

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

3º LUGAR

CATEGORIA
SOCIEDADE CIVIL

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

da autora

MARIA LUÍZA ABINADER DA SILVA DUTRA



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



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

Monografia submetida ao Prêmio
Guilherme Palmeira.

BRASÍLIA

2024

RESUMO

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

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

ABSTRACT

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

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

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

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

LISTA DE TABELAS

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

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

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

MPT – Ministério Público do Trabalho

MPTCU – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União

MTPAR – MT Participações e Projetos

NOS – Operador Nacional do Sistema

PCS – Procedimento Competitivo Simplificado

PROCROFE – Programa de Concessões de Rodovias Federais

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

UTE – Usina Termelétrica

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

SecexEnergia – Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações

Segecex – Secretaria-Geral de Controle Externo

SIN – Sistema Interligado Nacional

SSC – Solicitação de Solução Consensual

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

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

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação do estudo

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

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

1.2 Justificativa da pesquisa

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

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

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

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

1.3 Teorias utilizadas neste estudo

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

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

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

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

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

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

1.4 Problema de pesquisa e hipótese

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

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

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

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

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

1.5 Limitações do estudo

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

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

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

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

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

1.6 Estrutura do estudo

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

2 OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

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

2.1 As previsões normativas de atuação concertada para a Administração Pública

2.2 Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por outro lado, as considerações práticas indicadas na IN nº 91 foram as seguintes: **(i)** a necessidade de definir procedimentos voltados à busca de soluções consensuais envolvendo o TCU, gestores públicos e particulares; **(ii)** o estabelecimento de um processo de trabalho formal irá contribuir para acelerar e dar maior efetividade à ação do TCU; e **(iii)** o TCU já executa diversas ações de interlocução com gestores e particulares com vistas a exercer o seu papel pedagógico e orientador, de forma a auxiliá-los no estabelecimento de alternativas para a solução de problemas de interesse da administração pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A SSC deve conter, minimamente, **(i)** indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada; **(ii)** pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução; **(iii)** assinalação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da Administração Pública envolvidos na controvérsia; e **(iv)** designação, se for o caso, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual (art. 3º).

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

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

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

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

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

Finalizada a análise de admissibilidade, o processo será encaminhado à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para, ouvida a SecexConsenso, designar, por meio de portaria, os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC) (art. 7º).

A CSC será composta por, no mínimo (art. 7, § 1º), **(i)** um servidor da SecexConsenso, que atuará como coordenador; **(ii)** um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e **(iii)** um representante de cada órgão ou entidade da administração pública federal que tenha solicitado a solução consensual ou que tenha manifestado interesse na solução (art. 3º, V).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Tópicos da doutrina de direito administrativo do medo

Santos ensina que o direito administrativo do medo é

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 ESTUDO DE CASO: ACÓRDÃO Nº 1130/2023

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com o retorno à normalidade hidrológica,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 A proposta de termo de autocomposição

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

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

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

	CLÁUSULA	ENTENDIMENTO DO TCU
a	Redução/eliminação da inflexibilidade contratual das UTEs	Teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois permitiria a redução tarifária, que impacta o consumidor.
b	Geração de energia com apuração mensal	Promoveria segurança jurídica ao possibilitar uma operação mais eficiente dos empreendimentos, não impactando o período anterior à celebração.
c	Preservação da eficácia das outorgas, da garantia física e da potência contratada	Promoveria segurança jurídica e asseguraria o processo de discussão na CSC, uma vez que as usinas manteriam lastro contratual para a oferta de energia e, paralelamente, o SIN continuaria a contar com a disponibilidade de potência.
d	Peticionamento das partes para suspender o MS impetrado pela KPS	Promoveria segurança jurídica e asseguraria o processo de discussão na CSC, dado que a empresa permaneceria com suas outorgas, conforme tutela de urgência concedida; e, caso não fosse celebrado novo acordo ao final da vigência, haveria deliberação da ANEEL quanto a eventuais sanções.
e	Reversão do montante dos depósitos judiciais à CONER	Promoveria segurança jurídica, uma vez que os valores de receita de combustível já entregues à companhia com base no contrato original seriam compensados
f	Suspensão dos processos administrativos em trâmite perante a ANEEL	Promoveria segurança jurídica e asseguraria o processo de discussão na CSC, pois a KPS não seria responsabilizada pelo inadimplemento contratual até, pelo menos, o final da vigência do termo; e, caso não seja celebrado outro acordo, os processos tramitariam normalmente
g	Possibilidade de ultratividade dos efeitos de 30 dias, a contar de 31/12/2023, em relação à inflexibilidade da geração e da	Promoveria segurança jurídica, pois, no caso de não ser celebrado novo acordo, haveria tempo hábil para a KPS executar a logística

	manutenção da outorga, da garantia física e da contratação da potência	de aquisição de gás e a retomada as operações.
h	Efeitos apenas a partir da celebração	Promoveria segurança jurídica, tendo em vista que ficaria preservada a eficácia das transações comerciais realizadas nos termos dos CERs até 30/6/2023.
i	Arquivamento por perda de objeto dos processos no TCU que trataram do conteúdo consensuado	Promoveria segurança jurídica, porque os atores envolvidos não se submeteriam ao risco de serem responsabilizados em razão de matéria já solucionada consensualmente.
j	Proteção contra responsabilização dos agentes negociantes, salvo em casos de fraude ou dolo	Promoveria segurança jurídica, pois os agentes públicos envolvidos no acordo não ficariam sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais.

Fonte: elaboração própria.

Inicialmente, cumpre discorrer sobre pontos que o relator abordou como relacionados à legalidade e à motivação do termo de autocomposição (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

No que diz respeito à possibilidade de revisão do contrato para modificar a forma do fornecimento de energia, não se vislumbrou, na teoria geral dos contratos, óbices para a revisão por acordo entre as partes.

Levantou-se, ainda, a questão de possível revelia no dever de licitar (art. 37, XXI, CF), pois os demais concorrentes deveriam ter acesso às exatas condições de inflexibilidade para oferecer as suas propostas, o que de fato ocorreu, dado cenário fático da época. Contudo, os moldes inicialmente concebidos foram estabelecidos por motivo excepcional, inexistindo o interesse, por ora, de empreender certame semelhante – seria excessivamente custoso –, assim como seria de alta onerosidade o cumprimento dos CERs nas condições originalmente pactuadas, tendo em vista as circunstâncias atuais. Aduziu-se que, em verdade, a inércia do Poder Público frente a um quadro antieconômico é que poderia ensejar responsabilizações.

Nesse sentido, o relator, Ministro Benjamin Zymler, frisou que o termo de autocomposição figuraria como um aditivo supressor, não havendo limites para o acordo entre as partes em face de razões supervenientes impassíveis de serem conhecidas *ex ante*, ainda que se utilize a Lei nº 8.666/1993 como parâmetro subsidiário.

Ademais, quanto ao juízo de conveniência e de oportunidade da discricionariedade da celebração do acordo, ressaltou-se haver “clara e relevante redução tarifária, com ganhos à coletividade um tanto óbvios” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 15).

