, 2014), necessitando do emprego de meios alternativos consensuais para reduzir esse acesso massivo ao Poder Judiciário, ressaltando-se que, para preservar o interesse público e buscar assegurar maior efetividade às demandas, foram criadas varas da fazenda pública para cuidar dessa relação conflituosa.

Fernandes (2017) considera, acertadamente, que a solução consensual de conflitos na Administração Pública é uma demanda social relevante que deve ser incentivada pela Administração Pública:

A busca por formas mais céleres e consensuais para a resolução dos entraves é uma demanda social. Cabe, assim, àqueles que atuam diretamente com tais situações buscar mecanismos que facilitem a resolução. No âmbito da Administração Pública, a busca por formas de resolver os conflitos internos é ainda mais relevante.

A dinâmica das relações sociais e institucionais pode necessitar de outros meios de solução consensual, conforme será apresentado nesta monografia.

2.1.1 Conciliação

A conciliação é um meio alternativo de solução de conflitos caso não ocorra vínculo anterior entre os litigantes, permitindo que um terceiro, depois de ouvir as partes envolvidas, proponha alternativas para solução do conflito e busque uma solução que atenda a todos. Quando aceita pelas partes, firma-se um compromisso e se coloca termo à demanda.

A conciliação pode ser utilizada em qualquer fase processual: antes da proposição de uma ação judicial, no decorrer das fases processuais para sua apreciação, e até após o trânsito em julgado, desde que as partes tenham interesse em conciliar e resolver o conflito de forma consensual.

A conciliação é muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, pois permite solução consensual mais rápida para as controvérsias e os conflitos, sendo um instrumento eficiente para reduzir tempo e custo na busca de solução de uma relação conflituosa.

O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 165, § 2º, estabelece as características esperadas do conciliador (Brasil, 2015a):

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

O normativo atribuiu a competência para o conciliador propor soluções para o conflito, todavia não poderá constranger ou intimidar qualquer uma das partes na busca de um acordo conciliatório. De outro modo, não pode impor uma solução, e sim, tentar um acordo entre os envolvidos, apresentando uma ou várias alternativas, após conhecer os pormenores da situação.

Ainda, para fomentar a utilização da solução consensual no âmbito da Administração Pública, o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 174, determina a criação de câmaras de conciliação e mediação e elenca, não exaustivamente, suas atribuições (Brasil, 2015a):

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

O normativo autoriza a utilização da solução consensual de conflitos nas relações da Administração Pública e ainda determina a criação de estrutura compatível para o exercício das atividades de conciliação e mediação, tendo por finalidade proporcionar à sociedade os benefícios da utilização dessa sistemática.

Braga Neto (2011) propõe as seguintes fases da conciliação: apresentação, esclarecimentos, criação de opções e acordo.

Na fase de apresentação, o conciliador explica para as partes o seu papel, o funcionamento do método e os resultados decorrentes da possibilidade ou não da resolução consensual.

Os esclarecimentos consistem na fase em que o conciliador buscará informações das partes para conhecer os objetivos, os interesses, os fatos, os direitos e a relação continuada ou não entre as partes.

Na fase de criação de opções, o conciliador incentivará as partes a buscarem o compromisso por meio do acordo com base nos efetivos interesses, e elas podem apresentar suas alternativas para a resolução do conflito. O conciliador apresentará as alternativas viáveis para as partes e estimulará o acordo.

O acordo é a fase final da conciliação, representando o compromisso assumido pelas partes. O acordo deve ser claro, objetivo, e contemplar todos os compromissos assumidos.

2.1.2 Mediação

A mediação é o meio alternativo de solução de conflitos em que uma pessoa ou pessoas neutras e não envolvidas com o conflito, identificam os pontos de controvérsias e apoiam as partes envolvidas na busca da resolução do conflito.

Na mediação, as partes, juntamente com o mediador, buscam elaborar uma solução em conjunto para colocar termo à demanda. A figura do mediador tem o sentido de dar assistência às partes para que seja restabelecido o diálogo na busca da solução adequada da demanda e finalização do litígio.

As fases da mediação proposta por Braga Neto (2011) são as seguintes: pré-mediação, abertura, investigação, agenda, criação de opções, avaliação das opções, escolha das opções e solução.

A pré-mediação é a fase informativa da mediação, na qual são explicadas as regras e os detalhes do processo levando-se em consideração os princípios da voluntariedade, do respeito e da cooperação. O mediador propõe como o diálogo pode ser restabelecido, sendo apresentada a minuta do termo de mediação.

Na abertura, o mediador reforça o seu papel e passa a ouvir as partes para conhecer seus interesses e objetivos. O mediador deve fazer a escuta ativa para identificar os pontos da controvérsia ou do conflito e posteriormente buscar informações que possam subsidiar a resolução consensual.

A fase da investigação é o momento em que o mediador buscará aprofundar as informações sobre as partes e o objeto da mediação. Essa fase é importante, pois propicia informações na busca de uma solução conjunta do conflito.

A agenda é a pauta do trabalho a ser desenvolvido na mediação. A agenda é elaborada em conjunto com as partes, sendo priorizados os pontos relevantes que devem ser tratados, e para cada ponto deve haver opções de solução do conflito.

Na fase de criação de opções, o mediador sugere que cada parte apresente livremente ideias para solucionar o conflito, podendo a técnica de *brainstorming* ser incentivada para que ocorram múltiplas alternativas de solução para o conflito.

A avaliação das opções é o momento em que o mediador auxilia os mediados a reverem cada alternativa e descartar aquelas com menor possibilidade de execução ou menor praticidade.

A escolha das opções fundamentada no bom senso e na consensualidade é o momento que marca efetivamente o início da resolução de conflitos; na prática, é feita em conjunto com a fase de avaliação das opções.

Solução é o momento em que se chega ao consenso, sendo formalizados os compromissos assumidos pelas partes.

É de se destacar que a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, chamada de Lei de Mediação, dedicou o Capítulo II exclusivamente para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, indo ao encontro do que já preconizava o art. 174 do Novo Código de Processo Civil, porém fazendo maior detalhamento da utilização dessa ferramenta, especialmente acerca da solução de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações (Brasil, 2015c).

A título ilustrativo da utilização da mediação no âmbito da Administração Pública, a Controladoria-Geral do Distrito Federal baixou a Instrução Normativa 2, de 25 de julho de 2016, dispondo sobre a mediação de conflitos entre agentes públicos como meio de solução de controvérsias (Distrito Federal, 2016).

Outro exemplo, o governo do Distrito Federal publicou o Decreto 44.701, de 25 de julho de 2023, que trata de procedimentos de registro e apuração de casos de assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta, e permite que a Comissão Especial de Combate e Prevenção ao Assédio realize sessões de mediação, caso verifique se tratar de situação de conflito entre servidores (Distrito Federal, 2023).

2.1.3 Arbitragem

A arbitragem é o meio alternativo de solução de conflitos em que as partes entram em acordo para escolher um árbitro, para o qual será submetida a controvérsia. Esse árbitro, com conhecimento técnico sobre a demanda, busca uma solução que resolva a controvérsia ou conflito apresentado.

A arbitragem é regulada pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1993, estabelecendo os legitimados, os tipos de arbitragem (de direito ou de equidade),

convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral), árbitro e tribunal arbitral, carta arbitral, compromisso arbitral, e procedimento arbitral (Brasil, 1993).

Antes de 2015, havia discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade da aplicação da arbitragem nos litígios envolvendo a Administração Pública, em razão de lacuna normativa. Alguns entendiam que, em razão da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade, não seria possível submeter litígios da Administração Pública à decisão privada de árbitros ou de tribunal arbitral (Freitas, 2014). Outros consideravam a possibilidade de adoção da arbitragem quando se tratasse de bens disponíveis.

Para colocar termo à questão, a Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 (Brasil, 2015b), incluiu o parágrafo 1º no artigo 1º da Lei 9.307/1996, autorizando a adoção de arbitragem no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, nas controvérsias e conflitos envolvendo bens disponíveis, alinhando-se ao que se albergava pela doutrina e jurisprudência, a exemplo de decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005 (Brasil, 2005).

2.1.4 Termo de Ajustamento de Conduta

O termo de ajustamento de conduta no âmbito do Poder Executivo federal é o procedimento administrativo voltado para resolução consensual de conflitos decorrentes de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.

No âmbito federal, o então Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União baixou a Instrução Normativa 2, de 30 de maio de 2017, que autorizava aos órgãos e às entidades do Poder Executivo Federal a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo (Brasil, 2017).

A norma considerava infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar. Evoluiu para considerar também suspensão de até 30 dias, nos termos da Instrução Normativa CGU 4, de 21 de fevereiro de 2020 (Brasil, 2020a).

Atualmente, a permissão para instaurar termo de ajuste de conduta no âmbito do Poder Executivo federal é regulada pela Portaria Normativa CGU 27, de 11 de outubro de 2022 (Brasil, 2022), alterada pela Portaria Normativa CGU 54, de 14 de fevereiro de 2023, nos procedimentos de correição (Brasil, 2023a).

Diante dos diversos institutos de resolução consensual de conflitos, as partes que desejam resolver suas controvérsias e conflitos devem buscar aquela que melhor atenda seus interesses. Oliveira e Castanheiro (2020), assim se posicionaram sobre a seleção do método compositivo:

A escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa deve levar em consideração as características específicas do conflito, as vantagens e desvantagens em cada procedimento e aspectos como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade.

2.1.5 Comitê de Resolução de Disputas

O comitê de resolução de disputas (*dispute boards*) tem o objetivo de acompanhar a execução contratual desde o planejamento até o seu encerramento. O Comitê de Resolução de Disputas foi introduzido pela Lei 14.133/2021, em seu art. 151, como um dos meios alternativos de solução de controvérsias de bens patrimoniais disponíveis, junto com a conciliação, a mediação e a arbitragem (Brasil, 2021).

Normalmente o comitê é formado por três especialistas no objeto do contrato e atuarão como agentes fiscalizadores. No surgimento de controvérsias, serão convocados para que, de forma imparcial e independente, possam emitir recomendações e determinações com o objetivo de encontrar a solução adequada para o cumprimento do contrato (MURTA, 2023).

A sistemática é importante para contratos complexos e de grande vulto econômico, pois terá um acompanhamento desde o seu início por especialistas e, nas eventuais controvérsias, atuarão para solucionar o conflito ou impedir que ele se instale.

É um meio alternativo ainda pouco utilizado pelas organizações públicas, que merece ser incentivado e disciplinado para que haja segurança jurídica dos envolvidos, uma vez que tem o potencial de prevenir controvérsias e promover correções tempestivas na execução dos contratos.

2.1.6 Negociação

A negociação é o meio de solução de conflitos em que as partes envolvidas conseguem, por si só, solucionar um conflito instalado ou evitar o seu surgimento, fazendo concessões, supressões, modificações ou acréscimos da pretensão envolvida.

O diálogo e a discussão de propostas são essenciais para se prevenir e resolver conflitos. Nesse sentido, a negociação assume papel fundamental, uma vez que é uma forma inata de se resolver e evitar conflitos, sendo fundamentada no diálogo, no consenso, na boa fé, na confiança e na cooperação entre as partes.

A negociação está presente diuturnamente na vida das pessoas, nas empresas e nas organizações públicas, podendo ser feita de forma informal, em sua maioria, ou de maneira formal, com a discussão e acerto da solução consensual e a celebração de um contrato ou acordo. Por isso, a quebra de um contrato é a quebra da confiança, do consenso, da boa-fé e da cooperação, assim como o não cumprimento de uma negociação informal é uma quebra de acordo moral firmado pelas partes.

Vale ressaltar, que a negociação pode ser tratada em sentido amplo e em sentido restrito, conforme distinção feita por Sales e Rabelo (2009):

A negociação pode ser percebida de duas maneiras, uma num sentido mais amplo, que abrange todos os mecanismos de solução de conflitos em que o diálogo entre as partes se faz necessário, e a outra num sentido mais restrito, revelando-se como meio de solução que prescinde da intervenção de um terceiro. É a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos, pois, diante de uma solução que atenda as ambas as partes, o conflito está resolvido.

No sentido restrito, é o meio de solução de conflitos em que as partes colocam termo a eventuais controvérsias ou conflitos, sem precisar de um terceiro para conduzir o processo.

A negociação em sentido amplo está presente nos meios alternativos de solução de conflito como técnica dialógica na busca da solução consensual, necessitando que conciliador, mediador e árbitro tenham capacidade de entender o problema; de lidar com pessoa;, de restabelecer, no possível, o diálogo; de buscar com os elementos apresentados uma ou mais alternativas para solucionar o problema ou proporcionar meios para que as partes cheguem a essa solução. É nesse sentido que é tratada nesta monografia.

A título exemplificativo, a Instrução Normativa - TCU 91, de 22 de dezembro de 2022, que instituiu, no âmbito do TCU, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolve a negociação em sentido amplo, em que se vai buscar evitar a controvérsia ou solucionar o conflito relevante (Brasil, 2023b).

No caso, fazem parte do procedimento de discussão da solução, depois de o processo ser admitido no Tribunal, representantes da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso) e do órgão jurisdicionado e, eventualmente, particulares envolvidos, quando admitidos no processo.

Essas partes vão discutir e negociar sobre a matéria submetida à solução de conflito na busca de se chegar a um consenso e se ter uma proposta de acordo, no prazo de noventa dias da admissão do processo de solução consensual.

O modelo de solução de conflitos adotado pelo TCU tem natureza híbrida, podendo ser entendido como negociação em sentido amplo, quando considerados o TCU e o jurisdicionado como partes; aspecto conciliatório ou de mediação, considerando o papel que pode ser desenvolvido pela Secex Consenso em relação aos posicionamentos da unidade de auditoria especializada e da unidade jurisdicionada.

Seja lá qual for o papel assumido pelos representantes das unidades do TCU, a busca pela solução consensual será o mote dos trabalhos, desde que venha atender o interesse público e, ao mesmo tempo, o interesse das demais partes envolvidas dentro do que foi acordado, sendo fundamental a participação da Secex Consenso e da unidade de auditoria especializada na construção do entendimento fundamentado no princípio da juridicidade.

Em seguida, será sorteado relator do processo de solução consensual, sendo a proposta submetida também ao Ministério Público de Contas e, por fim, enviada ao Plenário do TCU para exame de sua legalidade e deliberação sobre a concordância ou não da proposta construída pelas unidades técnicas do Tribunal e representantes de órgãos ou entidades jurisdicionadas.

2.2 Métodos de negociação e suas características

Não existem regras claras e objetivas de como se deve proceder a uma negociação, considerando a multiplicidade de objetos implicados, o nível de conhecimento e discernimento das partes, os interesses envolvidos e o nível de cultura de consenso para evitar ou pôr termo a um conflito.

Todavia, existem métodos desenvolvidos por estudiosos e universidades que elaboram técnicas dentro de um processo negocial que podem surtir efeito e levar a um acordo. Isso não significa que, utilizando-se tais técnicas, necessariamente será alcançado um consenso e conseqüentemente um acordo. Na realidade, as técnicas relativas a negociação objetivam mitigar a não ocorrência de um consenso.

Neste trabalho, foi abordado o método da barganha, o método de Harvard e a Teoria dos Jogos.

O método da barganha posicional estabelece que, em um processo de competição, uma parte vencerá e a outra necessariamente perderá, ou seja, uma terá mais vantagem sobre a outra em um processo de negociação. Essa situação decorre do poder de barganha que cada parte possui.

Porter apresenta em seus estudos cinco forças competitivas, entre elas o poder de barganha dos fornecedores e o poder de barganha dos clientes (Porter, 2005).

O poder de barganha vai influenciar no resultado da negociação. Quanto maior o poder de barganha, maior a expectativa de ser obter resultado favorável naquilo que se negocia.

O poder de barganha se associa, dentre outros, com reputação, credibilidade, capacidade econômica, fornecimento de bens e serviços essenciais ou escassos, capacidade de atendimento, e poder de impor sanções.

Nas relações institucionais, até as que envolvem a Administração Pública, é comum o exercício do poder de barganha por uma das partes. Nesses casos, a parte menos favorecida deve saber se comunicar com a outra e ter sua equipe treinada em negociação, a fim de encontrar elementos para mitigar as perdas, ou não ter perdas superiores se aquela negociação na busca de uma solução consensual não tivesse sido realizada e fosse buscado outro meio, inclusive judicial, para colocar termo à disputa.

Um exemplo claro, no âmbito da Administração Pública, do uso desse método ocorre por ocasião da celebração do termo de ajuste de conduta, em que a parte que

incorreu em irregularidade deve concordar em exercer um comportamento determinado pelo órgão público para evitar que seja instaurado um procedimento administrativo sancionador mais grave.

Nesse caso, o órgão público tem poder de barganha muito maior que a outra parte, a qual normalmente se submete para evitar perdas maiores com a instauração do processo administrativo sancionador. Não obstante, existem situações em que o poder de barganha pode ser de um fornecedor de bens para a Administração Pública, caso tais produtos sejam essenciais, exista alta demanda e competição mundial pela sua aquisição, e sua produção seja limitada para atender o nível de demanda que precisa atender, como ocorreu com as primeiras vacinas contra a covid-19.

O método de Harvard é um dos principais métodos de negociação, tendo sido desenvolvido por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton. O método é fundamentado em princípios, buscando a solução dos conflitos a partir de seus méritos e não por concessões ou não concessões que cada uma das partes esteja disposta a fazer ou a não fazer (Fisher *et al.*, 2014).

A negociação por mérito é um modelo mental que apregoa que não deve ocorrer pressão para se chegar a um acordo ou aceitar tudo e fazer concessões para se manter o relacionamento. A ideia é chegar a uma terceira via intermediária entre esses extremos. O modelo de Harvard está fundamentado na negociação integrativa (terceira via), afastando-se do modelo da barganha posicional.

Em linhas gerais, o modelo estabelece quatro princípios ou diretrizes: separar as pessoas do problema; concentrar-se nos interesses e não nas posições; inventar opções de ganhos mútuos; e insistir em um resultado objetivo, independentemente de vontade (Fisher *et al.*, 2014).

Separar as pessoas do problema é a diretriz em que o negociador deve concentrar suas forças no enfrentamento do problema de forma objetiva, sem fazer concessões desnecessárias, como se a outra parte fosse um amigo, ou exigir mais que o necessário, considerando-a como inimigo. A outra parte é parceira na construção de um consenso, portanto não pode ser vista como amiga ou inimiga. Falhar na sua utilização compromete a negociação e podem até surgir conflitos de natureza pessoal.

Assim, o negociador deve conhecer e focar sua energia no problema a ser resolvido sem subjetividades decorrentes de características da outra parte ou por convicções próprias, devendo conhecer e discutir os critérios objetivos das propostas.

Na segunda diretriz – concentrar-se nos interesses e não nas posições –, o negociador deve conhecer e compreender conceitos de interesses e de posições. Posição é aquilo que é exteriorizado pelo negociador, e o interesse é o real objetivo pretendido, que pode ser compatível ou não com a posição.

Nesse ponto, o negociador deve investigar o que realmente se pretende, para que a negociação tenha fluidez. Em outras palavras, ele deve buscar conhecer o que está por trás da posição colocada pela outra parte. Note-se que se negociam interesses, e não a posição, sob pena de não se conseguir a solução ou mitigação do conflito.

A terceira diretriz – criar várias possibilidades antes de decidir – é a consequência da segunda diretriz, representando a atuação produtora do negociador para buscar a construção de várias possibilidades para aderência de ganhos comuns e mitigação de adversidades.

Como está focado nos interesses, o negociador vai buscar o desenvolvimento de alternativas com critérios objetivos para atender a esses interesses dentro de um processo de diálogo. Para a criação de possibilidades de alternativas para a resolução do conflito, pode utilizar o *brainstorming*.

As alternativas surgidas serão analisadas, em suas vantagens e desvantagens, e ajustadas antes de se partir para uma tomada de decisão, lembrando-se que a alternativa adequada é aquela que atende os interesses das partes.

A última diretriz – insistir em um resultado objetivo – estabelece que, ao se concluir e entender que determinada alternativa para solução do problema é adequada, justa e viável, o negociador deve procurar atingir o resultado esperado. Isso não significa que não possam ocorrer supressões, acréscimos ou alterações da alternativa negociada, porém deve ser tratada de forma objetiva em termos de valores, prazos, garantias, qualidade, sem que se considerem subjetividades, as quais não se tem como medir ou comprovar.

O negociador não pode perder de vista que está lidando com pessoas que têm convicções, valores, receios, medos, crenças, personalidades diferentes e que estão ali também com o objetivo de solucionar a disputa. Assim, é essencial a percepção do negociador para identificar emoções e atitudes, favoráveis ou não, e estabelecer uma comunicação aberta, de mão dupla e assegurar confiança, respeito e amistosidade para um desfecho adequado do processo de negociação (Fisher *et al.*, 2014).

A negociação pode resultar em cinco posicionamentos estratégicos para solucionar o conflito: colaboração, acomodação, disputa, inação e compromisso (Paumgartten, 2018).

A resolução do conflito por colaboração ou ganha-ganha ou integrativa é alcançada quando as partes compreendem os diferentes interesses e os objetivos dos envolvidos, e existe um envolvimento mútuo de avaliação da melhor alternativa que atenda a todos, sendo esse posicionamento aplicado em conflitos complexos que se não resolvidos se prolongam no tempo.

Na resolução do conflito por acomodação ou perde-ganha, uma das partes terá vantagem em relação à outra. A parte mais fragilizada acaba por ceder na tentativa de manter a relação ou de, no futuro, conseguir alguma vantagem.

A resolução do conflito por disputa ou ganha-perde ou distributiva, os envolvidos se posicionam para fazer prevalecer seus interesses, buscando potencializar os resultados. É uma estratégia de competição e predomina o uso do poder, da coação, da pressão para se alcançar o resultado esperado. Difere do perde-ganha, pois a parte fragilizada será obrigada a ceder sem vislumbrar melhoria no relacionamento ou vantagem futura.

A resolução de conflitos por meio de perde-ganha ou ganha-perde tem suas premissas no modelo de negociação tradicional por barganha posicional, em que cessões ou imposições serão os norteadores da resolução do conflito, normalmente resolvido com baixa utilização de tempo, em comparação com os demais posicionamentos estratégicos.

Na Inação ou perde-perde, as partes evitam a negociação, não assumindo posições em razão da percepção negativa que o conflito causa e da descrença no diálogo com o outro. Na realidade, o conflito não será resolvido, e sim, reposicionada a sua negociação para o futuro, perdendo-se a oportunidade de se obter uma solução imediata.

O compromisso tem por objetivo resolver o conflito da melhor forma possível, buscando superar as diferenças e satisfazer de forma parcial ou moderada os interesses das partes, sendo utilizado quando os outros modelos não puderem ser aplicados de forma exitosa. Isso ocorre em razão da complexidade do conflito e da dificuldade dos envolvidos em chegar ao acordo.

O modelo de solução de conflitos de forma consensual adotado pelo TCU está intimamente ligado com o método de Harvard, em que a partes buscam um desfecho

adequado por meio da cooperação, discutindo-se o objeto e os interesses envolvidos de forma objetiva. Isto não significa dizer que todas as situações submetidas ao TCU serão resolvidas de forma consensual. A Instrução Normativa - TCU 91, de 22 de dezembro de 2022, estabelece que se, em noventa dias, não houver uma proposta de acordo ou se o Plenário discordar da proposta apresentada, não se terá a resolução consensual naqueles moldes apresentados (Brasil, 2023b).

Por fim, a negociação envolve o diálogo entre as partes, porém o comportamento das partes vai influenciar na duração desse diálogo, uma vez que é razoável concluir que cada pessoa defenda seus interesses. Nesse sentido, a negociação tem a característica de um jogo, em que as partes se influenciam mutuamente com sua interação (Campos *et al.*, 2022).

A Teoria dos Jogos, elaborada por John von Neumann e John Nash, em linhas gerais, avalia como os participantes (jogadores) envolvidos em determinadas situações e interagindo entre si buscam melhorar os resultados que possam atender suas necessidades. A premissa da Teoria dos Jogos é que o melhor resultado de um jogador depende da estratégia adotada pelo outro jogador.

A Teoria dos Jogos, na visão de Neumann, era uma competição de soma zero – ou seja, para que um jogador viesse a ganhar, o outro necessariamente teria que perder – está relacionada diretamente com a barganha posicional.

Nash entendia que, além das relações de competição, nas relações continuadas, os jogadores poderiam cooperar entre si para obtenção de ganhos mútuos, chegando-se a um ponto de equilíbrio, no qual a estratégia de um jogador é a melhor resposta à estratégia do outro e vice-versa (Campos *et al.*, 2022).

Daí surgiu o equilíbrio de Nash: cooperação nas relações continuadas (soma não zero) e competição nas relações não continuadas (soma zero). Em outras palavras, a estratégia a ser adotada vai depender do número de jogadas a serem feitas: se apenas uma, será a de competição; se várias, será a de cooperação.

Para aplicação da Teoria dos Jogos, faz-se necessária a utilização da racionalidade na tomada da decisão, todavia, o modelo não apresenta respostas prontas, uma vez que o resultado da estratégia a ser adotada sempre vai depender das estratégias dos outros participantes e não há como se saber efetivamente o que o outro irá fazer. O que se tem, na verdade, é um provável comportamento esperado com aquela tomada de decisão.

Diante do exposto, apesar da possibilidade da aplicação da Teoria dos Jogos em negociação, parece mais adequada a utilização do modelo de Harvard na negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública, incentivando-se a cooperação entre as partes.

Por outro lado, o negociador não pode deixar de avaliar a utilização do modelo da barganha posicional, considerando que as especificidades da problemática podem desencadear a sua utilização e que a outra parte pode também estar se valendo desse expediente.

Enfim, o negociador não pode perder de vista que todo o conhecimento que venha a possuir sobre negociação, a outra parte provavelmente também terá e que os movimentos feitos terão um contraponto de resposta. Por isso, quanto mais preparado esteja o negociador acerca do objeto da disputa e detenha maiores habilidades, a exemplo de habilidades interpessoais de comunicação, escuta ativa, equilíbrio emocional, visão de mundo, bom senso, empatia, maiores as chances de ser exitoso em sua jornada.

2.3 Processo de negociação na solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública

Inicialmente cabe destacar que não existe um processo formal de negociação para solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública.

As iniciativas para nortear o processo de negociação são ainda feitas de forma isolada por alguns órgãos, a exemplo do Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard, elaborado pela Advocacia-Geral da União (AGU) estabelecendo a sistemática a ser aplicada nas demandas judiciais (Brasil, 2017).

Com os fundamentos do modelo de negociação de Harvard, passa-se a descrever um processo de negociação que potencialmente poderia ser utilizado na solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Para se realizar uma negociação, faz-se necessário que o negociador tenha um método de negociação e não aja somente por bom senso, boa vontade,

experiência e instinto. Não se quer dizer que essas habilidades não sejam importantes. O que se está propondo é que não se pode negociar sem um método.

Nesse sentido, um processo de negociação utilizando o modelo de Harvard deve resultar no mínimo em: a) um acordo adequado para as partes; b) eficiência do processo de negociação, reduzindo tempo, esforços, recursos, se comparados com outros meios de solução (contencioso administrativo ou contencioso judicial); e c) fortalecimento do relacionamento entre as partes ou pelo menos não prejuízo desse relacionamento (Fisher, 2014).

O ponto inicial é o aprendizado do negociador, uma vez que a negociação é uma habilidade, que necessita ser desenvolvida por estudos, conhecimentos e aplicação de técnicas, não sendo, portanto, uma arte ou um processo intuitivo.

O desenvolvimento e aperfeiçoamento de habilidades do negociador não é uma fase do processo de negociação. É condição para que os profissionais que realizam a negociação sejam exitosos e respeitados nas demandas em que vierem a atuar.

Desenvolvidas as habilidades necessárias para sua atuação, o processo de negociação se desencadeará com a aplicação do método de Harvard, que consiste nos quatro princípios ou diretrizes fundamentais apresentados anteriormente: separar as pessoas dos problemas, concentrar nos interesses e não nas posições, criar opções para negociação e utilizar critérios objetivos.

O Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard da Advocacia-Geral da União estabeleceu, de forma didática, cinco fases do processo de negociação: Preparação, Criação, Negociação, Fechamento e Reconstrução (Brasil, 2017).

Na fase da preparação, o negociador deve ter conhecimento do objeto a ser tratado, conhecer a outra parte e planejar como será feito o enfrentamento da questão.

A segunda fase consiste na criação de valor na elaboração das propostas na busca de um futuro resultado que venha atender os interesses das partes.

A negociação, chamada também de distribuição, é quando se analisam e se discutem as alternativas apresentadas, devendo haver cooperação entre as partes para se chegar a uma alternativa mais adequada para colocar termo à demanda.

O fechamento é a fase em que se chega ao acordo propriamente dito, na qual as partes entendem que uma das propostas analisadas e discutidas tem o condão de solucionar o conflito.

Por fim, a fase da reconstrução do relacionamento é a busca da manutenção do relacionamento após o fechamento da negociação, considerando que, no

processo, podem ocorrer desgastes, arestas e mal-entendidos, os quais devem ser resolvidos para não gerar resquícios em futuras negociações.

Neste trabalho, sugere-se que o processo de negociação seja dividido em oito etapas para efeitos didáticos, considerando-se as premissas do modelo de Harvard adaptadas para a realidade da Administração Pública: designação dos agentes públicos, planejamento, abertura dos trabalhos, criação de opções de proposta, apresentação das opções de propostas, avaliação e escolha da opção de proposta, celebração do acordo e encerramento.

A etapa inicial consiste na **designação dos agentes públicos** envolvidos com a negociação. Diante do princípio da legalidade, os agentes públicos devem ter suas atribuições estabelecidas por lei. Então, o primeiro momento do processo de negociação é a designação formal do agente ou agentes responsáveis pela sua condução.

Os designados devem possuir habilidades em negociação e conhecimento sobre o objeto a ser negociado. Considerando esses aspectos, os órgãos públicos devem treinar e capacitar esse profissional para desenvolvimento de habilidades em negociação, envolvendo, dentre outros, temáticas sobre os métodos e técnicas de negociação, comunicação e relacionamento interpessoal.

Por mais que pareça normal e simples a negociação, uma vez a sua presença cotidianamente na vida das pessoas, a solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos na Administração Pública exige o preparo do profissional que exercerá essas atribuições.

Não se pode designar servidores sem habilidade em negociação e sem conhecimento de seu objeto, sob pena de não se conseguir a solução consensual esperada e ainda provocar o desencadeamento de conflitos interpessoais ou arrANHAR a imagem institucional.

Em relação ao conhecimento do objeto, o negociador pode ser apoiado tecnicamente por representantes da área técnica envolvida, o que facilitará na elaboração e apresentação de propostas objetivas para o deslinde das controvérsias e conflitos.

Acerca das habilidades em negociação, a título ilustrativo, é esperado que o negociador apresente na sua maneira de agir e de se comunicar com a outra parte (Fisher *et al.*, 2014):

- a) capacidade de perceber a situação do jeito que o outro lado percebe;

- b) habilidade de criar opções;
- c) boa comunicação e entender que esta é a fonte do poder de negociação;
- d) escuta ativa e demonstrar que entendeu a outra parte;
- e) clareza e coerência ao falar para ser compreendido;
- f) comunicação de um propósito claro;
- g) capacidade de construir uma relação de trabalho; e
- h) habilidade de enfrentar problemas, e não as pessoas.

Após a designação dos responsáveis para condução da negociação nos processos de solução de controvérsias e de prevenção de conflitos, surge a etapa do **planejamento**. Nessa etapa, o negociador deve aprofundar os estudos sobre o objeto a ser negociado, a fim de conhecer todas as suas peculiaridades e não ser tomado de surpresa pela outra parte.

O negociador deve ter ciência de que a outra parte, provavelmente, terá o conhecimento pleno do objeto para que possa negociar sobre os pontos controvertidos ou conflituosos.

No planejamento, o negociador deve conhecer:

a) Os interesses envolvidos na negociação: o negociador deve ter a capacidade de reconhecer os interesses envolvidos e os objetivos que se pretende alcançar no processo de negociação; deve ter habilidade para distinguir posição e interesse, quando estiver efetivamente negociando com a outra parte.

b) A melhor alternativa sem acordo (MASA) sua e da outra parte: a MASA é uma expressão utilizada no Manual de Negociação baseada na Teoria de Harvard da Advocacia-Geral da União (Brasil, 2017), em que o negociador deve conhecer a melhor alternativa caso não seja possível a celebração de um acordo.

A MASA é o limite mínimo em um processo de negociação. Se a proposta do acordo for menor que a MASA, não deve ser celebrado. Se maior, significa que aquele processo de negociação resultou em ganho além do que se obteria se não fosse feito acordo. Vale lembrar que a outra parte também deve conhecer a MASA dela e essa será o mínimo intransponível, sob pena de suportar perdas desnecessárias no processo de negociação.

c) A margem de negociação: conhecidos os interesses envolvidos e a MASA, a margem de negociação, chamada de zona de possível acordo (ZOPA) no Manual de Negociação baseada na Teoria de Harvard da Advocacia-Geral da União (Brasil, 2017), representa o intervalo de negociação possível.

Hipoteticamente, a margem de negociação representa o intervalo entre a MASA de uma parte e a MASA da outra parte. A situação adequada para o acordo consensual representa o equilíbrio entre os interesses envolvidos, ou seja, até onde se pode ceder ou avançar naquele processo de negociação, sem que se invada a MASA de uma ou de outra parte.

d) A melhor alternativa para um acordo negociado (MAPAN) ou Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo (MAANA): Fisher *et al.* (2014) esclarecem que não é em todas as negociações que as partes estão em pé de igualdade.

Quando uma parte tiver maior grau de ascendência sobre a outra, seja pelo poder econômico, seja pela capacidade de impor sanções, seja pela essencialidade ou exclusividade de seus produtos ou serviços, faz-se necessário que o negociador da parte hipossuficiente tenha conhecimento da sua MAPAN, pois nenhum método terá sucesso se todas as vantagens estiverem com a outra parte.

Nesse caso, o negociador deve proteger a instituição que representa, tendo por limite a MASA e, se possível, obter um ganho adicional em razão da necessidade da solução sobre o objeto e de seu poder de negociação. De outro modo, deve pensar que, naquele processo de negociação, terá ao menos a MASA, o que vier além é geração de valor.

e) Elaboração de critérios objetivos a serem ofertados e discutidos por ocasião da negociação: o negociador que tem conhecimento aprofundado do objeto terá condições de estabelecer critérios objetivos para serem ofertados e discutidos com a outra parte.

Os critérios objetivos envolvem, a título ilustrativo, o valor de mercado, precedente sobre a questão, opinião técnica e científica, padrões de desempenho, prazos de entrega, de produção, de utilização, custos operacionais, bonificações de despesas indiretas (BDI), jurisprudência, padrões morais e éticos, regulação, interesse público envolvido, repercussão social da operacionalização ou utilização do bem, tempo e custos da litigância em juízo.

Quanto maior a quantidade de informações que se possa levantar, melhor será para a apresentação de propostas e a obtenção de resultado superior à MASA.

A etapa seguinte é a **abertura dos trabalhos**: nesse momento, os negociadores terão o primeiro contato entre si, em reunião de trabalho. O ideal é que a reunião seja realizada em local neutro para que as partes não tenham vantagens ou desvantagens da familiaridade com o local. Quando isso não for possível, também de

forma ideal, será importante que as reuniões de trabalhos sejam feitas por revezamento nas sedes das instituições envolvidas. O importante é que os negociadores se sintam seguros, confortáveis e em ambiente amistoso para realizar seus trabalhos.

Nesse primeiro momento, faz-se necessária a realização de uma rodada de apresentação para que todos se conheçam ao mínimo na sua identificação e função exercida. Não é produtivo que esse contato inicial seja marcado por narrações cansativas de histórico pessoal das partes ou pelo monopólio da palavra por algum indivíduo. A informalidade respeitosa deve nortear essa rodada inicial e, se bem conduzida, produzirá efeitos positivos no restante dos trabalhos.

Vencido esse momento inaugural, sugere-se que deva ser apresentada a controvérsia ou o conflito para o qual se pretende buscar uma solução consensual pelo representante do órgão da Administração Pública em que o processo de solução consensual está tramitando.

