

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

2º LUGAR

CATEGORIA
TRIBUNAIS DE CONTAS

A CONSENSUALIDADE NO TCU: FUNDAMENTOS
TEÓRICOS, ENQUADRAMENTO JURÍDICO,
OPORTUNIDADES DE APERFEIÇOAMENTO E
RISCOS ASSOCIADOS

do autor

JOÃO PAULO GUALBERTO FORNI



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**A CONSENSUALIDADE NO TCU: FUNDAMENTOS TEÓRICOS,
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, OPORTUNIDADES DE APERFEIÇOAMENTO E
RISCOS ASSOCIADOS**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, bem como de entrevista semiestruturada, objetiva-se analisar os fundamentos teóricos, a natureza jurídica, a normatização e os riscos da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) à luz do direito positivo, além de verificar eventuais oportunidades de melhoria na formatação da consensualidade adotada pelo órgão de controle. Constatou-se que o TCU seria uma espécie de mediador ativo com ascendência deliberativa sobre a pertinência e o aperfeiçoamento do acordo, que difere, em grande medida, dos acordos substitutivos de sanção, embora de maneira pouco clara em certos casos. Por fim, foram identificados dois riscos e duas oportunidades de melhoria na atuação consensual do TCU: (i) risco de incorrer na “consensualidade abusiva”; (ii) risco operacional de processamento das demandas; (i) oportunidade de detalhamento da participação de particulares no procedimento; e (ii) oportunidade de aprimoramento do papel do Presidente do TCU no trâmite processual.

Palavras-chave: consensualidade; Tribunal de Contas da União; mediação; controle externo.

ABSTRACT

Through bibliographical and documentary research, as well as semi-structured interviews, the objective is to analyze the theoretical foundations, legal nature, regulations and risks of the actions of the Federal Court of Accounts (TCU) in the light of positive law, in addition to verify possible opportunities for improvement in the format of the consensus adopted by the control body. It was found that the TCU would be a type of active mediator with deliberative ascendancy over the pertinence and improvement of the agreement, which differs, to a large extent, from substitutive sanction agreements, although unclear in certain cases. Finally, two risks and two opportunities for improvement in the TCU's consensual performance were identified: (i) risk of incurring "abusive consensuality"; (ii) operational risk of processing demands; (i) opportunity to detail the participation of individuals in the procedure; and (ii) opportunity to improve the role of the President of the TCU in the procedural process.

Keywords: *consensuality; Federal Court of Accounts (TCU); mediation; external control.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CONSENSUALIDADE E SUA PAULATINA ADOÇÃO NO BRASIL	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3 A NORMATIZAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NO TCU: “CONSIDERANDOS” E PROCEDIMENTO.....	15
4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU: CONCILIADOR, MEDIADOR OU ÁRBITRO?	19
5 COMPETÊNCIA DO TCU PARA A CELEBRAÇÃO DE AJUSTES CONSENSUAIS E NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE <u>AUTOCOMPOSIÇÃO</u>	23
6 RISCOS DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU E OPORTUNIDADES DE MELHORIA	26
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS.....	3535
NOTAS DE FIM	38

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU) ganhou, em anos recentes, cada vez mais protagonismo no cenário jurídico nacional. Sua gama de competências de controle, nos termos não tão precisos dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), possibilita ampla intervenção nos rumos da Administração Pública brasileira.

Os referidos dispositivos, lidos conjuntamente, assentam que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, que, por sua vez, recebe extenso rol de competências próprias e privativas diretamente do texto constitucional.

Importante ressaltar que o fato de auxiliar o Legislativo no desempenho do controle externo não torna a Corte de Contas “órgão auxiliar” do parlamento, no sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional (Britto, 2018), uma vez que recebe atribuições diversas diretamente da Carta Maior, sendo, pois, órgão constitucionalmente independente, responsável por amplo controle técnico da gestão administrativo-financeira do Estado (Moreira Neto, 2014).

Dadas essa vasta possibilidade de atuação e a já mencionada pouca clareza constitucional a respeito de seus limites, o TCU é constantemente criticado pela postura dita “expansionista” na interação com outros órgãos e entidades (Cf. Dutra e Reis, 2020).

Esse aspecto ganha contornos ainda mais evidentes e controversos quando se considera a relação do TCU com as agências reguladoras, uma vez que essas entidades foram desenhadas para atuar com independência e tomar decisões técnicas concernentes à normatização e à fiscalização dos serviços e atividades reguladas.

Sendo assim, eventual postura expansiva do TCU nesse contexto pode gerar problemas mais graves do que em outros âmbitos, pois os agentes do mercado – sejam usuários, sejam prestadores de serviço – podem recair em sincera dúvida a respeito de quem regula de fato o setor.

Esse é o pano de fundo da criação, pelo TCU, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso), no final de 2022, bem como da normatização de procedimento destinado à consensualidade. É o que se depreende de trecho da fala do Ministro do TCU Benjamin Zymler, no XI Fórum Jurídico de Lisboa em 2023¹:

Acho que o TCU fez um passo no sentido de homenagear a ideia de autocomposição entre Poder concedente, agências regulatórias e as empresas. Editamos normativa que cria a solicitação de solução consensual, um procedimento por meio do qual agências reguladoras, poder concedente e autoridades especificadas podem solicitar ao tribunal análise de um termo de autocomposição que será firmado entre as partes.

Ao abrir-se institucionalmente às modalidades consensuais de endereçamento de conflitos, o TCU dá um passo em direção à moderação. É relevante, entretanto, analisar os fundamentos teóricos, a natureza jurídica, a normatização e os riscos dessa atuação da Corte de Contas à luz do direito positivo, bem como verificar eventuais oportunidades de melhoria na formatação da consensualidade adotada pelo TCU. Essa é a proposta do presente trabalho, o qual se vale, para tanto, de pesquisa bibliográfica e documental, bem como de entrevista semiestruturada com um integrante da Secex Consenso.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CONSENSUALIDADE E SUA PAULATINA ADOÇÃO NO BRASIL

Para que se possa compreender o atual momento do direito administrativo brasileiro, permeado por diversos institutos impregnados da ideia de consensualidade, faz-se necessário retomar as origens desse modo de atuação do Estado e seus principais fundamentos. Neste tópico, além dos referidos pontos, serão brevemente apresentadas normas que exemplificam a contínua inserção da axiologia consensual no contexto nacional.

A partir das lições de Moreira Neto (2003), é possível apontar o período pós Segunda Guerra Mundial como um momento de virada na atuação estatal. Antes centrado nas reivindicações liberais², o Poder Público se vê diante de novas demandas por prestações positivas, ampliando seu espectro de atuação até um momento de inflexão. A partir da década de 1970, esse processo se inverte, com

mudanças nos processos econômicos ligadas, notadamente, à perda de poder do Estado no processo produtivo, ao acúmulo de déficits crescentes, à escassez de recursos para dar conta das demandas sociais e à falta de condições de aumento da carga tributária (Moreira Neto, 2001).