Ainda nessa toada, o relator trouxe o questionamento quanto a eventual discricionariedade na aplicação das multas contratuais pelo atraso nos empreendimentos da KPS. Quanto a isso, enfatizou que tais condições só se fariam de modo precário no acordo, com a suspensão dos processos sancionadores até 31/12/2023, os quais continuariam a ser objeto de negociação no âmbito da CSC até solução definitiva.

Segundo o Ministro, considerando o período de vigência do acordo – o qual seria suficiente, como dito, para produzir economia milionária para os consumidores –, nada impediria que as próprias partes ou o TCU entendessem posteriormente pela impossibilidade de consenso dos demais itens em discussão.

Dito isso, passa-se ao exame das cláusulas propriamente ditas, identificando-as pelas letras assinaladas na tabela acima disposta.

Na instrução da SSC (TC nº 006.253/2023-7, peça 51), ressaltou-se que **a)** a redução da inflexibilidade – o valor de geração mínima obrigatória de energia elétrica de determinada usina termelétrica (Galter, 2023) – teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois permitiria a redução tarifária que impacta o consumidor, o que geraria ganhos imediatos à coletividade (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

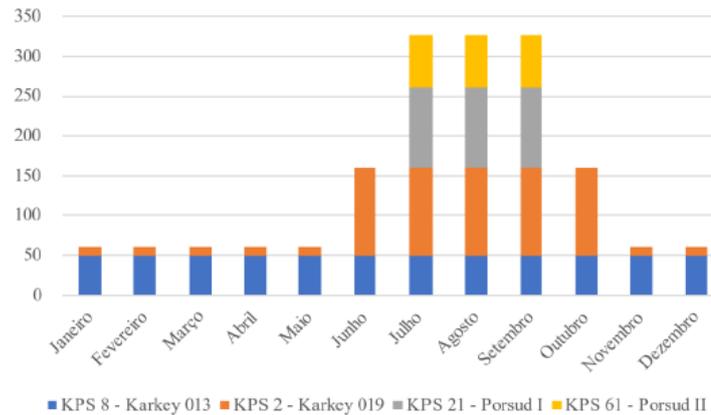
De acordo com o certame, com os contratos assinados e com as decisões judiciais correlatas, a KPS geraria, de forma inflexível, 144 MW médios em base anual. Contudo, por conta da melhora na situação hídrica do país, diminuiu-se a necessidade de geração termelétrica. Por isso, a redução da inflexibilidade das usinas da empresa permitiria o uso de recursos mais baratos disponíveis no sistema.

Conforme a estrutura de sazonalização prevista nos contratos da companhia, os meses de julho, agosto e setembro representariam o período com maior geração de energia.

Veja-se gráfico referente à previsão inicial:

Figura 1 – Previsão inicial de geração das usinas KPS

Figura 1. Previsão inicial de geração das usinas da KPS



Fonte: Relatório da Comissão de Solução Consensual (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Nessa linha, em razão de a KPS possuir um processo de governança e de logística para aquisição, transporte e armazenamento de gás natural, para que pudesse haver benefício ao consumidor já em julho de 2023, o acordo deveria ser aprovado até 07/6/2023.

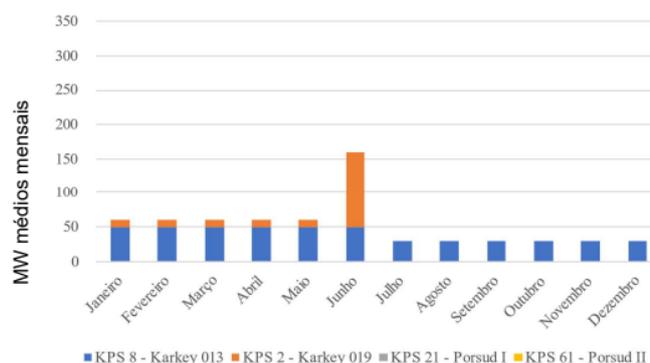
O termo de autocomposição previu, depois de 01/7/2023, a eliminação de geração inflexível em todas as UTEs, exceto na Karkey 013, que manteria inflexibilidade uniforme no patamar de 29 MW médios mensais.

Isso representaria benefícios tarifários, apenas no mês de julho de 2023, de aproximadamente R\$ 230 milhões devidos como remuneração à parcela vinculada às despesas do combustível utilizado nas UTEs.

Confira-se gráfico relativo à previsão de geração no caso de assinatura do pacto:

Figura 2 – Geração inflexível no exercício de 2023 no caso de operacionalização do termo

Figura 2. Geração inflexível no exercício de 2023 no caso de operacionalização do termo



Fonte: Relatório da Comissão de Solução Consensual (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Ao todo, a redução da inflexibilidade promoveria a diminuição de custos dos consumidores na ordem de R\$ 579 milhões na Conta de Energia de Reserva (CONER) (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Quanto à cláusula de **b)** apuração mensal da produção energética, em oposição à horária, destacou-se que a contabilização por mês permitiria uma operação mais eficiente dos empreendimentos e não impactaria o período anterior à celebração do acordo.

Além disso, estabeleceu-se que a modulação da energia mensal deveria ser ajustada com o Operador Nacional do Sistema (ONS).

Os demais pontos do termo de autocomposição, segundo o TCU, estariam voltados para o reforço da segurança jurídica do instrumento e/ou para a assecuração do processo de discussão no âmbito da Comissão.

Previu-se **c)** a preservação da eficácia das outorgas, da garantia física e da potência contratada, o que promoveria segurança jurídica à execução dos contratos e asseguraria as discussões na CSC.

As usinas teriam lastro contratual para a oferta de energia dos CERs e, paralelamente, o SIN continuaria a contar com a disponibilidade de potência, caso fosse necessário o despacho pelo ONS.

Nesse sentido, ponderou o MME (Acórdão nº 1130/2023, Voto) que as usinas do PCS representam, para além da inflexibilidade contratada (muito provavelmente prescindível), potência, que não necessariamente será dispensável ao SIN. Dessa forma, permaneceria o interesse na contratação, a fim de cobrir eventuais déficits de potência em dias e horários de pico de demanda.

Compreendeu-se, ainda, que a preservação das outorgas estabilizaria o conflito discutido no mandado de segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400. Na referida ação, o juízo deferiu o pedido de tutela provisória da KPS para reestabelecer o efeito suspensivo das decisões de cassação das outorgas até julgamento final da Agência quanto aos pedidos de excludente de responsabilidade da empresa. Como contracautela, determinou que a CCEE retivesse, mensalmente, 25% do repasse mensal à companhia, valor que, após três meses, superou 180 milhões de reais.

Nesse sentido, propôs-se que **d)** a empresa e a ANEEL deveriam peticionar naqueles autos pleiteando a suspensão do processo por 180 dias e a liberação dos valores depositados.