A precisa definição da controvérsia ou do conflito no âmbito da Administração Pública é essencial para os passos seguintes da negociação. As partes devem saber de forma clara e objetiva o que efetivamente está sendo tratado e os interesses envolvidos.

Além do objeto a ser negociado, devem ser apresentadas também as consequências da celebração ou não de um acordo e, se cabível, as repercussões ou impactos para a sociedade, bem como a disposição de se encontrar cooperação entre as partes na busca de uma solução equilibrada que atenda a todos.

No momento seguinte, deve ser dada a palavra para a outra parte também se manifestar, uma vez que a construção da solução deve ser conjunta. Todos devem sentir-se integrados ao processo de negociação para que seja construída de forma conjunta a solução da controvérsia ou da prevenção do conflito.

É recomendável a elaboração de uma agenda de compromissos com cronograma de reuniões para as fases seguintes do processo, especialmente para aqueles órgãos que já definiram o período da elaboração da proposta final de acordo, como no caso do TCU.

A agenda é importante porque estabelece um cronograma de reuniões para as negociações, devendo-se sempre ter em mente que o processo de negociação é construído progressivamente pelas partes, mas que deve haver uma estimativa de sua conclusão.

As lições de Fisher *et al.* (2014) devem ser aplicadas nessa etapa do processo de negociação:

- a) separe as pessoas dos problemas;
- b) trate a outra parte com respeito;
- c) gere confiança;
- d) controle suas emoções;
- e) não tenha medo de negociar;
- f) comunique-se; e
- g) utilize a escuta ativa.

A etapa de **criação de opções de proposta** é elementar no processo de negociação. No âmbito da Administração Pública, o negociador, com o apoio da área técnica do objeto da negociação, deve criar opções de propostas para dar início às negociações com a outra parte.

O ideal é a criação de opções de propostas de ganhos mútuos, as quais transmitam a sensação de adequação, equidade, honestidade e propósito de resolução sem que se caracterize a existência de um vencedor.

Propostas excludentes, de ganhos individuais, como feitas no caso de barganha posicional, transmitem a mensagem da existência necessária de um vencedor, cabendo à outra parte aceitar para preservar a relação ou submeter-se pela falta de opção.

O negociador não pode deixar de avaliar também a utilização da Teoria dos Jogos e a aplicação do equilíbrio de Nash, sempre considerando que o resultado da estratégia a ser adotada vai depender das estratégias dos outros participantes e não há como se saber efetivamente como será a tomada de decisão da outra parte.

Dependendo da complexidade do objeto, essas opções de proposta devem estar respaldadas em estudos técnicos de natureza econômica, financeira, operacional, jurídica, a depender da controvérsia ou do conflito envolvido.

O negociador deve ter em mente a MASA e a ZOPA com fundamento nesses estudos para que saiba como agir na defesa de uma proposta, lembrando que a outra parte também deve estar alicerçada de informações de igual valor.

As opções de propostas devem ser embasadas em critérios objetivos de acordo com os estudos que as fundamentam, devendo serem elaboradas em prazo razoável, já ajustado na agenda.

Para as opções de propostas, pode-se utilizar o *brainstorming*, devendo ser feitas, internamente, avaliação e escolha daquelas que serão apresentadas para a outra parte.

Nessa etapa do processo de negociação, podem ser realizadas visitas ao local do objeto do conflito, especialmente em se tratando de obras, desde que sejam possíveis e viáveis, devendo ser acertadas entre as partes e constar da agenda. Esse procedimento demonstra a realidade atual do objeto, subsidiando a elaboração das opções de proposta.

Na **apresentação das opções de propostas**, o negociador, de forma clara e objetiva, deve apresentar, esclarecer e tirar dúvidas sobre as propostas. A outra parte também deve apresentar suas propostas, e de igual modo, esclarecer e tirar dúvidas surgidas.

Esse momento é importante, porque se tem conhecimento dos interesses envolvidos colocados à mesa de negociação, devendo-se observar a MASA e a ZOPA e, eventualmente, a MAPAN, quando a outra parte utilizar a barganha posicional.

As dúvidas sobre o conteúdo das opções de propostas e eventuais obscuridades devem ser esclarecidas para evitar perda de tempo na fase seguinte.

As partes devem estabelecer o número de reuniões para apresentação das propostas, a depender da complexidade do objeto e da quantidade a ser apresentada. O ideal é que as partes apresentem uma ou duas opções de proposta e passem a negociar com base nelas. É conveniente que as partes tenham um tempo para refletir e ponderar sobre as propostas, considerando-se que estão à mesa de negociação.

A **avaliação e escolha da opção de proposta** para o fechamento da negociação deve envolver várias reuniões, considerando-se a complexidade do objeto, devendo ser estimado o número de reuniões e colocado na agenda.

A avaliação e a escolha da proposta ocorrem de forma praticamente simultânea e envolvem a negociação propriamente dita. É o momento em que o negociador vai colocar todas as suas habilidades e conhecimentos na busca de um acordo. Fisher *et al.* (2014) apresentam algumas sugestões que podem implementadas pelo negociador acerca da percepção, das emoções e da comunicação:

- a) exerça a empatia;
- b) não deduza as intenções do outro a partir de seus próprios temores;
- c) não os culpe por seus próprios problemas;
- d) divida com eles o resultado, assegurando-se de que participem do processo;

- e) torne a sua proposta consistente com os valores deles;
- f) reconheça e entenda as emoções, as suas e as deles;
- g) dê atenção às preocupações centrais;
- h) permita que o outro lado desabafe;
- i) não reaja com surtos emocionais;
- j) ouça ativamente e demonstre entender o que está sendo dito;
- l) fale para ser compreendido;
- m) fale com um propósito; e
- n) enfrente o problema, não as pessoas.

Não se pode esquecer que toda negociação é dura em razão dos interesses envolvidos e a construção cooperativa é tarefa árdua, que deve ser conquistada com trabalho, honestidade, segurança, conhecimento e propósito de consenso.

Outro ponto que deve ser considerado é a característica das **propostas** apresentadas. Apesar de os negociadores das partes apresentarem as opções de **proposta**, não significa que na avaliação será escolhida uma. Podem surgir **propostas** ajustadas com critérios das duas partes, surgindo uma **proposta** construída de forma conjunta.

A **proposta** construída pelas partes é extremamente importante para a solução consensual de controvérsias e conflitos, podendo resultar em ganha-ganha.

Nos casos em que ocorre a barganha posicional, o negociador da empresa hipersuficiente leva a sua proposta, cabendo à outra parte pouca ou nenhuma margem de negociação. O negociador da parte hipossuficiente deve avaliar a MAPAN para aceitar ou não a proposta.

Na escolha da proposta final, devem ser avaliadas a MASA, a ZOPA ou a MAPAN para que a parte se certifique de que a futura solução consensual atende seus interesses e em que medida. Acordos malfeitos geram frustração, não atendem aos interesses e podem até não ser executados, resultando em ações judiciais futuras.

Relevante ainda destacar que a opção de proposta escolhida deve ser exequível, pois não adianta nada conseguir um acordo por solução consensual que não possa ser executado, por isso se deve avaliar também a capacidade da outra parte em garantir aquilo que será celebrado.

Para se certificar de que o compromisso está adequado e estruturado de forma que seja exequível, exigível, prático e duradouro, pode ser utilizada a técnica de 5W2H (Why? What? Who? Where? When? How Much? How?), ficando bem definido: Por

que será realizado? O que será realizado? Quem realizará? Onde realizará? Quando realizará? Quanto será gasto? Como será realizado?

Por fim, não se pode perder de vista se a outra parte está agindo com táticas ardilosas, a exemplo de trapaça deliberada, guerra psicológica e táticas de pressão posicional (Fisher *et al.*, 2014). Em situações dessa natureza, inicialmente se deve reconhecer que a outra parte está utilizando esse expediente; em seguida, levantar a questão de forma explícita e negociar as regras do jogo, deixando claro que reconhece o uso deliberado dessa prática ardilosa no processo de negociação. Nesse caso, deve ser avaliada a continuidade da negociação, caso a outra parte continue com essa tática.

A **celebração do acordo** é a etapa de fechamento de todo o esforço realizado no planejamento, na abertura, criação de opções de propostas, avaliação e escolha de proposta, e se materializa com a formalização de um acordo.

Nem todo processo de negociação resultará em um acordo, uma vez que a negociação pode ser cancelada pelas partes em qualquer fase anterior, mesmo que se saiba das vantagens que a solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos tem em comparação com outras formas de resolução (contencioso administrativo ou contencioso judicial).

A escolha de uma das opções de proposta ou a construção de uma nova proposta para solucionar o problema deve ser bem fundamentada, para que não ocorram equívocos, obscuridades, omissões ou eventuais contradições.

O compromisso a ser firmado deve ser gradativamente construído com ofertas racionais pelas partes, sendo ideal que todos estejam abertos à negociação.

Estabelecidos os critérios objetivos, conhecidos os interesses, avaliadas a MASA, a ZOPA ou a MAPAN, analisadas as opções e escolhida aquela que pode gerar ganhos mútuos, formaliza-se o acordo.

Firmado o acordo, vem a última etapa, o **encerramento**. Assim como ocorreu na abertura dos trabalhos de negociação, o encerramento é o momento de renovação do relacionamento, do fortalecimento de compromisso e da oportunidade de transmitir uma mensagem de ganhos mútuos, de cooperação, de eficiência na resolução do conflito e legitimidade do acordo.

Esta etapa é importante nas controvérsias e na prevenção de conflitos que envolvem a Administração Pública em razão da execução do acordo, o qual deve ser acompanhado pelo órgão técnico envolvido.

A construção do relacionamento profissional com respeito, honestidade e ética pode evitar novas controvérsias e prevenir conflitos, uma vez que cria um canal de comunicação de confiança, principalmente naquelas situações que envolvem um relacionamento de longo prazo ou cujo objeto complexo negociado deva ser acompanhado.

O importante é que fique claro que não houve vencedores ou vencidos e que as partes cooperaram para a solução das controvérsias e prevenção do conflito, com ganhos mútuos.

Apresentadas as etapas do processo de negociação proposto nesta monografia, entende-se que cada órgão deva elaborar seu manual de negociação, estabelecendo as premissas e as etapas, de acordo com as suas peculiaridades, como o fez a Advocacia-Geral da União.

Por outro lado, o exercício da negociação no âmbito da Administração Pública ainda é lento e apresenta reservas de ordem de responsabilidade funcional, ainda não bem disciplinada pela legislação permissiva da resolução consensual de conflitos.

Em outras palavras, servidores públicos receiam realizar a negociação e solucionar conflitos de forma consensual, inicialmente temendo que suas decisões não sejam aceitas pelos escalões superiores ou ainda que, por ocasião de fiscalização das Cortes de Contas ou dos órgãos de controles internos, tais práticas não sejam aceitas, resultando em instauração de processos de responsabilização.

Para mitigar essa situação, a Lei 13.140/2015 estabeleceu, em seu artigo 40, que há responsabilização civil, administrativa ou criminal dos agentes públicos envolvidos em resolução consensual de conflitos quando receberem vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiros ou concorrerem para tal (Brasil, 2015c).

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Brasil, 1942), com a alteração feita pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, em seu art. 28, estabelece que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (Brasil, 2018).

Mesmo assim, faz-se necessário criar mecanismos para assegurar segurança jurídica aos servidores envolvidos em solução consensual e tal prática deveria ser incentivada, até mesmo pelas Cortes de Contas. Quiçá, a elaboração de um referencial de boas práticas em processos de solução consensual de conflitos seja um

passo inicial para orientar e estabelecer diretrizes para sua utilização, a exemplo do Referencial Básico de Governança elaborado pelo TCU (Brasil, 2020b).

Outro mecanismo para assegurar segurança jurídica e estabelecer gradação acerca da complexidade, materialidade e relevância das matérias envolvidas em solução de conflitos poderia ser o estabelecimento de limites objetivos e de possibilidade de atuação, como a indicação de valores preestabelecidos para atuação dos agentes públicos de acordo com suas funções e/ou cargos exercidos ou a indicação das temáticas que podem ser objeto de negociação.

Vale lembrar os exemplos da definição desses objetivos apresentados pelo então Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União na Instrução Normativa 2, de 30 de maio de 2017 (Brasil, 2017) – que estabeleceu as situações possíveis de adoção da solução consensual –, e pelo TCU, na Instrução Normativa - TCU 91, de 22 de dezembro de 2022 (Brasil, 2023b), no aspecto da admissibilidade do pedido de solução consensual e na deliberação sobre a proposta feita pelo Plenário do Tribunal. Num caso e noutro, os agentes públicos envolvidos na sistemática possuem segurança para atuar na resolução de conflitos.

Ressalte-se que, de acordo com a legislação citada, especialmente o art. 40 da Lei 13.140/2015 (Brasil, 2015c) e o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942), as Cortes de Contas não deveriam intervir em decisão consensual de conflitos resultante de processos realizados no âmbito da Administração, salvo se comprovado o recebimento pelos agentes públicos de qualquer vantagem patrimonial indevida, ou permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem, mediante dolo ou fraude.

Todavia, sem que exista um referencial emitido pela própria Corte de Contas estabelecendo orientações e diretrizes gerais para a utilização da solução consensual de conflitos, o emprego desses mecanismos por órgãos públicos ainda continuará sendo feito de forma lenta, dadas as incertezas e os receios quanto ao seu uso.

Assim, o processo de negociação na Administração Pública deveria ser normatizado internamente pelos órgãos, segundo suas peculiaridades, elaborando-se um manual, cabendo ainda a edição de um referencial de negociação estabelecendo diretrizes para a utilização da solução consensual de conflitos.

3 METODOLOGIA

Para responder ao problema, realizou-se uma pesquisa exploratória na forma de pesquisa bibliográfica, para levantar informações sobre os principais meios de solução consensual de conflitos utilizados pela Administração Pública, sobre os métodos de negociação e o processo de negociação.

3.1 Coleta e análise de dados

A técnica utilizada na coleta de dados para responder ao problema consistiu na análise documental de normas legais obtidas nos portais institucionais e na revisão bibliográfica para conhecer como a temática vem sendo estudada no campo doutrinário.

A pesquisa foi realizada por meio de abordagem qualitativa a partir da análise de dados disponibilizados nos normativos e na literatura sobre o instituto da solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos, levantando-se informações sobre a utilização da negociação nessa sistemática.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho demonstra a evolução da utilização da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos na Administração Pública e o papel da negociação nesse processo, buscando a adoção do diálogo entre as partes, a fim de se chegar a um acordo para colocar termo ao litígio e aumentar a eficiência e a economicidade na execução das políticas públicas.

A pacificação nas relações institucionais envolvendo a Administração Pública fortalece a participação, a governança, a boa gestão, podendo ser alcançada pela cooperação entre as partes, a fim de desenvolver as ações públicas na satisfação das necessidades públicas.

A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à Administração Pública vem ganhando espaço significativo na esfera do Direito Administrativo e precisa ser incentivada pelos órgãos de controle para sua disseminação, a fim de reduzir a burocracia processualística e promover a oferta de bens e serviços para atender ao interesse público.

O princípio da legalidade deve ser interpretado de forma ampla e não isolada, como integrante de um sentido jurídico maior, que envolva as diretrizes da Constituição da República de 1988, sem perder de vista a proteção do interesse público e que resguarde o Estado Democrático de Direito.

Para implemento da cultura do consenso na solução de conflitos, faz-se necessária a utilização da negociação para se alcançar o resultado mais adequado, bem como a elaboração de um arcabouço jurídico que garanta segurança jurídica na sua utilização.

O servidor público envolvido com a solução consensual de conflitos deve ser capacitado para o desenvolvimento de habilidades e de técnicas de negociação. Não adianta tentar implementar a solução consensual se os agentes públicos envolvidos não têm capacidade técnica, habilidades e conhecimento do processo de negociação.

As equipes envolvidas com negociação devem estar preparadas para seu mister e a capacitação contínua é fundamental para a condução exitosa do processo de solução de controvérsias e prevenção de conflitos. Essa necessidade se torna mais premente quando se prevê que a parte que vier a negociar com a Administração Pública provavelmente terá um representante com essas habilidades.

Por outro lado, a negociação não assegura que as controvérsias e os conflitos sejam solucionados, mas propicia a mitigação do contencioso administrativo e da busca de uma solução adversarial em juízo.

O modelo de negociação de Harvard, aplicado neste trabalho, apresenta premissas orientadoras da condução de uma negociação, estabelecendo diretrizes e exemplos de como o negociador deve se comportar durante o processo, na busca de uma solução com benefícios mútuos.

Isso não significa dizer que toda negociação terá a estratégia de ganha-ganha, pois vai depender do modelo de negociação utilizado e do poder que uma parte tem sobre a outra. Contudo, de forma ideal, principalmente nas negociações que envolvam a Administração Pública na busca de solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos, o acordo com geração de ganhos mútuos para as partes em razão da cooperação no processo de negociação se mostra ser a estratégia mais adequada.

É curial que, para a aplicação da negociação na solução de controvérsias e de prevenção de conflitos, além da capacitação contínua dos agentes públicos envolvidos, haja incentivo para a produção de um referencial básico de solução

consensual e que os órgãos elaborem manual de negociação estabelecendo as fases do processo negocial e as diretrizes gerais sobre a temática.

O referencial básico de negociação, caso seja elaborado pelas Cortes de Contas, além de estabelecer diretrizes gerais, tem o condão de fortalecer a segurança jurídica do processo e mitigar os receios e medos dos agentes públicos envolvidos.

No mesmo sentido, a elaboração de um Manual de Negociação estabelecendo orientações operacionais, fases do processo de negociação, habilidades dos negociadores, e importância da negociação para a solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos mostra-se fundamental para orientar e estimular comportamentos esperados, garantindo, também, a segurança jurídica necessária de todo o processo.

Por fim, a construção doutrinária de solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração é uma temática atual, necessária e essencial, sendo fundamental que a discussão do consensualismo envolva todos os poderes da República para que ocorra um alinhamento entre eles e se incentive a sua prática, reduzindo-se o contencioso administrativo e o contencioso judicial.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos e suas diferenças com a conciliação. **Revista CNJ**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/ARTIGO%20Adolfo_MEDIACAO_CONCILIACAO_FEV_2011.pdf. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, Brasília: EAGU, 2017. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Manual-de-negociacao-baseado-na-teoria-Harvard.pdf. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônico [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1º dez. 2010, republicado em 1º mar. 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 jan. 2015. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa n. 4, de 21 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre a possibilidade de celebração, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 fev. 2020a. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/43531>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portaria Normativa 27, de 11 de outubro de 2022**. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e sobre a atividade correicional nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 out. 2022. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/68802>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portaria Normativa 54, de 14 de fevereiro de 2023**. Alterou a Portaria Normativa nº 27, de 11 de outubro de 2022, que dispõe

sobre a atividade correcional, e outras normas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 fev. 2023a. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/69865>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, alterado para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 set. 1942 e retificado em 17 jun. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 19 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre arbitragem. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 2 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 maio. 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l131295.htm. Acesso em: 14 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 2015c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 18 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa 2, de 30 de maio de 2017**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 maio 2017. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33687>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 612.439/RS**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25 de outubro de 2005. Diário da Justiça Eletrônico [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 set. 2006. Disponível em: <https://www.scon.stj.jus.br>. Acesso em: 3 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pleno do STJ define que o novo CPC entra em vigor no dia 18 de março**. Notícias. Brasília, DF, 2 mar. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-03-02_20-07_Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-marco.aspx. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – Secex Administração, 2020b. 242 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-de-governanca/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 jan. 2023b. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=31/01/2023&jornal=515&pagina=41&totalArquivos=48>. Acesso em: 2 maio 2024.

CAMPOS, Beatriz Luiza Goedert; FORMANSKI, Guilherme Crepaldi; PEREIRA, Rebeqa Souto Brandão. Negociação e Teoria dos Jogos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 8, n. 1, 2022. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/1/2022_01_0393_0419.pdf. Acesso em: 2 abr. 2024.

DANIEL, Luisa Lara B. Solução pacífica dos conflitos na administração pública: um novo paradigma principiológico. **Revista PGE-MS**, edição 17, Campo Grande Sul, Monografia, 2021. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/Revista-PGE-Monografia-Luiza-lara.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Controladoria-Geral do Distrito Federal. **Instrução Normativa 2, de 25 de julho de 2016**. Dispõe sobre a mediação de conflitos entre agentes públicos como meio de solução de controvérsias. Disponível em: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/d60e780004af464ebbb2699b51c669d6/cgdf_int_02_2016.html. Acesso em: 13 mar. 2024.

DISTRITO FEDERAL. **Decreto 44.701, de 25 de julho de 2023**. Dispõe de procedimentos de registro e apuração de casos de assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho dos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Distrito Federal. Disponível em: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/2961219522fe4d209dd99b8311276e24/exec_d ec 44701 2023.html#capIII art8. Acesso em: 13 mar. 2024.

FERNANDES, Jacoby. **Métodos de resolução de conflitos na Administração Pública**. Distrito Federal, 2017. Disponível em: <https://jacoby.pro.br/site/metodos-de-resolucao-de-conflitos-na-administracao-publica/>. Acesso em: 13 mar. 2024.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM**. Como negociar acordo sem fazer concessões. Tradução: Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

FREITAS, Danielli. Da solução de conflitos da Administração Pública por meio da arbitragem. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/da-solucao-de-conflitos-da-administracao-publica-por-meio-da-arbitragem/138425424/amp>. Acesso em: 11 mar. 2024.

MURTA, Camila C. Meios Alternativos de solução de conflitos na Administração Pública. **Associação Brasileira de Empresas de Software**, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://abes.com.br/meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-na-administracao-publica/>. Acesso em: 28 abr. 2024.

OLIVEIRA, Andrea Maia de; CASTANHEIRO, IVAN Carneiro. Mediação na Administração Pública como medida democrática. **Consultor Jurídico. MP Debate**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/mp-debate-mediacao-administracao-publica-medida-democratica/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos: função judicial, negocial, conciliação, mediação, arbitragem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

PORTER, Michael E. **Estratégia Competitiva**. Técnica para análise de indústrias e da concorrência. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROGER, Fisher; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM**. Como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução: Ricardo Vasque Vieira. Rio de Janeiro; Solomon Editores, 2014.

SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos – Instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46 n. 182, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194916>. Acesso em: 5 abr. 2024.

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA RECONHECIDA COM
MENÇÃO HONROSA

CATEGORIA
TRIBUNAIS DE CONTAS

CONSENSUALISMO COMO FORMA DE RESOLVER
CONTROVÉRSIAS E PREVENIR CONFLITOS
RELACIONADOS A ÓRGÃOS DE CONTROLE,
GESTORES PÚBLICOS E PARTICULARES:
A “DESTCELIZAÇÃO” DOS PROCESSOS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA?

do autor

MAURO ROGÉRIO OLIVEIRA MATIAS



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**SOLUÇÃO CONSENSUAL COMO FORMA DE RESOLVER
CONTROVÉRSIAS E PREVENIR CONFLITOS RELACIONADOS A ÓRGÃOS
DE CONTROLE, GESTORES PÚBLICOS E PARTICULARES:
A “DESTCELIZAÇÃO” DOS PROCESSOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA?**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

A partir da Constituição Federal de 1988, instituidora do Estado Democrático de Direito, garantista dos direitos fundamentais, e de uma Administração Pública pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; normas do direito processual, administrativo e do controle “consensualista”, paulatinamente, foram incorporadas ao ordenamento jurídico nacional, especialmente as leis 13.129/2015 (arbitragem), 13.140/2015 (mediação e autocomposição de conflitos), 13.655/2018 (alterações na Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), 14.133/2021 (licitações e contratos) e a Instrução Normativa TCU 91/2022 (solicitação consensual de conflitos). Outrossim, os princípios da juridicidade e da boa administração embasaram mudanças na processualística administrativa sancionadora para um viés dialógico e colaborativo de acordos extrajudiciais para prevenir e solucionar conflitos, com avanços para eficiência, segurança jurídica, economicidade e celeridade no atendimento ao interesse público. Nesse contexto, o presente estudo visa realçar o processo administrativo de Tomada de Contas Especial (TCE), que, embora legitimamente de exceção, ainda não confere ênfase ao exaurimento da fase saneadora e conciliatória das irregularidades. É moroso, de elevada litigiosidade na administração e nos órgãos de controle, focado apenas em responsabilização, ressarcimento ao erário e sanção ao gestor, dissociado da recuperação do objeto da política pública fracassada – em suma, uma “tcelização”. Não obstante, há ambiente e possibilidades para estimular uma “destcelização” dos processos na Administração Pública, de modo que as TCEs somente sejam instauradas após esgotadas as possíveis medidas saneadoras e conciliatórias das irregularidades, com estímulo às repactuações de empreendimentos públicos inacabados, sem prejuízo da persecução da responsabilização e da reparação do dano ao erário, quando necessário.

Palavras-chave: Prevenção e Resolução de Conflitos e Consensualismo na Administração Pública; Tribunal de Contas da União; Tomada de Contas Especial; Termo de Ajustamento de Gestão; Termo de Autocomposição.

ABSTRACT

After Brazil's 1988 Constitution of 1988, which established the Democratic Rule of Law, guarantor of fundamental rights, and of a Public Administration based on the principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency; norms of procedural, administrative law and “consensualist” control were gradually incorporated into the national legal system, especially the laws: 13.129/2015 (arbitration), 13.140/2015 (mediation and self-composition of conflicts), 13.655/2018 (changes in the Introduction to the Standards of Brazilian Law - LINDB), 14.133/2021 (tenders and contracts) and Federal Court of Accounts Normative Instruction 91/2022 (consensual request for conflicts). Furthermore, the principles of legality and good administration supported changes in administrative-sanctioning procedures towards a dialogical and collaborative approach to extrajudicial agreements to prevent and resolve conflicts, with advances in efficiency, legal security, economy and speed in serving the public interest. In this context, the present study aims to highlight the administrative process of special accounting, which, although legitimately exceptional, still does not emphasize the exhaustion of the regularization and conciliation phase. It is time-consuming, highly litigious in the administration and control offices, focused only on accountability, reimbursement of the treasury and sanction to the manager, dissociated from the recovery of the object of the failed public policy – a true “bureaucratization”. However, there is an environment and possibilities to encourage a “debureaucratization” of processes in the Public Administration, so that of process of special accounting are only instituted after the possible remedial and conciliatory measures of the irregularities have been exhausted, with encouragement for renegotiations of unfinished public projects, without prejudice to the pursuit of accountability and repair of damage to the treasury, when necessary.

Keywords: Prevention and Resolution of Conflicts and Consensualism in Public Administration; Federal Court of Accounts; Special Accountability; Management Adjustment Agreement; Self-composition Agreement.

Lista de ilustrações

Figura 1 – Métodos de solução de conflitos (Campanha TJDT – Direito Fácil: Mediação, Conciliação e Arbitragem (p. 23)

Figura 2 – Ciclo Resumido do Processo de TCE (p. 46)

Figura 3 – Câmara de Conciliação da Administração Federal – Advocacia-Geral da União (CCAF/AGU) – Fôlder – Divulgação (Apêndice A – p. 66)

Figura 4 – Passo a passo da solução consensual de conflitos no TCU (Apêndice B – p. 67)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR – *Alternative Dispute Resolution*

AGU – Advocacia-Geral da União

AED – Análise Econômica do Direito

AL – Acordo de Leniência

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANPC – Acordo de Não Persecução Civil

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ASC – Acordo de Solução Consensual

ASM – Acordo Substitutivo de Multa

ASS – Acordo Substitutivo de Sanção

ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

CGU – Controladoria-Geral da União

CN – Congresso Nacional

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DN – Decisão Normativa

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

FUNASA – Fundação Nacional de Saúde

IN – Instrução Normativa

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LPA – Lei do Processo Administrativo

MESC – Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos
MME – Ministério das Minas e Energia
MP – Medida Provisória
MP/TCU – Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União
MPU – Ministério Público da União
ODR – *Online Dispute Resolution*
ONU – Organização das Nações Unidas
PDRAE - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PAERID – Processo Administrativo Específico de Reparação Integral do Dano
RI/TCU – Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
SSC – Solicitação de Solução Consensual
STF – Supremo Tribunal Federal
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TAG – Termo de Ajustamento de Gestão
TAS – Termo de Ajustamento Sanitário
TC – Termo de Compromisso
TCon/AGU – Termo de Conciliação da Advocacia-Geral da União
TCCP – Termo de Compromisso de Cessão de Prática
TCE – Tomada de Contas Especial
TCU – Tribunal de Contas da União
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
VMTCE – Valor Mínimo da Tomada de Contas Especial

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NOS ÓRGÃOS DE CONTROLE	2
1.1.	Processo de tomada de contas especial (TCE) no cerne da administração e controle público consensualista	6
2.	MARCO LEGAL DO CONSENSUALISMO ADMINISTRATIVO	8
3.	PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICADOS AOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS	20
4.	TIPOS E CARACTERÍSTICAS DOS MÉTODOS E INSTRUMENTOS USUAIS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS	23
5.	CONTROLE CONSENSUALISTA DA GESTÃO PÚBLICA	26
5.1	Termo de Compromisso (TC) e Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) (previstos na LINDB e no Decreto 9.830/2019) e Termo de Autocomposição (TA) (IN/TCU 91/2022)	29
6.	CONTROLE EXTERNO CONSENSUALISTA NO ÂMBITO FEDERAL	31
6.1	Funções e competências do Tribunal de Contas da União (TCU)	31
6.2	Atuação do Controle Externo Consensualista do TCU	34
7.	TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) – PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXCEÇÃO	36
7.1	Princípio de Exceção da TCE	36
7.2	Prazo regular de duração do Período de Exceção da TCE	40
7.3	Medidas administrativas saneadoras e conciliatórias antecedentes à TCE – fase de levantamento dos pressupostos de constituição do processo	43
7.4	A TCE e os princípios do Custo-benefício do controle público, da Racionalização e da Eficiência Administrativa	45
7.5	Processo de “Tcelização” – potencial inibidor da concertação administrativa	47
8.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	52
	LEGISLAÇÃO CONSULTADA	57
	APÊNDICES (A, B, C)	66/69
	NOTAS DE FIM	70

1 INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Segundo Bobbio, Matteuci e Pasquino (1998, p. 225), “(...) conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Uma outra possível forma seria a cooperação”. Ainda segundo Bobbio, ao seguirmos a hipótese do consenso, temos que “toda a sociedade se conserva graças ao consenso de todos os seus membros em determinados valores comuns”.

A despeito da existência dos litígios envolvendo a administração da coisa pública, o Estado contemporâneo “está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, do que a de detentor do poder de império” (Bobbio, 1985).

Do latim *consensus*, “consenso” significa conformidade de opiniões, de sentimentos e de percepções, podendo ocorrer diante do acordo ou da anuência entre duas ou mais pessoas perante determinada contenda (Fisher; Ury; Patton, 2018).

Na perspectiva do aumento da eficiência e do atendimento dos interesses públicos fundamentais, de alçada constitucional, e a par do direito administrativo contemporâneo, a Administração Pública vem aderindo, no meio doutrinário e no positivismo e cogência das normas, a formas consensuais e negociadas de soluções de seus litígios internos (envolvendo os entes do Estado) e externos (envolvendo os administrados, particulares e controlados), o que se denomina consensualismo administrativo. A mesma tendência ocorre nos órgãos de controle.

Binenbojm (2006, p. 86) observa que o interesse público prevalecente de uma situação conflituosa decorre de um “jogo de ponderações”:

Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um **Estado de ponderação**, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, **ponderada e razoavelmente**, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais.

Sobre a consensualidade no direito administrativo e na Administração Pública, Bergamachi (2019, p. 194) anota que

a consensualidade emerge como um novo paradigma do Direito Administrativo, com a promessa de atender às demandas do Estado garante de direitos fundamentais, sobretudo em cenários de pluralidade de interesse. A ideia é não somente arbitrar interesses, mas também,

compô-los, sejam dois ou mais particulares, sejam entre particulares e o Poder Público e entre o próprio Poder Público.

A utilização de meios consensuais de solução de litígios pela Administração Pública é relativamente recente e está alinhada ao desempenho das atividades do Estado e ao atendimento ao interesse dos cidadãos. Oliveira e Schwanka (2009, p. 308), citando Prats, assim contemporizam:

[...] as origens do fenômeno datam de meados da década de 90 do séc. XX especialmente na Europa, traduzindo um consenso crescente de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se fundamentam na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil.

A alternativa de o Estado celebrar acordos em substituição a medidas imperiais e unilaterais também se adere a um dos objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos na Agenda 2030, chancelada pelos Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU, 2015), inclusive o Brasil, relativamente ao tema “Paz, justiça e instituições eficazes”, com o estabelecimento de metas, entre outras, o desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes, bem como a garantia de tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa.

A boa administração exsurge do princípio da eficiência como direito fundamental constitucional. Conforme estabelece o art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o cidadão tem o direito fundamental a uma boa administração.

O consensualismo na Administração Pública contemporânea é destacado por Medauar (2003, p. 78) nos seguintes termos:

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 atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.

Por seu turno, Quint (2019) destaca que a Administração Pública consensual consiste na noção horizontalizada de suas atividades marcadas, essencialmente, pelos traços de consensualidade e de diálogo com o particular, de participação na tomada de decisões, assim como pela adoção de mecanismos de governança pública e conformidade.

Nesse introito, cabe mencionar a assinatura, em 13 de abril de 2009, do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, subscrito pelos chefes dos três poderes. Nesse documento, consta como objetivo II: “aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos”. Para isso, previu-se: “d) fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização” (grifo nosso).

De acordo com Binenbojm (2023), a ideia de que apenas soluções unilaterais impostas pelo Estado-juiz ou pelo Estado-controlador, após um longo contencioso, representam o “verdadeiro interesse público” consiste em um “duelo” com a realidade.

Na seara do consenso administrativo, apresentam-se os tradicionais instrumentos jurídicos de solução amistosa dos litígios: acordo, mediação, arbitragem, termo de ajuste e compromisso, conciliação e outros ajustes semelhantes, dispostos em vasta legislação infraconstitucional, que será descrita ao longo deste estudo.

Previamente, destaca-se o neófito art. 26 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), incluído pela Lei 13.655/2018, que dispõe sobre a celebração de termos de compromisso pelas autoridades administrativas, a fim de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Para muitos especialistas, esse dispositivo representa uma verdadeira cláusula geral de negociabilidade no Direito Público.

No Brasil, país republicano, a Constituição Federal de 1988 – fundada no Estado Democrático de Direito e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias – abriu caminho para a administração pública consensual. Todavia, a efetivação do consensualismo somente ocorreu a partir do direito administrativo aplicado ao Estado Regulador, com destaque na legislação

aplicada às privatizações e às concessões do setor público. Sobre esse ponto, Palma (2010, p. 172) verifica:

aumento quantitativo da previsão dos acordos administrativos e ampliação do rol de setores cuja disciplina jurídica passou a prever a atuação administrativa consensual. Embora esse processo seja intensificado a partir da primeira metade de 2000, notadamente por conta do exercício do poder normativo pelas Agências Reguladoras para construir o seu arcabouço regulatório, é certamente no período da década de 1990 que o plano normativo do Direito Administrativo sinaliza a ascensão da consensualidade no exercício da função administrativa.

Rememora-se que, naquela época, constava na agenda de governo a Reforma Gerencial do Estado Brasileiro, cujo principal objetivo era modernizar a Administração Pública, tornando-a mais eficiente, ágil e focada nas necessidades do cidadão. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), documento elaborado em 1995, pode ser considerado a principal referência para as mudanças implementadas, inclusive com influência na inclusão da “eficiência” no art. 37 da Constituição Federal, entre os princípios que devem nortear a Administração Pública¹.

Importa destacar que as bases dessa reforma primavam por focar as atividades de controle público em resultados, avaliação de desempenho, contrato de gestão, transparência e *accountability*, em substituição ao tradicional controle baseado em processos.

No contexto de uma gestão estatal consensual, é relevante considerar e distinguir a forma de atuação do controle público, pois em nada contribuirá para a autocomposição dos conflitos se a Administração Pública for consensual, mas se a forma de atuação dos órgãos controladores primar, isoladamente, pelo modelo verticalizado, unilateral, legalista e sancionador.