Paralelamente, intensifica-se a insatisfação social com a atuação estatal. Reivindicações crescentes por maior participação fazem emergir, com mais clareza, o que Moreira Neto (2001) denomina “Estado Pluriclasse”, uma forma de organização política marcada pela pluralidade e maior envolvimento da sociedade, com ampliação de seu protagonismo na determinação de mudanças, sob uma lógica coletiva. Esse movimento se caracteriza por cinco princípios, quais sejam: a subsidiariedade, em lugar da hipertrofia dos entes centrais; a coordenação, em lugar da exclusividade de atuação; a privatização, quando a execução do interesse público pode ser mais bem realizada por meios privados; a publicização, no sentido de retirar do Estado determinadas prestações, que passam ao setor privado, mas com um paralelo reforço dos instrumentos regulatórios das atividades delegadas; e a consensualidade, objeto deste trabalho, que será detalhada na sequência.

O Estado Pluriclasse, mais democrático, acresce de maneira mais nítida o critério da *legitimidade* à atuação do Poder Público, exigindo-se um grau mais elevado de consenso sociopolítico na tomada de decisões. Esse critério atua ao lado da legalidade, já presente na conformação original do Estado de Direito. A participação popular é incrementada tanto materialmente, conforme o grau de amadurecimento democrático, como “formalmente, na medida em que se multiplicam os instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (associações e parcerias), na linha da consensualidade” (Moreira Neto, 2001, p. 41).

A correlação entre democracia e consensualidade fica clara na lição de Almeida (2012, p. 337), ao afirmar ser esperado “que um dos vetores da evolução do Direito Administrativo, na democracia, seja a substituição dos mecanismos de imposição unilateral – tradicionalmente ditos de ‘império’ – por mecanismos de consenso”. Essa transformação é observada também por Silva (2016, p. 467), ao destacar que, de autoritária e agressiva, a Administração modifica-se no sentido de “procurar o consenso com os particulares, quer mediante a generalização de formas de actuação contratuais, quer pela participação e concertação com os privados, ainda quando estejam em causa actuações unilaterais”. No mesmo sentido, Muñoz (2010, p. 30)

vislumbra alterações que o perfil mais democrático acarreta à atividade administrativa, ensejando que sejam repensadas instituições e categorias próprias de um ramo do Direito “que esteve por muito tempo vinculado e apegado a uma dimensão unilateral e estática do interesse público, a qual deve ser substituída por uma versão mais participativa e mais transparente”.

A consensualidade, para Moreira Neto (2001), é alternativa preferível à imperatividade, notadamente quando não houver necessidade de aplicar o poder coercitivo, o que tende a ampliar a legitimidade das decisões estatais e a torná-las mais aceitáveis e facilmente obedecidas, além de serem, via de regra, mais baratas e mais ágeis. De modo similar, Guerra e Palma (2018, p. 131) assinalam que, “em termos de cultura jurídica, a consensualidade se afirmou como técnica de desenvolvimento de atividades administrativas por vezes preferível dentre as vias tradicionais”. Situando essa mudança axiológica no tempo, Dantas (2020) assenta que, a partir dos primeiros anos do século XXI, as soluções consensuais passam a ser sistematicamente preferidas às fórmulas unilaterais, devendo as escolhas ser resultado de negociações e compromissos, levando em consideração os pontos de vista das partes envolvidas, a partir de discussões nas quais o Estado se coloca em pé de igualdade com os demais atores no âmbito das decisões coletivas.

Entre as vantagens da atuação consensual do Estado estão o incentivo ao potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração) e da constelação estatal (cooperação), e a redução de custos para o Estado e a sociedade (economicidade) (Moreira Neto, 2001).

Outro potencial benefício da consensualidade é a redução ou prevenção de conflitos. A maior pluralidade e o incremento da participação na atuação do Estado tendem a gerar maior conflituosidade, afinal, de uma estrutura formalmente impermeável ao impulso social, concebido como “monolítico e separado dos sujeitos privados destinatários de suas ações, tornou-se progressivamente fragmentário, multiplicando com isso as relações com o resto da sociedade e assim aumentando as ocasiões de confronto com ela” (Fracchia, 198, p. 2). O crescente grau de litigiosidade “atulha as prateleiras dos órgãos burocráticos com milhares de processos, muitos deles semelhantes quando não repetitivos”, o que levou, em resposta, à concepção de “institutos em que o consenso pode atuar vantajosamente na prevenção administrativa de conflitos” (Moreira Neto, 2003, p. 152), ou, mais propriamente, no

escalonamento de conflitos, uma vez que tende a brechar seu espraiamento para outras esferas e reduzir seus efeitos danosos, pois os acordos gozam de maior legitimidade, por serem fruto da construção conjunta.

A consensualidade, nesse contexto, materializa-se quando Administração, empresas, organizações não governamentais e cidadãos cedem mutuamente “sobre pontos relativos ao objeto em discussão, favorecendo a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos, os quais permaneceriam contrapostos se não fosse pela ocorrência de trocas e concessões entre as partes” (Oliveira, 2005, s.p.).

Como fundamentos centrais da atuação consensual da Administração, Ferraz destaca a “dialogicidade”, caracterizada pela abertura da Administração Pública ao diálogo franco com o mercado, os cidadãos e a sociedade civil, e a “contratualização”, que denota a crescente utilização da técnica contratual em variados domínios da atuação administrativa (Ferraz, 2020). A rigor, todas as manifestações da consensualidade por parte do Estado podem ser reconduzidas a essa tipologia. O resultado da atuação consensual é um acordo estabelecido entre a Administração Pública e um ou mais sujeitos de direito, submetido ao regime jurídico-administrativo e celebrado no seio de um processo administrativo, no qual se estabelecem os termos de constituição, modificação ou extinção de determinada relação jurídica, em relação à qual o Poder Público poderia interferir unilateralmente por meio de suas prerrogativas (Faria, 2022).

Passando-se ao contexto do controle da Administração, Ferraz (2020) traça uma oposição entre o controle consensual e o controle-sanção. Neste, ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é, ensejando penalização em caso de desconformidade, independentemente das circunstâncias práticas vivenciadas pelo sujeito na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa. Normalmente realizado *a posteriori*, esse tipo de controle (sanção) o mais das vezes não tem compromisso com a correção de rumos, centrando-se na responsabilização: “faz-se autópsia ao invés de se fazer biópsia” (Ferraz, 2020, p. 107). Não servindo a ações corretivas, o controle perde efetividade, como alerta Gordillo (1981, p. 119):

[...] el control existe en la medida en que resulta posible pasar de la detección de la falta de legalidad, mérito y oportunidad, a acciones correctivas. De no ser así, no se ha cumplido el fin perseguido y el problema es más bien de responsabilidad por hechos que resultan irreparables.

Aplica-se ao controle a afirmação de Batista Júnior (2007, p. 463): “mandar não basta, é preciso convencer e fazer convergir as vontades”, uma vez que “o ato unilateral assegura, por certo, a submissão, mas é incapaz de assegurar o entusiasmo e o desejo de colaboração”.

Em linhas gerais, são esses os fundamentos teóricos da consensualidade no contexto da Administração e seu controle. Cabe, agora, verificar sua incorporação no contexto normativo brasileiro.

Como destaca Faria, o direito administrativo, no Brasil, sempre conviveu com instrumentos consensuais, do que é exemplo o art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, ao dispor que “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará”. Entretanto, apenas a partir da década de 1990, com esteio na doutrina administrativista italiana, espanhola e portuguesa, o tema da consensualidade administrativa passa a ser estudado no Brasil³ de modo sintetizado, como um fenômeno a impactar o direito administrativo (Faria, 2022, p. 143-144).