Nessa toada, **e)** o montante liberado seria direcionado à CONER, com a finalidade específica do pagamento devido pela KPS dos valores de compensação da receita de combustível já paga à companhia por execução contratual prévia à celebração do acordo. Previu-se, ainda, que a quantia remanescente da diferença seria descontada da receita de venda da empresa dos meses de julho a dezembro de 2023, em seis parcelas mensais e iguais.

Ademais, visando à concentração de esforços nos debates voltados à solução consensual, as partes concordariam com a **f)** suspensão, enquanto vigente o termo, dos seguintes litígios em trâmite nos processos administrativos na ANEEL:

- (i) pedido de reconsideração no pedido original de exclusão de responsabilidade, protocolado em 16 de agosto de 2022, em face do Despacho nº 2.171, de 9 de agosto de 2022;
- (ii) pedido superveniente de exclusão de responsabilidade, protocolado em 29 de agosto de 2022;
- (iii) recurso administrativo, protocolado em 02 de dezembro de 2022, em face dos Despachos nºs 3.351, 3.352, 3.353 e 3.354, todos de 24 de novembro de 2022;
- (iv) impugnação às penalidades aplicadas pela CCEE, protocolado em 16 de setembro de 2022; e
- (v) rescisão dos CERs e revogação das outorgas consubstanciadas nas Resoluções Autorizativas (Acórdão nº 1130/2023, Relatório, p. 9).

Com isso, promover-se-ia segurança jurídica. A empresa, na vigência do termo, manteria suas outorgas e não seria responsabilizada pelo atraso nos empreendimentos do PCS. Por outro lado, no caso de não haver acordo posterior, os processos voltariam a tramitar normalmente.

Em razão dessa hipótese ou de eventual atraso nas negociações, **g)** a minuta dispôs sobre a possibilidade de ultratividade de trinta dias, a contar de 31/12/2023, dos efeitos em relação à inflexibilidade da geração e à manutenção da outorga, da garantia física e da contratação da potência. Isso porque a lógica corporativa da KPS para aquisição de gás e retomada das operações demanda um prazo de trinta dias. Nas negociações, inicialmente foram propostos noventa dias, contudo, a ANEEL ponderou que a extensão dessa condição poderia limitar a atuação da Agência caso não fosse firmado acordo pelo período integral dos CERs (TC nº 006.253/2023-7, peça 48).

Ademais, acordou-se que **h)** o termo de autocomposição teria efeitos apenas a partir da celebração, de modo que ficaria preservada a eficácia das transações comerciais realizadas nos moldes dos contratos até 30/6/2023.

A minuta trouxe, ainda, **j)** cláusula de proteção contra responsabilização dos agentes negociantes, na seguinte forma:

Os agentes públicos envolvidos no processo negocial deste TERMO, tanto na Comissão de Solução Consensual, como na estrutura decisória de governança das Partes, não estarão sujeitos à responsabilização em processos de controle externo perante o TCU pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais, salvo em casos de fraude ou dolo (TC nº 006.253/2023-7, peça 73).

Com isso, os agentes públicos envolvidos no acordo não ficariam diuturnamente sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas no âmbito dos procedimentos negociais.

Finalmente, estabeleceu-se que **i)** os processos de controle externo em tramitação na Corte de Contas cujos objetos forem tratados e consensuados entre as partes serão arquivados por perda de objeto. Essa cláusula e a anteriormente mencionada foram inspiradas nos princípios e nos resultados do Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o TCU, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Supremo Tribunal Federal, que culminaram nas minutas dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

Dessa forma, as partes não correriam o risco de serem responsabilizadas – em virtude de processos em andamento no TCU antes do acordo – por matéria já solucionada consensualmente.

Ainda com relação a essa cláusula, ressaltou-se no acórdão que a produção de efeitos se daria apenas no TC nº 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do mencionado Acórdão nº 2.699/2022 (que exarou ordem para que o MME avaliasse a manutenção ou não dos CERs), restringindo-se a perda de objeto à parcela concernente aos contratos da KPS.

Existem dois pontos não materializados na proposta, mas que foram considerados importantes pelo Tribunal no caso concreto. O primeiro deles é referente à declaração, no relatório da CSC, de que as discussões para alcançar um próximo acordo continuariam a ser realizadas no âmbito da Comissão. Assim, considerando o caráter de urgência em que foi posto o termo à celebração, demais questões poderiam ser maturadas até a solução definitiva para a controvérsia.

O segundo item concerne ao fato de que não há, na proposta, previsão de que o instrumento vinculará as partes a um novo termo depois do fim da vigência. Com

isso, nada impediria que as próprias partes ou o TCU entendessem pela impossibilidade de consenso sobre os demais itens em debate.

Após a apresentação da proposta pela CSC, os autos foram encaminhados ao MPTCU, nos termos da IN nº 91/2022. O órgão exarou parecer no sentido de haver inegável interesse público na aprovação do termo de autocomposição, o qual consubstanciaria solução que, segundo o órgão, certamente não seria alcançada pelos procedimentos administrativos tradicionais e/ou de controle externo (Acórdão nº 1130/2023, Relatório).

Ponderou-se o benefício potencial, decorrente do acordo, de mais de meio bilhão de reais no ano de 2023, em face às incertas vantagens decorrentes do prosseguimento dos processos administrativos de rescisão unilateral, pois dependeriam de decisões definitivas da ANEEL, as quais seriam, ainda, passíveis de judicialização.

Nesse sentido, o MPTCU entendeu que, por ter o termo de autocomposição caráter temporário, caso não viesse a ser celebrado novo acordo ao final da vigência, os procedimentos administrativos junto à Agência teriam continuidade regular em seus trâmites.

Enfim, o relator votou para aprovar a minuta e o entendimento foi ratificado na sessão plenária de 07/6/2023, ocasião na qual se autorizou a realização de monitoramento da execução do acordo, conforme o art. 13 da IN nº 91/2022. Na mesma oportunidade, determinou-se a restituição dos autos à SecexConsenso para a continuação dos trabalhos da Comissão.

Então, após deferimento de prorrogação de prazo, a minuta de acordo final foi apresentada pela CSC e aprovada pelo Plenário em 06/12/2023 (TC nº 006.253/2023-7, peça 116).

Estabeleceu-se o novo período de suprimento contratual entre 30/9/2022 e 31/5/2026 e foram promovidos termos aditivos aos CERs, consolidando as cláusulas aprovadas pela Corte de Contas.

No acordo final, foi estipulada a redução das multas editalícias e contratuais aplicadas à KPS de R\$ 1.114.286.109,42 para R\$ 336.220.205,88, sem reconhecimento de responsabilidade entre as partes, e com fixação do prazo de doze meses para pagamento (de janeiro a dezembro de 2024), sem juros e atualização monetária.

Com exceção dessa disposição e da alteração do período da extensão contratual até 31/5/2026, houve uma “mera ratificação e extensão” (Acórdão nº 2508/2023, Voto, p. 4) das vantagens mútuas estabelecidas na primeira minuta do acordo.

No mesmo sentido do que fora discutido, as outorgas, a garantia física, a potência contratada, a contabilização mensal e as condições de redução da geração inflexível (e a consequente baixa na receita associada a combustível) foram mantidas.