Assim, faz-se necessário estudar as tipologias de controle público, seu objeto e campo de incidência. Medauar (2018) ensina que, quanto ao aspecto em que incide, o controle pode se dar como: 1) controle da legalidade, visando à legalidade em geral ou à legalidade contábil-financeira; 2) controle de mérito; e 3) controle da “boa administração” (eficiência, produtividade, gestão).

Para Ferraz (2019, p. 91), “o recrudescimento dos mecanismos de controle se afigura solução para décadas de patrimonialismo e obscuridade, o que contribui para a difusão de uma cultura de controle formalista e sancionatória”. Mas a atividade de controle do estado necessita ser vista por outra dimensão com vista à aderência ao princípio da “boa administração”. Assim, propõe uma nova tipologia, quanto à

consequência jurídica de atuação: “controle sancionatório e controle consensual”. As bases desta pesquisa se assentam nessas últimas tipologias de atuação do controle (consensual e da boa administração).

1.1 Processo de tomada de contas especial (TCE) no cerne da administração e controle público consensualista

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão federal brasileiro, de alçada administrativa, que auxilia o Congresso Nacional no exercício do Controle Externo da Administração Pública, tendo como uma de suas atribuições previstas no art. 71, II, da Constituição Federal: julgar as contas dos gestores de dinheiros, bens e valores públicos e daqueles outros que cometerem irregularidades resultantes em prejuízos ao erário.

Para o caso de dano ao erário, a Administração Pública federal brasileira vale-se da instauração do processo de tomada de contas especial (TCE), que tem por finalidade a responsabilização e punição do gestor faltoso e a recuperação dos valores públicos desviados ou mal geridos, conforme estabelece o art. 8º da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU). Vale dizer que, no bojo de suas competências, o TCU aprecia as TCEs e julga as contas dos responsáveis nelas arrolados.

No contexto da administração e do controle público consensual, cabe ressaltar que a TCE é um processo de exceção, haja vista que somente poderá ser instaurada após esgotadas todas as medidas administrativas cabíveis para regularizar a situação motivadora da irregularidade, conforme estabelece a Instrução Normativa TCU 71/2012 (atualizada) – aqui denominada fase interna de saneamento administrativo.

Nas últimas décadas no Brasil, temos presenciado uma massificação da instauração do processo de TCE dissociada da recuperação do bem ou ação pública fracassada. A esse fenômeno dá-se o nome de “tcelização” – instauração descomedida de processos de TCE –, termo entendido como paralelo ao termo “judicialização”.

A fim de evitar tal ocorrência, faz-se necessário que a Administração Pública lesada e os órgãos de controle melhor compreendam e valorem melhor o saneamento administrativo, até via medidas conciliativas, antes da deflagração da TCE. Tal processo é aqui denominado como “destcelização” – paralelo ao termo “desjudicialização”.

A propósito, como veremos neste estudo, o arcabouço normativo vigente oferece diferentes soluções amigáveis via ajustes e transações envolvendo dano ao erário, sem que isso resulte em tomada de contas especial, como é o caso dos acordos de leniência e dos termos de ajustamento de gestão, desde que o ressarcimento do prejuízo público faça parte da negociação.

A principal justificativa para isso é que, na lógica da administração e controle consensual, a tomada de contas especial configura um litígio ou contencioso que se deve evitar, por se tratar de medida que representa o insucesso na aplicação de recursos públicos destinados à implementação de políticas públicas de interesse coletivo ou mesmo na manutenção de atividades de natureza pública.

Isso implica – diante de obras públicas inacabadas, por exemplo, de hospitais, escolas ou estradas, que estejam paralisadas devido a litígios administrativos que resultaram em instauração de uma TCE contra os gestores – que a prioridade da Administração seria de facilitar a conciliação e o saneamento administrativo para permitir a retomada e conclusão desses bens públicos, em vez de, primordialmente, buscar a punição dos responsáveis, o ressarcimento dos danos ou a criação de um título executivo para cobrança judicial, cujo sucesso não é garantido, ou outros efeitos adversos da “tcelização”, como a judicialização dos casos² ou a perda definitiva dos bens públicos dado o longo decurso do tempo do processo.

Além disso, atualmente um grande número de TCEs, ao final das instruções na fase interna e externa, são arquivadas pelo TCU com fundamento na ausência/defeitos de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 212, do RI/TCU)³. Definitivamente, a TCE não é solução para os conflitos administrativos. Pelo contrário, dependendo do caso, sua instauração pode gerar mais contencioso e prejuízo.

Dado o caráter de responsabilização e de punição do gestor público faltoso, uma vez deflagrada a TCE, os instrumentos jurídicos inerentes aos recursos públicos malversados são rescindidos, excluindo-se, assim, medidas de repactuação da execução do plano de trabalho de determinada ação do Estado, quer seja executada diretamente pelo órgão ou entidade detentora dos recursos, quer seja executada de forma descentralizada por outros entes federados ou instituições privadas, mediante as diversas modalidades de instrumentos de transferências da União.

Exemplo disso foi o art. 11 da Medida Provisória 1.174/2023, que vedava a inclusão dos empreendimentos públicos, caso estivessem com TCEs instauradas, no Pacto Nacional pela Retomada de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica. Felizmente, essa situação foi logo contornada pela Lei 14.719/2023, que passou a permitir a responsabilização de gestores faltosos sem prejudicar repactuações de obras e projetos públicos da área da educação e saúde, solução legislativa adequada à tese da “destcelização” aqui defendida, podendo, até, ser estendida para outros setores de atuação do Estado.

Diante da necessidade de definir formas de trabalho voltadas à busca de soluções consensuais envolvendo órgãos de controle, gestores públicos e particulares, o TCU publicou a Instrução Normativa 91, de 22 de dezembro de 2023, instituindo procedimentos internos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

É nesse cenário que se apresenta esta pesquisa, que possui as seguintes questões centrais: i) A não instauração do processo administrativo de tomada de contas especial (“destcelização”) coaduna-se com o regime jurídico do consenso, gradativamente implementado na Administração e no Controle Público brasileiro? ii) Considerando uma resposta positiva, qual seria a forma e/ou instrumento adequado, na seara administrativa, para responsabilizar gestores públicos por irregularidades com dano ao erário e ao mesmo tempo repactuar, liberar, ajustar a continuação ou conclusão de obras públicas afetadas pelas malversações dos recursos públicos? iii) Mesmo com a TCE deflagrada (“tcelização”), pode-se *pari passu* responsabilizar e sancionar gestores públicos e fomentar a repactuação e a conclusão do objeto público lesado?

Para atendimento aos objetivos e respostas às questões postas, este estudo utiliza-se de revisão bibliográfica, pesquisa legislativa e jurisprudencial e estudos de casos concretos.

2 MARCO LEGAL DO CONSENSUALISMO ADMINISTRATIVO

A paradigmática reforma administrativa brasileira dos anos 90 (com foco no Estado gerencial e de resultados), entre outros institutos, trouxe a figura das agências executivas e o “contrato de gestão”, além da inclusão expressa do princípio da

eficiência na Constituição Federal, no capítulo da Administração Pública. Todavia, ainda muito em decorrência dos resquícios do Estado patrimonialista, burocrático e legalista, a solução consensual dos conflitos na seara da Administração Pública, sem a intervenção do Poder Judiciário, apresentou-se tímida e excepcionalíssima.

Conforme será abordado, a positivação da administração pública gerencial-consensualista na legislação nacional foi paulatinamente sendo construída. Inicialmente, de modo específico para alguns setores do Estado e, mais recentemente, de forma geral, estabelecendo o tão esperado amparo legal para a utilização dos instrumentos de consenso pelas autoridades administrativas e pelos órgãos de controle.

Assim, foram superados debates acerca da legalidade da autocomposição dos conflitos em face da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o particular, albergando segurança jurídica aos acordos e transações celebrados em diversos setores e atividades do Estado, aumento na eficiência e melhor governança nas instituições, e, ainda, baixo custo de oportunidade para a escolha de uma alternativa negociada em relação à opção pelo litígio⁴.

Não se pode falar em marco legal do consenso administrativo sem mencionar o impulso do próprio poder judiciário à solução dos conflitos por via de acordos extrajudiciais. Nesse sentido, cita-se a Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010 (com alterações posteriores), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Destaca-se aqui um importante considerando da norma: a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

Nessa mesma linha, por meio da Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) instituiu a “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”, cabendo citar um dos fundamentos delineados:

Considerando a importância da prevenção e da redução da litigiosidade e que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, ou entre estes, notadamente aquelas de natureza coletiva, podem ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável.

A seguir, estão dispostas as principais normas (sentido lato) que dão suporte legal à Administração e ao Controle Público consensualista para atuarem e firmarem

acordos extrajudiciais, preventivamente, e/ou sanarem litígios em benefício do interesse público.

De início, cabe destacar o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que é um acordo extrajudicial celebrado sob a égide da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública por Danos Coletivos) entre o Ministério Público ou órgão ou entidade da Administração Pública e o agente violador, com a finalidade de impedir a continuidade da situação irregular, reparar dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial. Dessa lei, importa mencionar o § 6º do art. 5º:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990).

A Lei 6.385/1976 dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão dos Valores Mobiliários (CVM). Em seu art. 11, § 5º, estabelece previsão para o investigado assinar Termo de Compromisso (TC), da seguinte forma:

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)

I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

O art. 23, XV, da Lei 8.987/1995 (com alterações posteriores), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, prescreve que a estipulação do foro e do modo amigável de solução das divergências são cláusulas essenciais do contrato de concessão.

Nas leis referentes às agências reguladoras que se seguirem, há previsão para a solução extrajudicial das divergências nos contratos de concessões, mediante celebração de “compromissos” ou “conciliações”: Lei 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL); Lei 9.478/1997 (Agência Nacional do Petróleo – ANP); Lei 9.656/1998 (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

A Lei 10.233/2001 (com atualizações posteriores) trata da reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Seu art. 35, XVI, dispõe que o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora, tendo como uma das cláusulas essenciais regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem.

Para dar maior respaldo ao princípio do consensualismo administrativo, importante marco legal, de caráter geral, ressalta-se a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil Brasileiro), que estabelece que:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

[...]

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação (grifo nosso).

Também em 2015, foi promovida uma significativa alteração na Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem: a Lei 13.129/2015 permitiu a utilização da arbitragem na Administração Pública, nos seguintes termos:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Grifo nosso).

De grande relevância para o consensualismo administrativo, a Lei 13.140/2015 dispôs sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Essencialmente, estabeleceu que:

- i) os princípios da mediação: imparcialidade do mediador, isonomia e autonomia da vontade entre as partes, oralidade, informalidade, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé (art. 2º);
- ii) a possibilidade de se mediar conflitos sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º);
- iii) a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos nos respectivos órgãos da Advocacia Pública com o objetivo de: a) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 32, I, II e III);
- iv) a suspensão da prescrição quando da instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito (art. 34);
- v) no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público da administração pública federal, a AGU deverá realizar composição extrajudicial do conflito (art. 36);
- vi) para os casos em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator (art. 36, § 4º);
- vii) a faculdade aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, às suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito (art. 37);
- viii) a propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União (art. 39);
- ix) os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude,

receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem (art. 40);

X) o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais (art. 44, alterando o art. 1º da Lei 9.469/1997).

Na estrutura administrativa da Advocacia-Geral da União (AGU), funciona a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF)⁵, cujas competências, entre outras, de acordo com os arts. 28, VI, e 41 do Decreto 11.328/2023, incluem: atuar, por meio de autocomposição, busca da prevenção e solução consensual de conflitos, judicializados ou não, que envolvam órgãos da Administração Pública Federal, autarquias ou fundações federais, inclusive referentes a estados, municípios, Distrito Federal e particulares. Importante campanha da CCAF foi lançada em 2007: “Diga NÃO ao Conflito Conciliar é a SOLUÇÃO” (fôlder Apêndice A).

O art. 84 da Lei 12.249/2010 acresceu o art. 4º-A à Lei 9.469/1997, para permitir a utilização do TAC pela AGU, com o seguinte teor:

Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:

I - a descrição das obrigações assumidas;

II - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;

III - a forma de fiscalização da sua observância;

IV - os fundamentos de fato e de direito; e

V - a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração (grifo nosso).

A Lei 12.815/2013, que trata sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, estabelece que, para dirimir litígios relativos ao inadimplemento de obrigações financeiras que impossibilite celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento e obter novas autorizações, poderá ser utilizada a arbitragem (§ 1º, art. 62).

O art. 31 da Lei 13.448/2017 estabeleceu diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário e assim dispôs:

As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias (grifo nosso).

Por seu turno, o Decreto 10.025/2019 dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal (reguladora) nos setores de infraestrutura e regulamenta dispositivos das Leis 10.233/2001, 12.815/2013 e 13.448/2017, cabendo destacar:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

A Lei 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, conhecida como Reurb, em seu art. 10, V, estabelece que estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade é um dos objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei 13.867/2019 alterou o Decreto-Lei 3.365/1941 (incluiu o art. 10-B) para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações de bens por utilidade pública.

A Lei 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que, originalmente, vedava acordos, transações ou conciliações nas ações de improbidade administrativa, com as alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021, admitiu ao Ministério Público, ou mesmo ao órgão jurídico administrativo competente, em certos casos, a celebração

de acordo de não persecução civil (ANPC), inclusive, com o auxílio dos Tribunais de Contas:

Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (Vide ADI 7042) (Vide ADI 7043)

I - o integral ressarcimento do dano; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

Anote-se que, na esfera criminal, há a transação penal, no art. 76 da Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais), e o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), na Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Há, também, o Termo do Compromisso de Cessação de Prática (TCCP) e o Acordo de Leniência (AL) previstos nos art. 85 e 86 da Lei 12.529/2011, que, entre outras, dispôs sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...].

A Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) dispõe sobre a responsabilização (objetiva) administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e estabelece que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos ilícitos e que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (art. 16).

Essa lei foi regulamentada pelo Decreto 11.129/2022, cujo art. 32 dispõe: “o acordo de leniência é ato administrativo negocial decorrente do exercício do poder sancionador do Estado, que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira” (grifo nosso).

Com destaque, a Lei 13.655/2018 promoveu importantes alterações no Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), cabendo realçar o art. 26, que dispõe sobre a celebração de termos de compromisso pelas autoridades administrativas, a fim de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, verdadeira cláusula geral do consenso administrativo.

Esse dispositivo e as demais alterações da LINDB (arts. 20 a 30) foram regulamentados pelo Decreto 9.830/2019, do qual cabe destacar as inovações da celebração pela autoridade administrativa de compromisso e desta com o órgão de controle interno de termo de ajustamento de gestão, ambos com a finalidade de dirimir consensualmente conflitos:

Compromisso

Art. 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

I - após oitiva do órgão jurídico;

II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e

III - presença de razões de relevante interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o compromisso a que se refere o **caput** será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º O compromisso:

I - buscará solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral; e

III - preverá:

a) as obrigações das partes;

b) o prazo e o modo para seu cumprimento;

c) a forma de fiscalização quanto a sua observância;

d) os fundamentos de fato e de direito;

e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e

f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 3º O compromisso firmado somente produzirá efeitos a partir de sua publicação.

§ 4º O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterà as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.

§ 5º Na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado, nos termos do disposto no § 4º do art. 1º ou no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ou ser firmado pela Advocacia-Geral da União, o processo de que trata o § 3º será acompanhado de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso.

§ 6º Na hipótese de que trata o § 5º, a decisão final quanto à celebração do compromisso será do Advogado-Geral da União, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997.

Termo de ajustamento de gestão

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021) estabeleceu meios alternativos de resolução de controvérsias, conforme os dispositivos a seguir:

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

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

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

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

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

No campo das fiscalizações ambientais, o Decreto 6.514/2008, com atualizações posteriores, dispõe sobre as infrações ao meio ambiente e respectivas sanções administrativas e estabelece o processo administrativo federal dessas apurações, cabendo destacar o dispositivo que permite converter sanção pecuniária em prestação de serviços de preservação, de melhoria e de recuperação da qualidade do meio ambiente (acordos de substituição de multas ambientais – ASM):

Art. 96. Constatada a ocorrência de infração administrativa ambiental, será lavrado auto de infração, do qual deverá ser dada ciência ao autuado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

(...)

§ 5º Do termo de notificação da lavratura do auto de infração constará que o autuado, no prazo de vinte dias, contado da data da cientificação, poderá: (Incluído pelo Decreto nº 11.080, de 2022)

(...)

II - aderir a uma das seguintes soluções legais possíveis para o encerramento do processo: (Redação dada pelo Decreto nº 11.373, de 2023)

a) pagamento da multa com desconto; (Incluído pelo Decreto nº 11.373, de 2023)

b) parcelamento da multa; ou (Incluído pelo Decreto nº 11.373, de 2023)

c) conversão da multa em serviços de preservação, de melhoria e de recuperação da qualidade do meio ambiente. (Incluído pelo Decreto nº 11.373, de 2023).

A Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central de controle interno, publicou a Portaria Normativa 27, de 11 de outubro de 2022, a respeito do sistema de Correição do Poder Executivo Federal, com revogação de normas anteriores. O art. 61 dessa norma define o termo de ajustamento de conduta (TAC) para aplicação nos casos em que especifica: “consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo”.

Por meio da Nota Recomendatória 2/2022, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) recomenda aos Tribunais de Contas brasileiros, observando o regime jurídico-administrativo, que adotem instrumentos de solução consensual de conflitos, aprimorando essa dimensão nos processos de controle externo:

1. dentro de uma perspectiva de atuação marcada pela consensualidade, considerem, sempre que possível e nos termos do ordenamento jurídico, a adoção e a implementação de normas voltadas à solução consensual de conflitos quando do enfrentamento de temas controvertidos relacionados à Administração Pública e ao controle externo, com o

objetivo de efetivar os princípios da eficácia e da eficiência, de forma a prestigiar ações de controle punitivo e preventivo;

2. diante da importância de compatibilizar seu funcionamento ao espectro de consensualidade e à modernização dos mecanismos de controle, aprimorem a estrutura de acordos nos processos de controle externo, bem como prossigam incrementando uma relação dialógica e de colaboração, priorizando a resolução consensual de controvérsias; e

3. frente à necessidade de se interpretar de forma abrangente a garantia da ampla defesa, considerem a possibilidade de criação e regulamentação de procedimentos processuais de audiência, com ou sem a finalidade conciliatória, de forma a buscar a abrangente participação das partes envolvidas, segurança jurídica, transparência e economia de tempo, proporcionando ainda maior adequação das decisões às especificidades das situações e a correção de inconformidades e de irregularidades de forma célere e eficaz.

Também é relevante registrar que, a partir da necessidade de definir formas de trabalho voltadas à busca de soluções consensuais envolvendo órgãos de controle, gestores públicos e particulares, o Tribunal de Contas da União (TCU) criou, em sua estrutura administrativa finalística, a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso)⁶.

Segundo matéria da Secretaria de Comunicações do Tribunal, de 10 de fevereiro de 2023, intitulada “TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância”:

O TCU busca aumentar a eficiência e a economicidade do Estado por meio do diálogo entre o setor privado e a administração pública federal. A nova unidade terá a competência de desenvolver, propor, sistematizar e avaliar propostas para a solução consensual de controvérsias no País⁷.

Na mesma linha do controle-consenso, o Tribunal já havia publicado a Instrução Normativa 91, de 22 de dezembro de 2022, instituindo procedimentos internos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio do processo denominado “Solicitação de Solução Consensual (SSC)”.

Como visto, há diversificado aparato normativo de sustentação legal, em várias atividades estatais, para que a Administração Pública e os órgãos de controle utilizem métodos e instrumentos de solução consensuais e de prevenção de conflitos, sem demandar o Judiciário.

Assim, o argumento da não utilização do consensualismo na solução dos litígios administrativos por falta de amparo legal não mais se justifica na Administração brasileira, cabendo ao aplicador do direito observar os procedimentos, os princípios, as condições e as limitações em cada caso.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICADOS AOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Segundo Plácido e Silva (1993, p. 150), princípios, no sentido jurídico, notadamente no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de algo. No mesmo sentido, Cretella Júnior (2000) assevera que o direito como ciência tem princípios, que são normas obrigatórias e vinculantes, dotadas de forte carga axiológica e ampla aplicabilidade.

Haja vista o escopo deste estudo, importa registrar que o art. 2º da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo (LPA), preceitua que a Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Os princípios e fundamentos especiais norteadores dos métodos de prevenção e solução consensual de conflitos originam-se do direito processual civil, iniciando-se pela Lei 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, destacando o estímulo à conciliação ou transação nas sessões de conciliação (art. 16) e as audiências de conciliação e mediação previstas no art. 334 do Código de Processo Civil (CPC) (Lei 13.105/2015).

O art. 166 do CPC estabelece que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, imparcialidade, normalização do conflito, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, e decisão informada.

A relevante Lei 13.140/2015, que dispôs sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, estabeleceu, em seu art. 2º, que a mediação será orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia das partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Vê-se, pois, que os próprios “consensualismo” ou “busca do consenso”, em si, são considerados princípios do direito positivados nas leis e vinculados a termos

como: consenso, acordo, transação, conciliação, negociação, autocomposição, compromisso etc. Repise-se o que prescreve o preâmbulo da Constituição Federal: Estado Democrático comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A Resolução CNJ 125/2010 (atualizada) comentou alguns princípios, garantias e regras da mediação e conciliação judiciais que podem ser importantes referências para a Administração Pública⁸:

Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Ao rol de princípios aqui apresentados, oriundos das leis citadas, devem ser acrescidos outros tão importantes quanto amplamente empregados na concertação administrativa dos conflitos, tais como: juridicidade, boa-administração, segurança jurídica, confiança legítima, interesse público e eficiência.

A título de conclusão desse ponto, os princípios aplicados aos processos administrativos são plenamente compatíveis com os institutos da solução consensual dos litígios e seus princípios informadores, sendo a recíproca verdadeira (Souza; Bueno, 2020, p. 363).

Nessa mesma linha, Brega (2020, p. 391) conclui que

a preconizada consensualização do Direito Administrativo, encartada num sistema maior que encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, é compatível com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, notadamente os basilares princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Ainda, de acordo com o fôlder de divulgação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: “A solução consensual deve estar sempre amparada nos princípios que regem a Administração Pública e nas normas aplicáveis ao caso concreto para a plena pacificação do conflito”⁹.

No contexto acima, verifica-se uma cumulatividade de princípios norteadores para adoção de métodos e instrumentos de solução consensual de conflitos, aplicados

a processos judiciais e administrativos. Caberá ao mediador em sentido amplo, incluindo o conciliador e o negociador, apropriar-se desses fundamentos, harmonizá-los e conjugá-los na busca do melhor desfecho possível para os litígios e controvérsias, envolvendo até mesmo os processos administrativos de tomadas de contas especiais.

4 TIPOS E CARACTERÍSTICAS DOS MÉTODOS E INSTRUMENTOS USUAIS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Os métodos e instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos tiveram sua origem no direito processual civil (aplicados aos processos judiciais) e gradativamente vêm sendo incorporados e adaptados ao direito administrativo e aos processos da Administração Pública.

Figura 1 – Métodos de solução de conflitos



Fonte: Assessoria de Comunicação Social do TJDF¹⁰

A legislação citada nesta pesquisa estabelece ora métodos, ora instrumentos de solução consensual de conflitos. Trata de mediação, conciliação, arbitragem, autocomposição, termos de compromisso, ajustamento de conduta, de gestão, acordo, negociação etc. Os instrumentos materializam o método empregado na resolução da lide.

Mas, afinal, quais as características, semelhanças e diferenças desses métodos ou técnicas (sentido estrito) e instrumentos utilizados em resoluções de contendas administrativas e judiciais?

Mediação, conciliação e arbitragem são métodos – espécies dos gêneros autocomposição e heterocomposição – alternativos e possíveis de solução de conflitos extrajudiciais (sem demandar diretamente o Poder Judiciário) ou ADR¹¹.

Autocomposição e Heterocomposição¹²

Conforme explica Marques Filho (2016 apud Manhães, 2020):

a autocomposição tem por princípio o acordo entre os litigantes em observância ao princípio da autonomia da vontade das partes. Normalmente, a mediação e a conciliação repousam nesse ambiente, pois são denominados como métodos consensuais de resolução de conflito, ou seja, onde ocorre o comum acordo dos litigantes sob uma determinada demanda, encerrando a contenda.

A heterocomposição, por sua vez, possui dois principais métodos de solução de conflitos: a jurisdição (método tradicional de demandar o judiciário) e a arbitragem (um dos métodos alternativos de resolução de conflitos). Esta forma de dirimir conflitos tem por premissa que um terceiro imparcial (um juiz ou um árbitro) julgue e chegue à solução da lide pelas partes, diferentemente da autocomposição, em que as próprias partes chegam a essa solução de forma consensual.

Conciliação, Mediação e Arbitragem

A conciliação tem por escopo a resolução objetiva da lide pelo conciliador (um intermediário entre as partes), ou seja, este pode atuar de forma a propor soluções aos litigantes, para que haja a celebração do acordo por eles, em consenso. O vínculo das partes ocorre em razão dos atos e fatos que resultaram no litígio. Na conciliação, o conflito é tratado de modo mais superficial e busca-se, primordialmente, a autocomposição com o encerramento da disputa (Cabral, 2017).

Na conciliação, há participação efetiva do conciliador, que sugere soluções para o fim do litígio. É nessa modalidade que se apresentam os inovadores processos do TCU de solicitação de solução consensual (SSC), que podem resultar na celebração, entre as partes litigantes, do “termo de autocomposição” previsto na IN/TCU 91/202.

Sob a ótica da Lei 13.140/2015, Cuéllar e Moreira (2017, p. 2) definem mediação:

A mediação é a técnica procedimental criada legislativamente com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação. Ela é expressamente incentivada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Desenvolve-se à luz da autocomposição dos conflitos de interesse como condição, prévia e necessária, à instalação de quaisquer litígios processuais – arbitrais ou jurisdicionais.

Embora possam parecer semelhantes, há distinção entre os métodos da conciliação e da mediação. Warat (2001, p. 80) procura fazer essa diferenciação do seguinte modo:

A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignorando-o, e, portanto, não o transformam como faz a mediação. O conciliador exerce a função de 'negociador do litígio', reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante ao outro, encerrando-o. Mas o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas.

Já o uso da arbitragem na solução dos conflitos envolve partes capazes e direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996). A arbitragem, porém, só poderá ser empregada como mecanismo de resolução do conflito se assim convencionarem as partes (por meio de alguma das modalidades de convenção de arbitragem: cláusula compromissória ou compromisso arbitral).

Convencionada a arbitragem como meio adequado para a resolução do litígio, exclui-se a atuação do Judiciário, que não poderá apreciar o mérito da causa, uma vez que a competência para tal apreciação terá sido transferida, por convenção das partes, para o árbitro ou tribunal arbitral (Câmara, 2018, p. 421).

Há duas espécies de arbitragem previstas no art. 2º da Lei 9.307/96: de direito ou de equidade, a critério das partes. Elas exemplificam o porquê de ser um método alternativo de resolução de conflitos, em que as partes, dentro da limitação de ter um direito patrimonial disponível e da presença de pessoas capazes, podem flexibilizar algumas escolhas dentro da convenção de arbitragem e das cláusulas compromissórias.

A arbitragem de direito obriga os árbitros a decidirem de acordo com as normas que integram o ordenamento jurídico pátrio. Para que a sentença arbitral seja válida, o árbitro deve fundamentá-la de acordo com as normas legais. O § 1º do art. 2º prevê que “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, e o § 2º autoriza que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A arbitragem de equidade autoriza o árbitro a dar à controvérsia a solução que lhe pareça mais justa, mais razoável, ainda que sem amparo no ordenamento jurídico. Isso só é possível porque os direitos em disputa são patrimoniais e disponíveis.

Em 2015, foi promovida uma significativa alteração na Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem: a Lei 13.129/2015 permitiu a utilização da arbitragem por

equidade na Administração Pública direta e indireta, devendo ser observado o princípio da publicidade.

Instrumentos

Os Instrumentos referem-se aos documentos jurídicos e oficiais produzidos para documentar (“pôr a termo”) o desenlace, ou acordo, entre as partes litigantes. Há uma diversidade de nomenclaturas, como visto na legislação aqui citada, a depender do método utilizado na solução consensual do conflito. Assim, pode-se encontrar as mais variadas denominações: “termo de conciliação”, “termo de compromisso”, “acordo de vontades”, “termo de ajustamento de conduta”, “termo de ajustamento de gestão”, “termo de autocomposição”, “transação” etc.

ODR – *Online Dispute Resolution*

Finalizando esse ponto, registrem-se as recomendações do Conselho da Justiça Federal (CJF) dirigidas ao poder público no sentido de incentivar a utilização de sistema gratuito de experiências de resolução de conflitos on-line – *Online Dispute Resolution* (ODR). Nesse sentido são os Enunciados 141-144 aprovados, em 2021, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios.

Análise Econômica do Direito (AED)

Um dos fundadores da análise econômica do direito foi Ronald H. Coase, a partir de um artigo publicado em 1960, “O Problema do Custo Social”, que tinha como mensagem: a solução consensual deve ser a primazia.

Atualmente, a AED, além de uma disciplina do direito, é uma técnica que deve ser, desejavelmente, aplicada às mais variadas formas de resolução de conflitos e disputas judiciais ou extrajudiciais, processuais ou pré-processuais, heterocompositivas ou autocompositivas. Portanto, aplicada aos casos de conciliação, mediação e negociação (Travain, 2022).

5 CONTROLE CONSENSUALISTA DA GESTÃO PÚBLICA

As ações dos órgãos de controle da gestão pública voltadas para o “consensualismo” administrativo, em vez de prestigiar processos responsabilizadores e sancionadores de gestores dissociados da consecução final do gasto, patrimônio ou política pública lesada, têm como escopo de atuação a solução dos litígios decorrentes das atividades do Estado, visando o acordo que melhor atenda ao

interesse público. A atuação dessas ações pode ser direta ou indireta, mediadora, conciliadora ou fomentadora.

Alessi (1953, p. 151-152, apud Talamini, 2022, p. 115) considera o interesse público como:

o interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração sujeito jurídico em si mesmo (“interesse secundário”), mas, sim, o “interesse coletivo primário”, formado pelo complexo de interesses prevaletentes na coletividade.

A base dessa modulação vai além do princípio constitucional da eficiência instituído com a reforma administrativa gerencial no final da década de 90. O controle da gestão pública consensual busca alcançar os fundamentos do princípio da juridicidade (princípio da legalidade ampliado). Segundo Moreira Neto (2014, p. 245):

[...] O princípio da juridicidade exprime a dupla submissão jurídica do Estado: à lei e ao Direito, a clássica submissão à lei, expressa no princípio da legalidade, foi ampliada e superada com a inclusão tanto da submissão à legitimidade, politicamente conotada quanto da submissão à licitude, moralmente conotada, valores constitucionalmente afirmados do Direito pós-moderno, sintetizados no conceito de juridicidade [...].

No mesmo tema da juridicidade do controle consensual da Administração Pública, Ferraz (2020, p. 207), por sua vez, defende que

a proposta de implantação do controle consensual da Administração Pública surgiu como apta para propiciar a integração entre os novos paradigmas de juridicidade e da Administração Consensual, permitindo que atividade de controle não se sujeite exclusivamente a uma visão maniqueísta, “crime-castigo”, assumindo contornos de diálogo institucional, na busca da maximização dos objetivos fundamentais e dos fundamentos do Estado democrático de direito.

Nesse ponto, cabe trazer novamente à baila o art. 26 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), incluído a partir das relevantes alterações e inovações promovidas pela Lei 13.655/2019 e pelo Decreto 9.830/2019, que o regulamentou:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Compromisso

Art. 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação

do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

Termo de ajustamento de gestão

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

Esses dispositivos, de maneira geral, reforçam categoricamente a administração e o controle público com viés consensual, antes anunciada em outras leis processuais. Representam considerável avanço na concertação administrativa¹³ na medida em que, em casos de situação contenciosa, a Administração, observadas as condições estabelecidas nessas normas, poderá celebrar termos de compromisso (TC) com os interessados a fim de dirimir a questão, como também os agentes públicos poderão firmar termo de ajustamento de gestão (TAG) com órgãos e entidades da Administração Pública.

Assim, abrem-se possibilidades para a Administração Pública e seu órgão de controle interno ajustarem acordos com a finalidade de dirimir consensualmente conflitos, eliminar irregularidades e incertezas jurídicas, corrigir falhas, aprimorar procedimentos ou assegurar a continuidade da execução de ações públicas, se assim for possível, além de garantir o atendimento do interesse geral.

Sobre o tema, Guerra e Palma (2018, p. 140) comentam:

A Lei nº 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelece permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa com maior efetividade e segurança jurídica.

O Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de controle está afinado com a moderna Administração Pública e com o direito administrativo, imbuídos de preferenciar a consensualidade como alternativa à imperatividade, sendo recomendada sempre que não haja necessidade de aplicação do poder coercitivo (Ferraz, 2020).

O art. 27 da LINDB reforça a ideia de consenso nas esferas administrativa, controladora ou judicial, na medida em que se poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da

conduta dos envolvidos. Para prevenir ou regular essa compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os litigantes (§ 2º).

Cabe aqui ressaltar uma limitação à celebração do TAG prevista no art. 11, § 2º, do Decreto 9.830/2019: “Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro”.

Em vista disso, a aplicação do princípio da boa-fé nos processos de solução consensual dos litígios é uma premissa subjacente ao esforço colaborativo e contributivo entre as partes, visando alcançar um acordo satisfatório para todos os envolvidos.

5.1 Termo de Compromisso (TC) e Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) (previstos na LINDB e no Decreto 9.830/2019) e Termo de Autocomposição (TA) (IN/TCU 91/2022)

Todos esses instrumentos tabulam solução ou saneamento consensual dos conflitos administrativos. A primeira e principal semelhança entre eles é que tanto os dispositivos normativos, oriundos do moderno direito administrativo, como os termos neles previstos tratam de instrumentos jurídicos de solução amistosa (extrajudicial) de conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública entre si, e dessas com particulares.

As diferenças residirão nos órgãos e autoridades demandantes e legitimadas para sua celebração, bem como o nível de órgão de controle envolvido (se interno ou externo), conforme delineado pela legislação aplicada a cada instrumento.

No TAG, o controle interno e os órgãos jurídicos exercem papel preponderante; no SSC/TA, o controle externo (TCU) é o órgão de controle que examina, intermedia e celebra o termo que dirime o conflito. Pode-se até dizer que o TAG está para a Administração e para o controle interno¹⁴ assim como o SSC/TA está para o controle externo (TCU). Entretanto, alguns tribunais de contas estaduais têm utilizado também o instrumento TAG, baseado em normas próprias editadas com base na LINDB e seu decreto regulamentador.

Nesse sentido, registre-se que em recente evento promovido pelo TCU (Seminário sobre a Consensualidade na Administração Pública), a profa. Juliana B. Palma, em sua breve palestra no painel “limites da mutabilidade dos contratos nas

soluções consensuais”, sintetizou ensinamento a respeito da necessidade de a Administração motivar o envio de pedidos de soluções consensuais para o TCU, já que o art. 26 da LINDB permite que a consensualidade ocorra na própria esfera administrativa (nas agências reguladoras, por exemplo), e não foi pensado no sentido mais amplo da mediação que ocorre em outras esferas externas à Administração Pública, a exemplo do TCU, do Judiciário ou do Ministério Público.

Os arts. 3, 4º e 5º da IN TCU 91/2022 (atualizada) estabelecem requisitos de admissibilidade para a autuação, como processo, das solicitações para solução consensual de conflitos, entre eles: pareceres técnico e jurídico do órgão/entidade solicitante, com especificação das controvérsias e das dificuldades para a construção da solução.

Enquanto tramita algum tipo de processo SSC/TCU com proposta para celebração de instrumento consensual, os demais processos administrativos (conexos) ficam suspensos, aguardando o desfecho da concertação. Uma vez celebrada a autocomposição da contenda, naturalmente, deve-se encerrar todos os processos administrativos e judiciais tratando da questão dirimida, até no TCU, por perda de objeto, sem prejuízo de monitoramentos do cumprimento do acordo.