No início, as manifestações mais evidentes da consensualidade no direito brasileiro foram fruto do perfil democrático da CF/88, que deu azo especialmente à disseminação de consultas e audiências públicas no agir da Administração. No entanto, apesar de formalmente haver espaço, com uso desses instrumentos, à apresentação, pela sociedade, de seus anseios e demandas, “via de regra muito pouco disso acaba sendo realmente levado em consideração pelas autoridades administrativas”, razão pela qual continuaram presentes “no direito administrativo reivindicações de uma democratização mais concreta”. É nesse cenário que exsurge o fenômeno da consensualização em sua formulação mais moderna (Faria, 2022, p. 150).

Entretanto, por muito tempo, houve forte objeção à consensualidade no contexto do Poder Público brasileiro, centrada, em grande medida, em um entendimento restritivo do princípio da indisponibilidade do interesse público. Como ressalta Sundfeld (2022, p. 83), prevalecia a ideia de que um suposto princípio geral da indisponibilidade do interesse público impediria a Administração Pública de

transacionar, ou seja, de celebrar acordos com particulares para satisfazer finalidades públicas, em detrimento da atuação estatal imperativa e unilateral, “pois um de seus efeitos seria a ausência de espaço para negociações e atos de disposição nos campos em que as leis previssessem ação estatal via autoridade”. Nessa linha de pensamento, a negociação na esfera administrativa seria indistinguível de negociar o interesse público, o que proscreveria todos os instrumentos do gênero, a exemplo da conciliação, da mediação, da arbitragem e dos ajustes de conduta (Moreira Neto, 2003). Contudo, como bem assinala Moreira Neto (2003, p. 154), nas “modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, [...] jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”.

Deve-se considerar, nesse sentido, que coexistem o interesse público deduzido no conflito e o interesse público de compô-lo, caracterizado, este último, pelo interesse em dirimir o conflito e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, tanto na esfera social como na econômica. Se for a via compositiva a mais adequada, é necessário que sejam utilizados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, diferentes dos unilateralmente aplicados pelo Poder Público. Milita também a favor da via consensual a celeridade, pois a persistência do conflito e sua multiplicação em diversas instâncias termina por inviabilizar o atendimento satisfatório do interesse público por mais tempo, quando não exige ônus superiores às vantagens públicas esperadas (Moreira Neto, 2003, p. 154). A aferição da eficiência (traduzida na maximização do bem-estar social) de eventual solução consensual pode ser feita, segundo Meneguim e Severo (2024, s.p.), pela construção de seu contrafactual (o que teria acontecido aos agentes na ausência do consenso). A partir disso, “estima-se o impacto comparando os resultados contrafactuais (processamento habitual do litígio) com os resultados observados na solução consensual”, com atenção aos custos de oportunidade.

A paulatina disseminação dessas ideias foi, aos poucos, mitigando a resistência à consensualidade no Brasil, o que o ocasionou uma “virada pró-consenso” (Cyrino; Salathé, 2024, p. 636) em anos recentes. Diversas normas passaram a prever dispositivos alinhados a essa axiologia, notadamente acerca de acordos substitutivos de sanção, tanto no contexto regulatório⁴ quanto em leis destinadas ao combate à corrupção. São exemplos dessas últimas o acordo de leniência previsto na Lei

12.846/2013 – Lei Anticorrupção e o acordo de não persecução cível previsto na Lei 8.429/1992 (com modificações introduzidas pela Lei 14.230/2021).

Contudo, a norma mais relevante na disseminação da consensualidade, por se aplicar a todo o direito público brasileiro, é a Lei 13.655/2018, que reformou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O art. 26⁵ da referida norma assenta que a autoridade administrativa poderá celebrar compromisso com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. É considerado, por parte da doutrina, “um novo regime jurídico geral que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos e compromissos, visando pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas” (Guerra; Palma, 2018, p. 138). Os incisos do § 1º do dispositivo citado pugnam pela construção de solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, que preveja com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de inadimplemento. Importante ressalva é feita por Sundfeld (2022, p. 86), quando assinala que os compromissos entabulados à luz do referido art. 26 “se destinam ao ajuste de situações passadas, não à construção de regimes individuais alternativos à margem dos regimes gerais”. De seu turno, o Decreto 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos arts. de 20 a 30 da LINDB, prevê, em seu art. 13, § 1º, que “a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”.

Delineados os fundamentos teóricos da consensualidade e apresentadas algumas das principais normas que marcam uma virada no direito público brasileiro nesse sentido, vale conferir como se deu a normatização da consensualidade no TCU.

3 A NORMATIZAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NO TCU: “CONSIDERANDOS” E PROCEDIMENTO

A Instrução Normativa TCU 91/2022 (IN-TCU 91/2022) é a norma interna da Corte de Contas que instituiu procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

De início, merecem atenção os “considerandos” que abrem a norma, pois indicam com clareza suas principais bases, tanto legais quanto políticas, bem como as finalidades imaginadas.

Considerando que o TCU já executa diversas ações de interlocução com gestores e particulares com vistas a exercer o seu papel pedagógico e orientador, de forma a auxiliá-los no estabelecimento de alternativas para a solução de problemas de interesse da administração pública;

Considerando a necessidade de definir procedimentos voltados à busca de soluções consensuais envolvendo o TCU, gestores públicos e particulares;

Considerando que o estabelecimento de um processo de trabalho formal irá contribuir para acelerar e dar maior efetividade à ação do TCU;

[...]

Considerando que a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a possibilidade de utilização da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública;

Considerando que o art. 13, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, prevê que a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores (Brasil, 2022).

Partiu-se da constatação de que o TCU já exerce relevante papel pedagógico e orientador, no sentido de auxiliar gestores a resolver problemas jurídico-administrativos, bem como de que há necessidade de se definirem procedimentos voltados à busca de soluções consensuais envolvendo o TCU, o que contribuiria para acelerar e dar maior efetividade à sua atuação. Infere-se que essa “necessidade” se relaciona aos recentes movimentos do Direito Administrativo no sentido da mitigação do uso do poder de império do Estado em prol de maior dialogicidade, o que tenderia a reduzir tensões e produzir resultados mais legítimos. Esses últimos pontos seriam os esteios da “maior efetividade” propugnada.

As bases legais mencionadas são a Lei 13.140/2015, notadamente seus arts. de 32 a 40, que compõem o Capítulo II, intitulado “Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, e o art. 13, § 1º, do Decreto 9.830/2019, já transcrito. Curiosamente, o art. 26 da LINDB, citado no tópico anterior, não é arrolado entre os dispositivos que embasam a IN-TCU 91/2022, em que pese constar em notícia publicada no portal do TCU como um dos fundamentos das soluções consensuais (Brasil, 2023).

De todo modo, o art. 13, § 1º, do Decreto 9.830/2019 enaltece a prevenção em detrimento da sanção, relegada a posição subsidiária, no mesmo sentido de diversos

outros dispositivos da LINDB, que estreitam e qualificam o espaço da sanção, propugnando a atenção do controlador às consequências práticas de suas decisões e às reais condições do gestor público⁶. Nesse sentido, o TCU buscou maior alinhamento à atual tendência do Direito Administrativo no sentido da mitigação de tensões, da menor inclinação a sanções, do enaltecimento do diálogo e da busca do consenso. Essas tendências serão mais bem analisadas no tópico seguinte.