A empresa se comprometeu a encerrar, por perda superveniente de objeto, o Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400, a Ação Cautelar nº 1105523-09.2022.8.26.0100 e o Procedimento Arbitral nº 22/2022.

Nessa linha, a ANEEL se obrigou a extinguir, por perda de objeto, sem qualquer determinação em face da KPS, todos os processos instaurados em seu âmbito nos quais se discuta punição, rescisão contratual, inadimplência, cobrança ou qualquer outra oneração por fatos relacionados aos CERs ou ao PCS antes da data da assinatura do termo.

Ademais, a Agência concordou em comunicar à CCEE a necessidade de adoção de providências para que considerem plenamente extintas todas as penalidades, recontabilizações e débitos em geral de natureza contratual, associativa ou regulamentar, por fatos relacionados aos CERs ou ao PCS antes da data de assinatura do termo; e de extinção de processos instaurados na Câmara no mesmo contexto.

4.3 A posição do TCU com a homologação do acordo

Detalhado o acordo, é necessário destrinchar a posição que tomou o TCU com a homologação dos termos de autocomposição, ou seja, a perspectiva da Corte acerca de sua própria atuação, bem como a concepção do Tribunal sobre o panorama do processo de assinatura do pacto. Esses aspectos serão analisados sob a perspectiva dos tópicos doutrinários estudados ao longo deste trabalho, quais sejam, os obstáculos aos acordos administrativos (princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público) e as considerações atinentes ao direito administrativo do medo.

4.3.1 A perspectiva dos obstáculos aos acordos administrativos – Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

De acordo com a instrução lavrada pela SecexConsenso (TC nº 006.253/2023-7, peça 51), a solução concertada permitiria a coordenação de ação entre os agentes para aumentar a eficiência do contrato, sob a ótica do interesse público. Isso porque, sem a concretização dessa ação coordenada envolvendo o MME, a ANEEL e a KPS, a execução dos CERs, nos termos da época, implicaria pagamentos que poderiam ser realizados de forma menos onerosa ao consumidor.

Segundo o relator do acórdão, a função do Tribunal com o mecanismo da IN nº 91 seria de “controle concomitante excepcionalíssimo, pari passu, com o ato controlado” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14), o qual seria necessário para conferir estabilidade à emanção de vontades. Amplificar-se-ia, assim, a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre os participantes.

Isso se daria principalmente com a segregação entre negociação e homologação, ou seja, quem media as tratativas pré-acordo (membro da SecexConsenso) não é quem vai decidir sobre a aprovação ou não da transação (Plenário). Sendo assim, em tese, o controlador que homologa ou não o termo de autocomposição não tem acesso às reuniões da CSC, mas apenas ao que elas decidem entregar no relatório da Comissão.

Ainda sob esse ângulo, quando da aprovação de termo construído nos autos de outra SSC decorrente do PCS nº 1/2021 (TC nº 006.252/2023-0), ressaltou-se que inexistiria pleno equilíbrio de poderes negociais, tampouco simetria de informações (Acórdão nº 1797/2023, Voto). O Ministro relator, Benjamin Zymler, ressaltou que a transparência da operação, necessária por envolver o múnus público – permeado pelos princípios correlatos, inclusive o da publicidade –, teria sido devidamente esgotada, com a exigência de maior detalhamento dos valores contratuais, a qual foi providenciada “na fronteira dos interesses e possibilidades das contratadas” (Acórdão nº 1797/2023, Voto, p. 19).

Ou seja, haveria assimetria de informações, mas no limite do sigilo empresarial, pois a exposição de dados estratégicos, empresariais e financeiros, se levada ao extremo, pareceria “tanto impraticável (à luz da anuência de outros parceiros de negócio) como desproporcional” (Acórdão nº 1797/2023, Voto, p. 18). Assim, a ausência do reconhecimento do caráter competitivo-empresarial da operação seria um óbice insuperável ao acordo, ainda que se trate de operação de grande vulto.

Assim, com essas ressalvas, o estabelecimento de cooperação legítima possibilita considerarem-se efetivamente todas as circunstâncias do caso e, conseqüentemente, identificar-se a melhor saída para a concretização dos interesses públicos em jogo.

Segundo Palma, “o ponto está em considerar o administrado não como um adversário, que enseja vínculos administrativos verticalizados (...), mas, sim, como seu colaborador” (Palma, 2015, p. 143). A assimetria de informações entre regulador e regulado demandaria maior participação do particular no processo de tomada de decisão, não somente como espectador, mas como protagonista ao lado do Poder Público (Marques, 2023).

Para além disso, a SecexConsenso ressaltou a importância da atuação da SecexEnergia no processo de autocomposição, pois a unidade teria contribuído extensamente tanto para a segurança jurídica do processo decisório, quanto para a própria solução materializada no termo (TC nº 006.253/2023-7, peça 51). Essa Secretaria teria desenvolvido importantíssimo papel ao ponderar tecnicamente os riscos e as possíveis alternativas para assegurar a exequibilidade do acordo produzido no âmbito da CSC.

Sabe-se que o acordo administrativo pode servir de instrumento para a satisfação de finalidades setoriais mais específicas (Palma, 2015), como se deu no caso analisado. Respostas com atenção às peculiaridades do setor no qual há a controvérsia e ao tipo de problema existente passam a ser preferidas em relação às decisões rígidas, formais e uniformes para todos os subsistemas de direito administrativo.

Isso porque a flexibilidade propicia adaptabilidade às particularidades do cenário em que se encontra o problema (Palma, 2015). É justamente o que ocorre na construção de um termo de autocomposição como o examinado, o qual demandou análise técnica consideravelmente específica, que talvez não fosse passível de ser executada, no mesmo nível, no âmbito de ação judicial, por exemplo.

Isso foi explicitamente confirmado pelo TCU no Acórdão nº 2139/2022, o qual serviu de inspiração para a edição da IN nº 91/2022. Naquele caso, o Tribunal, considerando as peculiaridades da situação, entendeu serem possíveis a alteração da matriz de risco do contrato e a prorrogação do prazo da concessão via TAC, mesmo que não previsto expressamente em lei ou regulamento. Pode-se dizer que o mesmo ocorreu com o Acórdão nº 1130/2023, uma vez que os moldes do certame quanto às

regras de geração de energia foram modificados pelo termo de autocomposição, apesar de também ausente previsão explícita em lei ou regulamento.

Importante destacar que a consensualidade administrativa é uma técnica regulatória (Anatel, 2023) e de gestão (Palma, 2015) pela qual pactos são firmados entre Administração e administrado mediante negociação da prerrogativa imperativa estatal. Alguns elementos de eficiência dos acordos seriam: resolução do caso concreto, economia processual, de tempo e de recursos, cumprimento espontâneo da decisão e afirmação da autoridade do Estado. Especialmente no que tange à inovação no âmbito dos negócios administrativos, a legalidade teria uma vinculação negativa (fazer tudo que a lei não proíba), de modo que a criatividade teria mais espaço para se desenvolver (Anatel, 2023).