Odilon Cavalari (2023) apresenta as seguintes ideias a respeito da diferenciação da natureza jurídica dos instrumentos de acordos do TCU por meio dos “Termos de Autocomposição” (TA), dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAG) e dos Acordos Substitutivos de Sanção (ASS)¹⁵:

No tocante à segunda questão, relativa à natureza jurídica da atuação do TCU, é importante afastar, desde logo, qualquer equiparação com os denominados Termos de Ajustamento de Gestão (TAG), adotados por vários Tribunais de Contas Estaduais, e com os Acordos Substitutivos de Sanção (ASS).

A razão é simples: tanto os TAG quanto os ASS são soluções alternativas para o tratamento a ser dado ao autor de uma conduta ilícita, a fim de se evitar a aplicação imediata de uma sanção.

Como se vê, não é a hipótese prevista para a atuação do TCU em soluções consensuais, por, no mínimo, dois motivos: primeiro, aludidas soluções consensuais não se referem à avaliação de condutas de autores de ilícitos, mas sim a conflito de interesse entre a administração pública contratante e a empresa contratada; segundo, o TCU não é parte na solução consensual, mas apenas interveniente.

Portanto, a Corte de Contas não celebra nenhum acordo. O que o TCU faz é incentivar as partes contratantes a celebrarem um acordo. Para tanto, participa da mesa de discussões e, ao final, antecipa o seu juízo sobre a solução consensual que as partes contratantes pretendem adotar. Em outras palavras, a atuação do TCU nada mais é do que o resultado de um controle preventivo e concomitante. Preventivo em relação à celebração do acordo. Concomitante em relação às discussões sobre as

condições do acordo e em relação também à formalização do acordo, na qualidade de interveniente.

Na medida em que os “compromissos” e os TAG celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, mesmo com a participação de órgãos internos jurídicos e de controle, são celebrados sem a participação do TCU, vale dizer que podem ser fiscalizados posteriormente pelo controle externo, como ocorre com os processos acordos de leniência, regulados pela IN/TCU 95/2024.

Já nos “Termos de Autocomposição” celebrados nos processos de solução consensual de conflitos (SSC), regidos pela IN 91/2022, o TCU não é parte no processo, atua como mediador técnico na construção do acordo entre as partes e o subscreve na condição de interveniente. Neste caso, o TCU exerceu seu controle previamente e preventivamente, e não *a posteriori*, trazendo segurança jurídica a todos os envolvidos. Sobre o tema, reproduz-se enunciado da jurisprudência do TCU:

No âmbito de acordo de solução consensual (IN TCU 91/2022) subscrito por jurisdicionados, o TCU atua como instância homologadora, subscrevendo o acordo e deliberando em juízo de juridicidade amplo, tanto ratificando a legalidade do objeto da negociação quanto a sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, visando ao atendimento do interesse público primário. Trata-se de controle concomitante excepcionalíssimo, *pari passu* com o ato controlado, necessário para conferir estabilidade à emanção de vontades, em direito material, amplificando a segurança jurídica do negócio. (Acórdão 1797/2023-Plenário | Redator: BENJAMIN ZYMLER)

6 CONTROLE EXTERNO CONSENSUALISTA NO ÂMBITO FEDERAL

6.1 Funções e Competências do Tribunal de Contas da União (TCU)

Segundo o art. 71 da Constituição Federal, o controle externo da Administração Pública é exercido pelo Congresso Nacional (CN) com o auxílio do Tribunal de Contas da União. O TCU é um órgão administrativo colegiado, sediado na capital federal, composto por 9 ministros e 4 ministros-substitutos, assistidos por servidores técnicos e auditores federais com formação multidisciplinar. O Ministério Público de Contas (MP/TCU) também atua junto ao Tribunal, com o objetivo de defender a ordem jurídica, proteger a lei e fiscalizar a sua execução.

Ao TCU compete o acompanhamento e fiscalização da execução orçamentária e financeira da União, tendo como missão institucional “aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo” e, como visão, “Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável”¹⁶.

O Tribunal é um órgão superior de controle externo com extenso arcabouço constitucional e legal de competências privativas e exclusivas afetas a pessoas (físicas e jurídicas, públicas e privadas) e matérias sujeitas à jurisdição, relativamente a despesas, receitas e patrimônio público federal. É responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas federais lastreadas, entre outros critérios, nos princípios da legalidade, juridicidade, legitimidade, impessoalidade, transparência, economicidade e eficiência.

Compete ao Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos¹⁷, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário¹⁸. Também compõe suas atribuições realizar auditorias e inspeções por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, até mesmo sobre programas e políticas públicas com vieses operacional, de eficiência, efetividade e economicidade.

Outras competências do TCU estão dispostas na Constituição Federal¹⁹ e em normas infraconstitucionais, a exemplo da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), Lei 8.730/1993 (obrigatoriedade da entrega da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos e funções públicas) e das sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias.

No bojo do exercício de suas atribuições, o TCU exerce as seguintes funções de controle externo:

Função	Atribuição
FISCALIZADORA	- Audita, fiscaliza, inspeciona, acompanha e monitora a gestão pública e aprecia atos de pessoal.
CONSULTIVA	- Responde a consultas formuladas por autoridades legitimadas, emite parecer prévio sobre as contas de governo da República.
INFORMATIVA	- Presta informações ao Congresso Nacional, ao Ministério Público, a autoridades legitimadas e a órgãos cooperados, a exemplo do acordo de cooperação técnica – Lei 12.846/2013 (ACT) ²⁰ .
JUDICANTE	- Julga contas de gestores de recursos públicos.
SANCIONADORA	- Aplica sanções e penalidades administrativas previstas na Lei 8.443/1992 (LOTUCU).
CORRETIVA	- Determina, recomenda, monitora, fixa prazo, susta atos administrativos (correção a posterior); - Fiscaliza os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal (correção preventiva).

Função	Atribuição
NORMATIVA	- Expede atos normativos e fixa coeficientes, vinculativos à Administração Pública.
OUVIDORIA	- Examina denúncias e representações.
PEDAGÓGICA ORIENTATIVA ²¹	- Realiza seminários nacionais e internacionais, reuniões, capacitação profissional, cursos de especialização e mestrado, diálogos públicos por meio de sua Escola Superior - Instituto Serzedello Corrêa (ISC); - Expede ciências informando a ocorrência de irregularidades a fim de induzir a prevenção de situações futuras análogas (Resolução TCU 315/2020).
CAUTELAR	- Afasta temporariamente responsável por irregularidade (art. 44 – Lei 8.433/1992); - Decreta indisponibilidade de bens e solicita à AGU o arresto de bens; adota medida cautelar para suspender ato ou procedimento impugnado (arts. 274, 275 e 276 – RI/TCU).
CONSENSUAL	- Encaminha previamente instruções e relatórios de auditorias aos destinatários de propostas de determinações e recomendações corretivas, a fim de apresentarem comentários quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas, de forma a se construir deliberações conjuntas (TCU e gestores) (art. 14 da Resolução TCU 315/2020); - Solicita a elaboração de plano de ação com ações a serem tomadas para sanear inconformidade/irregularidade, os prazos e responsáveis pela implementação (Art. 7º, § 4º, Resolução TCU 315/2020); - Fiscaliza e acompanha acordos de leniência celebrados pela Administração Pública Federal, e encaminha e solicita informações sobre processos correlatos (IN TCU 95/2024); - Aprecia processos de Solicitação de Solução Consensual (SSC) – IN TCU 91/2022; - Interage com o MPU sobre acordos de não persecução civil (ANPC); - Determina tratativas negociais entre órgãos e entidades públicas e beneficiários de recursos federais com a finalidade acordarem medidas e prazos para conclusão de obras e serviços públicos paralisados (Acórdão TCU 978/2024-TCU-Plenário).

Fonte: Elaboração própria, a partir das funções básicas do TCU contidas em “Conhecendo o TCU”²².

Como visto, há um conjunto entrelaçado de competências e funções desempenhadas pelo TCU relacionadas ao controle externo das atividades estatais e paraestatais prestadas por pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nos mais diversos ramos que permeiam o interesse público: administrativo, orçamentário, financeiro, econômico, tributário, previdenciário, fundiário, ambiental, patrimonial, de regulação etc.

O exercício dessas atividades e a relação entre órgãos e entidades federais, estaduais e municipais entre si e dessas com o particular muitas vezes resultam em litígios e controvérsias, materializados em milhares de processos administrativos e judiciais que se delongam no tempo, tornando-se ineficazes, intempestivos e antieconômicos para a Nação. Por isso, quando possível e aplicável, a solução

amistosa dessas disputas de interesses atende melhor à finalidade pública, trazendo segurança jurídica e redução do chamado custo Brasil.

6.2 Atuação do Controle Externo Consensualista do TCU

O fenômeno da consensualização²³ na solução de conflitos gradativamente positivado no regime jurídico-administrativo brasileiro e que atingiu a Administração Pública não foi ignorado pelo órgão de controle externo federal, conforme os comentários que se seguem. Ao contrário, foi ampliado no TCU.

O viés consensualista, o controle externo preventivo²⁴ e o incentivo ao acordo pelo TCU não são recentes. Em 2004, quando o direito administrativo consensual ainda estava em construção, momento em que havia o errôneo “preconceito” de que o poder público não podia transacionar, dadas a indisponibilidade e a supremacia do interesse público sobre o particular, o TCU apreciou consulta da Advocacia-Geral da União (AGU) (Processo TC 011.105/2004-3), que solicitou exame da Corte de Contas sobre a “pré-proposta de eventual acordo a ser realizado entre a União e a Federação dos Trabalhadores em Empresas de Difusão Cultural e Artística do Estado do Rio de Janeiro e outros sindicatos, representados pela Associação dos Servidores da Fundação Oswaldo Cruz – ASFOC”.

Após ponderar acerca da admissibilidade desse exame, visto tratar-se de consulta em caso concreto, mas sopesando a “inegável relevância da matéria em análise” – a conciliação da AGU com o particular e o fim do litígio jurídico por R\$ 190.452.000,00, sendo que, na eventualidade do insucesso das teses da União, poderia chegar a R\$ 488.909.288,45 –, o Tribunal conheceu do processo e proferiu o Acórdão 1.234/2004-TCU-Plenário, no sentido de enviar o seguinte esclarecimento ao consulente:

Por conseguinte, pode ser esclarecido à AGU que a transação pode ser efetuada pelo Poder Público, desde que observados os contornos legais, expostos na Lei nº 9.469/1997, especialmente quanto à anuência das autoridades mencionadas nesse diploma legal, que não seja instrumento para burlar o estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, ou seja, o respeito à ordem do pagamento de precatórios, e que haja uma criteriosa avaliação em termos de economicidade, ou seja, que o acordo seja financeiramente benéfico à União.

Para apoiar as balizas desta pesquisa, é pertinente reproduzir trechos do voto do relator, Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha:

31. É importante salientar que a indisponibilidade do interesse público não significa a proibição de os entes de direito público realizarem transações, tanto que há o permissivo legal mencionado, e sim vedar a realização de

transações desvantajosas, que ofendam os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade.

32. Assim, o instituto importado do Direito Civil não deve ser usado para promover interesses escusos, favorecimento de particulares ou dano ao erário, devendo o gestor público acautelar-se e justificar meticulosamente o acordo.

33. Um litígio não definitivamente solucionado pelo Poder Judiciário envolve a criteriosa análise dos possíveis cenários do seu desfecho. Assim, deve-se observar tanto o pior cenário, quanto o mais favorável, assim como uma estimativa de probabilidade de suas ocorrências. Esses constituem os parâmetros iniciais para o estabelecimento do valor de um possível acordo.

34. É interessante salientar que um acordo pode ser extremamente útil tanto para a coletividade quanto para o Poder Público. A incerteza de uma demanda que se delonga por muitos anos é fator de instabilidade social, contrária à função do Direito, que, segundo Niklas Luhmann, é a estabilização de expectativas contra-fáticas. Segundo Adilson Dallari [idem, p. 16]:

'Ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público' (grifo nosso).

35. Por conseguinte, considerando a existência de concessões recíprocas, há a necessidade de procurar uma interpretação da Lei nº 9.469/1997 que possibilite a harmonia entre a transação e o princípio da indisponibilidade da coisa pública.

O Tribunal exerce o controle externo das atividades da Administração Pública de forma corretiva e preventiva. Em ambas as situações, a intervenção consensualista do controle pode ser exercido. Odilon Cavaliere (2023) defende essa atuação do TCU nessa seara:

Ora, se o tribunal pode determinar a correção de ilegalidades, pode, *ex ante*, orientar para evitar que essas ilegalidades ocorram ou, até mesmo, adotar medidas cautelares para evitá-las de modo cogente, conforme competência reconhecida pelo STF, no MS 24.510, julgado em 2003.

Nesse contexto, assim asseverou o Presidente do TCU, Ministro Bruno Dantas, em discurso proferido na sessão plenária do dia 13/6/2023, quando da apreciação do primeiro processo de solicitação de solução consensual (SSC) – TC do 006.253/2023-7 – autuado com base na IN/TCU 91/2022, cujos procedimentos estão resumidamente demonstrados no Apêndice A:

O interesse público primário não reside na aplicação de multas e na sanção de gestores públicos, na verdade o interesse público primário reside na prestação do serviço público de qualidade e, se o serviço público não está sendo prestado, que ele seja restabelecido de forma mais célere possível, aí sim está o interesse público primário! E eu creio que esta fórmula que nós coletivamente idealizamos traz um encaminhamento satisfatório para isso...

O referido processo tratou de solicitação do Ministro de Minas e Energia de instauração de solução consensual em face de controvérsias enfrentadas nos

contratos de energia de reserva (CER) decorrentes do procedimento de contratação simplificado (PSC 1/2021), relativos às usinas da Karpowership Brasil Energia Ltda. (KPS). As controvérsias originam-se do fato de que essa contratação emergencial foi realizada em condições excepcionais e motivada pelo risco de desabastecimento energético decorrente da crise hídrica e da drástica redução do nível dos reservatórios ocorrida de 2020 a 2021.

A partir de 2022, o aumento do volume de água dos reservatórios das usinas hidrelétricas tornou o contrato extremamente oneroso para os cofres públicos, pois passou a exigir da União que continuasse efetuando os pagamentos, ainda que não mais fosse necessária a geração de energia contratada. Por isso a necessidade de revisão dos termos desses contratos.

Após instrução do processo, conclusão dos trabalhos pela Comissão de Solução Consensual (CSC), parecer do Ministério Público de Contas (MP/TCU) e voto do relator, o Tribunal prolatou o Acórdão 1130/2023-TCU-Plenário, por meio do qual, com base na IN/TCU 91/2022, foi autorizada a assinatura, pela presidência do TCU, do “Termo de Autocomposição”. Nessa mesma sessão, assim se manifestou o Ministro Benjamin Zymler, relator do processo:

Nos antecipando a um julgamento de contas, a auditorias difícilimas, a determinações coercitivas, corretivas, ou a punições. Em nenhum momento, na minha opinião, não há agressão a nenhuma norma jurídica que se impõe ao Tribunal de Contas e nem mesmo às agências reguladoras e aos ministérios envolvidos na questão.

Desde então, o TCU tem atuado processos de solicitação de solução consensual (SSC), com base na referida instrução normativa. No Apêndice C são demonstrados outros processos que passaram pelo crivo da admissão e tiveram relatores designados.

7 TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) – PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXCEÇÃO

7.1 Princípio de Exceção da TCE

Conforme antes comentado, a TCE consiste em um processo administrativo instaurado em vista da ocorrência de dano ao erário, com a principal finalidade de responsabilizar os agentes e obter o ressarcimento.

O art. 8º da Lei 8.443/1992 dispõe sobre os principais fatos ensejadores da

TCE: omissão no dever de prestar contas, não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

Dentre os princípios informadores da TCE está o da residualidade ou excepcionalidade da sua instauração. A IN/TCU 13/1996, que revogou a IN/TCU 01/1993, inovou ao positivizar tal princípio em seus dispositivos, o mesmo ocorrendo com as normas sucessoras: IN/TCU 56/2007 e 71/2012, com alterações posteriores. Nesta última norma, vários são os preceitos que dispõem, de forma enfática, sobre a excepcionalidade da tomada de contas especial:

Preâmbulo:

considerando que o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão julgador dos processos em que se apura a ocorrência de dano ao Erário, somente deve ser acionado após a autoridade administrativa competente ter adotado, sem sucesso, as medidas administrativas à caracterização ou a elisão do dano;

Art. 3º

Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.

Art. 4º

Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º, sem a elisão do dano, e subsistindo os pressupostos a que se refere o art. 5º desta Instrução Normativa, a autoridade competente deve providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial, mediante a autuação de processo específico (grifo nosso).

Essa regra foi também utilizada na norma-base de convênios e contratos de repasse – Portaria Interministerial MP/MF/CGU 424/2016 –, que, em seu art. 70, § 1º, estabelece, na sua essência, que a TCE somente deverá ser instaurada depois de esgotadas as providências administrativas a cargo do concedente, com vistas a sanear as irregularidades ensejadoras, como a não apresentação da prestação de contas da avença dentro do prazo regulamentar, ou a não aprovação, pelo concedente dos recursos, da prestação de contas encaminhada.

O princípio de exceção da TCE também foi inserido no texto do recente Decreto 11.531/2023, que revoga o Decreto 6.170/2007 e dispõe sobre convênios

e contratos de repasse relativos às transferências de recursos da União e sobre parcerias sem transferências de recursos por meio de celebração de acordos de cooperação técnica ou de acordos de adesão. O art. 22 dessa norma prescreve que “a tomada de contas especial será instaurada pelo concedente ou pela mandatária, após esgotadas as medidas administrativas sem a elisão do dano [...]”.

A Portaria da Controladoria-Geral da União (CGU) 1.531/2021, que orienta tecnicamente os órgãos e entidades sujeitos ao Controle Interno do Poder Executivo Federal sobre a instauração e a organização da fase interna da TCE, assim tratou o princípio de exceção da tomada de contas especial:

A instauração da tomada de contas especial é medida de exceção, devendo ocorrer depois da adoção de medidas administrativas internas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos consubstanciados no art. 2º da Lei 9.784/1999.

Verifica-se que a TCE é um processo excepcional, o que significa que, diante dos fatos (irregularidades) ensejadores de dano ou indícios de dano ao erário²⁵, não é instaurada de imediato. É necessário que o órgão ou entidade lesada com o dano esgote todas as medidas administrativas com vistas ao saneamento da irregularidade ou obtenção do ressarcimento por outros meios que não a instauração da TCE. Não sendo possível ou não logrando êxito nessas medidas, constitui-se a TCE responsabilizando o gestor dos recursos públicos, entre outros.

Os procedimentos adotados entre a constatação do fato gerador do dano e a instauração propriamente dita do processo da TCE podem ser considerados como fase de exceção, de levantamento dos pressupostos de constituição do processo e de tentativa de saneamento da irregularidade, inclusive por meio de conciliação.

O seguinte Enunciado da Jurisprudência selecionada do TCU corrobora o entendimento desse tópico:

A tomada de contas especial é medida de exceção; somente deve ser instaurada quando esgotadas as medidas administrativas internas sem a obtenção do ressarcimento pretendido. (Acórdão 4796/2014-TCU-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA)

A ideia de consenso está embutida nessas medidas administrativas saneadoras e conciliadoras adotadas, obrigatoriamente, antes de instaurar o processo de tomada de contas especial, como já foi dito, dado o caráter excepcional da TCE.

Esse entendimento tem perfeita aderência ao recente Acórdão 978/2024-TCU-Plenário, prolatado no processo de TCE (TC 008.765/2022-7) instaurada pela

Superintendência Estadual da Fundação Nacional de Saúde em Rondônia (SE-RO/Funasa), em razão de não comprovação da regular aplicação dos recursos repassados pela União para o município de Costa Marques/RO, por meio do termo de compromisso TC/PAC 0164/07, tendo por objeto a construção de sistema de abastecimento de água para atender à municipalidade.

No voto condutor desse acórdão, o Ministro Relator, Jorge de Oliveira, acompanhou e ampliou os entendimentos do Ministério Público de Contas e parecer da lavra da Procuradora-Geral, Dra. Cristina Machado da Costa e Silva, no sentido de considerar que

o melhor desfecho deste processo não é a restituição dos recursos federais repassados, mas o célere equacionamento das pendências existentes para a ativação e funcionamento do sistema de abastecimento, mormente, porque restou evidenciado nos autos a viabilidade de colocá-lo em funcionamento.

Assim, naquela TCE, a atuação do controle externo, em uma primeira apreciação de mérito do caso, não foi centrada na responsabilização e ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, mas na possibilidade negocial entre as partes envolvidas na recuperação do objeto público lesado com vistas ao seu funcionamento e atendimento à coletividade municipal – uma “TCE Consenso” ou como aqui denominado: uma “destcelização”.

O processo foi sobrestado para aguardar o desfecho das negociações, e a responsabilização dos agentes causadores do atraso nas obras e não funcionamento tempestivo do sistema de abastecimento da cidade ficou para um momento posterior do processo, conforme as determinações do TCU dirigidas à Funasa:

9.4.1. inicie tratativas junto à Prefeitura do Município de Costa Marques/RO com vistas a identificar as razões da ausência de funcionamento do sistema de abastecimento no Distrito de São Domingos até o momento, de modo que, em conjunto com a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia (Caerd), seja dada funcionalidade plena ao sistema de abastecimento de água daquela localidade, com alcance integral do benefício social previsto no Termo de Compromisso/PAC n.º 0164/07, adotando, se for o caso, os parâmetros estabelecidos pela Lei 14.719/2023, por analogia;

9.4.2. registre o processo de negociação junto à Prefeitura Municipal de Costa Marques/ RO para que, no caso de insucesso da medida, possam vir a ser identificadas, de forma objetiva, as responsabilidades pelo impedimento à plena operação das obras, ensejando a continuidade desta TCE.

Outrossim, o relator propôs uma abordagem de consensualização para casos semelhantes com o objetivo de contribuir na redução da quantidade de obras públicas

paralisadas e inacabadas em todo o país, sugerindo alterações na IN/TCU 71/2012 para incluir meios de solução consensual de conflitos na fase das medidas administrativas antecedentes ao processo e destacou a experiência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) com repactuações de obras inacabadas com base na Lei 14.719/2023.

No voto que conduziu ao Acórdão 978/2024-Plenário, o relator registrou outras TCEs que também tiveram sua apreciação pelo TCU sobrestada para aguardar a finalização da execução dos objetos públicos envolvidos:

65.1. No TC 021.257/2017-5, entendeu-se que a repactuação firmada entre o FNDE e o município com o compromisso das partes de aporte de recursos, no valor total de R\$ 1.029.967,84, com vistas a dar continuidade às obras de construção da escola objeto do Termo de Compromisso 0121/2011, afigurou-se como alternativa de solução consensual de controvérsia, condizente, inclusive, com o precedente contido no Acórdão 4.199/2022-2ª. Câmara (item 9.6). A proposta de sobrestamento da TCE até a chegada da documentação comprobatória atinente à conclusão da obra objeto do ajuste foi acolhida pelo Ministro Relator Benjamin Zymler (peça 77). Cabia ao FNDE encaminhar trimestralmente relatório resumido sobre o andamento da obra objeto da repactuação.

65.2. No TC 015.638/2021-9, o Ministro Relator Bruno Dantas (peça 58) determinou o sobrestamento da TCE, considerando a celebração de novo termo de compromisso, com a repactuação da parceria para conclusão das obras. Foi solicitado ao FNDE que encaminhasse quadrimestralmente relatório técnico resumido sobre o andamento da execução da obra objeto do ajuste.

65.3. No TC 008.667/2021-7, considerando a celebração de novo termo de compromisso, foi exarado o Acórdão 3.258/2022 – 2ª. Câmara (Relator: Ministro Aroldo Cedraz), que sobrestou julgamento da TCE até a chegada da documentação comprobatória quanto à conclusão e ao recebimento definitivo da escola objeto do Termo de Compromisso 22437/2014. Foi determinado, ainda, ao FNDE o encaminhamento de relatórios quadrimestrais sobre o andamento da obra.

65.4. Outros precedentes na mesma linha: TC 021.150/2019-2 (Acórdão 2.408/2022-1ª. Câmara), TC 016.359/2021-6 e TC 009.481/2021-4.

7.2 Prazo regular de duração do Período de Exceção da TCE

Sendo a TCE uma medida de exceção, pergunta-se: até quando poderiam os gestores públicos dos recursos adotar providências no sentido de sanear a omissão no dever de prestar contas ou as irregularidades danosas ao erário, obter ou tentar obter o ressarcimento do prejuízo ou mesmo repactuar o “convênio”²⁶ ou contrato público?

Na atual IN/TCU 71/2012, com alterações posteriores, o § 1º do art. 4º dispõe que o prazo regular máximo é de 180 dias²⁷ para a autoridade administrativa competente determinar a instauração do processo de TCE, a partir da data

considerada como fato gerador do dano ou de seu conhecimento. Logo, esses são também os prazos de duração daquela fase onde se encontram inseridas as medidas administrativas antecedentes à TCE.

Portanto, no prazo regular de 180 dias, se não obtidos pelas vias administrativas tradicionais o saneamento da irregularidade ou a recomposição do dano ou do objeto da ação pública, faz-se necessário continuar a persecução do ressarcimento ao erário e a responsabilização do agente público. Isso será feito em sede de processo de tomada de contas especial, devidamente instaurado, sob pena de multa à autoridade omissa nesse dever (art. 4º, § 5º, IN/TCU 71/2012). Após a instauração, o processo deve ser regularmente encaminhado ao TCU em igual prazo de 180 dias (art. 11).

A regra da contagem do início desse prazo foi estabelecida no art. 4º, I, II e III da referida norma (termo *a quo* do fato gerador da TCE). Para maior clareza do que foi dito, reproduz-se todo o artigo:

Art. 4º Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º, sem a elisão do dano, e subsistindo os pressupostos a que se refere o art. 5º desta Instrução Normativa, a autoridade competente deve providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial, mediante a autuação de processo específico.

§ 1º A instauração da tomada de contas especial de que trata o *caput* deste artigo não poderá exceder o prazo máximo de cento e oitenta dias, a contar:

I - nos casos de omissão no dever de prestar contas, do primeiro dia subsequente ao vencimento do prazo para apresentação da prestação de contas;

II - nos casos em que os elementos constantes das contas apresentadas não permitirem a conclusão de que a aplicação dos recursos observou as normas pertinentes e/ou atingiu os fins colimados, da data-limite para análise da prestação de contas;

III - nos demais casos, da data do evento ilegítimo ou antieconômico, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração (IN/TCU 71/2012).

Durante o período administrativo interno de levantamento dos pressupostos e saneamento das irregularidades motivadoras de TCE, a apresentação de documentos, justificativas e alegações de defesa pelo responsável não suspende nem interrompe o prazo para a instauração da TCE, no caso de subsistir a irregularidade (dano ao erário). Prevalece a regra geral do processo administrativo da não suspensão dos prazos (art. 67, Lei 9.784/1999).

Todavia, é de relevante registro que a adoção (obrigatória) das medidas administrativas saneadoras antecedentes à TCE tem como uma das finalidades

interromper ou suspender o curso da prescrição ressarcitória e punitiva, conforme os termos e as normas abaixo:

- Resolução TCU 344/2022 (regula, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento):

Art. 5º - A prescrição se interrompe:

III – por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;

- Lei 13.140/2015 (dispõe sobre a mediação entre particulares como meio para solução de controvérsias e autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública):

Art. 34 - A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

Como visto, a TCE é processo administrativo de responsabilização e de resguardo do patrimônio público. Todavia, diante de fatos ensejadores de dano ao erário, as medidas adotadas anteriormente à deflagração da TCE também visam à proteção ao patrimônio público e ao alcance dos interesses coletivos, ante seu caráter saneador do litígio²⁸ – litígio esse, geralmente, obstaculizando a conclusão de objetos e objetivos públicos.

Mas, então, como priorizar, compatibilizar e dar continuidade à adoção do saneamento administrativo do litígio prévio à deflagração do processo de TCE, sendo que o art. 4º, § 1º, da IN/TCU 71/2012 estabelece taxativamente o prazo de 180 dias para se considerar infrutíferas e encerrar as medidas saneadoras precedentes à TCE, instaurar o processo e dar seguimento ao seu rito?

A resposta a essa importante indagação de modo a viabilizar soluções consensuais é dada pela jurisprudência do próprio TCU, que considera que as medidas administrativas são também necessárias para não onerar o custo das cadeias de controle, no caso de instauração de TCE, sem antes esgotar as providências administrativas tendentes ao resguardo do patrimônio público e antes da TCE, mesmo extrapolando o prazo regular:

A inobservância do prazo regulamentar para instauração de tomada de contas especial não gera nulidade processual, preclusão em benefício do responsável ou prescrição da pretensão punitiva do TCU. O prazo tem por objetivo atender ao princípio do custo-benefício do controle, permitindo que a autoridade responsável esgote as providências administrativas com vistas à reintegração dos recursos aos cofres públicos, a fim de evitar os custos envolvidos na instauração, processamento e julgamento da tomada de contas especial. (Acórdão 3639/2022-TCU-Primeira Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

Para reforçar a importância da fase de exceção da TCE – adoção de medidas administrativas saneadoras, inclusive conciliatórias –, reproduzem-se aqui trechos dos discursos proferidos por autoridades durante eventos relacionados à gestão de

transferências federais e/ou tomadas de contas especiais:

Uma TCE é uma necropsia. É tentar recuperar um recurso depois que o instrumento está morto. Temos que implementar ações de monitoramento enquanto o instrumento está vivo, para gerar resultados (Deborah Virgínia Macedo Arôxa - Diretora de Transferências Voluntárias do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (DETRV/MPDG)).²⁹

A atuação do TCU se pauta nos normativos que norteiam as transferências que, apesar de rigorosos com prazos estritos de análises das prestações de contas, a realidade nos mostrou, por exemplo, que estávamos gerando muito mais convênios que nossa capacidade de geri-los.

Daí a formação dos enormes estoques de processos que estão sendo reportados nos pareceres prévios de relatórios de contas de governo do TCU há uns anos, com prejuízos altos previstos de TCEs. E não interessa mais à sociedade julgar TCEs, e, sim que não existam mais TCEs.

Precisamos entender que estamos fazendo um ajuste de interesse mútuo, de não apenas transferir recursos, mas ter a prestação de serviço como retorno. O que nos interessa é termos uma política pública bem implementada (Ministro-Substituto Weder de Oliveira).³⁰

7.3 Medidas administrativas saneadoras e conciliatórias antecedentes à TCE: fase de levantamento dos pressupostos de constituição do processo

No viés do direito administrativo sancionador-consensual, entende-se aqui que a omissão da autoridade administrativa competente visando ao resguardo do patrimônio público se refere a duas questões fundamentais na TCE: i) não adoção de medidas administrativas saneadoras/conciliadoras em razão do princípio de exceção da TCE; ii) não instauração da TCE, quando restaram infrutíferas as tentativas saneadoras antecedentes ao processo.

Mas, afinal, o que são medidas administrativas saneadoras? Trata-se de providências internas (discricionárias ou vinculadas) ao alcance da Administração Pública lesada e credora da dívida, tomadas junto ao agente responsável pela malversação dos recursos ou perante o órgão, entidade ou instituição em que atuou, e ainda junto a terceiros, a fim de apurar, sanear e ajustar correções da irregularidade ensejadora de TCE e/ou de ressarcir o prejuízo. Além disso, nessa fase, levantam-se o fato irregular, o valor do dano ao erário e os agentes responsáveis (pressupostos de constituição da TCE).

A Administração deverá deflagrar a tomada de contas especial mesmo ultrapassado o prazo regular de 180 dias, sem prejuízo da responsabilização do agente público que deu causa à intempestividade de tal providência, vez que caracteriza grave infração à norma legal e possibilita a aplicação de multa ao responsável pela omissão (art. 4º, § 5º, IN/TCU 71/2012).

Do mesmo modo, depreende-se cabível responsabilização para o caso de omissão no dever de adotar medidas adequadas com vistas a sanear a irregularidade danosa ao erário e à sociedade antes de deflagrar TCE.

Essa fase de exceção da TCE é relevante, e cabe ao controle interno, obrigatoriamente, em seus pareceres, verificar a adequada adoção de medidas saneadoras antecedentes à TCE, consoante estabelecido no art. 10, II, 'a', IN/TCU 71/2012 e art. 25 da Portaria CGU 1531/2021.

Embora o rol de medidas administrativas saneadoras antecedentes à TCE não seja terminativo, apenas exemplificativo, tanto no Apêndice A da Decisão Normativa TCU 155/2016 quanto na Portaria CGU 1531/201, há pelo menos uma medida clássica de consenso administrativo expresso nesta última norma: "termo de ajustamento de conduta -TAC".

Porém, cabe citar outros, tais como: termo de compromisso (TC) e termo de ajustamento de gestão (TAG)³¹, termo de ajustamento sanitário³², submissão do litígio/controvérsia à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)³³, procedimentos com vistas a instaurar o processo específico de reparação integral do dano PAERID³⁴.

Ressalta-se que a tomada de contas especial não faz parte do ciclo das transferências federais ou ciclo de qualquer execução contratual. Vale dizer, a execução direta ou descentralizada de recursos federais não visa, *a priori*, ser transformada em litígio administrativo por meio da TCE ou mesmo judicial, mas, sim, à consecução de uma política pública, à construção de um bem e patrimônio público. Vale dizer, ainda, que não se resolve um problema de inexecução convenial ou contratual de obras ou serviços públicos simplesmente instaurando-se uma TCE.

Faz-se necessário repensar esse ciclo pernicioso ao interesse público de, simplesmente, transferência de recursos públicos, insucesso de execução de políticas públicas descentralizadas, instauração de TCE, condenação de débito e multa dos gestores faltosos e execução judicial do acórdão do TCU. Daí a importância das medidas internas de saneamento do processo, da conciliação e de repactuações de parte a parte, quando possível.

Essa importância foi expressamente reconhecida pelo Ministério Público de Contas e pelo Ministro Jorge Oliveira no já citado Acórdão 978/2024-TCU-Plenário, nos termos da seguinte ementa de entendimento:

Dentre as medidas administrativas a ser adotadas pelos órgãos repassadores federais, prévias à instauração da tomada de contas especial, nos termos do art. 4º da IN TCU 71/2012, inclui-se a adoção de meios de solução consensual previstos no direito administrativo, a fim de que seja efetivamente alcançada a funcionalidade plena e a integralidade dos benefícios sociais almejados pelo compromisso inicialmente firmado, notadamente nas hipóteses do item anterior.

A importância foi reconhecida, também, na estruturante deliberação expedida nos autos da TCE:

9.8. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que avalie, de forma justificada, no prazo de 90 dias, a conveniência e oportunidade de enviar proposta de alteração da Instrução Normativa TCU 71/2012, a ser submetida ao Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator da reforma deste normativo, com vistas a incluir, dentre as medidas administrativas prévias à instauração das tomadas de contas especiais, previstas no art. 4º do referido normativo, a adoção de meios de solução consensual entre órgãos repassadores e entes subnacionais, quando houver a presença dos requisitos listados a seguir:

- a) instauração da TCE tendo por fundamento a inexecução parcial do objeto ou por execução total sem atingir funcionalidade adequada;
- b) viabilidade da consecução plena ajuste;
- c) inexistência de comprovada má-fé dos responsáveis, caracterizada pela inexistência de desvio, pagamentos indevidos ou outras irregularidades graves na execução do ajuste.

7.4 A TCE e os princípios do Custo-benefício do controle público, da Racionalização e da Eficiência Administrativa

A edição e publicação do Decreto-Lei 200, em 25 de fevereiro de 1967, lançou as bases normativas para a reforma da Administração Pública, a partir daquele ano. No que interessa aos propósitos deste estudo, cabe destacar:

Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco (Brasil, 1967).

Esse artigo estabelece que o controle público deve ser equacionado e medido à luz do binômio custo-risco. Em outras palavras, pode-se entender que o custo do controle não poderia ser maior que o benefício pela sua utilização. Eis aqui o início da abolição dos controles meramente formais e burocráticos para dar lugar aos controles focados em aspectos operacionais, de eficiência e de resultados.