Passando-se aos dispositivos IN-TCU 91/2022 que inauguram o procedimento (art. 2º, I, II e III), prevê-se que a solicitação de solução consensual, apta a desencadear o trâmite estabelecido, pode partir de determinadas altas autoridades⁷, dos dirigentes máximos das agências reguladoras⁸ e de relatores de processos em tramitação no TCU. A solicitação deve vir acompanhada, no mínimo, de alguns elementos, quais sejam: a indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada; pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução; a indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia; e a indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual (art. 3º da IN-TCU 91/2022).

Os referidos elementos serão providenciados por unidade criada especialmente para conduzir, no âmbito do TCU, os processos consensuais: a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso)⁹, também responsável por análise prévia de admissibilidade dos casos.

Ao presidente do TCU, após referida análise prévia, compete decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual, levando em consideração a competência do TCU para tratar da matéria, bem como sua relevância e urgência; a quantidade de processos de solicitação de solução consensual (SSCs) em andamento; e a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos SSCs. A solicitação não será admitida nos casos em que haja processo com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual, e, nos casos em que a solicitação não for admitida pelo presidente do TCU, o processo será arquivado (art. 5º da IN-TCU 91/2022).

Há uma diferença procedimental relativa à existência ou não de processo em tramitação no TCU sobre a matéria objeto da solicitação. No caso de já haver processo, a solicitação será analisada em processo próprio, paralelamente ao original, manifestando-se o presidente e, posteriormente (se a primeira manifestação for favorável), o relator. Caso um ou outro não sejam favoráveis à solução consensual, esta não prossegue. Havendo concordância do presidente e do relator a respeito da pertinência da solicitação, fica sobrestada a análise dos pontos coincidentes do processo original. A partir disso, o processo será encaminhado à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para, ouvida a Secex Consenso, designar, por meio de portaria, os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC), composta por um servidor da Secex Consenso, que atuará como coordenador; um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e um representante de cada órgão ou entidade da administração pública federal que tenha solicitado a solução consensual ou que tenha manifestado interesse na solução (§ 1º do art. 7º da IN-TCU 91/2022). No caso de não haver processo no TCU sobre a matéria objeto da solicitação, a partir da análise prévia do presidente do TCU (se favorável), o processo já segue para a Segecex (arts. 5º, 6º e 7º da IN-TCU 91/2022).

Após, a Segecex poderá, avaliadas as circunstâncias da SSC, admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia. Já a CSC, por unanimidade dos seus membros, poderá convidar para participar das reuniões, na qualidade de colaboradores, especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia, e terá noventa dias, contados da sua constituição, para elaborar proposta de solução, podendo o referido prazo ser prorrogado por até trinta dias, a critério do presidente (§§ 2º a 4º do art. 7º da IN-TCU 91/2022).

Ao final do referido prazo, não sendo possível elaborar a proposta de solução, a CSC dará ciência ao presidente, que determinará o arquivamento do processo. Por outro lado, havendo concordância de todos os membros da CSC externos ao TCU e de ao menos uma das unidades representantes do TCU (cuja manifestação contemplará a opinião do auditor, do diretor e do titular das respectivas unidades) na CSC com a proposta de solução apresentada, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para que, no prazo de quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta. Em seguida, far-se-á sorteio de relator entre

os ministros, e este deverá submeter a proposta de solução à apreciação do Plenário do TCU, que poderá, por meio de acórdão, sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC, acatá-la integralmente ou recusá-la. Em caso de sugestão de alteração, os membros da CSC terão 15 dias para se manifestarem sobre ela. Não havendo concordância de algum dos membros da CSC, o relator determinará o arquivamento do processo (§ 5º do art. 7º e arts. do 8º ao 11º da IN-TCU 91/2022).

Por fim, a formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo presidente do TCU e pelo dirigente máximo dos órgãos e entidades, em até 30 dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que a aprovar. A verificação do cumprimento do referido termo deverá ser realizada por meio de monitoramento (arts. 12 e 13 da IN-TCU 91/2022).

Em síntese, foram expostos as bases, as finalidades e o procedimento estabelecidos pela norma interna do TCU que cuida da solução consensual, a IN-TCU 91/2022.

A título de aperfeiçoamento, seria adequada a inclusão do art. 26 da LINDB entre os fundamentos expressos da Instrução Normativa em tela, e não apenas de dispositivo do decreto regulamentador da lei. Vale acrescentar, ainda, entre os fundamentos legais da atuação consensual do TCU, o art. 3º, § 2º, da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que assim dispõe: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Como bem ressaltado pelo ministro do TCU Bruno Dantas, em seminário destinado à discussão da consensualidade na Administração Pública¹⁰, o dispositivo citado não restringe a preferência pelas soluções consensuais ao Judiciário, sendo claramente voltado a todas as manifestações do poder estatal.

4 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU: CONCILIADOR, MEDIADOR OU ÁRBITRO?

Inicialmente voltados ao contexto de assoberbamento do Poder Judiciário¹¹, os meios de Resolução Apropriada de Disputas (RAD) – terminologia utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para designar o que antes se denominava Resolução Alternativa de Disputas – foram, especialmente com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC), enaltecidos como mecanismos de desafogamento

das instâncias judiciais. O art. 3º, § 3º, do NCPC propugna que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, até mesmo no curso do processo judicial (Forni, Santos e Tomazette, 2020).

Em um espectro relativo ao grau de intervenção estatal na resolução de conflitos, estando, à esquerda, as formas que proporcionam maior autonomia ao indivíduo, e, à direita, maior intervenção estatal, a negociação, que pode ser conceituada como a comunicação voltada à persuasão (que, num cenário litigioso, representa o total controle sobre o processo e seus resultados pelas partes) está na extrema esquerda (Forni, Santos e Tomazette, 2020). Além de deixar em aberto o local e o momento das tratativas, essa prática caracteriza-se pela maior flexibilidade procedimental e pela prescindibilidade de um intermediário, podendo ser simples e direta (Brasil, 2016). Essa última característica, para parte da doutrina, é essencial para que se caracterize a negociação (Calmon, 2007).

Na extrema direita do espectro, está a decisão judicial ou jurisdição, conceituada como a “atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social” (Neves, 2017, p. 59). É uma modalidade em que o controle e o resultado do processo cabem ao Estado, sendo a decisão (heterônoma) vinculante. É o instrumento adequado quando, por exemplo, um litígio necessita de maior recorribilidade e publicidade, para que gere um precedente socialmente desejável (Brasil, 2016).

Mais ao centro, ainda do lado direito, aparece a arbitragem. Essa modalidade de solução de conflitos caracteriza-se pela possibilidade de escolha, pelas partes, de um terceiro de sua confiança, que será responsável pela solução do conflito de interesses e pelo fato de sua decisão ser impositiva, ou seja, resolutiva do conflito independentemente da vontade das partes (Neves, 2017). Regulada pela Lei nº 9.307/1996, a arbitragem é processo cuja decisão final é vinculante e inserida na categoria de título judicial. Limita-se a competência do juízo arbitral, no entanto, à decisão, não se estendendo à execução, que segue privativa do Judiciário (Theodoro Júnior, 2020).