Ainda com relação a isso, o MPTCU ressaltou justamente o maior potencial de efetividade dos acordos em comparação com os atos imperativos unilaterais: “poupam-se tempo e recursos que seriam consumidos ao longo do processo tradicional, para obter solução com maior potencial de efetividade, pois aceita pelas partes” (Acórdão nº 1130/2023, Pronunciamento MPTCU, p. 1). Segundo o *parquet*, isso seria inalcançável por meio de mecanismos tradicionais de composição de conflitos, consubstanciados em imposições de obrigações por decisões judiciais ou administrativas.

Especificamente quanto ao setor de eletricidade, dado seu recente histórico, seria possível concluir que **(i)** as crises são cíclicas e têm alto potencial de gerar controvérsias; **(ii)** as regras preestabelecidas não são sempre suficientes para soluções eficientes e proporcionais ao conflito; e **(iii)** a judicialização e a demora na resolução implicam altos custos de transação e externalidades negativas com impactos no consumidor (Marques, 2023). Por isso, demandar-se-iam respostas mais adequadas, pois o tempo gasto com as vias típicas pode gerar mais prejuízo.

Nesse sentido, consignou o Ministro relator que, sem o procedimento instaurado, seria provável que não se chegasse a um consenso ou, então, o tempo necessário para resolução dos litígios nos mecanismos tradicionais atrasaria ou impediria a ultimação dos interesses coletivos (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

Esse posicionamento corrobora o argumento de que, muitas vezes, o ato consensual pode ser considerado o meio para alcançar o interesse público, isto é, “a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo” (Palma, 2015, p. 171), em oposição à

concepção de que a negociação do exercício das prerrogativas públicas poderia implicar prevalência do interesse privado. Afinal, ao lado da função de arbitramento de interesses, há o dever da Administração de harmonizá-los.

A consensualidade objetiva manter a qualidade e a eficácia da decisão administrativa; conferir celeridade ao procedimento administrativo e à concretização de uma decisão final; e propiciar segurança jurídica com a definição da disciplina da relação jurídico-administrativa correlata (Palma, 2015, p. 237).

Com isso, na hipótese de um acordo ser firmado antes de decisão do Poder Público acerca da responsabilidade administrativa, como se deu com a ANEEL e a KPS no caso sob estudo, a Administração teria a chance de beneficiar de redução de tempo e de custos, conforme destacou o MPTCU.

Noutro giro, o relator do acórdão ressaltou que, nada obstante a possibilidade de rescisão contratual e a consequente aplicação de multas, as tutelas judiciais que sustentavam o fornecimento de energia mais cara pelas UTEs teriam alto risco de virar definitivas. Assim, “[e]ventual solução de consenso, pois, ao tempo em que viabilizaria a redução dos custos gerais aos consumidores, colocaria fim nos litígios em curso na justiça” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 6). O termo de autocomposição, portanto, viabilizaria a modicidade tarifária, ao passo em que preservaria a segurança jurídica e a estabilidade da relação contratual.

Dessa maneira, vislumbra-se a concretização, no acordo, do interesse público em três níveis.

O primeiro, com a redução tarifária, que, conforme consignado pelo TCU, teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois impactaria significativamente o consumidor na monta de 579 milhões de reais (Acórdão nº 1130/2023, Voto).

O segundo, com a manutenção da geração de energia contratada, pois o Estado ainda contaria com as usinas da KPS para cobrir eventuais déficits de potência em dias e horários de picos de demanda (permaneceria o interesse na contratação) e, por isso, a opção de rescisão unilateral não traria segurança ao fornecimento de eletricidade. Em adição, a rescisão não impediria o ajuizamento de ações judiciais posteriores e a prolação de decisões desfavoráveis à economicidade almejada pelo encerramento unilateral, sem contar com os custos que poderiam advir da terminação em si. Da mesma maneira, empreender certame semelhante seria excessivamente custoso, assim como o cumprimento dos CERs nas condições originalmente

pactuadas. Portanto, o acordo conferiria segurança ao Estado quanto à geração de energia e corresponderia à alternativa mais econômica para o caso.

O terceiro, com a manutenção das outorgas, uma vez que a KPS não sofreria com a multa bilionária advinda do inadimplemento contratual; e que os investimentos envidados pela empresa não seriam inutilizados. Resguardar-se-ia, assim, a segurança jurídica também do particular, levando em conta, da mesma forma, os mencionados dispêndios decorrentes de eventual rescisão.

4.3.2 A perspectiva do direito administrativo do medo

A SecexConsenso frisou a sensibilidade, a complexidade e a alta relevância do tema analisado na SSC. Destacou que, avaliando-se o processo decisório sob os aspectos subjetivos, seria compreensível que o gestor se dispusesse a adotar soluções mais conservadoras, de modo a seguir o rito usual do processo administrativo clássico (TC nº 006.253/2023-7, peça 50).

Nessa perspectiva, rememore-se que, no PCS objeto do pleito estudado, foram contratadas, ao todo, dezessete usinas com 1.4 GW de potência outorgada e impacto total estimado, até dezembro de 2025, de R\$ 39 bilhões. Dadas as proporções envolvidas, seria, de fato, compreensível se o regulador se mantivesse na zona de conforto, considerando o risco do controle por eventual decisão que fugisse dos padrões tradicionais.

Conforme já dito, o direito administrativo do medo pode impedir a criação de um ambiente propício à inovação, em razão da elevada rigidez dentro do setor público, decorrente do controle disfuncional (Santos, 2022).

Com isso, as autoridades administrativas, quando desafiadas pela realidade – como se deu no caso sob análise –, tendem a preferir não se arriscar com soluções “fora da caixa” (Campana, 2017), hipótese em que pode ser prejudicada a eficiência pública (Carnaes, 2022). Contudo, no processo analisado, tendo em vista a inauguração da SSC junto ao TCU, as partes partiram para a alternativa ao procedimento tradicional, de modo a buscar melhor atender ao interesse coletivo em jogo.

A SecexConsenso ponderou as vantagens do acordo em duas ordens de benefícios potenciais: (i) quantitativos (cerca de 579 milhões de reais em redução de custos da CONER), que se tornariam efetivos com a assinatura e a operacionalização

do termo de autocomposição; e **(ii)** qualitativos (aumento da segurança jurídica no processo de tomada de decisão consensual na Administração Pública), que se fariam efetivos com a consolidação do mecanismo previsto na IN nº 91/2022 (TC nº 006.253/2023-7, peça 51).

Em relação aos benefícios potenciais qualitativos, a aprovação do termo de autocomposição pela Corte de Contas traria segurança jurídica não apenas ao acordo a ser celebrado, mas também aos agentes envolvidos no processo de tomada de decisão, especialmente considerando as cláusulas 1.3 e 1.4 (da primeira minuta) e 4.2 e 4.3 (da minuta final):

4.2. Os agentes públicos envolvidos no processo negocial deste TERMO, tanto na Comissão de Solução Consensual, como na estrutura decisória de governança dos SIGNATÁRIOS, não estarão sujeitos à responsabilização em processos de controle externo perante o TCU pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais, salvo em casos de fraude ou dolo.