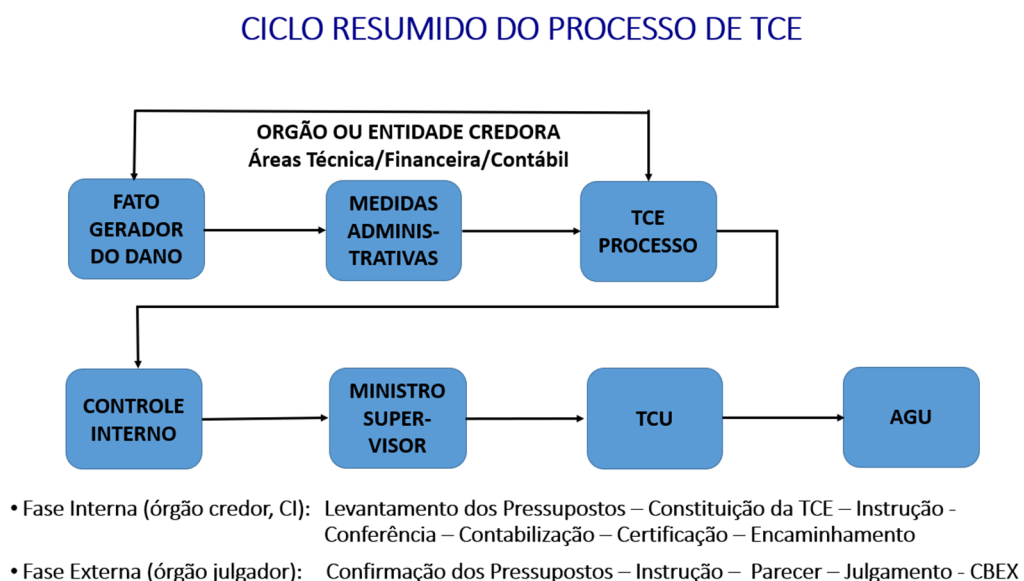
Atrelado a isso, o art. 26, III, desse mesmo Decreto-Lei, dispôs que a supervisão ministerial da Administração Indireta visará a assegurar, essencialmente, a eficiência administrativa. Embora a menção expressa à “eficiência administrativa” tenha sido atribuída apenas para a supervisão ministerial da administração indireta³⁵, o fato é que, naquela época, já havia uma preocupação em orientar a Administração Pública pelo princípio da eficiência.

Freitas (2013, p. 110-111) leciona que: “o princípio da eficiência (art. 37 da CF) determina que a Administração Pública cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes”. Já o princípio da economicidade (art. 70 da CF) determina “a otimização da intervenção pública, no sentido de fazer o mais com o menor custo (direto e indireto), vedado qualquer desperdício”. Por sua vez, o princípio da eficácia (CF, art. 74) determina “a obtenção de resultados harmônicos com os objetivos, prioridades e metas constitucionais”.

É pertinente registrar que o Decreto 9.203/2017 estabelece como diretriz da política de governança da Administração Pública Federal: “direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades”, diretriz aderente à ideia de solução consensual dos conflitos administrativos.

Registre-se que a TCE é um processo extremamente oneroso para os cofres da administração (vide ciclo resumido da TCE, na imagem a seguir). Historicamente, o índice de recuperação do dano ao erário (nas fases internas e externas do processo e após julgamento de mérito e o trânsito em julgado da TCE por meio de pagamentos espontâneos dos responsáveis ou via cobrança executiva pelos órgãos judiciais) ainda é tímido diante do volume histórico de condenações em débitos e multas do TCU, segundo informações constantes nos relatórios consolidados pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.

Figura 2 – Ciclo Resumido da TCE



A persecução do ressarcimento do dano ao erário deve levar em consideração o custo da tramitação do processo de TCE, desde a origem até sua apreciação e recursos, com trânsito em julgado, e, dependendo do caso, da cobrança judicial. A valoração do custo de uma TCE guarda estreita relação com o princípio da economia processual, da racionalização administrativa e do custo-benefício do controle.

A título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar, desde logo, o arquivamento do processo de TCE, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação (art. 93 da Lei 8.443/1992 e art. 213 do RI/TCU).

É dispensada a instauração de TCE cujo valor da quantificação do dano efetivo ou presumido atualizado monetariamente seja igual ou inferior a R\$ 100.000,00 (art. 6, I, IN/TCU 71/2012, alterado pela IN/TCU 76/2012), valor mínimo para instauração da TCE (VMTCE).

Essas razões também reforçam a ideia de se evitar a TCE.

7.5 Processo de “Tcelização” – potencial inibidor da concertação administrativa

Exemplo de que o litígio administrativo, objeto de processo de tomada de contas especial (TCE), caminha em sentido contrário à eficiência e ao alcance do interesse público foi a edição da Medida Provisória 1.174/2023, que institui o Pacto Nacional pela Retomada de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica:

Art. 1º Fica instituído o Pacto Nacional pela Retomada de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica.

Parágrafo único. O Pacto Nacional de que trata o *caput* contemplará as obras e os serviços de engenharia de infraestrutura educacional cujos valores tenham sido repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, no âmbito do Plano de Ações Articuladas, que estiverem paralisados ou inacabados na data de entrada em vigor desta Medida Provisória.

[...]

Art. 4º Na hipótese de obra ou serviço de engenharia inacabado, a retomada será precedida de celebração de novo termo de compromisso entre o FNDE e o ente federativo, do qual deverá constar a repactuação dos valores e dos prazos inicialmente firmados [..].

É de se destacar que tal pacto foi ajustado no bojo das tratativas entre os três poderes da União com vistas a se buscar possíveis soluções administrativas, judiciais e/ou financeiras para a retomada das obras paralisadas³⁶ ou inacabadas em todo o

país³⁷. Não obstante o mérito e o valor de tal medida normativa inovadora, há que se fazer importante ressalva prevista na própria MP:

Art. 11. As obras e os serviços de engenharia inacabados ou paralisados que estejam em processo de tomada de contas especial não poderão ser incluídos no Pacto Nacional pela Retomada de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica.

Parágrafo único. A retomada de obras e serviços de engenharia de que trata esta Medida Provisória não impedirá a eventual apuração de responsabilidade das pessoas naturais e jurídicas que tenham dado causa ao descumprimento dos instrumentos originais (grifo nosso).

A vedação imposta pelo citado art. 11 inviabiliza os propósitos meritórios e de concertação institucional das medidas estabelecidas pela MP, uma vez que, de acordo com o texto acima, a retomada das obras não pode ser aplicada aos empreendimentos que se encontram sob TCE, embora o parágrafo único desse artigo deixe assente que a repactuação não prejudica a persecução das responsabilidades dos gestores públicos que deram causa às irregularidades.

Considerando que a questão envolve obras paralisadas há anos, é notório que boa parte delas já foram ou estão sendo objeto de TCEs instauradas pelo Fundo Nacional de Educação (FNDE) ou em curso no Tribunal de Contas da União (TCU) contra os gestores públicos responsáveis pelas irregularidades e pelos danos ao erário delas decorrentes. Assim, não seriam abarcadas pelo pacto nacional de retomadas das obras – algo contrário ao interesse coletivo.

Eis, então, um desafio a ser resolvido pela administração e controle consensual: desvincular a responsabilização dos gestores faltosos, via processos de TCE ou de outros instrumentos de responsabilização administrativa, da retomada do empreendimento em prol da eficiência e do interesse público.

Nessa concertação institucional por busca na solução dos litígios (cada um dos empreendimentos) entre órgãos executores e órgãos controladores em prol do interesse coletivo, uma questão não pode prejudicar a outra e elas não devem ser antagônicas (saneamento e responsabilização), pois devem caminhar concomitantemente por instrumentos distintos.

A propósito, frise-se novamente que, contrariamente ao *caput* do retrocitado art. 11, parece ser essa a intenção do parágrafo único desse dispositivo: responsabilização dos gestores e das empresas responsáveis pela inexecução dos planos de trabalhos ajustados originalmente.

De outro modo, esse impasse vem a reforçar a excepcionalidade da instauração do processo administrativo de TCE, cabendo à autoridade administrativa, no caso FNDE, retomar ou dar ênfase ao saneamento administrativo consensual do empreendimento, ainda com mais segurança jurídica ante os fundamentos normativos estabelecidos pela MP 1.174/2023.

Na seara da concertação, para contribuir na consecução de objetos públicos em litígios administrativos ou mesmo judiciais, defende-se que os termos jurídicos não sejam rescindidos, ao contrário, sejam prorrogados de ofício, ou celebrados novos ajustes (repactuação), mesmo sendo instauradas TCE, que segue seu curso com vistas a responsabilização, mas sem prejudicar a retomada de obras públicas sob administração de gestor que não o faltoso – possibilidade aventada ainda na antiga IN STN 1/1997.

A par desse desafio (repactuação de obras com processos de TCE em andamento), o legislador trouxe uma relevante solução com a edição da Lei 14.719/2023, sucessora da MP 1.174/2023, que perdeu sua eficácia sem conversão em lei. Além de ampliar o escopo da retomada de obras e serviços de engenharia também para os programas da saúde, o art. 11 dessa lei foi assim redigido:

Art. 11. As obras e os serviços de engenharia paralisados ou inacabados que estejam em processo de tomada de contas especial poderão ser incluídos no Pacto Nacional pela Retomada de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica e Profissionalizante e à Saúde, desde que não haja prejuízo à apuração de responsabilidade das pessoas naturais e jurídicas que tiverem dado causa ao descumprimento dos instrumentos originais (grifo nosso).

Depreende-se do dispositivo acima que, publicada a lei, será permitida a repactuação de obras e serviços de engenharia (áreas da educação e saúde) mesmo com TCE instaurada, tese defendida nesse estudo, pois um processo de responsabilização, como é o de TCE, não pode prejudicar outro de saneamento do empreendimento, no caso das repactuações.

A Lei 14.174/2023, originária de um projeto de lei e sucessora da MP 1.174/2023, representa um avanço no enfrentamento e na solução dos litígios referentes às obras públicas inacabadas dos programas federais de educação e saúde, mas resta ampliar essas iniciativas corretivas para outras áreas, como as de saneamento básico e de infraestrutura, também com alto número de empreendimentos paralisados e sob litígio, conforme assentado no paradigmático Acórdão 978/2024-TCU-Plenário.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um Estado democrático de direito, comprometido, constitucionalmente, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Atualmente, há, no ordenamento jurídico processual e administrativo brasileiro, consistente e legítima base legislativa e principiológica para a promoção e o exercício da concertação administrativa, ou seja, da Administração e do Controle Público com viés dialógico e consensualista na prevenção e solução dos conflitos entre órgãos e entidades dos entes federados e entre esses e os particulares, sem demandar as vias do Poder Judiciário.

Em resposta às perguntas centrais deste estudo, verifica-se que a tomada de contas especial (TCE), sobretudo na fase de medidas administrativas saneadoras e conciliatórias, coaduna-se com as funções do controle interno e externo da Administração Pública voltadas para resoluções consensuais, negociadas e moduladas dos litígios – conceito de “destcelização” aqui defendido –, a fim de recuperar uma ação pública prejudicada. A TCE é um processo administrativo excepcional, que pode atuar tanto na dimensão das repactuações dos projetos públicos como na responsabilização dos agentes causadores de prejuízos ao erário.

A vertente de responsabilização e restituição do dano apurado em TCE não deve excluir as possibilidades de recuperação do convênio, contrato ou ajuste objeto do litígio administrativo. É necessário que haja uma dissociação da responsabilização do gestor faltoso das medidas de saneamento, recuperação e conclusão do objeto da ação pública prejudicada, conforme assente no art. 11 da Lei 14.719/2023, referente à repactuação de obras e serviços de engenharia da educação e saúde, e no paradigmático Acórdão 978/2024-TCU-Plenário.

São notórios os benefícios da concertação administrativa na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Por meio da utilização de instrumentos e métodos como mediação, conciliação e arbitragem, é possível aumentar a segurança jurídica, a eficiência, a economicidade e a celeridade no atendimento do interesse público. O processo consensualista, em detrimento do

meramente sancionatório, cria um ambiente propício à extinção de disputas em que todas as partes envolvidas saem ganhando.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1953.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Nota Recomendatória ATRICON nº 02/2022**. Recomendação aos Tribunais de Contas brasileiros para que, observado o regime jurídico-administrativo, adotem instrumentos de solução consensual de conflitos, aprimorando essa dimensão nos processos de controle externo. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://atrimon.org.br/wp-content/uploads/2022/08/Nota-Tecnica-Atricon-no002-2022.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada para a gestão eficiente de interesses sociais. **Revista do TCU**, Brasília, v. 1, n. 152, p. 16-25, jan./jun. 2023.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 674, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Conhecendo o Tribunal**. 8. ed. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência, 2022. 35 p.: il. color.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Competências**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/>. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas serão avaliadas quanto ao risco de não serem concluídas**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/%2522obras%2520inacabadas%2522/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/0>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I e II Jornadas Prevenção e solução extrajudicial de litígios**. Enunciados aprovados . Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em: 12 ago. 2023.

CAVALLARI, ODILON. As novas soluções consensuais no Tribunal de Contas da União. **Consultor Jurídico**, julho de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-22/odilon-cavallari-novas-solucoes-consensuais-tcu>. Acesso em: 5 ago. 2023.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p.1-44, out. 1960.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Câmaras de autocomposição da Administração Pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. **Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* – RBADR**. Belo Horizonte, ano 01. 01, p. 19-36, jan./jun.2019.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. 2017. **Moodle USP: e-disciplinas**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br>. Acesso em: 18 maio 2024.

DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. v.1. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1993. p.150.

FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FISHER Roger, URY William, PATTON Bruce. **Como chegar ao sim. Como negociar acordos sem fazer concessões**. Ed. rev. e atual. Rio de janeiro: Sextante, 2018.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Ceará, v. 35.1, p. 198-199, jan./jun. 2015.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUERRA, S.; PALMA, J. B. de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p.135-169, nov. 2018.

MARQUES FILHO, Antônio Gabriel. Arbitragem, conciliação e mediação: métodos extrajudiciais efetivos de resolução de conflitos. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://marq4.jusbrasil.com.br/artigos/363749107/arbitragem-conciliacao-e-mediacao-metodos-extrajudiciais-efetivos-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 6 nov. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo**. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 376.

MENDES, Wallace. **Aspectos jurídicos fundamentais da gestão, controle e qualidade das decisões públicas da Lei nº 13.655/2018**. João Pessoa, 2021. 103 f.: il. Orientação: Guilherme Ataíde Dias. Dissertação (Mestrado), UFPB/CE.

MORAES, Maryna Marchiori de; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **A Implementação da Política Pública Conciliatória como Contributo ao Estado Democrático de Direito**. Florianópolis, p. 44-71, ISBN:978-85-7840-161-0. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4249a84bdaf63c34>. Acesso em: 12 ago. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 121-122.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo** 231/154, Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/4510>. Acesso em: 12 jul. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BEYRODT, Christiana; TONIN, Mauricio Morais (coord.). **Mediação e arbitragem na administração pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63. Acesso em: 12 jul. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 303. Disponível em: <file:///C:/Users/mauroro/Downloads/67859-Texto%20do%20artigo-89290-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2023.

OLIVEIRA, Weder. **Curso de responsabilidade fiscal**: direito, orçamento e finanças públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Transformando nosso mundo**: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, setembro de 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/embaixadores-da-juventude/conhea-mais/a-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentvel.html>. Acesso em: 12 jul. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (org.). **Mediação e arbitragem na administração pública**. Curitiba: CRV, 2018. 226 p.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 172.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Tese de Doutorado. Orientação: Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. Universidade de São Paulo.

PRATS I Català, Joan. La construcció social de la governança. *In*: PRATS I Català, Joan; VIDAL BELTRÀN, José María (coord.). **Governança**: diálogo euro-iberoamericano sobre el buen gobierno. Madrid: INAP: Colex, 2005. p. 21-76. p. 65.

QUINT, Gustavo Ramos da Silva. **A lógica do consenso na Administração Pública e o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**: alcance, limites e possibilidades. Orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2019. 206 p.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A era da consensualidade e o Ministério Público. *In*: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, p. 304, 2010.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória): versão atualizada para o CPC-2015. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 2022.

TRAVAIN, Luiz A. L. A Análise Econômica do Direito (AED) aplicada à mediação e à conciliação. **Rev. Trib. Trab. 2. Reg.**, São Paulo, v. 14, n. 28, p. 76-88, jul./dez. 2022. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/213393/2022_travain_luiz_analise_economica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 22 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Linguagem Simples. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d5c4b523-db7b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-pt>. Acesso em: 27 jul. 2023.

WARAT, L. A. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZELINSKI, Renata Brindaroli. **O termo de ajustamento de gestão perante os tribunais de contas**: possibilidades, limites e perspectivas de controle / Renata Brindaroli Zelinski. Curitiba, 2020. 239 f.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Ato Regimental no. 05, de 27 de setembro de 2007**. Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. Diário Oficial da União. Brasília/DF. 28 set. 2007.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10595483/artigo-345-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional 107/2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 julho 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/30/1998/19.htm>. Acesso em: 25/5/2024.

BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial nº 00010/2023/MEC/MGI/CGU, de 8 de maio de 2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1174-23.pdf.

BRASIL. **Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 22/7/2023.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 22/7/2023.

BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 15/7/2023.

BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 com atualizações posteriores.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 15/7/2023.

BRASIL. **Lei 8.730, de 10 de novembro de 1993.** Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8730.htm. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 6/8/2023.

BRASIL. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 5/8/2023.

BRASIL. **Lei 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 5/8/2023.

BRASIL. **Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm. Acesso em: 5/8/2023.

BRASIL. **Lei 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 5/8/2023.

BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regla o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilização na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Lei 10.233, de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 5/7/2023.

BRASIL. **Lei 12.815, de 5 de junho de 2013.** Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 15/7/2023.

BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado Por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo,** de 13 de abril de 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm. Acesso em: 15/9/2023.

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Lei 13.448, de 5 de junho de 2017.** Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 15/7/2023.

BRASIL. **Lei 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera leis e revoga dispositivos que relaciona. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 5 de agosto de 2023.

BRASIL. **Medida Provisória 1.174, de 12 de maio de 2023.** Institui o Pacto Nacional pela Retomada de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1174.htm. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Lei 14.719, de 1º de novembro de 2023.** Instituiu o Pacto Nacional de Obras e de Serviços de Engenharia Destinados à Educação Básica e Profissionalizante e à Saúde; e altera a Lei 10.260, de 12 de julho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/lei/L14719.htm. Acesso em: 2/3/2024.

BRASIL. **Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008.** Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019.** Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do *caput* do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 15/7/2023.

BRASIL. **Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 15/7/2023.

BRASIL. **Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/decreto/d11129.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Decreto 11.328, de 1º de janeiro de 2023.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Advocacia-Geral da União e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/decreto/D11328.htm. Acesso em: 5/8/2023.

BRASIL. **Decreto 11.531, de 16 de maio de 2023.** Dispõe sobre convênios e contratos de repasse relativos às transferências de recursos da União, e sobre parcerias sem transferências de recursos, por meio da celebração de acordos de cooperação técnica ou de acordos de adesão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/decreto/D11531.htm. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Portaria Interministerial 424, de 30 de dezembro de 2016.** Estabelece normas para execução do estabelecido no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, revoga a Portaria Interministerial nº 507/MP/MF/CGU, de 24 de novembro de 2011 e dá outras providências. Disponível em: <https://www.gov.br/plataformamaisbrasil/pt-br/legislacao-geral/portarias/portaria-interministerial-no-424-de-30-de-dezembro-de-2016>. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Portaria CGU 1531, de 1º de julho de 2021.** Orienta tecnicamente os órgãos e entidades sujeitos ao Controle Interno do Poder Executivo Federal sobre a

instauração e a organização da fase interna do processo de Tomada de Contas Especial. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/66377?locale=pt_BR#:~:text=Reposit%C3%B3rio%20de%20Conhecimento%20da%20CGU,1%C2%BA%20de%20julho%20de%202021&text=Resumo%3A,de%20Tomada%20de%20Contas%20Especial. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Portaria Normativa CGU 27, de 11 de outubro de 2022**. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e sobre a atividade correcional nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/68802>. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Instrução Normativa STN 1, de 15 de janeiro de 1997**. Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.gov.br/sudene/pt-br/centrais-de-conteudo/in0011997-pdf>. Acesso em: 25/5/2024.

BRASIL. **Instrução Normativa TCU 71, de 28 de novembro de 2012**, com alterações posteriores. Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A71%2520NUMANOATO%253A2012/score%2520desc/0. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Instrução Normativa TCU 84, de 22 de abril de 2020**. Estabelece normas para a tomada e prestação de contas dos administradores e responsáveis da administração pública federal, para fins de julgamento pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 7º da Lei 8.443, de 1992, e revoga as Instruções Normativas TCU 63 e 72, de 1º de setembro de 2010 e de 15 de maio de 2013, respectivamente. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/ato-normativo*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A84. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Instrução Normativa TCU 91, de 22 de dezembro de 2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%252088%252F2020/%2520/score%2520desc/1>. Acesso em: 12 de julho de 2023.

BRASIL. **Instrução Normativa TCU 95, de 21 de fevereiro de 2024**. Disciplina a atuação do Tribunal de Contas da União decorrente do Acordo de Cooperação Técnica (ACT) celebrado, em 6 de agosto de 2020, com a Controladoria-Geral da

União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), sob a coordenação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, voltado ao combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATIPONORMA%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMNORMA%253A95%2520/DATANORMAORDENACAO%2520desc/0. Acesso em: 16 de março de 2024.

BRASIL. Decisão Normativa TCU 155, de 23 de novembro de 2016. Regulamenta os incisos I, III, IV, V e VI do art. 17 da Instrução Normativa - TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012, para detalhar peças, disponibilizar orientações para a adoção de medidas administrativas, estabelecer prioridades e procedimentos para a constituição e tramitação em meio eletrônico de processo de tomada de contas especial, e, ainda, fixar a forma de apresentação de tomadas de contas especiais instauradas em razão de o somatório dos débitos perante um mesmo responsável atingir limite fixado para dispensa. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/ato-normativo*/TIPO%253A%2528%2522Decis%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A155. Acesso em: 22/7/2023.

BRASIL. Decisão Normativa TCU 185, de 14 de abril de 2020. Altera o prazo máximo estabelecido para a instauração da tomada de contas especial previsto na IN-TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/ato-normativo*/TIPO%253A%2528%2522Decis%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A185%2520NUMANOATO%253A2020. Acesso em: 22/7/2023.

BRASIL. Resolução CNJ 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. Resolução CNMP 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>. Acesso em: 16/9/2023.

BRASIL. Resolução TCU 315, de 22 de abril de 2020. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/norma/*/COPIATIPONORMA%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMNORMA%253A315. Acesso em: 12/7/2023.

BRASIL. **Resolução TCU 344, de 11 de outubro de 2022.** Regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A344. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Resolução TCU 347, de 12 de dezembro de 2022.** Define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades da Secretaria do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/72598724>. Acesso em: 22/7/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.234/2004.** Plenário. Relator: Ministro-Substituto LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA. Sessão de 25/8/2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1234%2520ANOACORDAO%253A2004. Acesso em: 5 de agosto de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.130/2023-TCU-Plenário.** Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 7/6/2023. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1130%2520ANOACORDAO%253A2023. Acesso em: 5 de agosto de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4.796/2014-TCU-Primeira Câmara.** Relator: Weder de Oliveira. Sessão de 9/9/2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A4796%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522. Acesso em: 5/8/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3.639/2022-TCU-Primeira Câmara.** Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 5/7/2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A3639%2520ANOACORDAO%253A2022. Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1797/2023-TCU-Plenário.** Redator: Benjamin Zymler. Sessão de 22/5/2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:1797%20ANOACORDAO:2023%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0. Acesso em: 25/5/2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 978/2024-TCU-Plenário.** Relator: Jorge Oliveira. Sessão de 22/5/2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A978%2520ANOACORDAO%253A2024. Acesso em: 24/5/2024.

BRASIL. **Ordem de Serviço CCAF/AGU 4, de 29 de novembro de 2019.** Dispõe sobre o fluxo das atividades a serem desenvolvidas nos procedimentos de conciliação no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Disponível em: [https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/ordem de servico n 4 2019 dispoe sobre o fluxo das atividades nos procedimentos de conciliacao no .pdf](https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/ordem%20de%20servico%20n%204%202019%20dispoe%20sobre%20o%20fluxo%20das%20atividades%20nos%20procedimentos%20de%20conciliacao%20no%20.pdf). Acesso em: 12/8/2023.

BRASIL. **Portaria GM/MS 2.046/2009.** Regulamenta o Termo de Ajuste Sanitário - TAS, instituído pela Portaria nº 204/GM, de 29 de janeiro de 2007. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2046_03_09_2009.html. Acesso em: 12/8/2023.

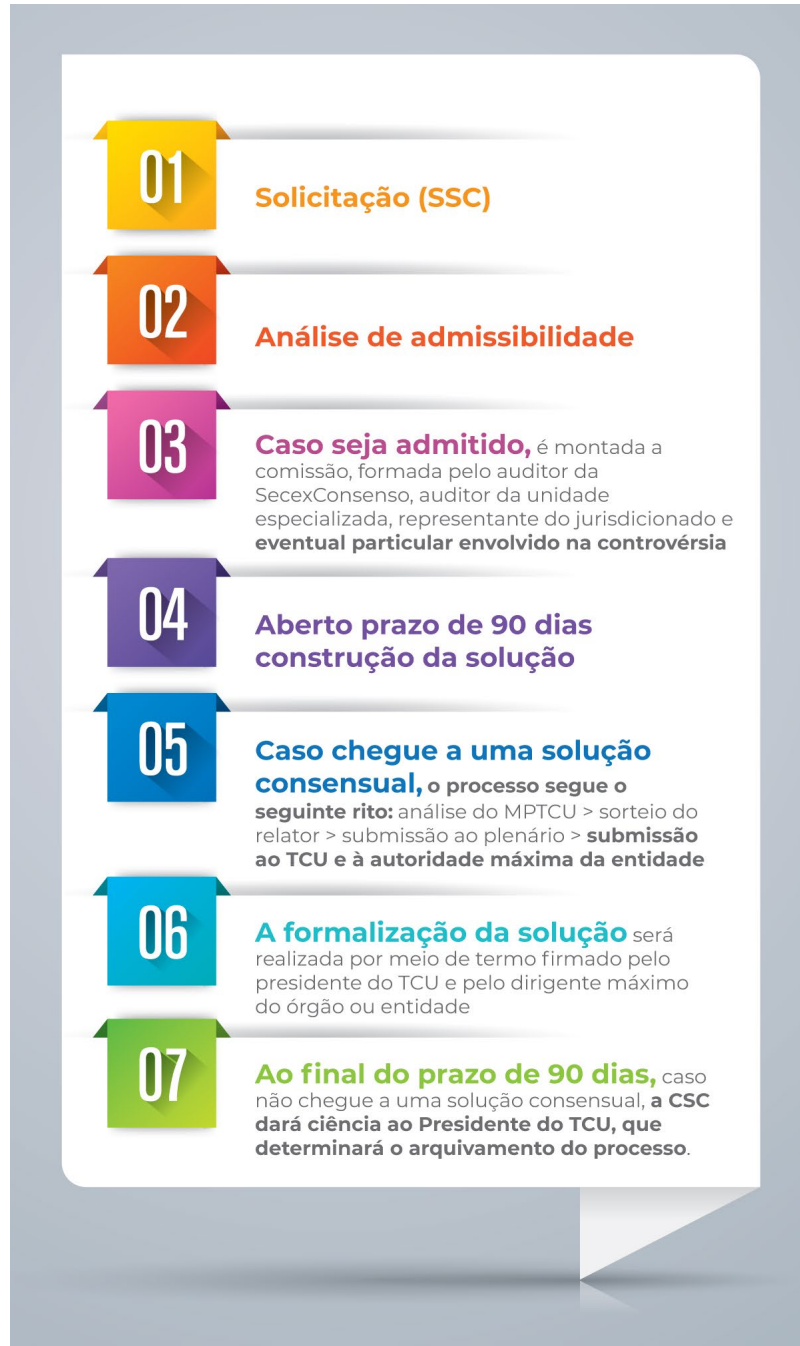
APÊNDICE A

Figura 2 (Fôlder – Divulgação – CCAF/AGU)



APÊNDICE B

Figura 4 (Passo a passo da solução consensual de conflitos no TCU)



Fonte: Fonte: Secretária de Comunicações – Secom/TCU (10/2/2023)³⁸

APÊNDICE C – Processos (não sigilosos) – TCU, maio/2024

Item	Processo	Assunto	Solicitante	Relator	Processos Conexos	Deliberações TCU
1	008.853/2023-2	Requerimento visando solução consensual de controvérsia relevante e prevenção de conflitos relacionados a proposta de atualização do caderno de obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista - RMP.	ANTT	Vital do Rêgo	TC 010.769/2022-6	2472/2023-Plenário
2	000.855/2023-5	Requerimento visando solução consensual relacionado ao processo de devolução de trechos ferroviários (“malha sul) e respectivo cálculo de indenização.	ANTT	Jorge Oliveira	TC 014.093/2021-9 TC 026.025/2021-3 TC 006.261/2022-1	2514/2023-Plenário 857/2024-Plenário
3	006.223/2023-0	Pedido de instauração de procedimento de solução negociada junto à Secretaria Executiva de Consenso do TCU. Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021. - Rovema Energia S.A.	MME	Benjamin Zymler		
4	006.248/2023-3	Pedido de instauração de procedimento de solução negociada em face das controvérsias enfrentadas nos contratos de energia de reserva (CER) firmados no procedimento de contratação simplificado (PCS) 01/2021 com as Usinas EPP II, EPP IV, Edlux X e Rio de Janeiro I, atualmente sob o controle societário da Âmbar Energia (Âmbar).	MME	Benjamin Zymler		597/2024-Plenário

Item	Processo	Assunto	Solicitante	Relator	Processos Conexos	Deliberações TCU
5	006.252/2023-0	Pedido de instauração de procedimento de solução negociada em face das controvérsias existentes nos contratos de energia de reserva (CER), firmados no procedimento competitivo simplificado para contratação de reserva de capacidade (PCS) 1/2021. Termelétrica Viana S.A./Linhares Geração S.A./Povoação Energia S.A.	ANEEL MME	Benjamin Zymler		1797/2023-Plenário
6	006.253/2023-7	Pedido de instauração de procedimento de solução negociada em face das controvérsias existentes nos contratos de energia de reserva (CER) no procedimento competitivo simplificado para contratação de reserva de capacidade (PCS) 1/2021 - Karpowership Brasil Energia LTDA.	ANEEL MME	Benjamin Zymler		1130/23-Plenário
7	006.448/2023-2	Requerimento de solução consensual de controvérsias entre a ANAC e a Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A.	ANAC	Aroldo Cedraz		

Fonte: TCU – Pesquisa Integrada – Processos (não sigilosos) – maio/2024.

¹ Proposta de Emenda à Constituição - PEC 19/1998 - "Emenda da Reforma Administrativa", introduziu várias mudanças legais que permitiram a implementação de aspectos da reforma gerencial, como a flexibilização da gestão de recursos humanos e a introdução do princípio da eficiência na administração pública.

² Ingresso de representações ao Ministério Público e de ações judiciais de gestores sucessores contra seus antecessores e vice-versa, visando um ou outro eximir-se de responsabilidades em processos de TCE. Tema adequadamente tratado no voto revisor do Ministro-Substituto Weder de Oliveira no processo de representação do TCU (TC 016.899/2020-5), em que se discutiu a alteração do enunciado da Súmula TCU 230.

³ Pressupostos de constituição da TCE: correto levantamento da irregularidade causadora do prejuízo; correta identificação do rol de responsáveis e adequada quantificação do dano ao erário. Pressuposto de desenvolvimento (exemplos): adoção de medidas saneadoras e conciliatórias antecedentes à instauração da TCE; tramitação adequada do processo; devido processo legal, razoável duração do processo e garantia da ampla defesa e contraditório.

⁴ Custo de oportunidade é um conceito econômico que representa o valor da melhor alternativa não escolhida. Em outras palavras, é o benefício que poderia ter sido recebido, mas foi renunciado para tomar outra decisão. Esse conceito é fundamental na economia e na tomada de decisões, pois ajuda a entender as possíveis perdas envolvidas quando se escolhe uma opção em detrimento de outras. Ele enfatiza a ideia de que cada escolha tem um custo associado, considerando não apenas os custos diretos, mas também os benefícios que são deixados de lado ao se tomar uma decisão (**Economia**, de Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus, Ed. McGraw-Hill, 19. ed., 2018).

⁵ Em conjunto com as partes interessadas, o Conciliador elaborará a versão final da minuta do termo de conciliação, que será submetida, que, quando se tratar de entidade da administração pública, deverão emitir manifestações jurídicas com a análise de vantajosidade e de legalidade dos termos da conciliação (art. 3º, § 1º, Ordem de Serviço CCAF 4/2019).

⁶ Resolução TCU 347/2022.

⁷ <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 22 jul. 2023.

⁸ Apêndice C – Princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais.

⁹ Folder de divulgação – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/folderccafpdf.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

¹⁰ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/mediacao-x-conciliacao-x-arbitragem>. Acesso em: 12 jul. 2023.

¹¹ Sigla americana: *Alternative Dispute Resolution* – usada para descrever os meios de solução onde se prestigia o método dialógico em detrimento do adversarial.

¹² Não foi citada a Autotutela (política de solução de conflitos por conta própria – antigo Código de Hamurabi – Lei de Talião “olho por olho dente por dente” não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive criminalizado pelo Código de Processo Penal – art. 345 (crime de exercício arbitrário das próprias razões).

¹³ Encerramento consensual de conflitos.

¹⁴ Até a conclusão desse estudo não tinha sido publicado ato normativo do órgão central de controle interno do Poder Executivo disciplinando os procedimentos para a utilização do TAG previsto no art. 11 do Decreto 9.830/2019.

¹⁵ No direito brasileiro, os principais exemplos de acordos substitutivos da sanção são os compromissos de ajustamento de conduta (TAC) e os acordos de leniência (AL).

¹⁶ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Conhecendo o Tribunal** / Tribunal de Contas da União. 8. ed. Brasília: TCU. Secretaria-Geral da Presidência, 2022. 35 p.: il. color.

¹⁷ Julgamento de processos de prestação de contas ordinária e extraordinária e de tomada de contas (Instrução Normativa TCU 84/2020).

¹⁸ Julgamento de processos de tomadas de contas especial (Instrução Normativa TCU 71/2012 – atualizada).

¹⁹ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/>. Acesso em: 4 jul. 2023.

²⁰ Acordo de Cooperação Técnica (ACT) celebrado entre os seguintes órgãos: STF, TCU, CGU, AGU, MPU e MJ para matérias de combate à corrupção e sobre acordos de leniência firmados com base na Lei 12.856/2013, regulada no TCU por meio da IN 95/2024.

²¹ Essa importante função foi citada expressamente no primeiro considerando no preâmbulo da IN TCU 91/2022, que trata da solicitação de solução consensual (SSC): “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”;

²² Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/>. Acesso em: 4 jul. 2023.

²³ Fala-se em “era da consensualidade” (SOUTO, Marco Juruena Villela. A era da consensualidade e o Ministério Público. *In*: RIBEIRO, Carlos).

²⁴ O controle preventivo recepcionado e incentivado pela Lei 14.133/2021: “Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social [...]”

²⁵ Art. 5º IN TCU 71/2012 (atualizada).

²⁶ Sentido lato para representar qualquer espécie de transferência da União que demanda prestação de contas ao concedente dos recursos.

²⁷ Em vista do exaurimento do prazo extraordinário – acréscimo de 90 dias para instaurar a TCE em razão da pandemia da covid-19 –, será considerado neste trabalho o prazo regular de 180 dias.

²⁸ Instrução Normativa TCU 71/2012 (atualizada):

Preâmbulo: “Considerando que o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão julgador dos processos em que se apura a ocorrência de dano ao Erário, somente deve ser acionado após a autoridade administrativa competente ter adotado, sem sucesso, as medidas administrativas necessárias à caracterização ou à elisão do dano;” Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.

²⁹ II Fórum das Transferências Voluntárias – 7/11/2017, ISC/TCU, Brasília/DF.