Também ao centro do espectro, mas já do lado esquerdo, encontram-se a mediação e a conciliação. A ênfase dada pelo NCPC a essas práticas fica clara em

seu já citado art. 3º, § 3º. Ademais, há audiência específica para tal desiderato, que não irá ocorrer apenas em duas situações (i) se houver manifestação expressa de desinteresse de ambas as partes (sinalizada pelo autor na petição inicial e pelo réu em petição apresentada ao juízo com dez dias de antecedência, contados da data designada para a audiência); e, (ii) quando o objeto do litígio não admitir a autocomposição. Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização dessa audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes (Theodoro Júnior, 2020).

As diferenças conceituais entre conciliação e mediação geralmente gravitam em torno de pontos específicos. A mediação visa à resolução do conflito e à restauração da relação social subjacente ao caso; parte de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento; é, em regra, mais demorada e envolve diversas sessões; é voltada às pessoas e tem cunho preponderantemente subjetivo; é confidencial e prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções; é um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções; e se materializa em um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas, como psicologia, administração, direito, matemática e comunicação (Brasil, 2016).

Por sua vez, a conciliação busca apenas o acordo e o fim do litígio; permite a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador; é um processo mais breve, com apenas uma sessão; é voltada aos fatos e direitos, com enfoque essencialmente objetivo, retrospectivo e voltado à culpa; é eminentemente pública; é um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos (fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos por esses; e é unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito (Brasil, 2016).

Em suma, a mediação pode ser considerada uma abordagem mais moderna, centrada nas causas do conflito, em oposição a um maior tradicionalismo da conciliação, centrada no conflito em si (Forni, Santos e Tomazette, 2020). O próprio NCPC sugere uma distinção entre as práticas em seu art. 165, §§ 2º e 3º, afirmando que o conciliador “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio”. Já o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes” e, privilegiando a mencionada visão mais moderna, auxiliará os interessados “a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo

restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

É possível, porém, utilizar um conceito que abarque os dois termos: conciliação e mediação seriam processos autocompositivos nos quais as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro neutro, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-los, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução, acordo ou composição (Brasil, 2016; Forni, Santos e Tomazette, 2020).

À luz da conceituação exposta, a consensualidade normatizada pelo TCU, também uma forma de lidar com o assoberbamento processual (Reolon, 2023)¹², situa-se em algum ponto entre a conciliação, a mediação e a arbitragem.

No que concerne à conciliação, verifica-se participação ativa do TCU na sugestão de soluções, e não simplesmente como um facilitador do relacionamento entre partes conflitantes, o que fica claro a partir da composição da CSC. Em relação à mediação, ressalta-se que o TCU lida com relações em que há vínculo anterior entre as partes, que dificilmente serão resolvidas em uma única “sessão” (ou com uma única reunião), nas quais se busca uma compreensão mais profunda dos interesses envolvidos e, em regra, com traços multidisciplinares. Por fim, no que se refere à arbitragem, há, embora menos significativo, um traço de similaridade: o TCU é agente que “precisa” ser convencido da pertinência dos argumentos aventados para que o ajuste consensual se aperfeiçoe. Em caso de não concordância do órgão, o acordo não é firmado – ou, ao menos, não é firmado nos moldes pretendidos pelas partes quando optaram por levar a controvérsia ao órgão de controle. Ademais, o comprometimento do TCU com a não responsabilização dos signatários a não ser nos casos de dolo ou fraude é (o mais) forte atrativo e ganha contornos de instrumento de pressão. Por outro lado, a mais nítida diferença em relação à arbitragem é que a posição do TCU não vincula as partes, que podem desistir do ajuste no meio do processo.

Em suma, o TCU seria uma espécie de mediador ativo com ascendência deliberativa sobre a pertinência e aperfeiçoamento do acordo, razão pela qual o enquadramento jurídico de sua atuação nas soluções consensuais é marcado pela hibridez, mesclando-se os papéis de mediador, conciliador e árbitro, com prevalência do primeiro.

5 COMPETÊNCIA DO TCU PARA A CELEBRAÇÃO DE AJUSTES CONSENSUAIS E NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AUTOCOMPOSIÇÃO

O primeiro aspecto a ser ressaltado neste tópico é, como assentado nos “considerandos” da IN-TCU 91/2022, que o TCU já executa diversas ações de interlocução com gestores e particulares com vistas a exercer seu papel orientador, de forma a auxiliá-los no estabelecimento de alternativas para a solução de problemas de interesse da administração pública. Exemplos disso, lembrados por Oliveira (2024), são as reuniões com os gestores – debates técnicos, interações para a viabilização de mudanças fundamentais antes da deliberação do plenário do tribunal – realizadas no bojo de processos de desestatização. No mesmo sentido, Nicola Khoury, titular da Secex Consenso, destacou, em seminário destinado à discussão da consensualidade na Administração Pública¹³, a relevância da Resolução-TCU 315/2020 na construção de soluções conjuntas com os gestores. Essa norma, que dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelos jurisdicionados do TCU, prevê, em seu art. 14, que, antes da conclusão do relatório, a unidade técnica da Corte de Contas deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas. Logo, atuações que denotam interação e formação de consensos entre gestores e TCU, mesmo que não executadas de maneira específica, ou com formatação mais modesta, já ocorriam.

Quanto à competência do TCU para a atuação consensual, entende-se, com Cavallari (2024, s.p.), que os controles prévio e concomitante exercidos pelo TCU têm respaldo no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, segundo o qual compete à Corte de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. Segundo o jurista, se o TCU “pode determinar a correção de ilegalidades, pode, *ex ante*, orientar para evitar que essas ilegalidades ocorram ou, até mesmo, adotar medidas cautelares para evitá-las de modo cogente conforme competência reconhecida pelo STF¹⁴”. Essa constatação vai ao encontro da lição de Almeida (2012, p. 302), quando assinala que “está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção por se decidir

de modo consensual com o destinatário da decisão”¹⁵. Cavallari (2024) faz, ademais, a ressalva de que a solução consensual buscada pelas partes não está condicionada à manifestação do TCU, pois as partes podem celebrar o acordo sem a interveniência do órgão, que, todavia, poderá, nesse caso, prolatar decisão contrária ao acordo.

Ainda conforme Cavallari (2024, s.p.), a competência do TCU para exercer controle sobre soluções consensuais encontra amparo na jurisprudência do STF¹⁶; a Corte Suprema “já decidiu que a Corte de Contas, ao examinar um acordo extrajudicial firmado entre particulares e a administração pública, pode determinar a sua anulação, se não tiver sido homologado judicialmente”. Nesse sentido, se o TCU pode realizar controle prévio e concomitante, bem como pode realizar controle de soluções consensuais (a exemplo do citado acordo não homologado judicialmente), conclui-se que pode exercer controle na junção desses dois quesitos, que é a novidade da recente normatização.