4.3. Os processos de controle externo em tramitação no TCU cujo objeto em apuração for tratado neste TERMO e objetivamente consensuado entre os SIGNATÁRIOS serão arquivados por perda de objeto, nos termos do art. 168, inciso III do Regimento Interno do TCU, salvo em casos de fraude ou dolo.

Quanto ao primeiro, constata-se que corresponde a cláusula que atribui segurança jurídica aos agentes públicos envolvidos e à estrutura de governança dos demais signatários, os quais não ficarão diuturnamente sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas no âmbito dos procedimentos negociais.

O segundo consiste em previsão de arquivamento, por perda de objeto, de processos em tramitação no TCU cujos conteúdos sejam tratados no acordo. Verifica-se, portanto, que também consiste em dispositivo que confere segurança jurídica às partes, para que não corram o risco de serem responsabilizadas pelo Tribunal em razão de temas já resolvidos consensualmente. Esse dispositivo, conforme anotado, tem limitação de efeitos ao TC nº 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do Acórdão nº 2.699/2022, em que se exarou ordem para que o MME avaliasse a manutenção ou não dos CERs, restringindo-se a perda de objeto à parcela concernente aos contratos da KPS.

Diante disso, compreende-se que esses dispositivos, a princípio, permitiriam o aumento da segurança jurídica no processo de tomada de decisão concertada na Administração Pública. Essas cláusulas estimulariam o gestor a procurar por soluções mais inovadoras na seara consensual, sem o receio de sofrer responsabilização pela

criatividade adotada em casos que a requerem, ao menos na hipótese em que o acordo for pactuado com intermediação do TCU.

Sendo assim, considerando a disponibilidade do mecanismo previsto na IN nº 91, seria possível buscar saídas que possam atender melhor ao interesse público do caso concreto, em oposição aos trâmites tradicionais, muitas vezes morosos, que são seguidos pelo medo do controle dentro de uma crise de ineficiência (Guimarães, 2016).

O relator do acórdão reforçou o papel homologatório do TCU no acordo, de modo a ratificar “a legalidade do objeto da negociação, quanto da sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, direcionada ao atendimento do interesse público primário” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14). Estaria sendo exercido um “juízo de juricidade amplo” (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14) sobre o negócio jurídico levado ao exame da Corte, subscrito por jurisdicionados que têm o dever de prestar contas, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF.

Contudo, mesmo se o Poder Público buscar a solução consensual perante o TCU, há chances de o Tribunal, no exercício dessa nova forma de controle externo, “vetar” minuta de acordo considerada adequada segundo os atores envolvidos.

O art. 11, § 2º, da IN nº 91/2022 dispõe que o Plenário poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC. Caso não haja concordância de algum representante de órgão ou entidade da Administração Pública com as alterações sugeridas, o relator determinará o arquivamento do processo.

Isso estaria justificado pela posição do Tribunal de “interveniente anuente”, que, apesar de não participar propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente do envolvimento da Corte, possui um interesse direto como controlador.

Assim, o juízo homologatório vem acompanhado de um poder de “veto” caso o gestor não concorde com as sugestões do Plenário. Esse dispositivo faz sentido no caso de haver manifesta afronta ao ordenamento jurídico ou incoerências quanto aos recursos públicos negociados.

Todavia, se for regular o processo negocial, tal dinâmica parece destoar um pouco da lógica consensual utilizada como base para a edição da instrução normativa estudada.

Veja-se: a Corte emite recomendações, com base na sua interpretação controladora de conceitos e eventos conectados ao caso concreto, a qual pode

divergir do juízo do gestor quanto aos mesmos fatores. Esse juízo da autoridade administrativa pode não contrariar as normas vigentes ou não produzir irregularidades, mas apenas ser diverso da posição subjetiva do TCU, segundo as suas próprias concepções do que, dentro de sua área de atuação, seria mais adequado ao atendimento do interesse público.

Nesse sentido, considerando a hipótese de que as cláusulas acordadas não violariam o ordenamento jurídico, questiona-se: não tendo a autoridade concordado com os apontamentos do Tribunal e tendo sido arquivada a solicitação, o gestor consideraria a promoção, dentro de sua própria esfera, da solução “rejeitada” pela Corte, mas que ele julgou ser mais eficiente?

Em caso positivo, haveria alto risco de responsabilização mediante controle posterior, considerando que o TCU já haveria sinalizado óbice quando da determinação de arquivamento da SSC.

Em caso negativo, cogita-se que o decisor poderia levar a diante o processo administrativo tradicional, cujo resultado não necessariamente seria o mais eficiente, mas talvez o mais seguro do ponto de vista da responsabilização pessoal. Ou então, a depender da complexidade do caso, poderia constatar-se um imobilismo decisório pelo receio do controle, terceirizando-se o problema a possível apreciação do Judiciário (Santos, 2020), hipótese em que o gestor se resguardaria, de modo a apenas cumprir eventual decisão.

Por derradeiro, ainda quanto às cláusulas 1.3 e 1.4, o relator citou o art. 24 da LINDB como legitimação para tais dispositivos. Para ele, a análise da legalidade e da motivação pela Corte materializaria as orientações gerais da época, ao tempo da decisão e de acordo com o caso concreto, servindo de marco para exame posterior de validade do ato.

Entende-se ser relevante a função do TCU nesse sentido. O Tribunal serviria como fator de confirmação da regularidade das condições pactuadas com o direito contemporâneo ao ato, especialmente considerando que os termos dos acordos firmados nem sempre se apoiarão na legalidade estrita, dados os níveis de complexidade e de ineditismo de certos casos. Sendo assim, de fato, ampliar-se-ia a segurança jurídica do negócio, pois o termo contaria com o aval da burocracia no caso de eventual questionamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta monografia, propôs-se a responder à seguinte pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91/2022 e **(i)** as questões listadas pela doutrina da Administração consensual como obstáculos à implementação de acordos administrativos (princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público); e **(ii)** a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo?

Como resposta, formulou-se a hipótese de que não seria possível afirmar que a instrução normativa resolveu os apontamentos levantados pela bibliografia da Administração consensual e do direito administrativo do medo, apesar de haver elementos indicadores do contrário.

Quanto ao ponto **(i)**, compreende-se que o termo aprovado pelo Acórdão nº 1130/2023 teria concretizado a satisfação do interesse público por meio da composição dos interesses da coletividade, da Administração e do administrado. Além disso, também teria sido materializado o interesse público com a adoção de uma solução mais eficaz (pois construída pelas partes), célere (em comparação com o procedimento administrativo tradicional e com a rescisão unilateral), segura juridicamente (para a relação contratual e para o fornecimento de energia) e econômica (para os consumidores e para as partes negociantes).