³⁰ Transferências de Recursos Federais – Cenários e Perspectivas: Um Enfoque Conjunto do Controle e da Gestão Evento Diálogo Público – 16/10/2018, TCU.

³¹ Ambos previstos no art. 26 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB).

³² Previsto na Portaria GM/MS 2.046/2009.

³³ Ato Regimental da Advocacia-Geral da União nº 5, de 27/9/2007.

³⁴ Art. 13 da Lei 12.846/2013.

³⁵ O próprio Decreto-lei (art. 4º) estabeleceu que a Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; e c) sociedades de economia mista.

³⁶ “Em termos conceituais, obras paralisadas são aquelas cujo instrumento de pactuação entre o FNDE e o ente apoiado esteja vigente, houve emissão de ordem de serviço e o ente beneficiário registra a não evolução na execução dos serviços. Por sua vez, obra inacabada é aquela que, vencido o respectivo instrumento, a obra ou o serviço de engenharia não tenha sido concluído” (EMI N° 00010/2023/MEC/MGI/CGU, de 8/5/2023).

³⁷ De acordo com dados do Painel do TCU de Acompanhamento das Obras Paralisadas, atualmente o Brasil tem 8.603 obras paralisadas, das quais 3.580 são de educação básica. <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/%2522obras%2520inacabadas%2522/%2520/DT%20RELEVANCIA%2520desc/0>

³⁸ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 5 ago. 2023.

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA RECONHECIDA COM
MENÇÃO HONROSA

CATEGORIA
TRIBUNAIS DE CONTAS

DO CONTROLE À COOPERAÇÃO: ANÁLISE DA
COMPETÊNCIA PEDAGÓGICA DOS TRIBUNAIS DE
CONTAS COMO MEIO DE APRIMORAMENTO DA
GESTÃO PÚBLICA

do autor

PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES AZEVEDO



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**DO CONTROLE À COOPERAÇÃO: ANÁLISE DA COMPETÊNCIA PEDAGÓGICA
DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COMO MEIO DE APRIMORAMENTO
DA GESTÃO PÚBLICA**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

No exercício da função de controle externo, os Tribunais de Contas realizam inspeções e auditorias, bem como recebem denúncias e representações sobre condutas supostamente irregulares praticadas por gestores públicos. Caso confirmada a infração, tem-se verificado que os Tribunais normalmente aplicam sanções aos responsáveis. No entanto, a prática tem demonstrado que a maioria desses erros é cometida por desconhecimento ou por equívoco, e não por má-fé ou dolo. Sendo assim, ao invés de utilizar medidas sancionatórias, as quais carregam consigo efeitos colaterais negativos para a gestão pública, propõe-se a adoção de métodos alternativos, baseados na transmissão da informação, no consenso e na restauração. Tais medidas orientadoras compõem a competência pedagógica dos Tribunais de Contas: uma nova forma de atuação do órgão de controle externo que procura capacitar e instruir os jurisdicionados antes de sancioná-los. Por meio dela, os Tribunais de Contas, por exemplo, promovem cursos, emitem recomendações e respondem a questionamentos em tese dos gestores públicos com vistas a evitar a ocorrência de erros e a aprimorar o cotidiano da Administração Pública. Como se trata de uma atribuição recente e pouco sistematizada serão estudados os efeitos prováveis e as bases jurídicas dessa competência, a fim de possibilitar aos Tribunais de Contas a sua plena utilização.

Palavras-chave: Tribunal de Contas; competência pedagógica; capacitação; aprimoramento da gestão pública.

ABSTRACT

The Court of Auditors is a supreme audit institution in charge of carrying out the external control of the Public Administration. This body conducts inspections and audits, as well as receives complaints about allegedly irregular conducts practiced by public managers. If the unlawful acts are confirmed, it has been verified that the Courts usually apply sanctions to those responsible for the fault. However, practice has shown that most of these errors are committed by misunderstanding or misconception, not malice or fraud. Therefore, instead of using sanctioning measures, which carry negative side effects for public management, these Courts should adopt alternative methods based on transmission of information, consensus and restoration. Such guiding measures make up the pedagogical competence of the Courts of Auditors: a new form of action that seeks to train and to instruct the public managers before sanctioning them. Through it, the Court of Auditors, for example, promote courses, issue recommendations and respond to questions in thesis formulated by public managers in order to avoid the occurrence of errors and to improve the daily life of the Public Administration. Bearing in mind this is a recent and poorly systematized assignment, the likely effects and legal bases of this competence will be studied in order to enable the Court of Auditors to use the pedagogical competence.

Keywords: *Court of Auditors; pedagogical competence; training; improvement of public management.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 AS ORIGENS DO CONTROLE-COERÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS IMEDIATAS	7
3 AS BASES DO PODER SOCIAL DE FRENCH E RAVEN (1959)	12
3.1 PODER COERCITIVO	14
3.2 PODER DE RECOMPENSA	17
3.3 PODER DE REFERÊNCIA	19
3.4 PODER LEGÍTIMO.....	21
3.5 PODER DE PERITO.....	22
3.6 PODER INFORMACIONAL.....	23
3.7 REFLEXÕES SOBRE AS BASES DE PODER DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	26
4 A MATERIALIZAÇÃO DO PODER INFORMACIONAL: CONSENSUALISMO E JUSTIÇA RESTAURATIVA	31
4.1 O CONSENSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MEIO DE ESTREITAR AS RELAÇÕES ENTRE O TRIBUNAL DE CONTAS E OS SEUS JURISDICIONADOS	31
4.2 O MODELO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA	37
5 EFEITOS BENÉFICOS ESPERADOS	45
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como intuito examinar e discutir os limites, as possibilidades e as consequências, para a Administração Pública e para a sociedade, da atuação pedagógica (ou orientadora) dos Tribunais de Contas em contraste com a competência sancionatória desses órgãos de controle externo.

Quando da análise dos processos de controle e, principalmente, após o diálogo aberto mantido com os jurisdicionados, é relativamente comum identificar que a maioria dos apontamentos de irregularidades feitos pela Unidade Técnica do Tribunal ou por denunciantes não é fruto de dolo, má-fé ou de intenção deliberada do agente em lesar o erário, mas, sim, de desconhecimento do ordenamento jurídico. Na prática, a vontade dos gestores, de um modo geral, é entender as determinações feitas pelo Tribunal, os motivos que os levaram a figurar como partes no processo de controle, a forma de resolver os problemas da Administração e o modo de evitar que tais falhas sejam repetidas.

Ainda assim, em grande parte das vezes, o órgão de controle externo acaba apenando os responsáveis, mesmo quando a razão de ser da irregularidade apreciada no processo é oriunda de erro ou de desconhecimento escusável da norma jurídica.

Diante disso, surgem linhas de pensamento que indagam se a forma de atuação dos Tribunais de Contas, baseada no poder coercitivo, seria a mais adequada para lidar com situações de desconhecimento das normas. Segundo os adeptos dessa linha de entendimento, em vez de sancionar os gestores e colocar fim ao processo, talvez fosse melhor que o Tribunal de Contas ouvisse e capacitasse o responsável com o intuito de evitar a ocorrência das mesmas falhas.

Considerando o amplo domínio dos temas afetos à gestão pública e o alto nível de instrução formal dos servidores que compõem o órgão de controle externo, deve-se cogitar, então, que a competência sancionatória poderia (ou até deveria) ceder parte do seu espaço à competência pedagógica das Cortes de Contas.

Nessa perspectiva, o objetivo geral desta monografia consiste, basicamente, na análise da competência pedagógica dos Tribunais de Contas e das teorias que lhes dão suporte, a fim de examinar os efeitos decorrentes da sua utilização para a gestão pública, para os agentes públicos e para a sociedade. Já os objetivos específicos resumem-se a examinar os mecanismos de controle a cargo dos Tribunais de Contas

e a delimitar o campo de aplicação da competência pedagógica dos Tribunais de Contas com o intuito de direcionar o seu emprego para o aprimoramento da gestão pública.

Tem-se como hipóteses a orientar a presente monografia as duas afirmações a seguir:

1. o controle por meio da coerção (multas) não induz a mudança significativa de mentalidade do gestor infrator, mas apenas gera temor, fuga ou paralisia;

2. a capacitação, a instrução e a orientação daqueles que estão sujeitos ao controle exercido pelo Tribunal de Contas têm maior propensão a induzir o cumprimento das normas jurídicas.

A pesquisa será desenvolvida mediante a análise da literatura jurídica, sociológica e administrativa sobre poder, consenso e justiça restaurativa. Essas teorias servirão de subsídio para, em momento posterior, demonstrar os possíveis efeitos benéficos para a sociedade da competência pedagógica. Para tanto, o referencial teórico utilizado serão as teorias das bases de poder social, de French e Raven (1959), e da justiça restaurativa, de Zehr (2008) e Van Liew (2015).

Com o intuito de compreender o alcance da competência pedagógica, o tema da presente dissertação foi estruturado em quatro capítulos.

No primeiro, intitulado AS ORIGENS DO CONTROLE-COERÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS IMEDIATAS, examinar-se-á a visão de controle proposta por Fayol (1989), a evolução desse conceito e o seu descolamento da lógica da sanção estrita.

Já no segundo capítulo, denominado AS BASES DO PODER SOCIAL DE FRENCH E RAVEN (1959), será apresentada a teoria das bases de poder concebida por French e Raven (1959), e como ela pode servir de fundamento para amparar a atuação pedagógica dos órgãos de controle.

Após o exame de cada base de poder e da relação delas com as formas de atuação dos Tribunais de Contas, o terceiro capítulo, intitulado A MATERIALIZAÇÃO DO PODER INFORMACIONAL: CONSENSUALISMO E JUSTIÇA RESTAURATIVA, avançará em dois temas que também fornecem suporte teórico para a competência pedagógica dos órgãos de controle, quais sejam, a adoção de soluções consensuais na Administração Pública e o emprego de práticas restaurativas.

Feitas essas explanações teóricas, a pesquisa caminhará para o quarto e último capítulo, intitulado EFEITOS BENÉFICOS ESPERADOS, no âmbito do qual

será discutido o que se vislumbra com a implementação prática das medidas consensuais, restaurativas e informacionais no processo de controle.

Espera-se, com esta monografia, não apenas analisar a competência pedagógica dos Tribunais de Contas, as teorias que lhes dão suporte e as experiências dos órgãos de controle externo, mas, também, contribuir para o aprimoramento da atuação das entidades superiores de fiscalização e da própria Administração Pública.

2 AS ORIGENS DO CONTROLE-COERÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS IMEDIATAS

A noção de controle antecede a própria existência do Estado. Já nas sociedades mais primitivas, “o homem utilizava o que se chama em matemática da correspondência um a um. Ou seja, para cada cabeça de gado, o homem fazia uma correspondência, que podia ser com uma pedra, um nó em uma corda ou um risco no chão ou em um pedaço de madeira” (Diniz, 2015, p. 100). Assim, ele conseguia saber quantas cabeças de gado saíram para o pasto, no primeiro período, e quantas retornaram ao final do dia, viabilizando o controle sobre os seus animais (Diniz, 2015, p.100).

Em que pese essa primeira manifestação embrionária na história humana, Scliar (2014, p.3) aponta que o surgimento efetivo do controle, orientado por normas de condutas de caráter geral, pode ser atribuído ao povo hebreu, o qual, desde o período do nomadismo, adotava alguns princípios, que, posteriormente, passaram a constar dos dez mandamentos do Cristianismo.

Não foi apenas na sociedade judaico-cristã que o controle se desenvolveu. Registros indicam, por exemplo, que os Fenícios também fiscalizavam de perto a arrecadação de tributos, enquanto os povos da Índia, orientados pelo Código de Manu, previram normas de administração financeira (Costa, 2005, p. 16). Já os chineses antigos, baseando-se nas ideias de Confúcio, estabeleceram que os recursos públicos não poderiam ser utilizados para fins privados (Costa, 2005, p. 16).

Outros autores apontam, ainda, que, “na Grécia, encontram-se os primeiros ensaios de criação de órgão de controle sobre os atos das autoridades encarregadas da gestão do erário” (Todeschini, 2014, p.5). Não se pode olvidar, também, da importância que os romanos tiveram no desenvolvimento do controle. A concepção romana de Corte de Contas, inspirada no cargo de *Profecti Aerarii* e, de forma mais específica, nas funções de *Tabularii* e *Numerarii*, influenciou a forma de controle que passou a ser adotada em todo o Ocidente após a Antiguidade (Barros, 1999, p. 224; Pires; Nogueira, 2004, p. 2).

Todo esse desenvolvimento do controle quase se perdeu, quando, na Idade Média, o poder foi centralizado nas mãos dos monarcas. A esse respeito, Pires e Nogueira (2002, p. 2) ensinam que, nessa época, “os mecanismos de controle

administrativo experimentam notório enfraquecimento e retrocesso, conseqüências da redução de sua utilidade ante a fragmentação do Império Romano e a difusão de pequenos estados”.

De todo modo, “com a consolidação dos Estados Nacionais, a partir do final da idade média e de praticamente toda a idade moderna, os sistemas de controle e fiscalização tiveram notável avanço, máxime na Inglaterra, França, Itália, Bélgica e Alemanha” (Aguilar, 2001, p. 239).

Desde então, as intercorrências no desenvolvimento do controle e na sua manutenção nos Estados têm sido pontuais e particulares (aparecimento de ditaduras ou regimes totalitários), não havendo sequer indícios de movimentos generalizados tendentes a romper com esse paradigma. Por esse motivo, Raso (1997, p. 2) afirma que, nos dias atuais, “não existe país democrático sem um órgão de controle com a missão de fiscalizar a gestão do dinheiro público”. Afinal, conforme conclui Ferraz (1999, p. 76), “o controle é inerente ao Estado de Direito Democrático”.

Essa evolução histórica demonstra que o incipiente controle do rebanho realizado pelo homem primitivo evoluiu gradativa e consideravelmente ao longo do tempo, sofreu mutações, adaptou-se às contingências de diversas épocas e lugares, institucionalizou-se e tornou-se, hoje, indispensável para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

No entanto, em que pese a relevância do controle para o Estado contemporâneo, Gualazzi (1992, p. 23) ressalta que ele não é um instituto próprio do Direito Administrativo, mas, sim, da Ciência da Administração. Por esse motivo, qualquer análise que se pretenda fazer acerca do controle deve tomar como ponto de partida os estudos de autores da chamada administração clássica, dentre os quais se destaca Henri Fayol.

Embora Fayol tenha sido engenheiro e tenha escrito sua obra clássica – *Administração Industrial e Geral* – voltada mais para organizações privadas do que para as públicas, o seu legado e a forma como ele sistematizou determinados conceitos persistem até os dias de hoje e são aplicáveis, com as devidas adequações, também no âmbito da Administração Pública. O próprio autor, no prefácio de seu livro, até salienta a importância da administração nos grandes e pequenos negócios, sejam eles “industriais, comerciais, políticos ou religiosos” (Fayol, 1989, p. 19).

De início, Fayol (1989, p. 23) demonstra a existência de seis funções que estão presentes, em maior ou menor grau, em todas as organizações, quais sejam, a

técnica, a comercial, a financeira, a de segurança, a de contabilidade e, por fim, a administrativa. Para o autor, as cinco primeiras já eram bem conhecidas, razão pela qual dedicou maior atenção à última. Desse modo, iniciando sua análise sobre a função administrativa, Fayol (1989, p. 25) explica que o objetivo dessa função consiste em “formular o programa geral de ação da empresa, de constituir o seu corpo social, de coordenar os esforços, de harmonizar os atos”. Desse modo, ele afirma que administrar significa prever, organizar, comandar, coordenar e controlar (Fayol, 1989, p. 26).

Especificamente quanto ao controle, Fayol (1989, p. 130) ensina que todas as operações de checagem e fiscalização “são do domínio da vigilância”. Com efeito, para esse autor, “o controle consiste em verificar se tudo corre de acordo com o programa adotado, as ordens dadas e os princípios admitidos” (FAYOL, 1989, p.130).

Convém esclarecer que, segundo Fayol, o controle somente será eficaz se realizado em tempo útil e acompanhado de sanções. Isso porque, para ele, caso a fiscalização seja exercida tardiamente ou se as conclusões do exame empreendido forem negligenciadas de forma voluntária, o controle será inútil (Fayol, 1989, p. 131).

Sob essa visão, o controle estaria intimamente ligado à coerção. Sem a possibilidade de se aplicar sanções àqueles que, porventura, cometerem alguma irregularidade, o controle não seria exercido adequadamente.

Sintetizando os principais aspectos levantados por Fayol acerca do controle como elemento da função administrativa, Ferraz (1999, p. 73/74) apresenta as seguintes conclusões sobre os estudos desenvolvidos pelo autor francês:

- a) a atividade de controle tem como parâmetro os programas, as ordens (normas) e os princípios;
 - b) o controle é o elemento da administração que concilia todos os elementos precedentes – planejamento, organização, comando e coordenação;
 - c) objetiva detectar erros e falhas, evitando outras futuras ocorrências;
 - d) dependendo da complexidade da atividade controlada, é necessário valer-se de controladores e inspetores especializados;
 - e) o controle deve ser realizado em tempo hábil e, detectadas as falhas, os responsáveis devem sofrer as consequências;
 - f) os responsáveis pelo controle devem possuir conhecimentos técnicos e isenção, no momento de realizar sua atividade.
- Dada a amplitude dos estudos de Fayol, as suas considerações acerca do controle podem ser trazidas para a Administração Pública, uma vez que “a multiplicidade de relações que se colocam a cargo do Estado [também] pressupõe a existência de planejamento, organização, direção, coordenação e, sobretudo, controle em variadas formas” (Ferraz, 1999, p. 75).

No Brasil, os Tribunais de Contas, valendo-se de sua competência sancionatória, aderiram às ideias de Fayol e passaram a aplicar multas aos gestores

públicos por diversas razões, dentre as quais se destacam: irregularidades em licitações, contratações diretas fora das hipóteses legais, erros nas fases de processamento das despesas públicas (empenho, liquidação e pagamento), mau uso de bens e recursos públicos, vícios em editais de concursos públicos e falhas no planejamento e na execução orçamentária.

Mesmo a sanção não constituindo elemento necessário do controle, mas apenas uma das medidas passíveis de serem adotadas pelo controlador quando da constatação de vícios em atos, procedimentos ou condutas, os Tribunais de Contas, via de regra, partem do pressuposto de que, havendo irregularidade, a multa será a melhor forma de coibir novos desvios (função preventiva da sanção ou *deterrence*) e de reprimir o responsável pela falha (função retributiva da sanção).

A hipótese implícita utilizada pelos órgãos de controle é no sentido de que quanto mais multas forem aplicadas, quando da verificação de irregularidades, menor será o número de falhas cometidas posteriormente. Ainda que os Tribunais de Contas não sejam direta ou indiretamente beneficiados pelos recursos arrecadados por meio dessas multas, já que eles vão para o jurisdicionado lesado (Tema 642 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal), a propensão à aplicação de multa pelos órgãos de controle tem se mostrado elevada.

No entanto, outros fatores são desconsiderados nessa análise. Questiona-se, por exemplo, se as multas induziriam à atuação do responsável conforme a lei ou, simplesmente, à não atuação do gestor, o qual ficaria com receio ou temor de ser sancionado pelo Tribunal e optaria por não agir em determinadas ocasiões.

Indaga-se, ainda, se não seria mais adequado capacitar os gestores para as suas funções do que meramente sancioná-los em virtude de cada erro. Pergunta-se, também, se as multas induziriam a um aprendizado de longo prazo ou a um medo de tomar atitudes e fazer escolhas.

Imagine-se, exemplificadamente, um gestor que, diante de uma situação emergencial se vê confrontado com a alternativa de contratar empresa por meio de dispensa de licitação para resolver o problema da coletividade. Ao analisar o relatório de 2023 da Corregedoria do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCE/MG, ele se depara com a informação de que, apenas nesse ano, o Tribunal aplicou a outras pessoas multas no valor total de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) pela realização de dispensa de licitação fora das hipóteses legais.

Com receio de ser sancionado, o gestor optará pela regra geral – o procedimento licitatório – o qual, embora legítimo, será a via mais demorada para solucionar problema urgente da coletividade, ao passo que, nesse caso, teria sido perfeitamente possível a utilização da contratação direta, nos termos do art. 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/21. Ao optar pela licitação, a irregularidade examinada não irá ocorrer, no entanto a Administração e, principalmente, a comunidade local terá perdido em tempo e em eficiência na opção adotada pelo gestor.

Sendo assim, emerge a pergunta que dará ensejo aos passos seguintes da monografia: ainda que o aumento das multas possa induzir a redução do número de processos (e, talvez, de irregularidades), seria essa a melhor medida a ser adotada pelo Tribunal para realizar os seus objetivos e, principalmente, para aprimorar a Administração Pública e atender ao interesse da sociedade?

Para responder a esse questionamento serão analisadas as bases do poder social descritas por French e Raven (1959) e as suas possíveis implicações para o agente que exerce o controle e para o paciente que está sujeito à fiscalização.

3 AS BASES DO PODER SOCIAL DE FRENCH E RAVEN (1959)

Antes de adentrar nas bases do poder social, é necessário definir o que se entende por poder. De acordo com Fiske e Berdahl (2007, p. 679-680), diversos conceitos foram elaborados para esse vocábulo ao longo do tempo, sendo possível reuni-los, de uma forma geral, em três grupos: aqueles que definem o poder como influência; os que consideram o poder como *potencial* influência; e, por fim, os que veem o poder como o controle dos resultados.

Adepto do segundo grupo, Max Weber (2004a, p. 33) entende que o poder é “a probabilidade de impor a vontade numa relação, mesmo com resistências”. No entanto, para o autor, “o conceito de ‘poder’ é sociologicamente amorfo. Todas as qualidades imagináveis de uma pessoa e todas as espécies de constelações possíveis podem pôr alguém em condições de impor sua vontade, numa situação dada” (Weber, 2004a, p. 33).

Baseando-se nos estudos de Weber (2004a; 2004b) e de Lewin (1935), John R. P. French, então professor de psicologia da Universidade de Michigan, e Bertram Raven, professor de psicologia da Universidade da Califórnia, decidiram avançar no estudo do tema e pesquisaram os principais tipos existentes de poder social. Basicamente, os autores buscaram saber o que determina o comportamento do agente que exerce o poder e o que determina a reação do receptor desse comportamento (French; Raven, 1959, p. 259).

Seguindo a linha de Weber, os pesquisadores definiram o poder como sendo “influência em potencial” (French; Raven, 1959, p. 261). Em outro trabalho, Raven, Schwarzwald e Koslowsky (1998, p. 307) – os dois últimos autores, da Universidade de Bar-Ilan, em Israel – conceituaram o poder social como “os recursos que uma pessoa tem disponível para que ele ou ela possa influenciar outra pessoa a fazer o que esta não faria de outra forma”.

Em um primeiro momento, French e Raven (1959, p. 260) analisaram a mudança psicológica, tendo concluído que ela seria equivalente à alteração do estado de determinado sistema ao longo do tempo. Para eles, essa mudança deveria estar coordenada com a força resultante de todos os poderes exercidos por diversos agentes em determinado contexto; ou seja, o vetor da mudança seria equivalente,

então, ao resultado das forças de influência exercidas sobre uma pessoa (French; Raven, 1959, p. 260).

Dada a multiplicidade de forças que incidem sobre uma mesma pessoa, os autores verificaram que influência não é sinônimo de controle, pois ainda que o agente exerça sua influência sobre outrem, esta somente transmutar-se-á em controle efetivo se for mais forte que todas as outras forças de influência existentes no sistema, incluindo a própria resistência do sujeito passivo (French; Raven, 1959, p. 260).

French e Raven, então, constataram que o exercício do poder de uma pessoa sobre outra e, principalmente, o alcance da obediência alicerçavam-se em duas dimensões: a dependência social e a vigilância (Raven, 1993, p. 5). Para eles, havia casos em que a influência exercida pelo agente gerava mudanças apenas superficiais, enquanto, em outras ocasiões, essas mudanças eram profundas (French; Raven, 1959, p. 261).

Embora as dimensões de dependência e vigilância sejam bastante semelhantes, os pesquisadores explicam que a primeira é baseada na importância da figura do controlador para o sujeito passivo, ao passo que a segunda diz respeito à necessidade (ou desnecessidade) da presença do agente para que se obtenha respeito à ordem por ele emanada.

Ou seja, se uma pessoa somente obedece a outra porque se não o fizer e for descoberta estará sujeita a sanção, diz-se que o poder é socialmente dependente e a vigilância é necessária. Por outro lado, se alguém segue as ordens de outrem porque considera que aquela pessoa é perita no assunto, independentemente da presença física dessa pessoa, diz-se que o poder é socialmente dependente (já que o comportamento do paciente está atrelado à confiança na experiência do agente), mas que a vigilância não é necessária (uma vez que o sujeito passivo adotará as mesmas medidas mesmo sem a fiscalização contínua do perito por ele admirado).

Após verificarem as duas dimensões da dependência e da vigilância, French e Raven (1959) procuraram saber quais fatores determinavam que uma pessoa mudasse seu comportamento em razão da influência de outra. Esses fatores foram denominados, pelos autores, de “bases de poder”. Para Dahl (1957, p. 203), as bases de poder seriam “todos os recursos – oportunidades, atos, objetos, etc. – que um agente pode explorar com vistas a afetar o comportamento de um paciente”.

Inicialmente, os autores entenderam haver cinco bases de poder, quais sejam, o poder coercitivo (*coercive power*), o poder de recompensa (*reward power*), o poder

legítimo (*legitimate power*), o poder de referência (*referent power*) e o poder de perito (*expert power*) (French; Raven, 1959, p. 263). Posteriormente, Raven (1993) considerou que o poder de informação (*informational power*) também não poderia ser negligenciado e expandiu de cinco para seis as bases de poder.

De plano, deixou-se claro que a relação entre agente e paciente normalmente estaria caracterizada por não apenas uma, mas várias bases de poder (French; Raven, 1959, p. 262). Assim, uma pessoa poderia obedecer a outra tanto porque a considera perita no assunto tratado, como porque teme ser sancionada caso assim não proceda.

Raven (1993, p. 7) ressaltou, por fim, que, embora as bases de poder tenham sido construídas mediante a observação de relações entre supervisores e subordinados, a tipologia criada tem sido aplicada a diversas outras áreas de interação social, sem perder a eficácia, razão pela qual não se vê empecilhos para estendê-la ao exame das relações entre o Tribunal de Contas e seus jurisdicionados.

Portanto, passa-se à análise específica das seis bases de poder construídas por French e Raven a fim de verificar, em um primeiro momento, quais os efeitos decorrentes da utilização de multas (poder coercitivo) pelo Tribunal de Contas. Além disso, por meio do exame das demais bases de poder, será possível investigar medidas alternativas possivelmente mais eficazes para o aprimoramento da Administração Pública pelos órgãos de controle.

3.1 Poder Coercitivo

O poder coercitivo talvez seja a forma mais rudimentar de se tentar influenciar alguém (Turner; Schabram, 2012, p. 9). Em seus estudos iniciais, French e Raven (1959, p. 263) atestaram que o poder coercitivo deriva da expectativa do sujeito passivo de que ele será punido se não seguir o que lhe foi demandado pelo agente. Trata-se de obediência alcançada por meio do medo e do temor da sanção. Às vezes, mesmo sem compreender a finalidade da ordem que lhe foi dada, o paciente se vê compelido a segui-la sob pena de ser sancionado pelo não cumprimento.

Não há grandes reflexões, pelo paciente, sobre o porquê de se cumprir o que foi demandado, mas apenas um juízo de ponderação e probabilidade envolvendo a dimensão da sanção e a expectativa de o agente aplicá-la no caso de não conformidade. De acordo com os autores, a força do poder coercitivo reside na

magnitude da pena e na probabilidade percebida pelo paciente de que ele consegue evitar a sanção desde que siga as ordens que lhe foram passadas. Assim, se o paciente acreditar que os benefícios decorrentes do não cumprimento da ordem que lhe foi dada compensam a possível sanção, ele não irá seguir o que lhe foi demandado (Riasi; Asadzadeh, 2016, p. 149).

Segundo Raven (2008, p. 2), no poder coercitivo o agente consegue influenciar o comportamento do paciente ameaçando-o com consequências negativas e indesejáveis, tais como demissão, rebaixamento ou designação para trabalhos ruins, caso o sujeito passivo não lhe obedeça. Não é possível estabelecer um rol fechado de penalidades passíveis de serem implementadas por meio do uso do poder coercitivo, uma vez que elas variarão de acordo com o tipo de relação que é estabelecida entre agente e paciente. Todavia, verifica-se que o espectro de sanções vai desde punições físicas até atos simples de desaprovação (um amigo que ameaça não conversar com o outro se ele agir de determinada forma).

O poder coercitivo é bastante amplo e pode ser verificado desde as relações sociais estabelecidas entre pais e filhos (quando o pai ameaça o filho de colocá-lo de castigo caso não siga o que lhe foi ordenado), até aquelas relações mantidas entre o Estado e os cidadãos. A propósito, Max Weber (2004b) afirma que é característica do Estado o monopólio do poder coativo legítimo. Segundo o sociólogo, “só podemos definir o Estado moderno, sociologicamente, em termos dos meios específicos peculiares a ele, como peculiares a toda associação política, ou seja, o uso da força física” (Weber, 2004b, p. 55).

French e Raven (1959, p. 263) pontuam que o poder coercitivo é dependente e que o grau de dependência varia de acordo com o nível de vigilância sobre o paciente. Ou seja, o sujeito passivo somente se conforma às ordens porque quem as emanou possui o poder de sancioná-lo pelo não cumprimento. Diz-se, portanto, que a conformidade perante às regras apenas é obtida por meio da ameaça constante e do temor à sanção. O sujeito passivo, muitas vezes, não raciocina sobre o conteúdo da ordem, mas, mesmo assim, cumpre o que lhe foi mandado pelo medo das consequências que o agente pode lhe impor.

A intimidação é fator necessário para a implementação do poder coercitivo. Assim, para que essa base de poder seja efetiva, é importante que o agente demonstre ao sujeito passivo que ele não apenas possui os meios para sancioná-lo,

como também está disposto a fazê-lo e a arcar com os custos dessa medida (Raven, 2008, p. 6).

French e Raven (1959, p. 264) ressaltam que, diante do temor da punição, o paciente exerce força em sentido contrário a fim de sair do campo de visão e de poder do agente. Assim, o sujeito passivo somente se adequará à indução coercitiva do agente na medida em que ele sentir que o agente está consciente do seu grau de influência (French; Raven, 1958, p. 84). Por esse motivo, advertem os autores que o agente não deve apenas prever punição severa, mas também introduzir forças de contenção de modo a prevenir que o paciente fuja do campo de poder (French; Raven, 1959, p. 264).

A vigilância, então, é extremamente necessária para a efetividade do poder coercitivo. De nada adianta existirem, no plano teórico, pesadas sanções, se o agente não consegue fiscalizar as ações do paciente de modo a verificar se as ordens têm sido seguidas ou não. Nesse cenário de ausência de vigilância, ainda que o agente possua leque amplo de medidas coercitivas, a conformidade não será obtida, uma vez que os sujeitos passivos tenderão a se esquivar com maior facilidade da fiscalização e o agente não conseguirá aferir o cumprimento de suas ordens.

Com efeito, os autores advertem que, caso a coerção seja a única base de poder à disposição do agente, os pacientes apenas irão cooperar se eles acreditarem que o agente conseguirá verificar que suas ordens estão sendo seguidas (Raven, 2008, p. 2). Exemplo disso são as multas pela ausência do uso de cinto de segurança no banco de trás de veículos automotores. Tendo em vista o relativo baixo número de fiscalizações policiais na cidade (*blitz*), as pessoas não se importam muito com a ameaça da multa por essa infração de trânsito, já que a vigilância pelo agente não é frequente.

A prerrogativa de aplicar sanções pode levar, por vezes, ao abuso do poder pelo agente. Isso porque, como ele está em posição relativamente superior em face do sujeito passivo, ele pode querer receber obediência a todo custo, ainda que isso demande o agravamento das penalidades.

Como visto, os Tribunais de Contas apoiam-se em grande medida no poder coercitivo para fazer valer a sua vontade, que nada mais é do que a vontade do Direito. No entanto, ao utilizar-se dessa base de poder, as consequências para a Administração Pública, para os gestores e para a sociedade podem não ser as

esperadas. Isso, contudo, será analisado com maior grau de detalhamento após o exame das demais bases de poder.

3.2 Poder de Recompensa

A segunda base de poder estudada por French e Raven foi o poder de recompensa, o qual, em sua gênese, guarda bastante semelhança com o poder coercitivo. Ainda no início da pesquisa sobre as fontes do poder social, os autores verificaram que tanto a imposição de sanções quanto a oferta de recompensas com o intuito de influenciar a ação de outrem seriam, na realidade, duas faces da mesma moeda (Raven, 1993, p. 6)

De acordo com eles, o poder de recompensa é aquele cuja base reside na habilidade do agente de gratificar o paciente caso este realize as tarefas que lhe foram demandadas (French; Raven, 1959, p. 263). Nota-se que, ao passo que no poder coercitivo o agente tenta induzir mudança de comportamento por meio da penalização do sujeito passivo, no poder de recompensa essa modificação no agir do paciente tem como fundamento a promessa de conferir-lhe gratificações em troca de sua obediência.

Em um ambiente de trabalho, por exemplo, o funcionário pode respeitar as ordens do seu chefe por diversas razões, dentre as quais se destaca, de um lado, o temor à sanção (poder coercitivo) e, de outro, o anseio pelo aumento de salário, por uma promoção ou pelo reconhecimento dos seus supervisores (poder de recompensa).

Importante advertir que a administração de punições ou recompensas, conquanto levem à mudança de atitude do paciente, tendem a gerar apenas movimento e não motivação. A esse respeito, Herzberg (1997, p. 75) concluiu que o castigo e a oferta de recompensas extrínsecas geram movimento de curto prazo, mas não motivam a pessoa em definitivo. Um aumento de salário, segundo o pesquisador, embora induza à mudança de comportamento no primeiro instante, gera no paciente a disposição para perseguir e pleitear novo aumento e daí por diante (Herzberg, 1997, p. 58).

Talvez por esse motivo, French e Raven (1959, p. 263) tenham concluído que, assim como o poder coercitivo, o poder de recompensa também é dependente. Caso a pessoa que tenha a capacidade de conceder os incentivos positivos perca essa

aptidão ou seja retirada da relação, a tendência será de que os pacientes deixem de seguir as ordens que lhes haviam sido passadas.

Os autores mencionam, ainda, que a força do poder de recompensa está atrelada não apenas à presença do agente na relação, mas também à magnitude do incentivo que poderá ser concedido ao sujeito passivo e à probabilidade de se atingir a conformidade às ordens (French; Raven, 1959, p. 263). Uma boa recompensa induz um comportamento adequado, desde que pareça provável para o paciente que ela, de fato, ser-lhe-á concedida e que ele possui os meios necessários para realizar as tarefas recebidas.

Além da dependência, o poder de recompensa demanda vigilância pelo agente. No entanto, ao contrário do poder coercitivo, em que o sujeito passivo tende a fugir do campo de visão e poder do agente com medo de ser sancionado, no poder de recompensa ele tende a se aproximar cada vez mais do seu controlador. Isso porque, segundo aponta Raven (2008, p. 2), é vantajoso para o paciente levar ao conhecimento do agente que ele está realizando as tarefas conforme determinado, uma vez que, com isso, a probabilidade de ser recompensado aumenta significativamente.

Interessante notar que a oferta de recompensas – e não apenas a promessa de incentivos positivos – induz não apenas à conformidade (ainda que momentânea, conforme a visão de Herzberg) –, mas também ao aumento do poder de referência, o qual será estudado na seção seguinte (French; Raven, 1989, p. 263). Caso o paciente continue a seguir as ordens do agente não apenas pela esperança de ser recompensado, mas pela admiração que passou a sentir por ele, o poder de recompensa transmuta-se em poder de referência e passa a ser independente, isto é, o sujeito passivo passa a cumprir as tarefas em consideração ao agente, mesmo que este não esteja na relação ou que não o vigie mais (French; Raven, 1989, p. 263).