Passando-se à verificação da natureza jurídica do ajuste, inicialmente, cabe assentar, seguindo as lições de Cavallari (2024, s.p.), que não se assemelha, *a priori*, aos Termos de Ajustamento de Gestão (TAG) ou aos Acordos Substitutivos de Sanção (ASS). A razão para tanto é que ambos “são soluções alternativas para o tratamento a ser dado ao autor de uma conduta ilícita, a fim de se evitar a aplicação imediata de uma sanção”, o que não ocorre na SSC. Em sua atuação consensual, o TCU não avalia condutas ilícitas, mas analisa, essencialmente, conflito de interesse entre a administração pública contratante e a empresa contratada à luz de seu entendimento do que seja o interesse público, não sendo, ademais, parte na solução consensual, mas apenas seu “homologador”, atuando, durante o procedimento, como “mediador técnico” (Dantas, 2024). A natureza jurídica do Termo de Autocomposição homologado pelo TCU seria, portanto, de acordo extrajudicial, que se formaliza no mundo jurídico por meio de termo aditivo ao contrato em andamento ou por termo de rescisão amigável (Cavallari, 2024).

Em entrevista semiestruturada realizada com um integrante da Secex Consenso¹⁷, este afirmou que a principal diferença em relação ao TAG seria que, nesses casos (quando há “ajustes de gestão”), o controlador tem o “tacape na mão”, pois há irregularidade pré-verificada passível de punição e, em caso de insucesso do ajuste, a punição é quase certa. Nos casos das soluções consensuais, via de regra, não há “irregularidade posta”, mas, sim, um “problema sem solução”, o que alivia a

pressão sobre as partes. O entrevistado ressaltou, entretanto, que há um caso em que existe alguma convergência da solução consensual com o TAG: o tratado no processo TC 029.845/2016-5, que versa sobre possíveis irregularidades ocorridas no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no bojo de aportes unilaterais ao Plano Básico de Benefícios (PBB) da Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES (Fapes), relacionados a eventos ocorridos em data anterior à instituição da paridade contributiva. Nesse caso, o TCU encontrou irregularidades¹⁸ e, paralelamente, encaminhou-o para solução consensual¹⁹, bem como prolatou determinações²⁰. Aqui, há características de “ajuste de gestão”, pois há “irregularidade pré-verificada”.

Em relação aos acordos substitutivos de sanção, o entrevistado assinalou que não há precedentes de transação de sanções que o TCU tenha aplicado ou iria aplicar, ou mesmo de dano ao erário encontrado pela Corte, contudo, o item 9.4.1 do Acórdão 1703/2023-Plenário, ao dispor que as negociações consensuais devem observar “a necessidade de se obter, em solução de compromisso, a devolução dos recursos no maior montante possível” (Brasil, 2023, s.p.), levando em consideração tanto a possibilidade de contribuição adicional dos beneficiários e assistidos em limites suportáveis quanto a sustentabilidade financeira do plano de benefícios, acarreta, de certa forma, possibilidade de o TCU “abrir mão” de valores que poderiam ser considerados “dano ao erário”, bem como de valores de eventual multa (sanção) associada ao dano. Isso, destacou o entrevistado, não é uma peculiaridade do processo de solução consensual, pois há diversos precedentes nos quais o TCU deixou de sancionar em vista da correção de eventuais problemas. De todo modo, vê-se que a distinção entre SSC e acordos substitutivos de sanção pode não ser tão clara quanto pareceria à primeira vista.

Em relação a esse aspecto, o entrevistado acrescentou que em certos casos de SSC, havia processos tramitando no TCU que foram arquivados, o que, de certa maneira, representa “abrir mão” de sancionar ou apurar dano. Isso fica ainda mais evidente quando, nos processos de SSC, multas e eventuais sanções aplicadas pela agência às concessionárias faziam parte da controvérsia, e, a partir de análises de risco, probabilidade de recebimento e juridicidade, houve redução desses valores, o que não deixa de ser, ao menos de maneira indireta, espécie de transação de sanção.

A argumentação do entrevistado é pertinente. Como afirmam Guerra e Palma (2018), no setor de infraestrutura, concessionárias de serviço público deixam de pagar os valores decorrentes de multas aplicadas por agências reguladoras por cumprir, por exemplo, plano de investimento e expansão de redes e, em vez “de serem sancionadas pelo agente regulador, as concessionárias propõem – e firmam – um acordo para aplicação dos valores em determinadas utilidades” (Guerra e Palma, 2018, p. 139-140). Ora, se o TCU trabalha, no contexto de processos de solução consensual, com casos similares ao exemplo citado, indiretamente, ao admitir ajustes nos quais multas são reduzidas, homologa a substituição de sanções.

A partir disso, pode-se dizer que a atuação do TCU se aproxima da mediação e gera um acordo extrajudicial, caso as negociações sejam bem-sucedidas, diferindo do TAG por não dizer respeito à substituição de atos ilícitos apurados e julgados em processos da Corte de Contas. Entretanto, há casos em que há maior aproximação com os acordos substitutivos de sanção, tendo em vista o arquivamento de processos no próprio TCU, como assinalado pelo entrevistado, e a homologação da redução de valores de multas prolatadas por agências reguladoras.

6 RISCOS DA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO TCU E OPORTUNIDADES DE MELHORIA

É comum, no contexto acadêmico atual, encontrar postura otimista em relação à consensualidade, enaltecida da superação de certo autoritarismo unilateral na atuação estatal. Entretanto, o movimento encerra críticas e apresenta alguns riscos, que serão abordados neste tópico.

Como adverte Faria (2022, p. 122), dada a carga positiva que a atuação consensual angariou, “posicionar-se contra alguma postura consensual da Administração parece ser [...] o mesmo que encampar a figura de saudosista ultrapassado que se encontra amarrado a dogmas sem fundamento e utilidade do regime jurídico-administrativo”. Todavia, é não só devido como essencial proceder a reflexões sobre aspectos menos benéficos da consensualidade, até mesmo para aprimoramento dos instrumentos.

O principal ponto de alerta recai sobre o que Cyrino e Salathé (2024) denominam *consensualidade abusiva*. A expressão denota “situações nas quais os

instrumentos consensuais são desvirtuados”, com “resultados não tão legítimos e concertados, mas definições impositivas, unilaterais e até arbitrárias pelo Poder Público”. Nesses casos, “apesar da aparente composição, há um *excesso de autoridade* por parte do Poder Público a implicar desequilíbrio, circunstâncias que fazem com que o particular contraia obrigações ilegítimas” (Cyrino e Salathé, 2024, p. 636).

No contexto da atuação do TCU, o ponto foi levantado por Cavallari (2024, s.p.), quando pontuou que “não poderá o tribunal impor às partes qualquer tipo de solução, pois, como o próprio nome diz, a solução tem de ser consensual”. No mesmo sentido, Reolon (2023, s.p.) afirmou a inadequação técnica de eventual imposição, pelo TCU, de uma solução, uma vez que deve apenas participar de modo imparcial das negociações, analisar as opções da Administração e indicar os pontos a serem aprimorados, em termos de legalidade ou de aderência à Constituição, “mas a escolha da solução deve ser dos órgãos ou das entidades administrativas”. Eventualmente, “até poderia o tribunal apresentar uma solução, mas desde que não influencie a decisão administrativa. Caberá ao Tribunal o papel imparcial de deliberar, mas sem impor a sua solução”. A materialização da controvérsia atinente a esse aspecto foi abordada por Carvalho e Damasceno (2024), que discorreram sobre os acórdãos 2514/2013 e 854/2024, ambos do plenário do TCU. A questão enfrentada nessas decisões era proposta de autocomposição sobre a metodologia de cálculo do processo de devolução de trechos ferroviários da Malha Sul, na qual o colegiado da Corte de Contas teria estabelecido determinados itens como condição *sine qua non* para a aprovação do acordo, que não constavam da primeira versão. Após submissão à comissão de negociação, segundo as autoras, houve acordo e as condições foram incluídas, mas,

ao que parece, mais que espaço de debate ou avalizador, o TCU nesse caso chegou a atuar de forma determinante na formação do próprio objeto da solução, nele incluindo matérias que as partes, por falta de consenso quanto a elas, expressamente haviam optado por excluir da minuta de acordo.