Ademais, a separação interna no TCU entre negociação e homologação propicia um ambiente de maior confiança entre as partes, de modo que, independentemente da aprovação ou não do pacto pelo Tribunal, o controlador-homologador (Plenário) não participa das tratativas pré-acordo, nas quais os negociantes expõem os dados necessários à resolução do conflito. Esse fator pode ter incrementado a negociação que, no caso concreto, culminou na solução que melhor atendeu ao interesse público.

Dessa forma, acredita-se que não prevaleceu o interesse privado em detrimento do público e nem foi violado o princípio da indisponibilidade no caso sob exame, pois, como visto, esse último preceito não pode impedir trocas bilaterais quando assim for desejável ao interesse público primário, que teria sido materializado com o termo de autocomposição.

Contudo, apesar de entender-se que houve a superação desses problemas doutrinários no caso concreto, não há elementos, na IN nº 91, que indiquem uma

solução, no âmbito geral de sua aplicação, para as questões do princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Acerca do tópico **(ii)**, não obstante existam fatores aptos a promover segurança na perspectiva do direito administrativo do medo, isto é, o menor receio de responsabilização pessoal dos gestores por decisões tomadas em acordos administrativos (neste recorte), compreende-se que esse aspecto não foi resolvido pela IN nº 91/2022.

Se aprovado o pacto pelo TCU, consagra-se a validade do negócio, pois a análise pela Corte da legalidade e da motivação materializa as orientações gerais da época, ao tempo da decisão e de acordo com o caso concreto, conforme o art. 24 da LINDB. Dessa forma, o acordo e as partes estariam resguardados do controle posterior.

Estimular-se-ia, assim, o gestor a procurar por soluções mais inovadoras consensualmente, sem o receio de sofrer responsabilização pessoal pela criatividade adotada em casos que a requerem para a satisfação do interesse público.

Nessa linha, o termo de autocomposição analisado previu duas cláusulas importantes, quais sejam, o arquivamento de processos no TCU cujos objetos sejam tratados no acordo e a não responsabilização dos agentes públicos e da cadeia de governança dos signatários pelas decisões tomadas no âmbito dos procedimentos negociais. Esses dispositivos reafirmam a segurança jurídica no processo de tomada de decisão administrativa acordada. Contudo, não há indícios de que essas disposições necessariamente estarão presentes em todos os acordos homologados pelo Tribunal, pois não há previsão nesse sentido na IN nº 91.

Ademais, mesmo que se busque a solução consensual perante o TCU, o juízo homologatório da Corte vem acompanhado de um poder de “veto” na hipótese de o Poder Público não acatar as sugestões do Plenário (art. 11, § 2º, IN nº 91/2022). Assim, caso o regulador-decisor não adote as recomendações do Tribunal e depois promova, dentro de sua própria esfera, o acordo proposto, correrá alto risco de responsabilização, considerando que a Corte já haveria sinalizado óbice quando da determinação de arquivamento da SSC.

Por outro lado, caso o gestor não adote as recomendações do TCU e tampouco promova o acordo à sua conta, cogita-se a resolução do problema mediante processo administrativo tradicional, cujo resultado não necessariamente será o mais eficiente,

mas talvez o mais seguro do ponto de vista da responsabilização. Alternativamente, poderá ser constatado um imobilismo decisório.

Dessa maneira, apesar de o controle concomitante ao ato controlado conferir estabilidade jurídica ao acordo, o que é positivo em termos de responsabilização pessoal dos agentes envolvidos, há dispositivo na IN (art. 11, § 2º) que tem potencial de promover o contrário.

Por essas razões, considerando o curto período de vigência da IN nº 91/2022, o baixo número de casos em que foi aplicada e a estrutura institucional recente da SecexConsenso, não haveria evidência de que os elementos da instrução normativa convergem em uma solução real para os problemas descritos na literatura acima referenciada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Dia 4/9 - Simpósio Repensando o Direito Regulatório: o que elas propõem?** - Juliana Bonacorsi de Palma. YouTube, 4 set. 2023. 1 vídeo (158min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=UCgXJ8v2Czc>. Acesso em: 26 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

BRAGANÇA, Fernanda.; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Meios adequados de solução de conflitos em contratos de obras e serviços de engenharia. *In*: BRAGANÇA, Fernanda; CHAVES, Maria Paula; AGUIAR, Maria Paula; DE SOUZA, Wladimir Kumpel (org.). **Solução de conflitos e sociedade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. p. 402-412.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2023. **Notícias** – TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/consensuais/%2520%2520/DTR-ELEVANCIA%2520desc/11>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 140, de 21 de agosto de 2023. Recomenda e regulamenta a adoção de métodos de resolução consensual de conflitos pela Administração Pública dos órgãos do Poder Judiciário em controvérsias oriundas de contratos administrativos. **Diário de Justiça eletrônico CNJ**: Brasília, DF, n. 194, p. 2, 23 ago. 2023.

BRASIL. Decreto nº 6.514/2008, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo

federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 23 jul. 2008.

BRASIL. Decreto nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 11.122/2022, de 6 de julho de 2022. Dispõe sobre a qualificação de empreendimento público federal do setor rodoviário no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 127, p. 1, 7 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14427, 18 jul. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16037, 9 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16509, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10649, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Suplemento, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 9449, 17 jul. 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da

Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 15033, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14704, 11 jul. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19941, 10 set. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 fev. 1999.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 6 jun. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 16 mar. 2004.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**: extra, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 ago. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 27 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 6 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro),

disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 121, p. 1, 26 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 14.057, de 11 de setembro de 2020. Disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública e dispõe sobre a destinação dos recursos deles oriundos para o combate à Covid-19, durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**: edição extra D, seção 1, Brasília, DF, n. 58-D, p. 1, 26 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: edição extra F, seção 1, Brasília, DF, n. 61-F, p. 2, 1 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021. Estabelece a Lei das Ferrovias; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.636, de 15 de maio de 1998, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.257, de 10 de julho de 2001, 10.636, de 30 de dezembro de 2002, 12.815, de 5 de junho de 2013, 12.379, de 6 de janeiro de 2011, e 13.448, de 5 de junho de 2017; e revoga a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973. **Diário Oficial da União**: edição extra C, seção 1, Brasília, DF, n. 241-C, p. 32, 23 dez. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética. Resolução nº 4, de 9 de setembro de 2021. Determina a realização de Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade, de que trata a Medida Provisória nº 1.055, de 28 de junho de 2021. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 175, p. 211, 15 set. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria Normativa nº 24/GM/MME, de 17 de setembro de 2021. Estabelece as Diretrizes para realização de Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade, na forma de energia de reserva, denominado Procedimento Competitivo Simplificado de 2021. **Diário Oficial da União**: edição extra B, Seção 1, Brasília, DF, n. 177-B, p. 3, 17 set. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria Normativa nº 55/GM/MME, de 19 de dezembro de 2022. Estabelece as diretrizes e condições para a resolução amigável

dos Contratos de Energia de Reserva firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 238, p. 202, 20 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1130. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 7 de junho de 2023. Ata nº 23/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 105, Brasília, DF, 16 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1797. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 30 de agosto de 2023. Ata nº 36/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 164, Brasília, DF, 11 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2139. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 28 de setembro de 2022. Ata nº 37/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 188, Brasília, 6 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2508. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 6 de dezembro de 2023. Ata nº 50/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações, n. 226, Brasília, 15 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 10, de 22 de novembro de 1995. Dispõe sobre a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 nov. 1995.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 27, de 2 de dezembro de 1998. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 7 dez. 1998.