Embora o poder de recompensa aparente ser mais racional do que o poder coercitivo, é sempre relevante ter em mente os estudos de Herzberg (1997) quanto à diferença entre movimento e motivação. Isso porque, a recompensa gera a obediência, no entanto essa submissão estará adstrita a futuros e frequentes incentivos positivos (a não ser que o poder de recompensa se transmute totalmente em poder de referência).

Além disso, não se pode perder de vista que, às vezes, o agente não possuirá os meios necessários para oferecer as recompensas esperadas pelo sujeito passivo.

Caso isso ocorra, o poder de recompensa perderá parcial ou totalmente a sua força e tenderá a se tornar base mais fraca do que em um primeiro momento. De igual modo, promessas fundadas em recompensas sabidamente irreais não serão críveis e levarão, da mesma forma, ao decréscimo da força dessa base de poder (French; Raven, 1989, p. 263).

3.3 Poder de Referência

O poder de referência tem como fonte a identificação do paciente com o agente. De acordo com os pesquisadores, trata-se de um poder baseado em sentimento de pertencimento, admiração ou mesmo atração do sujeito passivo em relação àquele que, sobre ele, exerce influência (French; Raven, 1959, p. 266). A pessoa coopera com o seu supervisor, nesse caso, em razão da sua identificação com ele (Raven, 1993, p. 7).

Diversos exemplos podem ser dados para demonstrar o poder de referência, dentre os quais se destacam a força que um ídolo exerce sobre os seus fãs, a admiração de uma pessoa pelo seu supervisor, ou o desejo de alguém de cumprir ordens apenas para fazer parte de determinado grupo.

De acordo com French e Raven (1959, p. 266), se as ações do paciente são modeladas por ele próprio com o fim de se associar a determinada organização ou a manter o relacionamento já existente, pode-se dizer que o agente, mesmo sem querer, exerce poder de referência sobre o sujeito passivo (ainda que este também não tenha consciência de que está sendo influenciado por outrem).

Na Administração Pública, de um modo geral, existem grupos constituídos para a discussão de assuntos relevantes pontuais, como uma comissão instituída para a definição de diretrizes de sustentabilidade, ou um comitê para estudar os efeitos da queda de arrecadação nas finanças públicas. Se determinada pessoa deseja integrar algum desses grupos, ela passará a tomar atitudes que não seriam adotadas se as comissões não existissem. Nesses casos, dizemos que o grupo exerce forte influência referencial sobre a pessoa.

Ao estudarem essa base de poder, os autores ressaltaram que ela poderia ser confundida com outros tipos de poder, tal como o poder coercitivo. De acordo com os autores (French; Raven, 1959, p. 266), se alguém se adequa às normas de um grupo porque tem medo de ser ridicularizado, a influência exercida, no caso, é de ordem

coercitiva, e não referencial. Por outro lado, se essa pessoa cumpre as regras do grupo com o objetivo de ser gratificada, verifica-se a presença do poder de recompensa. No entanto, se a pessoa segue as ordens do grupo, independentemente de sanção ou recompensa, mas apenas porque se identifica com os membros da associação ou com os seus propósitos, pode-se dizer que incide sobre ela o poder de referência (French; Raven, 1959, p. 266).

Para French e Raven (1959, p. 267), quanto maior for a identificação do paciente com o agente, maior será o poder de referência. De toda forma, os autores advertem que, seguindo as lições de Kurt Lewin (1935, p.131), o campo de poder da influência referencial é limitado à base específica. Uma pessoa que é extremamente admirada por possuir habilidade ou qualidade específica, poderá não possuir poder de referência em relação a outras habilidades.

No que diz respeito às dimensões de dependência e vigilância, os autores constataram que, diferentemente dos poderes coercitivo e de recompensa, o poder de referência é inicialmente dependente e não demanda vigilância constante. Para que a influência seja exercida, é necessário, em um primeiro momento, que o paciente se identifique com a pessoa do agente. Ou seja, o início da mudança psicológica, nessa base de poder, é sempre dependente. Uma vez que a identificação e a relação já se estabilizaram, o agente poderá – em alguns casos – deixar de existir que, mesmo assim, o paciente se comportará da mesma forma. Por esse motivo, diz-se que essa base de poder tem a propensão de se tornar independente ao longo do tempo (French; Raven, 1959, p. 267).

Além disso, como a pessoa adequa suas atitudes em virtude da sua identificação com o agente, não haveria necessidade de que este exercesse fiscalização constante, uma vez que a mudança é interiorizada pelo sujeito passivo, sendo que ele, em alguns casos, nem tem consciência de que está sendo influenciado (French; Raven, 1959, p. 267).

Raven (1993, p. 9) salientou, contudo, que o poder de referência possui dois extremos: existe tanto a influência positiva, aquela segundo a qual o paciente se conforma às normas de um grupo em virtude da sua identificação com ele, como há, também, a influência negativa, ou seja, a aversão que determinada pessoa sente em relação a outrem ou a algum grupo. Nesse caso, a mera existência do agente ou a possibilidade de ele se relacionar com o paciente geram força não no sentido de atrair o sujeito passivo, mas, sim, de afastá-lo do seu entorno.

O poder de referência é, em alguns casos, pouco racional. Alguém se identifica com outrem por razões que nem sempre são compartilhadas por outras pessoas ou que sequer são fáceis de serem explicadas. Trata-se de sentimento pessoal do paciente em relação ao agente e que dá ensejo a essa base de poder.

3.4 Poder Legítimo

De acordo com French e Raven (1959, p. 264), o poder legítimo talvez seja o mais complexo dentre as seis bases que foram desenvolvidas. De fato, conforme se verá a seguir, este tipo de poder foi o que suscitou maior aprofundamento por Raven em pesquisas realizadas após o primeiro artigo.

Os autores apontam que o poder legítimo deriva dos valores internalizados pelo paciente que criam nele o senso de que alguém ou alguma entidade possui o direito legítimo de prescrever-lhe comportamentos que devem ser seguidos (French; Raven, 1959, p. 265). A noção de legitimidade trabalhada por French e Raven é muito semelhante à que foi explorada por Weber (2004a, p. 141), principalmente no que diz respeito aos tipos de dominação legítima concebidos por esse autor: racional, carismática e tradicional.

No que diz respeito ao campo de incidência do poder legítimo, French e Raven (1959, p. 265) demonstram que, via de regra, ele está limitado a um rol específico de atribuições ou comportamentos. Um trabalhador apenas irá ver as ordens de seu chefe como legítimas caso elas digam respeito à relação de emprego.

Já em relação às dimensões de dependência e vigilância, French e Raven (1959, p. 265) afirmam que o novo estado gerado pela utilização do poder legítimo usualmente é alta dependência do agente. Ou seja, o sujeito passivo apenas cumprirá as novas ordens porque reconhece no agente autoridade legítima para demandar-lhe tarefas. Uma vez retirado o agente da relação, a tendência é de que o paciente retorne ao estado inicial. De toda forma, a vigilância quase nunca é necessária, já que o poder legítimo decorre dos valores internalizados pelo sujeito passivo, que dão suporte para a aceitação de determinadas ordens (French; Raven, 1959, p. 265).

Cumprir esclarecer, por fim, que o poder legítimo pode induzir o sujeito passivo a aceitar outras formas de poder exercidas pelo agente, tal como a utilização de sanções pelo descumprimento de ordem (poder coercitivo). Nesse caso, o paciente crê que o recurso a essas punições pelo agente é direito legítimo que ele possui e

que, portanto, o paciente deve aceitá-las. No entanto, se a medida coercitiva for vista como ilegítima (a aplicação de punição física, quando esta não é permitida, por exemplo), a força do poder legítimo exercido pelo agente reduzirá, assim como o poder de referência porventura existente (French; Raven, 1959, p. 266).

O poder legítimo, sem dúvida, é a principal base utilizada pela Administração Pública para fazer valer a sua vontade diante dos administrados. Com efeito, os cidadãos reconhecem no Estado a legitimidade para impor limitações em seus direitos e para demandar-lhes o pagamento de tributos. Em razão disso, a utilização de outras bases de poder, tais como a coercitiva, a de perito e a informacional, são vistas como legítimas pelos administrados e, por esse motivo, as ordens, as punições e as informações advindas do Estado são acatadas pelos cidadãos.

3.5 Poder de Perito

Muito semelhante ao poder de referência, o poder de perito constitui a última das cinco bases originais propostas por French e Raven no ensaio de 1959. De acordo com os autores, quando uma pessoa obedece às ordens da outra porque reconhece que esta conhece a fundo o que está falando, é possível dizer que o poder de perito está presente.

Trata-se, portanto, de base de poder fundada no grau de conhecimento e de experiência que o agente transmite ao sujeito passivo. O diagnóstico de um médico ou o parecer de um advogado, por exemplo, normalmente possuem credibilidade perante as pessoas porque esses agentes demonstram ter estudado a fundo as questões particulares e conhecer do assunto específico mais do que o cidadão médio (French; Raven, 1959, p. 267).

Para os autores, a força dessa base de poder varia de acordo com o tipo de conhecimento envolvido, bem como com a percepção que o paciente tem do agente. Para chegar à conclusão de que deve seguir as ordens do agente porque ele é perito no que está dizendo, o sujeito passivo normalmente compara o conhecimento do influenciador com o próprio conhecimento ou com um padrão absoluto. Se ele verificar que o nível do agente é superior a esses dois parâmetros, a tendência será de que suas ordens sejam seguidas (French; Raven, 1959, p. 267).

É importante ressaltar que, ao passo que o poder de referência deriva da identificação do paciente com o agente, o poder de perito, por sua vez, é fundado na

aceitação pelo paciente de que o agente detém conhecimento sobre qual atitude deve ser tomada em determinada circunstância (Raven, 2008, p. 3). Além disso, o campo de influência do poder de perito é mais restrito do que o do poder de referência, visto que está adstrito apenas ao conhecimento específico do agente em determinada área (French; Raven, 1959, p. 268).

Por outro lado, assim como o poder de referência, o poder de perito é inicialmente dependente da figura do agente. Ou seja, o paciente segue as ordens em respeito ao conhecimento do agente. No entanto, com o passar do tempo, a tendência é de que o sujeito passivo reconheça a importância e os motivos da ordem que lhe fora dada e passe a realizá-la mesmo quando o agente não estiver mais inserido na relação. Uma estudante, por exemplo, confia nos escritos de um autor famoso porque presume que ele seja perito naquele assunto. De todo modo, a vigilância, em qualquer momento, não se mostra necessária, uma vez que o poder não é baseado em expectativas de sanções ou recompensas futuras.

Para que o poder de perito se consume, é necessário que o paciente acredite que o agente tem o domínio do assunto e que ele confie na sua palavra. Se o binômio credibilidade e confiança não restar satisfeito, a influência não será exercida (French; Raven, 1959, p. 267). Uma pessoa pode demonstrar extremo domínio em questão específica, no entanto, se os outros não confiarem no que ela disser, não estará consumada a influência.

Na Administração Pública, alguns órgãos demonstram ter amplo poder de perito. Uma agência reguladora, por exemplo, é composta por servidores técnicos que têm domínio de um campo de conhecimento específico. Assim, as diretrizes emanadas dessa agência tendem a ser obedecidas não apenas em virtude do poder legítimo e do possível poder coercitivo, mas também em razão do poder de perito que a agência detém.

3.6 Poder Informacional

Nos estudos originais de French e Raven (1959), apenas cinco bases de poderes foram concebidas: o poder coercitivo, o poder de recompensa, o poder de referência, o poder legítimo e o poder de perito. Coube a Raven (1993) destrinchar cada uma dessas bases, explorando aspectos que não haviam sido trabalhados anteriormente, e propor a criação de uma sexta fonte de poder fundada na informação.

Na realidade, desde os estudos originais, a força da informação já havia sido notada por French e Raven. Nas primeiras pesquisas, os autores depararam-se com dois cenários: um em que os trabalhadores obedeciam a ordens em virtude do medo de punições (o que eles, posteriormente, chamaram de poder coercitivo), e outro em que os empregados eram convencidos com argumentos lógicos e claros a fazer o que lhes era ordenado. Nesse caso, embora Raven achasse que a informação transmitida deveria ser considerada fonte de poder, French acreditava que ela seria apenas forma de influenciar o paciente, não podendo ser considerada base de poder autônoma (Raven, 1993, p. 5).

Segundo explicou Raven (2008, p. 12), French acreditava que o termo poder deveria ser empregado apenas para situações em que uma pessoa era levada a fazer algo que ela não faria usualmente. Como a informação é utilizada para convencer alguém a mudar sua visão sobre os fatos de forma permanente, French achava que ela não poderia ser considerada um poder.

Diante do impasse entre os pesquisadores, o artigo original por eles publicado contemplou apenas cinco bases de poder, deixando de fora o chamado poder informacional. Não obstante, French e Raven (1959, p. 267) fizeram questão de tecer breves considerações sobre a força da informação na mudança de opinião de uma pessoa. Para os autores, o poder de perito exercido por alguém que não necessariamente compõe o mesmo grupo do paciente deveria ser chamado de influência informacional.

Revelando mais o ponto de vista de French do que de Raven, o trabalho original dos autores mencionou que a influência gerada por meio da absorção da informação pelo sujeito passivo seria efeito secundário produzido por meio de outro poder. Para os pesquisadores, a base do poder residiria na aceitação inicial da informação e não no convencimento em si. Desse modo, para eles, as pessoas aceitariam informações e mudariam suas posições em virtude de diversos fatores, tais como a admiração que sentem por outrem (poder de referência), a aceitação da superioridade hierárquica do supervisor (poder legítimo) ou mesmo o reconhecimento da experiência do agente no assunto (poder de perito) (French; Raven, 1959, p. 267).

Raven, contudo, permaneceu acreditando que a informação deveria ser considerada fonte de poder autônoma. Sendo assim, em novos estudos, propôs a sua inserção nas bases originais de poder. Para esse autor, o poder informacional seria aquele por meio do qual o agente cuidadosamente explica ao paciente como, por que

e com qual finalidade a ordem tem que ser cumprida, convencendo-o, por meio de argumentos persuasivos lógicos, de que aquela seria a forma mais efetiva e correta de agir. O sujeito passivo, então, entenderia e acataria as razões apresentadas, mudando o seu comportamento daí em diante (Raven, 2008, p. 2).

Segundo Raven (1993, p. 5), essa seria a única fonte de poder socialmente independente (desde o princípio) e na qual a vigilância não é necessária. Isso porque o paciente aceita e internaliza as informações recebidas. Embora a mudança nas visões do sujeito passivo se inicie pelas informações apresentadas pelo agente, essa mudança psicológica persistirá mesmo sem a presença física ou a referência implícita ou explícita ao agente. Trata-se de verdadeira mudança de concepção cognitiva gerada no paciente, o qual passa a entender as razões de determinados fatos ou normas (Raven, 2008, p. 2).

O poder informacional, de acordo com o autor, estaria baseado no argumento lógico que o agente poderia apresentar para o sujeito passivo com vistas a implementar a mudança desejada. No entanto, Raven (1993, p. 9) ressalta que a informação não precisa ser apresentada de forma direta para que o poder informacional se mostre presente. Na realidade, persuasões indiretas, segundo o autor, podem até ser mais efetivas do que aquelas realizadas de forma aberta e direta (Raven, 1993, p. 9).

Outro ponto ressaltado pelo autor consiste na distinção entre o poder informacional e o poder de perito. Segundo Raven (1998), a diferença estaria na exposição das razões para o convencimento. Ao passo que no poder de perito o agente baseia-se na sua experiência reconhecida para tentar convencer o paciente (deixando implícitas as razões para a mudança), no poder informacional o agente apresenta explicitamente os motivos pelos quais a mudança deveria ocorrer (Raven, 1998, p. 323).

Por fim, quando da análise dos recursos a serem empregados para a utilização de determinada base de poder, Raven (1993) afirmou que, embora a influência informacional seja altamente desejável, o tempo e o esforço necessários para a sua materialização podem ser fatores impeditivos. De todo modo, o poder informacional tende a produzir mudanças cognitivas de longa duração, contrapondo-se, portanto, ao poder coercitivo, o qual produz efeitos de curto prazo e somente perdura mediante a vigilância constante.

3.7 Reflexões sobre as bases de poder dos Tribunais de Contas

Como visto, os Tribunais de Contas utilizam, bastante, a sua competência sancionatória para tentar induzir mudança de comportamento em seus jurisdicionados. Por meio da aplicação de multas, os órgãos de controle pretendem gerar modificação de mentalidade do gestor infrator de modo a conscientizá-lo do seu comportamento inadequado e de prevenir novas condutas irregulares.

Valendo-se das multas para tentar influenciar os administradores públicos a agir de determinada forma, os Tribunais de Contas estão, na realidade, utilizando o seu poder coercitivo para buscar a obediência dos gestores às normas legais. No entanto, segundo os estudos de French e Raven (1959), ancorar-se quase exclusivamente no poder coercitivo, para esses fins, pode trazer uma série de efeitos colaterais que tornariam a função de controle menos eficiente e efetiva. Isso porque o poder coercitivo – ou o recurso às multas – demanda vigilância constante pelo Tribunal, o que eleva consideravelmente os custos da fiscalização (Raven, 2008, p. 6).

Para exercer a vigilância constante e garantir a observância das regras jurídicas, o Tribunal precisa, ao menos, realizar inspeções e auditorias *in loco* frequentemente (o que gera custos com mobilização de servidores, diárias, análise de grande volume de documentos físicos, tempo de deliberação etc.), ou investir em fiscalização eletrônica à distância e integrada (o que, embora traga benefícios de um lado, também demanda, de outro, custos iniciais e de manutenção consideráveis, sem considerar o volume de dados que são gerados e não aproveitados).

Além disso, como a obediência, nesse caso, é obtida por meio do medo ou do temor da sanção, não há perspectivas para a mudança de cognição do jurisdicionado. Caso a vigilância seja falha, a tendência será de que as irregularidades voltem a ser cometidas, já que o gestor não terá consciência das razões para não agir daquela forma.

É importante salientar que, em decorrência da vigilância e da ausência de mudança de cognição, os jurisdicionados mal-intencionados tenderão a fugir do campo de visão do controlador para praticar seus atos escusos, recorrendo a mecanismos irregulares de difícil detecção (French; Raven, 1959, p. 264).

Nesse sentido, Schmeiske (2014, p. 7304) afirma que “o infrator acredita que não será pego, por isso não teme qualquer imposição legal”. Na mesma linha, Zehr (2008, p. 55) salienta que “o temor da punição não intimida aqueles que mais precisariam ser coibidos: os fracassados, os que têm muito pouco a perder, os que não se preocupam com os efeitos da prisão e da punição”.

Já em relação àqueles gestores que, mesmo não sendo mal-intencionados ou imbuídos de dolo ou má-fé, estão sujeitos à sanção quando cometerem algum erro, a tendência é de que eles simplesmente deixem de agir ou não se arrisquem, mesmo quando a exceção for desejável e permitida. Em certos casos, a legislação permite que a Administração Pública seja flexível para atender às demandas da sociedade (uma dispensa de licitação por emergência, por exemplo). No entanto, com medo de ser sancionado, o jurisdicionado permanecerá preso aos ritos formais e não se valerá das exceções legítimas para atuar em benefício da sociedade.

Ainda assim, mesmo que a vigilância ocorra e que o órgão de controle esteja disposto a suportar os custos incorridos, as multas não geram mudança de consciência de longa duração nos gestores. É nítida, portanto, a sobreposição do incentivo particular negativo (medo da multa) em relação ao interesse público primário em adotar medidas heterodoxas legítimas. Nesse caso, quem fica prejudicada é a sociedade.

A competência sancionatória, então, embora aparente ser efetiva no curto prazo e apta a reduzir o número de irregularidades cometidas, não se preocupa com a mudança de comportamento dos gestores e com o aprimoramento da Administração Pública no longo prazo.

Conforme será demonstrado mais adiante, em alguns casos (como nos que envolvam fraude comprovada), é necessário que o Tribunal de Contas recorra à competência sancionatória para garantir o respeito ao ordenamento jurídico. No entanto, tais casos constituem exceções na rotina do controle, de modo que devem ser exploradas outras bases de poder para que a missão do Tribunal de Contas seja exercida de forma mais efetiva.

Ao analisar as cinco bases de poder remanescentes descritas por French e Raven, verifica-se que o Tribunal de Contas dispõe de um leque de alternativas que podem ser utilizadas previamente, concomitantemente ou até mesmo no lugar da competência sancionatória, como a premiação de boas práticas instituídas por Municípios (poder de recompensa) e a difusão, perante a sociedade e os

jurisdicionados, das competências constitucionais e legais do Tribunal de Contas (poder legítimo).

Ainda assim, na linha dos estudos de Raven (2008; 1993), a base de poder que possui a propensão de trazer maiores benefícios de longo prazo para a Administração Pública seria a informacional, e não as cinco clássicas propostas em 1959 pelos dois pesquisadores. Isso porque, de um modo geral, ela é a única considerada independente desde o princípio e na qual a vigilância permanente não se mostra necessária (Raven, 2008, p. 2).

Transportando tal base de poder para a rotina dos Tribunais de Contas, percebe-se que ela pode (e deve) ser utilizada por esse órgão de controle para induzir mudanças de comportamento nos seus jurisdicionados. Ou seja, em vez de usar a competência sancionatória para tentar modificar “à força” as ações dos gestores públicos, o Tribunal deveria valer-se do poder informacional para orientar os jurisdicionados quanto à melhor forma de agir.

Se, no poder coercitivo, o agente público muda seu comportamento, temporariamente, por medo da sanção ou, então, tenta se esconder do campo de visão do Tribunal, no poder informacional ele entende a razão de ser da norma, os seus benefícios e o momento adequado para utilizá-la. Com efeito, de acordo com Raven (2008, p. 2), a informação absorvida e aceita pelo destinatário acarreta mudanças cognitivas e de comportamento.

A competência sancionatória provoca temor, paralisia e fuga (embora consiga obediência no curto prazo), ao passo que a orientação dos gestores gera esclarecimento e conhecimento das regras e princípios a que o administrador público está submetido. Tais efeitos não se restringem ao curto prazo, pelo contrário, prolongam-se no tempo, uma vez que, com a utilização efetiva do poder informacional, o sujeito passivo passará a entender os motivos por trás da norma (Raven, 2008, p. 2).

Como o controle não é fim em si mesmo, mas, sim, meio para conseguir o aprimoramento contínuo da Administração Pública, deve o Tribunal de Contas investigar se a redução de irregularidades estaria associada à compreensão dos gestores quanto à razão de ser norma ou se essa diminuição estaria baseada no medo de agir. Na primeira hipótese, poder-se-ia dizer que o controle cumpriu a sua finalidade. Já na segunda, a constatação seria de que a relação controlador-

controlado estaria alicerçada no temor, e não na cognição, o que demandaria a manutenção da vigilância constante.

Na prática, a utilização frequente de instrumentos coercitivos parece acarretar distanciamento entre o Tribunal de Contas e os seus jurisdicionados. O conhecimento acerca das normas jurídicas estaria concentrado no órgão de controle, ao passo que os gestores, muitas vezes desconhecendo essas regras e princípios e até mesmo a linguagem utilizada nos votos e determinações emanados pelo Tribunal, permaneceriam alienados e insistiriam nas falhas cometidas. A sanção, nesse caso, apenas incutiria mais medo e revolta, já que o responsável, em alguns casos, sequer teria ciência dos motivos pelos quais fora penalizado.

Essa lacuna cognitiva fica ainda mais nítida quando se compara a escolaridade dos servidores, por exemplo, do TCE/MG com a dos prefeitos e servidores municipais de Minas Gerais (jurisdicionados do Tribunal). A esse respeito, confira-se abaixo a tabela em valores percentuais quanto aos mencionados dados:

Tabela 1 – Escolaridade dos servidores municipais, prefeitos e servidores do TCE/MG

	Servidores do TCE/MG	Prefeitos Municipais	Servidores Municipais
Ensino Fundamental incompleto	0%	5%	8%
Ensino Fundamental completo	0%	6%	9%
Ensino Médio completo	3%	26%	39%
Ensino Superior completo	97%	56%	44%

Fonte: IPEA, TSE e dados fornecidos pela Diretoria de Gestão de Pessoas do TCE/MG em setembro de 2022.

Nos Municípios de Minas Gerais, apenas 44% dos servidores e 56% dos prefeitos têm ensino superior completo. Já no TCE/MG, 97% dos servidores efetivos ou ocupantes de cargos em comissão possuem no mínimo graduação, sendo que 69% do total de servidores têm pós-graduação *lato sensu*. Além disso, 9% dos servidores municipais e 6% dos prefeitos não possuem sequer ensino Médio completo, enquanto no TCE/MG nenhum servidor se enquadra nessa categoria.

Diante de tamanha discrepância entre o grau de escolaridade do controlador e dos jurisdicionados, o mais adequado, antes de utilizar o poder coercitivo e de cobrar

de alguém algo de que ele provavelmente não tenha conhecimento, seria capacitar tais pessoas e instruí-las quanto à forma correta de agir. Somente então faria sentido sancionar o paciente pelo descumprimento de alguma regra. Em outras palavras, o poder informacional deve anteceder o poder coercitivo. Ou melhor, a capacitação dos gestores deve vir antes da competência sancionatória do Tribunal.

Nesse processo dialético e consensual (e não impositivo, como ocorre no poder coercitivo), o Tribunal teria a oportunidade de ouvir as necessidades da Administração Pública, planejar ações de instrução e mobilizar os seus servidores para capacitar os jurisdicionados. É importante advertir, conforme ensina Raven (2008, p. 9-10), que o poder informacional pode requerer mais tempo e esforço para ser implementado, mas os seus resultados produzem mudanças de longa duração no paciente.

Uma vez capacitados, os gestores estarão em condição de fazer escolhas mais precisas e condizentes com o ordenamento jurídico. A partir do momento em que a informação é transmitida e absorvida pelo jurisdicionado, não haverá necessidade de vigilância permanente, uma vez que ele estará apto para tomar decisões de acordo com o que lhe foi ensinado. Obviamente que não se poderá retirar toda e qualquer fiscalização e nem abrir mão totalmente do poder coercitivo, já que sempre haverá a possibilidade de gestores mal-intencionados descartarem deliberadamente as informações recebidas e agirem conforme interesses particulares.

É necessário, então, que haja conciliação entre as bases de poder, ressaltando-se, contudo, que o poder informacional deve, em regra, ser considerado como primeiro recurso para os órgãos de controle.

4 A MATERIALIZAÇÃO DO PODER INFORMACIONAL: CONSENSUALISMO E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Na sociedade, o poder informacional materializa-se de diversas formas: desde o pedido de direções de um turista para um cidadão residente, até o convencimento racional de uma equipe acerca da forma correta de agir.

No âmbito da Administração Pública, duas merecem destaque: o consensualismo e a justiça restaurativa. O primeiro diz respeito à transmissão de informações e à inserção dos diversos *stakeholders* no processo de decisão, execução e até na análise posterior das políticas públicas, ao passo que a segunda se atém à restauração não punitiva das relações existentes entre a Administração e os particulares, por meio, justamente, da troca de informações entre as partes envolvidas.

Com o intuito de consolidar o quadro teórico da presente monografia e viabilizar a análise dos efeitos esperados da competência pedagógica dos Tribunais de Contas, passa-se, portanto, a examinar, sob a ótica do poder informacional, as duas vertentes teóricas supramencionadas.

4.1 O consenso na Administração Pública como meio de estreitar as relações entre o Tribunal de Contas e os seus jurisdicionados

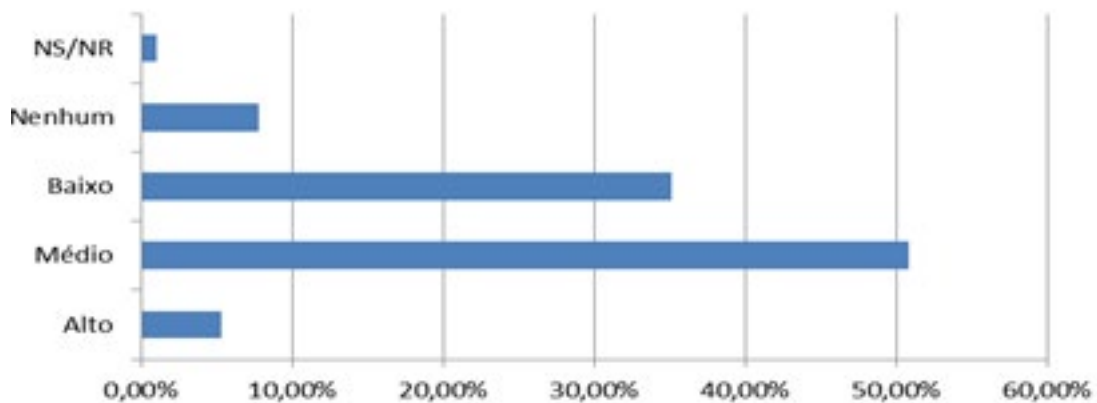
Desde muito tempo, as relações entre o Estado e os cidadãos são pautadas pela imposição *top-down* de regras e códigos de conduta, bem como pela aplicação de sanções àqueles que não se conformam com essas normas. Trata-se de típicas relações fundadas no poder coercitivo. A esse respeito, Ferraz (2011a, p. 29) tece as seguintes considerações:

A concepção da atividade de controle exclusivamente como controle-sanção pertence ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no Positivismo (...). Na lógica do controle-sanção não há meio termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é. Neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa e quiçá à perspectiva da justiça inerente ao Direito na modernidade.

Sendo o controle-sanção espécie do gênero poder coercitivo, diversos efeitos colaterais – às vezes indesejáveis – ocorrem. O principal deles decorre do fato de que as normas impostas pelo Estado não são compreendidas pela maioria da população. Em razão disso, essa parcela considerável da sociedade acaba apenas cumprindo cegamente as regras sob o temor constante da sanção que poderá surgir pela violação das normas. Nesse plano, a relação Administração-cidadão torna-se quase um processo *kafkiano* em que a pessoa jamais toma conhecimento dos motivos de estar seguindo certos ritos formais (Kafka, 2005).

Interessante notar que, até pouco tempo, as pessoas não possuíam alto conhecimento da principal norma jurídica do país. Em pesquisa realizada pelo Senado Federal, chegou-se à conclusão de que “os direitos, deveres e normas constitucionais precisam de mais divulgação entre os brasileiros” (BRASIL, 2013). Conforme demonstra o gráfico abaixo, o nível de conhecimento da população acerca da Constituição brasileira ainda é bastante reduzido:

Gráfico 1 – Avaliação do nível de conhecimento sobre a atual Constituição brasileira



Fonte: DATASENADO (2013)

Outra consequência negativa para a Administração de se apoiar no chamado controle-sanção para fazer valer as normas jurídicas reside no distanciamento entre o poder público e os administrados e no aumento do *déficit* democrático. Sabe-se que um dos efeitos colaterais da utilização contínua do poder coercitivo é a redução do poder de referência, ou seja, a diminuição da atração que alguém sente por outrem (French; Raven, 1959, p. 264). Desse modo, os cidadãos tendem a desenvolver

sentimento de repulsa em relação à Administração sancionadora e, em alguns casos, a esquivar-se do seu campo de visão.

Percebeu-se, então, que, mais efetivo do que penalizar o cidadão e o gestor público, seria trazê-los para dentro da Administração e incluí-los no processo democrático. Com efeito, nos dias atuais, o controle-sanção vem dando lugar ao controle-cooperação, exercido por meio do princípio da consensualidade, segundo o qual a resolução dos conflitos porventura existentes entre a sociedade e o poder público afasta-se da imposição de punições (poder coercitivo) e aproxima-se cada vez mais da capacitação, do empoderamento e da conscientização do cidadão-ofensor (poder informacional).

As relações entre o poder público e os particulares, que antes eram praticamente verticalizadas e unidirecionais, vêm se tornando, sob a égide do princípio da consensualidade, mais horizontalizadas e bidirecionais. Nas palavras de Ferraz (2011a, p. 29), tais relações deixam “de ser visualizadas apenas como relações de autoridade, para se revelarem como relações democráticas e concertadas entre os diversos agentes envolvidos no respectivo âmbito”.

A concertação, a propósito, tomando como base a harmonia e a coexistência entre os diversos e distintos instrumentos das grandes orquestras, constitui o principal elemento do conceito de consensualidade na Administração Pública apresentado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. De acordo com o autor, esse princípio nada mais é do que “o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado” (Moreira Neto, 2003, p. 133).

Segundo Oliveira e Schwanka (2009, p. 309), há, na atualidade, forte impulso para a “Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”. Aliás, o instrumento característico do modelo autoritário – o ato administrativo impositivo e unilateral – vem cedendo espaço a figuras dialógicas inspiradas nos negócios jurídicos (bilaterais por natureza) (Schirato; De Palma, 2011).

Seguindo essa linha, Castro (2012, p. 344) afirma que a consensualidade, inaugura “a cultura do diálogo, por meio do qual a Administração Pública aproxima-se do cidadão priorizando a contratualização da ação pública em contraponto à edição de atos administrativos unilaterais e imperativos”.

A Administração consensual e concertada surge, então, como forma de interação mais democrática, harmônica e, certamente, mais eficiente e efetiva entre o Estado e os particulares, na medida em que abre espaço para a troca de informações e para a oitiva dos *stakeholders*.

Embora a consensualidade seja tradicionalmente associada apenas à fase de formação da agenda ou de levantamento de alternativas das políticas públicas (por meio de audiências públicas ou de fóruns regionais, por exemplo), o seu campo de aplicação é muito mais amplo do que se imagina, não se restringindo somente a essa primeira fase do ciclo das políticas públicas.

Partindo das três finalidades administrativas imediatas – promoção do interesse público, realização do interesse público e recuperação do interesse público –, Moreira Neto (2003, p. 147) identifica que a Administração consensual pode atuar no âmbito das funções decisória (“manifestação de vontade primária da Administração”), executiva (“transformação do ato em fato”) e judicativa (“técnica de superação de conflitos”).

De acordo com o autor, na primeira delas, a Administração abre espaço para os *stakeholders* manifestarem-se a respeito de determinada política pública, mantendo diálogo com eles e negociando aspectos das ações a serem adotadas (Moreira Neto, 2003, p. 148). Assim, por meio da troca de informações entre os envolvidos, chega-se a decisão mais democrática e consensual acerca das alternativas que estão disponíveis para o poder público para a resolução de determinado problema da sociedade.

Trazendo os estudos de Moreira Neto para o campo do controle externo – objeto desta monografia –, percebe-se que os Tribunais de Contas podem cooperar com os jurisdicionados para demonstrar as soluções mais viáveis para problemas comuns da Administração. Ou seja, o Tribunal, por meio de argumentos lógicos e persuasivos e após tomar ciência dos problemas da Administração, demonstra para os jurisdicionados a forma correta de agir, esperando que, com isso, eles apreendam os conceitos básicos do tema em questão.

Já no âmbito da função executiva, a Administração associa-se aos particulares para a execução de determinadas ações que já foram deliberadas previamente. Moreira Neto (2003, p.150-151) cita como exemplo as entidades paraestatais e as extraestatais, diferenciando uma da outra pela natureza do vínculo mantido com o

poder público: ao passo que nas primeiras há delegação legal, nas segundas a delegação é administrativa (contratual ou não contratual).

Em qualquer das espécies de delegação, a transmissão da informação entre os dois polos da relação é de suma importância para o sucesso do negócio jurídico e para a consensualidade, uma vez que, dessa forma, as partes conseguirão coordenar de forma mais eficiente os seus esforços para atingir o(s) fim(ns) pretendido(s).

Quanto a esse ponto, as auditorias operacionais realizadas pelos Tribunais de Contas bem como a inovadora técnica de avaliação de políticas públicas por esses órgãos constituem meios importantes para aferir a efetividade de determinada política pública em execução. Nesses trabalhos, a interação entre Tribunal e jurisdicionado é bem maior do que nas fiscalizações de conformidade convencionais, uma vez que não se pretende, por meio deles, sancionar o responsável, mas, sim, pactuar formas de aprimorar o programa, o projeto ou as ações em exame.

Ademais, por meio da avaliação de políticas públicas, o Tribunal aponta as virtudes e as falhas de certa política pública, e expõe as alternativas para corrigir os achados de autoria.