Ressalva-se que o impacto dessa atuação não é necessariamente negativo. Caso a primeira minuta do acordo houvesse sido aprovada, ficaria aberta a possibilidade de litígio futuro sobre os temas que haviam sido excluídos do seu escopo, com ônus adicionais às partes e risco de ineficácia do próprio ajuste (Carvalho; Damasceno, 2024, s.p.).

As observações são relevantes e representam o mais importante aspecto a ser observado e analisado na consensualidade pública, tendo em vista que ser o limite de intervenção do TCU nas soluções entabuladas a questão nevrálgica de sua adequação jurídica.

Outra questão, levantada por Palma (2023, s.p.), gira em torno da “expansão das competências controladoras”, uma vez que “ganha o TCU espaço decisório sobre atividades-fim regulatórias, agora com consentimento das partes”. A jurista ainda aponta que o grande atrativo para “sentar à mesa” de negociação com o TCU não é propriamente encontrar a solução ótima para os casos, mas evitar a responsabilização pessoal, o que representa “um grande ganho ao jurisdicionado, assim como para a empresa e seus sócios diretores, considerando a tendência de o TCU também sancionar particulares”. Duque (2024, s.p.), na mesma linha, afirma que o número expressivo de pedidos de negociação “foi impulsionado pelo fato de o carimbo do tribunal no acordo afastar a responsabilização pessoal dos gestores por condições negociadas em processo de SSC, salvo se verificada fraude ou dolo”. Ressalta, ainda, que o TCU não ficará imune a questionamentos, pois “ao (auto)ampliar sua competência e protagonizar as negociações, assumiu grande responsabilidade. Terá que responder aos atores com interesse no objeto da controvérsia e à sociedade sobre as soluções dadas nos acordos”. Ainda no mesmo sentido, mas em tom menos crítico, Gabriel (2024, s.p.), em recente texto, levantou a hipótese de a solução consensual, em determinado caso, ter tomado ares de consulta ao TCU. Discorrendo acerca do Acórdão 51/2024-Plenário, que tratou da concessão do Aeroporto de Cuiabá, Yasser destacou que parecia haver certa concordância prévia entre os envolvidos – Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Ministério dos Portos e Aeroportos e Aeroeste Aeroportos S/A, concessionária do aeroporto de Cuiabá. Por que razão, então, a Anac não teria decidido o assunto sem necessitar da participação do TCU? Para Gabriel (2024, s.p.), “talvez o TCU tenha servido aos envolvidos mais como ‘homologador’ da solução imaginada, dando-lhes respaldo de que ela não seria posteriormente contestada quando o tribunal estivesse desempenhando sua função fiscalizatória”. Segundo ele, a Secex Consenso “teria ajudado na prevenção de um possível conflito: que teria, de um lado, Anac, ministério e concessionária, e, de outro, o próprio TCU, mas na condição de fiscalizador”.

As críticas são pertinentes, mas merecem algumas ressalvas. Em certo sentido, o TCU envereda sobre o mérito da decisão regulatória, tendo que ser “convencido” da pertinência do ajuste para que o homologue, o que turva a fronteira entre regulação e controle da regulação. Ademais, o verdadeiro atrativo do acordo, além da busca de uma solução negociada, é, de fato, reduzir o risco de sancionamento do TCU, o que, é bom ressaltar, não é um problema em si. O TCU já atua ordinariamente sobre a matéria, e o faz de modo mais distante e menos dialógico. O que muda com a atuação consensual é que, voluntariamente, o regulador aceita, de fato, renunciar a certa autonomia decisória, buscando a opinião do TCU *a priori*, em troca da segurança de não enfrentar atuação sancionatória ou interventiva posteriormente. Nesse sentido, é frágil afirmar que a atuação consensual por si só acarrete mais intervenção. Como disse Gabriel (2024), de um modo ou de outro, a solução consensual previne conflitos futuros, ainda que com o próprio órgão de controle. A pertinência da opção pela atuação consensual em oposição à atuação ordinária decorre, ainda, do fato de grande parte das demandas que aportam ao TCU já se encontrarem judicializadas, o que impõe reflexões mais amplas de cunho econômico “sobre o custo de oportunidade do litígio, o custo do dinheiro no tempo e o risco de derrota judicial” em casos com grande impacto social e para os quais “soluções tempestivas não se avizinham num futuro próximo”, como ressaltado pelos ministros do TCU Bruno Dantas e Benjamin Zymler (2024, s.p.).

Outro ponto de atenção, aventado por Carnaes (2023, s.p.), é o condicionamento do processamento da solução consensual à disponibilidade operacional do TCU. Optando a Corte de Contas pela instituição de um procedimento consensual, “necessário dispor de estrutura suficiente para dar sequência às solicitações e qualquer exame de admissibilidade deve considerar apenas e tão somente questões atinentes ao processo em si”. Carnaes ainda critica o condicionamento da participação de representantes do setor privado nas discussões a “circunstâncias casuísticas”, bem como a inexistência de previsão de que peçam diretamente a instauração do processo consensual (Carnaes, s.p.).

O primeiro apontamento procede, pois, se a solução consensual for pleiteada e, especialmente, se for a melhor opção para a resolução célere e efetiva do caso, não devem questões operacionais do TCU interferir na opção pelo meio consensual. Essa questão também foi abordada por Araújo, Lino e Moerbeck (2023, s.p.), ao

assinalarem que o “temor sobre a possibilidade de um certo ‘congestionamento’ da Secex Consenso não parecer ser infundado, haja vista que a atuação das CSC tem sido percebida como um remédio para superar o chamado ‘apagão das canetas’”.

Quanto à participação de particulares, há, de fato, algumas questões em aberto. A princípio, parece fazer sentido que a presença de particulares esteja condicionada a “circunstâncias” que serão avaliadas pela Segecex, pois, hipoteticamente, é possível imaginar casos em que tal providência não seja relevante. Porém, dada a natureza dos casos até então levados à Secex Consenso, que, em geral, envolvem controvérsia entre concessionária e Poder Concedente, alijar o particular de participação seria inadequado. Nesse sentido, como bem pontuado por Araújo, Lino e Moerbeck (2023, s.p.), seria pertinente maior clareza a respeito das hipóteses nas quais seria cabível à Segecex inadmitir a participação do particular diretamente envolvido na controvérsia, afinal, “o desenho escolhido intencionalmente deixou aberta a porta para a exclusão do particular nas reuniões da CSC, que podem ensejar a alteração do seu contrato, sem apresentar quaisquer parâmetros para tal decisão”. Os autores aventam que o quadro se agrava caso o Plenário do TCU sugira alterações na proposta elaborada pela CSC, pois, nessa hipótese, apenas os representantes da administração pública que solicitaram a solução consensual ou que tenham manifestado interesse nos termos do art. 3º, V, serão intimados a se manifestarem (artigo 11, § 1º, IN-TCU 91/2022). Logo, “ainda que o particular seja admitido na CSC, na hipótese de modificações da proposta pelo tribunal, sua concordância, ao que tudo indica, não será requisito para homologação do acordo”. Endossa-se integralmente os apontamentos apresentados.

