

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 empenhado 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 oaval 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 propalada 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 ultimate 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 escopopúblico 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 e 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%ablica.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.correiobraziliense.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.