BRASIL. Instrução Normativa TCU nº 46, de 25 de agosto de 2004. Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles. **Revista do TCU**: n. 104, Brasília, DF, 1 abr. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 52, de 4 de julho de 2007. Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 6 jul. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 27, de 2 de dezembro de 1998. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 7 dez. 1998.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 81, de 20 de junho de 2018. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Instrução

Normativa TCU nº 81/2018. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 119, Brasília, DF, 26 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 91, de 22 de dezembro de 2022. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Instrução Normativa TCU nº 91/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações: n. 239, Brasília, DF, 23 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 92, de 25 de janeiro de 2023. Altera a Instrução Normativa TCU nº 91/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Deliberações: n. 19, Brasília, DF, 1 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 195, de 23 de dezembro de 2022. Designa os membros das Comissão Temporária de Acompanhamento dos Procedimentos de Solução Consensual. Portaria TCU nº 195/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 241, Brasília, DF, 26 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria SECEXCONSENSO nº 1, de 12 de abril de 2023. Dispõe acerca da estrutura, das competências e diretrizes de atuação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos. Portaria SECEXCONSENSO nº 1/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 69, Brasília, DF, 13 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria SEGECEX nº 4, de 9 de fevereiro de 2023. Dispõe sobre as competências, a estrutura e a alocação de funções de confiança da Secretaria-Geral de Controle Externo. Portaria SEGECEX nº 4/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Especial: n. 5, Brasília, DF, 10 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria SEGECEX nº 17, de 22 de maio de 2023. Designa membros da Comissão de Solução Consensual relativa ao TC Processo 006.253/2023-7. Portaria SEGECEX nº 17/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Administrativo: n. 96, Brasília, DF, 24 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 347, de 12 de dezembro de 2022. Define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades da Secretaria do Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 347/2022. **Diário Eletrônico do TCU** - Especial: n. 31, Brasília, DF, 26 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 356, de 3 de maio de 2023. Altera os Anexos da Resolução-TCU nº 347, de 12 de dezembro de 2022, que define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades de Secretaria do Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 356/2023. **Diário Eletrônico do TCU** - Especial: n. 17, Brasília, DF, 11 mai. 2023.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 189-216, 2017.

CARNAES, Mariana. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022, 286 p.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU, **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 127, p. 261-280, 2020.

DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023, 186 p.

DE OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, 2009.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book* (1096 p.).

Energia elétrica – Garantia física. Empresa de pesquisa energética (EPE), 2023. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/areas-de-atuacao/energia-eletrica/garantia-fisica>. Acesso em: 7 out. 2023.

Geração distribuída – Despacho centralizado: entenda como o ONS coordena a geração das usinas. **Blog Esfera**, 2023. Disponível em: <https://blog.esferaenergia.com.br/geracao-distribuida/despacho-centralizado>. Acesso em: 7 out. 2023.

GABRIEL, Yasser. Apagão da inovação pública? Levantamento do TCU sugere existência de ‘apagão das canetas’. **Jota**, 17 ago. 2022.

GALTER, Rodrigo. Glossário – Inflexibilidade. **MEGAWHAT**, 2023. Disponível em: <https://megawhat.energy/verbetes/344/inflexibilidade>. Acesso em: 7 out. 2023.

GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Sérgio.; PALMA Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Cezar Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, [s. l.] n. 71, 31 jan. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. 510 p.

MANTEGA, Guido. O programa de privatizações brasileiro e a sua repercussão na dinâmica econômica. *In*: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório de Pesquisa nº 53/2021 EAESP/FGV/NPP**, 2001.

MARQUES, M. P. New Role of the Brazilian Federal Court of Accounts in the Adequate Resolution of Disputes. *Alternative Energy & Power 2023, Brazil, Trends and Developments*, **Chambers and Partners**, 20 jul. 2023.

MOUTON, Jean. **Negociação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book* (176 p.).

MT PARTICIPAÇÕES E PROJETOS. MTPAR, 2023. **Relatório de Gestão e Balanço Anual – Relatório e Balanço Anual 2022**. Disponível em: <https://www.mtpar.mt.gov.br/relatorio-de-gestao-e-balanco-anual>. Acesso em: 20 set. 2023.

NICOLAU, Rafael Machado Viviani. A análise do modelo de mediação e conciliação proposto pelo CPC/2015 à luz do conceito de conflitos como propriedade. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 113, p. 811-825, dez. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book*. (883) p.

NÚCLEO DE DIREITO SETORIAL E REGULATÓRIO – UNB. **Experiência jurídica das concessões de rodovias** - Silvia Machado Leão. YouTube, 23 jun. 2023. 1 vídeo (93min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mWisS6wzxA>. Acesso em: 18 set. 2023.

PACHECO, R. S. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro v. 40, n. 4, p. 523-543, jul. 2006.

PALMA, J. B. O TCU e sua consensualidade controladora: método adequado de solução de conflitos ou expansão de competências controladoras? **Jota**, 28 jun. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. 325 p.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** 2019. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. Solicitação de Solução Consensual: como vai funcionar na prática? Novo procedimento do TCU gera expectativas e dúvidas. **Jota**, 8 mar. 2023.

RAMOS, Carlos Henrique. O novo CPC, mediação e a administração pública. *In*: DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e arbitragem na administração pública**. Curitiba: CRV, 2018.

RIBEIRO, Adilson Pires; CAMPOS, Ellen Prim; GIGLIONE, Edite Zanela Maia. Direito administrativo do medo e contemporaneidade: casuística disfuncional nas ações de controle versus eficiência na gestão pública. **Economia do Conhecimento e Contemporaneidade em Pesquisa**, vol. 1. p. 62-78, 2023.

SANTOS, Helena Maria Lopes dos. *et al.* Direito administrativo do medo: fator de influência na inovação da administração pública? **Gestão Contemporânea**, v. 12, n. 1, p. 88-112, 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 400 p.

SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado, **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 335 p.

SILVA, Nathane Fernandes da. O consenso no dissenso: comentários à inclusão da mediação e da conciliação no CPC/2015, **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 24, n. 132, p. 143-172, fev./abr. 2022.

SPENGLER, Fabina Marion. WRASSE, Helena Pacheco. As possibilidades de autocomposição regulamentadas pela Lei nº 13.140/2015 em conflitos da administração pública federal, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 35, p.180-199, jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. TRISTÃO, C. Fugindo da armadilha do controle público médio. **Blog do Centro de Debates de Políticas Públicas**, 4 jul. 2022.

TONIN, Mauricio Moares. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019. 336 p.

ZYMLER, Benjamin. O controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Coluna Jurídica da Administração Pública**, Informativo JML: Contratações Públicas. ed. 55, 2019.