Por fim, no que diz respeito à função judicativa, ou à recuperação do interesse público, a Administração tenta, por meio da consensualidade, tanto prevenir os conflitos que poderão sobrevir, como resolver aqueles já existentes. Nesse aspecto, o autor cita como exemplo de ações a serem adotadas pela Administração as comissões de conflito, os acordos substitutivos (termos de ajustamento de conduta ou de gestão), a conciliação, a mediação e a arbitragem (Moreira Neto, 2003, p. 153-155).

Ao trabalhar esse ponto, Moreira Neto (2013, p. 154) salienta que:

[...] coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade das relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.

Note-se que, também aqui, a informação é importante aliada da Administração para restaurar o interesse público. Na esfera preventiva, ela serve para capacitar os agentes envolvidos e impedir que a norma seja violada. Já no campo repressivo, a Administração ouve o interessado, procura saber as razões do cometimento da

irregularidade e negocia formas de retomar a normalidade das relações e de solucionar os problemas.

O Termo de Ajustamento de Gestão é típico instrumento consensual de solução de conflitos. Por meio dele, o gestor se compromete com o Tribunal de Contas a adotar, em certo período de tempo, determinadas medidas para restaurar o interesse público que havia sido violado. Da mesma forma, são exemplos as mesas técnicas e os núcleos de conciliação, como aquele instaurado pelo TCU, por meio da SECEX Consenso, regulamentada pelas Instruções Normativas 91/2022 e 92/2023.

É nítido, portanto, que a consensualidade está atrelada ao poder informacional da Administração de decidir, executar e solucionar conflitos porventura existentes. Essa associação entre o princípio da consensualidade e o poder informacional carrega consigo todos os efeitos benéficos já trabalhados anteriormente, a saber: desnecessidade de vigilância constante dos jurisdicionados, capacitação dos envolvidos e geração de conhecimento, por exemplo.

Cumprе esclarecer que há grande assimetria informacional entre os gestores públicos (principalmente os de pequenos Municípios) e o órgão de controle externo, a qual é comprovada pela própria diferença entre a escolaridade dos chefes do Executivo e dos servidores do Tribunal de Contas. O controle, cada vez mais informatizado e imbuído de técnicas de fiscalização avançadas, demanda o cumprimento de normas jurídicas complexas, desconhecidas ou pouco acessíveis ao gestor público, o qual, embora democraticamente eleito, não domina, como regra, o numeroso acervo de normas que regem a Administração e nem possui os mesmos instrumentos jurídicos e materiais do Tribunal de Contas para executar as ações pretendidas.

Para resolver ou reduzir essa assimetria informacional existente, a coerção não se mostra o melhor caminho, já que, por meio dela, o órgão de controle e o jurisdicionado ficam cada vez mais distantes. É necessário, portanto, valer-se do poder informacional e da consensualidade para reduzir esse espaço e para que o Tribunal de Contas entenda as necessidades e os problemas dos seus jurisdicionados a fim de planejar ações com vistas a capacitar os agentes públicos, transmitindo e recebendo informações e gerando conhecimento.

Ainda que a septuagenária Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/42 – disponha que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, deve-se ser pragmático e reconhecer que as

normas jurídicas não são de fácil compreensão por todos e que também não penetram por igual no vasto território brasileiro. Justamente por isso é que o poder informacional, exercido por meio do consenso entre o órgão de controle externo e os jurisdicionados, deve preceder o poder coercitivo.

Nessa toada, a própria LINDB foi alterada para passar a prever, em seu art. 22, que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Também a esse respeito, Moreira Neto (2013, p. 156), ao concluir o ensaio sobre a consensualidade, afirma que as “ações suasórias sempre precedem ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável”.

Portanto, pelo que foi demonstrado, o consenso aparece como importante fonte de transmissão de informações e de aproximação entre o Tribunal de Contas e os jurisdicionados, suplantando os efeitos reduzidos e talvez até negativos da simples coerção.

4.2 O modelo de justiça restaurativa

De forma sintética, Parker (2005, p. 248) define a justiça restaurativa como “uma resposta sistemática ao comportamento ilegal ou imoral, que enfatiza a cura das feridas das vítimas, dos infratores, e das comunidades afetadas pelo crime”. Essa resposta, conforme ensina Pinto (2005, p. 20), deriva de procedimento consensual estabelecido pelos diversos atores centrais envolvidos ou afetados pela conduta infracional cometida por uma pessoa.

Exatamente por dar enfoque à restauração do equilíbrio na sociedade, a justiça restaurativa constitui forma de resolução de conflitos que vai de encontro ao atual modelo retributivo, o qual “está na base do sistema jurídico moderno” (Zehr, 2008, p. 74) e se baseia na punição “como forma de coibir, isolar da sociedade ou reabilitar [o ofensor]” (Zehr, 2008, p. 117).

Com efeito, três pontos são fundamentais para compreender as implicações da justiça restaurativa e para aplicá-la em casos concretos: o tratamento da vítima, o reconhecimento das necessidades do ofensor e o estabelecimento de responsabilidades.

Em relação à vítima, Howard Zehr (2008, p. 27) pontua, inicialmente, que as vítimas de um ato ilícito – seja ele um crime ou até mesmo infração administrativa – necessitam de uma experiência de justiça em relação ao ofensor. Ou seja, elas esperam que o agente causador do dano receba o “justo castigo” e que os pratos da balança dos relacionamentos sociais sejam reequilibrados (Zehr, 2008, p. 71-72).

Esse reequilíbrio pode se dar tanto por meio da retribuição (imposição de punições) ou pela restauração (diálogos, consenso, trocas de informações e estabelecimento de responsabilidades). Howard Zehr (2008, p. 182) adverte, contudo, que “a retribuição busca o equilíbrio baixando o ofensor ao nível onde foi parar a vítima”. Ou seja, ao invés de curar as feridas decorrentes do ilícito e extirpar as máculas existentes, o modelo retributivo prefere introduzir mais um elemento doloroso nos relacionamentos sociais com o objetivo, talvez contraditório, de reconstituir o equilíbrio perdido.

De toda forma, o autor salienta que, ainda assim, muitas vítimas têm a sensação de que a justiça somente será alcançada com a imposição de penalidades ao ofensor, em típica visão vingativa do processo de resolução de conflitos (Zehr, 2008, p. 27). Para o autor, essa visão decorre do fato de que muitas pessoas se frustram por não conseguirem ter experiência positiva de justiça no sistema jurídico atual (Zehr, 2008, p. 27).

As regras contemporâneas, seja no sistema da *common law* ou no da *civil law*, não privilegiam o atendimento às reais vítimas do ato ilícito, tratando-as como meras coadjuvantes ou até mesmo tolhendo-lhes o direito de participar do processo. Veja-se que, a partir da metade do século XIX, “a vítima do crime foi redefinida, e o Estado tornou-se a vítima de direito. As vítimas foram abstraídas e os indivíduos tornaram-se periféricos ao problema e à sua solução” (Zehr, 2008, p. 116).

O fato de o Estado ter substituído, na qualidade de vítima, as pessoas que foram de fato lesadas por determinado ato fez com que o ideal de justiça ficasse cada vez mais distante e, por outro lado, cada vez mais associado à punição, à retribuição e, principalmente, à busca por vingança.

Importante salientar que, no Direito Penal brasileiro, a associação do Estado como vítima do ilícito faz-se ainda mais presente. Nos termos do art. 100 do Código Penal, a iniciativa de ação para apurar determinado crime cabe, em regra, ao Estado. Apenas excepcionalmente é admitida a iniciativa privada da vítima para dar início ao processo penal. Ainda assim, essa iniciativa encontra limitações no tempo de

decadência (seis meses) e nos tipos de crimes passíveis de ser objeto da ação (por exemplo: crimes contra a honra, esbulho possessório, dano, fraude à execução, violação de direito autoral, induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento no casamento e exercício arbitrário das próprias razões).

No processo de controle externo, por sua vez, a denúncia desponta como a maior fonte de interação entre o órgão de controle externo e a sociedade, constituindo, ao menos em tese, instrumento efetivo para a restauração do interesse público. No entanto, na rotina do Tribunal de Contas, muitos são os casos em que tais processos são utilizados como fonte de ataque por adversários políticos ou por pessoas que, sob a falsa alegação de querer proteger o interesse público, buscam apenas a punição de determinado agente público. Ou seja, até a denúncia, considerada meio legítimo, acessível e simples de interação entre o controle social e o controle externo, estaria sendo utilizada com fins retributivos, ao invés de restaurativos.

Além disso, ainda que a lei confira ao denunciante o direito de recorrer das decisões do Tribunal de Contas, fato é que, após a protocolização da denúncia, pouca atenção tem sido destinada àquele que coopera com o controle externo e que se sentiu violado por determinado ato da Administração. O foco do processo desloca-se quase por completo para a apuração do ilícito e para a responsabilização do agente, não havendo praticamente mais nenhuma transmissão de informação entre o órgão de controle externo e o denunciante.

Zehr percebeu, então, que a mudança do modelo retributivo em direção ao restaurativo passaria, necessária e primeiramente, pela oitiva da vítima. De acordo com ele, as reais vítimas “precisam de oportunidades de falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive seu sofrimento” (Zehr, 2008, p. 28). No entanto, como no modelo retributivo a vítima tem papel secundário, essa oitiva nunca ocorre, o que fomenta a sede por vingança e por punição, seja no âmbito do processo criminal ou mesmo no de controle.

Para o autor, “as vítimas precisam saber que passos estão sendo tomados para corrigir as injustiças e reduzir as oportunidades de reincidência” (Zehr, 2008, p. 28). Além disso, elas “não se satisfazem com afirmações de que as devidas providências estão sendo tomadas” (Zehr, 2008, p. 28).

Frequentemente deparamo-nos no processo de controle com ligações ou pedidos formais de esclarecimentos pelos denunciante ou pelo Ministério Público acerca do estado de determinado processo. Esses contatos não podem ser

desconsiderados ou tratados com pouca atenção. Pelo contrário, a interação e a troca de informações entre o órgão de controle externo, a sociedade e até o Ministério Público – dentro das regras legais e obedecendo aos ritos processuais – é fundamental para se dar início ao processo restaurativo, consensual e dialético no âmbito dos Tribunais de Contas.

Desse modo, o envolvimento da vítima e a sua oitiva no processo são pontos extremamente necessários não apenas para a superação do ilícito sofrido e para o encerramento da experiência, mas, principalmente, para o alcance do reequilíbrio das relações sociais ao final do processo. Sob essa perspectiva, a vítima deixa de ser ator secundário e passa à qualidade de protagonista do processo.

No entanto, tão importante quanto ouvir a vítima, estabelecer diálogos, transmitir informações e integrá-la ao processo é tratar do ofensor. Esse constitui outro pilar do modelo de justiça restaurativa.

Embora o processo seja considerado garantia do cidadão em face dos arbítrios do poder público, na medida em que assegura o direito de defesa e a obediência a ritos e a limites ao ímpeto do Estado-juiz, na prática, para a sociedade, o rótulo “réu” (ou “responsável” no processo de controle) carrega forte carga semântica negativa. Antes mesmo da análise da defesa e do julgamento em si, a pessoa que está sendo processada na maioria das vezes já é considerada culpada pela opinião pública e já sofre todos os efeitos negativos dessa rotulação.

E ainda que a pessoa, de fato, tenha cometido algum ato ilícito, o processo nos moldes atuais retributivos não contribui para a restauração do equilíbrio na sociedade e, muito menos, para a reconstrução do interesse público porventura violado. No curso do processo, o ofensor torna-se mero espectador, uma vez que seu destino passa a ser decidido por diversos profissionais que, muitas das vezes, sequer têm conhecimento da realidade, do contexto e dos fatos tais como ocorreram (Zehr, 2008, p. 31).

A defesa formal apresentada pelo ofensor raramente consegue reunir e expor todos os fatos necessários ao entendimento do caso concreto. Isso porque, além dos elementos objetivos, existem nuances subjetivas que são difíceis de serem materializadas em peça escrita. Nesse ponto, o formalismo do processo de controle, no qual não há fase de oitiva presencial do ofensor ou de testemunhas, contribui para o apego aos pontos objetivos e para o desprezo dos elementos subjetivos.

Assim, “o contexto do comportamento individual é ignorado. Os ofensores tiveram várias oportunidades e, tendo escolhido as erradas, são rotulados como culpados” (Zehr, 2008, p. 69).

No dia a dia, os órgãos de controle recebem pessoas que foram citadas ou intimadas em processos e que, além de tentar se explicar, dizendo que estão de boa-fé, e de trazer esses elementos subjetivos para o conhecimento do órgão de controle, pretendem saber, basicamente, por que estão sendo processadas, quanto tempo irá durar o processo, quais serão as próximas fases, quais as eventuais consequências e o que devem fazer para resolver o problema. É nítido que lhes faltam informações não apenas sobre as questões atinentes à gestão pública em si, mas, também, sobre os ritos do processo de controle.

No entanto, ao invés de fornecer essas informações de forma prévia e também concomitante, o processo contemporâneo prefere se preocupar com o enquadramento do ato cometido como sendo algo ilícito, passível de punição e, também, com o estabelecimento da culpa. Ou seja, na linha do que afirma Zehr (2008, p. 69), “a justiça se preocupa com o passado em detrimento do futuro”, uma vez que pouco faz para prevenir novas infrações.

O modelo retributivo, associado à falta de informações do ofensor, contribui, ainda, para a construção de racionalizações fantasiosas pelas pessoas que cometeram algum ato ilícito. Nesse sentido, Zehr (2008, p. 40) identificou que:

[p]ara cometer ofensas e conviver com seu comportamento, os ofensores frequentemente constroem racionalizações bastante elaboradas para os atos que cometeram (...). Eles acabam acreditando que o que fizeram não é tão grave assim, que a vítima “mereceu”, que todos estão fazendo a mesma coisa, que o seguro pagará pelos danos. Encontram maneiras de colocar a culpa em outras pessoas e situações.

Com o intuito de desconstruir essas racionalizações, é necessário mudar o foco do passado e da punição para o futuro e para a restauração do que foi perdido. “Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser ‘O que devemos fazer ao ofensor?’, ou ‘O que o ofensor merece?’, mas, sim: ‘O que podemos fazer para corrigir a situação?’” (Zehr, 2008, p. 175).

O primeiro passo seria entender as necessidades ou os motivos dos ofensores para, a partir de então, levá-los a questionar os estereótipos e as falsas racionalizações construídas sobre a(s) vítima(s) e o evento em si. Conforme ensina

Zehr (2008, p. 189) “talvez [os ofensores] precisem aprender a ser mais responsáveis. Talvez precisem adquirir habilidades laborais ou interpessoais”.

É nesse ponto que entra o Tribunal de Contas. Como os métodos tradicionais coercitivos não são suficientes para tratar o ofensor, é necessário que os órgãos de controle externo mudem o foco da punição para a aquisição dessas habilidades laborais ou interpessoais mencionadas por Zehr. Para tanto, os Tribunais de Contas devem investir no diálogo e no consenso – para entender as necessidades dos jurisdicionados –, bem como na capacitação desses agentes, transmitindo as informações e as habilidades necessárias para o exercício do cargo que ocupam.

Portanto, no modelo restaurativo, o ofensor não pode ser relegado à posição de espectador. Pelo contrário, ele deve ser inserido no processo e ouvido, a fim de que tanto o julgador como a vítima compreendam os motivos que o levaram a cometer o ato ilícito e que, em comum acordo (até com a própria participação do ofensor), estabeleçam a forma de reparar o dano causado e de evitar que novas condutas irregulares sejam perpetradas.

Por fim, resta compreender como a responsabilização do ofensor deve ser vista sob a lógica da justiça restaurativa.

Quanto a essa questão, esclareça-se que responsabilização “significa compreender e reconhecer o dano e agir para corrigir a situação” (Zehr, 2008, p. 189). Diferentemente do modelo retributivo, em que se responsabilizar equivale a assumir a culpa e suportar as penalidades; no modelo restaurativo, o foco desse preceito passa para a correção e para as ações futuras.

Conforme afirma Zehr (2008, p. 186), “corrigir é algo central para a justiça. Acertar o que está errado não é uma atividade periférica e opcional. É uma obrigação. Idealmente, o processo de justiça pode ajudar os ofensores a reconhecerem e assumirem suas responsabilidades voluntariamente”.

No processo de controle, a punição frequentemente é aplicada com a ideia de fazer com que o ofensor reconheça o seu erro. Fala-se, até, em “função pedagógica da multa”. Essa prática, contudo, gera, no máximo, temor de agir e distanciamento do órgão de controle externo. Como na maioria dos casos analisados pelos Tribunais de Contas as falhas examinadas se originam de erros ou desconhecimentos, e não de fraudes deliberadas, as medidas restaurativas mostram-se mais apropriadas do que as retributivas para os fins pretendidos pelas Cortes de Contas.

Assim, é papel dos Tribunais de Contas, após a oitiva dos responsáveis e daqueles que porventura tenham sido afetados por determinado ato, adotar não apenas medidas para recompor o que foi violado, mas também buscar instruir o gestor quanto às formas adequadas de agir diante de futuras situações semelhantes à que se examina no processo.

No entanto, na perspectiva do gestor-ofensor, até a recomposição pode ser vista como espécie de punição. Para ele, pouco importa se o pagamento da prestação recebe o nome de multa ou de recomposição do erário, o fato é que o seu patrimônio está sendo afetado em razão de um ato por ele cometido (o qual é visto, também pelo responsável, como de menor importância, não merecedor das consequências impostas, ou originário de mero desconhecimento – e não de má-fé).

Talvez por isso, Zehr (2008, p. 42) afirme que “o ofensor tende a ver a restituição como mais uma punição imposta, ao invés de percebê-la como uma tentativa lógica de corrigir um mal e cumprir uma obrigação frente a outra pessoa”. A solução para esse dilema – ou ao menos a forma mais efetiva de tratar desse assunto – reside na integração e na oitiva do ofensor, da vítima e dos demais *stakeholders* no processo.

No modelo restaurativo, o ofensor é, então, convidado (e nunca obrigado) a participar do processo de correção do ato cometido. Caso aceite o convite, a definição da forma de reparação será consensual entre todos os atores do processo, o que permitirá a melhor assimilação pelo ofensor do seu dever de recomposição. Por outro lado, se o convite for negado, a decisão será unilateral pelo órgão julgador (Zehr, 2008, p. 187).

Ainda assim, não é tarefa fácil a integração dos diversos envolvidos e o desenvolvimento do método restaurativo nos casos envolvendo vítimas difusas – como são aqueles vivenciados no âmbito dos Tribunais de Contas. De acordo com Howard Zehr (2008, p. 49), “a ideia de que o delito foi contra a sociedade e que a dívida deve ser paga à sociedade raramente faz sentido para os ofensores. É uma ideia por demais abstrata e sua identificação com a sociedade demasiado limitada”.

No entanto, segundo afirma Di Pietro (2014, p. 75), “independente das dificuldades inerentes ao fato da vítima ser difusa ou até inexistente, existe possibilidade de aplicar-se técnicas restaurativas nos crimes de colarinho branco que proporcionariam evidente proveito à sociedade como um todo”. Note-se que, embora os estudos do pesquisador refiram-se aos chamados “crimes de colarinho branco”,

eles também podem ser aplicados às infrações administrativas sujeitas à apreciação dos Tribunais de Contas, uma vez que, nas duas hipóteses, a vítima real dos atos ofensivos é difusa.

Seguindo essa linha, Gabbay (2007, p. 484-485) demonstra as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa nos “crimes de colarinho branco”:

Uma intervenção restaurativa fortemente estruturada de acordo com o modelo da Comissão da Verdade e da Reconciliação e mantida junto com procedimentos judiciais melhor atenderia às necessidades das vítimas, aumentando suas chances de restaurar os danos financeiros e não financeiros. Ao mesmo tempo, atenderia às necessidades de outros atores afetados pelo crime, incluindo os próprios ofensores, os quais frequentemente são abandonados das respostas públicas atuais relacionadas aos crimes de colarinho branco.

Na prática, Van Liew (2015, p. 156), Promotor de Justiça aposentado dos Estados Unidos da América, verificou que métodos restaurativos são mais efetivos do que as opções meramente punitivas para a resolução de contendas envolvendo crimes contra vítimas difusas. De acordo com o autor,

a resposta mais adequada para ilícitos criminais vem por meio da *accountability*, e não da punição. *Accountability* começa quando vítimas e ofensores reúnem-se em espaços privados e seguros e dialogam sobre os danos que foram causados e como tais danos podem ser reparados (Van Liew, 2015, p. 156, tradução livre).

Desse modo, o processo de responsabilização do ofensor também difere nos modelos retributivo e restaurativo. A consensualidade é muito mais presente neste do que naquele, assim como a troca de informações entre os atores.

Mas, e a punição? Ela poderia ser aplicada em casos extremos no processo restaurativo? A essa pergunta, Zehr (2008, p. 198) responde que, “se há lugar para punição na abordagem restaurativa, ele não deve ser um lugar central. A punição precisaria ser aplicada sob condições em que o nível de dor é controlado e reduzido a fim de manter a restauração e a cura como objetivos”. Ou seja, não se desconsideram totalmente as medidas sancionatórias. Essas apenas são tratadas como última forma para tentar coibir atos ilícitos.

A justiça restaurativa, então, apresenta-se como forma de resolução de conflitos em que as sanções têm, quando muito, papel secundário. O principal objetivo desse modelo é restaurar os bens jurídicos e os relacionamentos violados, o que deve ser feito por meio do diálogo e do atendimento das necessidades de todos aqueles afetados pelo ato praticado (vítima, ofensor e sociedade).

5 EFEITOS BENÉFICOS ESPERADOS

Tomando como base os estudos de Zehr (2008) acerca da justiça restaurativa, bem como as pesquisas de French e Raven (1959) sobre as bases de poder, é possível apontar diversos benefícios não apenas para os jurisdicionados, mas, principalmente para a sociedade, em decorrência da utilização das medidas pedagógicas pelos Tribunais de Contas.

O primeiro ponto positivo que se destaca é a aproximação entre o órgão de controle externo e os gestores que estão sob a sua jurisdição. Como visto, a utilização do poder coercitivo tende a afetar negativamente o poder de referência, o que acaba por gerar animosidade na relação entre agente (Tribunal de Contas) e paciente (jurisdicionados) (French; Raven, 1959, p. 208).

Ao substituir a base de poder coercitiva pela informacional, a tendência, segundo French e Raven, será a redução (ou até a eliminação) dos efeitos colaterais decorrentes da sanção. Assim, o poder de referência que, até então, afetava negativamente a relação, tenderá a mudar o seu sentido para somar-se ao novo poder informacional. Na prática, as medidas pedagógicas agregarão maior quantidade de bases de poder para os Tribunais de Contas, e o controle – por meio da cooperação – tornar-se-á mais sólido.

As auditorias operacionais, por exemplo, evidenciam essa proximidade entre Tribunal de Contas e jurisdicionados. Não apenas os trabalhos preliminares de coleta de dados, mas também as reuniões de monitoramento representam oportunidades para que as duas partes troquem informações e cooperem entre si para o aprimoramento da política pública auditada. Essa melhoria, conseqüentemente, reverter-se-á em benefícios diretos para os cidadãos afetados pela política em referência.

Outro benefício das medidas pedagógicas consiste na criação de um ambiente transparente e consensual. Ao mudar a base de poder coercitiva para a informacional, ou para a de perito, por exemplo, espera-se que o efeito colateral de fuga do campo de visão do controlador deixe de existir (Raven, 1993, p. 5). Isso porque o temor da sanção será diminuído e o gestor bem-intencionado poderá contar com o Tribunal de Contas para auxiliá-lo em casos pontuais.

Assim, não haverá necessidade de esconder, omitir ou maquiagem informações nas prestações de contas apenas para que elas sejam formalmente aprovadas pelo órgão de controle. Eventuais equívocos poderão ser consertados por meio de medidas pedagógicas restaurativas, tais como as recomendações ou, em casos mais sérios, o Termo de Ajustamento de Gestão.

A sinalização da forma correta de agir pelo órgão de controle ou a pactuação consensual de medidas a serem implementadas contribuem diretamente para a transparência da gestão, facilitando o acesso à informação não apenas pelo Tribunal de Contas, mas também pelos cidadãos interessados.

Ainda nessa linha, as medidas pedagógicas, diferentemente das sancionatórias, têm a propensão de gerar conhecimento de longo prazo nos gestores fiscalizados. Conforme ensina Raven (1993, p. 10), o poder informacional é o único considerado socialmente independente (desde o princípio) e no qual a vigilância não é necessária. Sendo assim, considerando que o gestor será esclarecido quanto à razão de ser da norma, quanto aos seus benefícios e sobre como se deve agir em cada situação, a tendência é de que os erros cometidos não mais se repitam.

Em vez de cumprir as regras pelo medo, ou de deixar de agir por temor da sanção, o gestor capacitado possuirá as informações necessárias para a tomada de decisões. A realização de cursos, seminários, ou mesmo a publicação de cartilhas e manuais pelo Tribunal de Contas têm como objetivo justamente esclarecer para os jurisdicionados o alcance de determinada norma jurídica. O mesmo se pode dizer em relação às respostas às consultas, que também procuram sanar dúvidas sobre matérias de competência do Tribunal.

É importante salientar, por fim, que a competência pedagógica somente será efetiva se os próprios servidores do Tribunal de Contas se capacitarem para conhecer e entender os dilemas da gestão pública. É necessário que eles tenham plena ciência não apenas das normas jurídicas, mas também da realidade regional e local. Apenas com esse conhecimento interiorizado é que será possível definir, com razoabilidade, qual medida deverá ser empregada em cada caso particular.

Nesse sentido, Pires (2008), ao pesquisar a atuação dos fiscais do trabalho, concluiu que eles, ao exercerem suas atribuições normativas, têm a propensão de causar melhores resultados se combinarem ações coercitivas e pedagógicas. Conforme demonstra o autor, “somente a coerção não é suficiente para mudar práticas empresariais” (Pires, 2008, p. 23). Por outro lado, “em oposição àqueles que

apoiam a abordagem pedagógica, nossas observações sugerem que os fiscais geralmente não estão equipados nem preparados para ensinar, convencer ou aconselhar as empresas sobre como cumprir a lei” (Pires, 2008, p. 23).

Na mesma linha dos estudos de Pires, entende-se que os prováveis efeitos benéficos das medidas pedagógicas aqui demonstrados somente terão a propensão de existir se os próprios servidores do Tribunal estiverem capacitados para exercer suas funções.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De uma forma geral, verificou-se que a estrutura e as competências dos Tribunais de Contas mudaram substantivamente em relação ao modelo original concebido no Brasil, no final do século XIX. Se antigamente a função desses órgãos de controle se resumia à conferência formal da legalidade das despesas públicas, nos dias de hoje o leque de atribuições dos Tribunais de Contas cresceu significativamente e eles passaram a assumir papéis cada vez mais relevantes na avaliação das políticas públicas e na promoção da *accountability*.

Todavia, ainda existem diversos desafios a serem superados por esses órgãos de controle, que vão desde a ausência de legitimidade dos Tribunais para executar as próprias decisões, chegando até ao questionamento judicial de uma de suas principais competências: o julgamento das contas de gestão de prefeitos.

Nessa linha, com o objetivo de compreender as relações de poder mantidas entre os Tribunais de Contas e os seus jurisdicionados, verificou-se que os órgãos de controle externo se apoiam, substantivamente, no poder coercitivo, ou seja, no uso de medidas sancionatórias, tais como as multas, para fazerem valer a sua vontade (que deve ser coincidente com a vontade do Direito).

No entanto, o uso frequente das punições traz consigo diversos efeitos colaterais que depõem contra o controle e contra o próprio aprimoramento da Administração Pública. Dentre esses efeitos destacam-se: a onerosidade do processo administrativo para os cofres públicos, a necessidade de vigilância constante dos jurisdicionados, a ausência de perspectivas para a mudança de cognição do jurisdicionado no longo prazo, a criação de um ambiente hostil e de relação baseada no medo e no temor da sanção, a tendência do gestor de permanecer inerte para evitar punições e, por fim, a tentativa de fuga do campo de visão do controlador.

As multas podem até levar à aparente redução das irregularidades, mas os efeitos colaterais são de tal magnitude que não se mostra razoável que o órgão de controle externo se ampare exclusivamente nessa base de poder para manter relações com os jurisdicionados. Como alternativa, constatou-se que o poder informacional pode trazer resultados mais efetivos para as ações de controle e para o aprimoramento da gestão pública. Isso porque a diferença entre o nível de instrução formal dos gestores municipais (servidores públicos e prefeitos) e dos servidores dos

Tribunais de Contas (o TCEMG é um exemplo) é de tal ordem, que estes podem atuar não apenas como auditores punitivos, mas, principalmente, como agentes de transformação, capacitação e de formação daqueles menos instruídos.

O recurso ao poder informacional, em vez do coercitivo, no âmbito dos Tribunais de Contas, vai ao encontro de duas novas correntes que vêm sendo crescentemente adotadas na Administração Pública: o consensualismo e a justiça restaurativa. Ao passo que a primeira representa forma dialógica, horizontalizada e bidirecional de a Administração lidar com aqueles que dela necessitam, a segunda diz respeito à necessidade de restaurar o equilíbrio em um cenário de conflito, recorrendo, para tanto, a técnicas não punitivas de resolução de controvérsias.

Fundamentando-se nesse arcabouço teórico, a competência pedagógica surge como forma empática e mais efetiva de os Tribunais de Contas lidarem com os seus jurisdicionados com vistas a auxiliá-los na resolução das demandas locais. Considerando que tanto os órgãos de controle externo como os Municípios e demais jurisdicionados têm como objetivo a satisfação do bem comum, devem esses atores cooperar para a consecução dessa finalidade.

Espera-se que a presente monografia possa servir de base para eventuais pesquisas a respeito da competência pedagógica do Tribunal de Contas e que esses órgãos de controle consigam enxergar o grande potencial que possuem para induzir mudanças na Administração Pública, principalmente em jurisdicionados com maiores necessidades de capacitação.

A Administração Pública é feita por pessoas e, como humanas e potencialmente falíveis que são, estão sujeitas a cometer erros. Cabe aos Tribunais de Contas, nessa seara, diferenciar os erros das fraudes e os dos desvios, aplicando a cada uma dessas condutas a justa e devida medida: pedagógica, no primeiro caso, e sancionatória, no último.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ubiratan. A ação preventiva e corretiva dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 32, n. 90, p. 239-252, out. 2001. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/article/view/1209>. Acesso em: 10 jun. 2016.
- BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **TCU: presença na história nacional**. 1999. 60 f. Monografia - Prêmio Serzedelo Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília, 1998. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058954.PDF>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. **25 anos da Constituição**. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/DataSenadoPesquisa25_a_nos_CF.pdf. Acesso em: 19 out. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria Operacional**. 3. ed. Brasília: Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Candidaturas**. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-candidaturas/painel-perfil-candidato?session=208362701192106>. Acesso em: 15 abr. 2024.
- CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. Administração Pública – consensualidade e eficiência. *In*: PIRES, Maria Coeli Simões; RASO SARDINHA, Luciana (coord.). **Paulo Neves de Carvalho: suas lições por seus discípulos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.341-347.
- COSTA, Luiz Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado contemporâneo**. 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_f9de7ec2526b6e8737525c8f8701c247. Acesso em: 10 ago. 2016.
- DAHL, Robert. The concept of power. **Behavioral Science**, v.2, n.3, 1957, p.201-218.
- DI PIETRO, Thiago Palaro. **A Possibilidade de Justiça Restaurativa nos Crimes de Colarinho Branco**. 2014. 109 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: www.goo.gl/mE0wZK. Acesso em: 26 out. 2016.
- DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. **Estado de Direito e controle estratégico de contas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.
- FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

- FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da Administração Pública**: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. Direito Administrativo. *In*: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (coord.). **Curso Prático de Direito Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011a. p.1-30.
- FISKE, Susan T; BERDAHL, Jennifer L. Social Power. *In*: KRUGLANSKI, Arie W; HIGGINS, E. Tory. **Social Psychology: Handbook of basic principles**. 2. ed. Nova Iorque: Guilford Press, 2007. p.678-692.
- FRENCH, John R. P; RAVEN, Bertram. The Bases of Social Power. *In*: CARTWRIGHT, D. (ed.). **Studies in Social Power**, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1959, p. 150-167.
- FRENCH, John R. P; RAVEN, Bertram. Legitimate Power, Coercive Power, and observability in social influence. **Sociometry**, v. 21, n. 2, American Sociological Association: 1958, p. 83-97. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2785895>. Acesso em: 25 set. 2016.
- GABBAY, Zvi. Exploring the limits of the restorative justice paradigm: restorative justice and white-collar crime. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**. V .8, n. 421: New York, 2007. Disponível em: <http://www.gornitzky.com/files/publications/pub20070615.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- HERZBERG, Frederick. Mais uma vez: como motivar seus funcionários? *In*: VROOM, Victor H. **Gestão de pessoas, não de pessoal**: os melhores métodos de motivação e avaliação de desempenho. São Paulo: Campus, 1997, p. 55-81.
- INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS. **Atlas do Estado Brasileiro**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/>. Acesso em: 10 mar. 2024.
- KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- LEWIN, Kurt. **A dynamic theory of personality**. Nova Iorque: McGraw Hill, 1935.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 129-156, 2003.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.104, p.303-322, jan./dez. 2009.

PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma? *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes [org.] **Justiça Restaurativa**, Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 247-265.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes [org.] **Justiça Restaurativa**, Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p.19-39.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da Administração Pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2004, n. 2. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/02/-sumario?next=2. Acesso em: 17 mar. 2016.

PIRES, Roberto. Compatibilizando direitos sociais com competitividade: fiscais do trabalho e a implementação da legislação trabalhista no Brasil. *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Textos para discussão 1354**. 2008.

RASO, Luciana. Tribunal de Contas na nova ordem institucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 1997, n. 1. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1997/01/-sumario?next=4. Acesso em: 17. mar. 2016.

RAVEN, Bertram H. The Bases of Power and the Power/Interaction Model of Interpersonal Influence. **Analyses of Social Issues and Public Policy**, v. 8, n. 1, 2008, p. 1-22.

RAVEN, Bertram H. The Bases of Power: origins and recent developments: apresentações in honor of John R. P. French on the occasion of his receiving the Kurt Lewin Award. **Journal of Social Issues**, v. 49, n. 4, 1993, p. 227-251.

RAVEN, Bertram; SCHWARZWALD, Joseph; KOSLOWSKY, Meni. Conceptualizing and Measuring a Power/Interaction model of interpersonal influence. **Journal of Applied Social Psychology**, v. 8, n. 4, 1998, p. 307-332.

RIASI, Arash; ASADZADEH, Nasrin. How Coercive and Legitimate Power Relate to Different Conflict Management Styles: A Case Study of Birjand High Schools. **Journal of studies in education**, v. 6, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.macrothink.org/journal/index.php/jse/article/viewFile/8946/7313>. Acesso em: 25 set. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez./fev. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.PDF>. Acesso em: 20 out. 2016.

SCHMEISKE, Francielly. Redução da maioria penal: diminuição ou aumento da criminalidade? **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, Lisboa, n. 9, p. 7295-7318, 2014. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07295_07317.pdf. Acesso em: 2 jan. 2016.

SCLIAR, Wremyr. Origens do sistema de controle da Administração Pública entre os Hebreus. **Revista Eletrônica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 1-40, dez. 2014. Disponível em: <http://revista.tce.rs.gov.br/index.php/revtce/article/view/7>. Acesso em: 12 jul. 2016.

TODESCHINI, Edmilson. O controle do Tribunal de Contas sobre os atos da Administração Pública Municipal. **Fórum Municipal & Gestão das Cidades (FMGC)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 5-24, set./out. 2014.

TURNER, R. Anthony; SCHABRAM, Kira F. The Bases of Power Revisited: an interpersonal perceptions perspective. *Journal of Organizational Psychology*, North American Business Press, v.12.2012. Disponível em: http://www.na-businesspress.com/JOP/TurnerRA_Web12_1_.pdf. Acesso em: 25 set. 2016.

VAN LIEW, Fred. **The Justice Diary: An Inquiry into Justice in America**. Des Moines: Kikus Press, 2015.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. 19. ed. São Paulo: Cultrix, 2004b.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 2004a.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.