Quanto à impossibilidade de apresentação de solução consensual por agentes privados diretamente ao TCU, concorda-se que pode comprometer, de certa maneira, as possibilidades de ajuste consensual, pois teriam que, em um primeiro momento, convencer as agências reguladoras ou outros legitimados a propor a SSC a respeito dos benefícios da consensualidade promovida pela Cortes de Contas, para que estes apresentem a solicitação ao TCU. A depender dos custos do convencimento, a negociação a ser travada no TCU “pode se iniciar, desde o marco zero, com elevados custos à construção do consenso, afetando a formulação de um ambiente dialógico propício à formulação de uma boa solução para todas as partes e para o caso concreto” (2023, s.p.). Entretanto, esse raciocínio merece ressalvas. A necessidade

de “costura” prévia da solução consensual com ente legitimado à propositura da SSC é necessária de qualquer forma, pois a negativa deste, mesmo na hipotética possibilidade de pleito direto ao TCU por parte do ente privado, acabaria com a possibilidade de acordo. Imaginar que a provocação direta do TCU pelo ente privado diminuiria o custo dessa “costura” anterior parece frágil.

Por fim, uma última crítica se dirige ao protagonismo da figura do Presidente do TCU nas soluções consensuais. Considerando os dispositivos da Lei Orgânica do TCU (Lei 8429/1992) e do Regimento Interno do órgão dedicados à competência de seu Presidente, há apenas dois deles que se referem ao exercício do controle externo propriamente dito – à atuação finalística do TCU: o inciso IX do art. 28 do Regimento, que dispõe ser competência do Presidente proferir voto de desempate em processo submetido ao Plenário; e o inciso X do mesmo artigo, que oportuniza ao Presidente votar quando se apreciar inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público no bojo de processos de controle externo. As demais disposições se referem ou à representação institucional do TCU ou a questões atinentes à gestão do órgão, papel primário do ministro que ocupa a presidência.

Como se detalhou em tópico anterior, no procedimento das soluções consensuais, o presidente decide sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual, sozinho ou juntamente com o relator, caso haja processo no TCU sobre a matéria objeto da solicitação. Além disso, decide sobre a eventual prorrogação do prazo de conclusão dos trabalhos da CSC. Por fim, assina o termo que formaliza a solução.

Entende-se que o processo de SSC, assim como qualquer outro processo de controle externo, deveria ser conduzido por relator definido a partir dos critérios de praxe desde seu início, a quem deveria ser atribuída a decisão a respeito da admissibilidade do caso. Se houver processo relacionado ao objeto da SSC em tramitação, o relator deste poderá participar da decisão sobre a admissibilidade da SSC em conjunto com o relator sorteado – do mesmo modo que a IN 91/2022 prevê em relação ao presidente –, ou ser designado relator (único) diretamente. A assinatura do termo, por outro lado, é papel institucional que só ocorre após aprovação do colegiado, razão pela qual deve permanecer entre as atribuições presidenciais.

Compilando as críticas expostas, vislumbram-se dois riscos e duas oportunidades de melhoria na normatização da consensualidade no TCU: (i) risco de

incorrer na “consensualidade abusiva”, em virtude da tênue diferença entre participação propositiva das unidades do TCU nas comissões criadas e a imposição dos contornos que o órgão entende como a solução adequada ao caso (risco inerente à hibridez do papel exercido pelo TCU, descrito neste texto, que mescla as posições de conciliador, mediador e árbitro); (ii) risco operacional de não conseguir processar a contento e com a devida celeridade a potencial demanda por soluções consensuais em diversos casos enquadráveis na norma interna; (i) oportunidade de detalhar de maneira mais clara a participação de particulares no procedimento, especificando em que circunstâncias os pedidos de ingresso podem ser negados, bem como criando, normativamente, a possibilidade de o particular integrar as comissões, até com poder de veto, o que já ocorre na prática; (ii) oportunidade de tornar o papel do Presidente do TCU mais coerente com as demais competências previstas na Lei Orgânica do TCU (Lei 8443/1992) e no Regimento Interno do órgão, no sentido de apenas proceder à assinatura do termo em caso de aprovação pelo colegiado, mas sem decidir acerca da admissibilidade das soluções ou dos prazos procedimentais, o que deve ficar a cargo de relator designado desde o início ou de relator de processo já existente no TCU.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo analisar os fundamentos teóricos, a natureza jurídica, a normatização e os riscos da atuação do TCU à luz do direito positivo, bem como verificar eventuais oportunidades de melhoria na formatação da consensualidade adotada pelo órgão de controle. A investigação se valeu de pesquisa bibliográfica e documental, bem como de entrevista semiestruturada com um integrante da Secex Consenso.

Inicialmente, foram apresentados os fundamentos teóricos da consensualidade, com destaque para suas vantagens em relação ao atuar tradicional do poder público, pautado na unilateralidade. Em seguida, foram brevemente enumeradas algumas das principais normas que ilustram a virada consensual no direito administrativo brasileiro.

Em seguida, verificou-se que o TCU tem competência para atuar consensualmente, nos moldes de sua normatização interna, tendo em vista se tratar

apenas de um modo diferente de exercer sua missão institucional, nos moldes previstos na CF/88, focando-se o controle preventivo e negociado. O termo firmado ao final do procedimento consensual tem natureza de acordo extrajudicial e difere, em grande medida, dos acordos substitutivos de sanção, em que pese essa diferença se tornar, em alguns, menos clara.

Após, analisando-se os meios de RAD, apontou-se que o TCU encerra primordialmente o papel de mediador, mas também de conciliador e até de árbitro, em nítida hibridez. No que concerne à conciliação, a participação ativa do TCU na sugestão de soluções, e não simplesmente como um facilitador do relacionamento entre partes conflitantes, fica clara a partir da composição da CSC. Em relação à mediação, o TCU lida com relações em que há vínculo anterior entre as partes, que dificilmente serão resolvidas em uma única “sessão” (ou com uma única reunião), nas quais se busca uma compreensão mais profunda dos interesses envolvidos e, em regra, com traços multidisciplinares. Por fim, quanto à arbitragem, embora em menor grau, há um traço de similaridade: o TCU é agente que “precisa” ser convencido da pertinência dos argumentos aventados para que o ajuste consensual se aperfeiçoe. Em caso de não concordância do órgão, o acordo não é firmado – ou, ao menos, não é firmado nos moldes pretendidos pelas partes quando optaram por levar a controvérsia ao órgão de controle. Ademais, o comprometimento do TCU com a não responsabilização dos signatários a não ser nos casos de dolo ou fraude é (o mais) forte atrativo e ganha contornos de instrumento de pressão. Por outro lado, a mais nítida diferença em relação à arbitragem é que a posição do TCU não vincula as partes, que podem desistir do ajuste no meio do processo. Em suma, constatou-se que o TCU seria uma espécie de mediador ativo com ascendência deliberativa sobre a pertinência e o aperfeiçoamento do acordo.

Em seguida, verificou-se que consensualidade no TCU resulta em termo firmado ao final do procedimento que tem natureza de acordo extrajudicial e difere, em grande medida, dos acordos substitutivos de sanção, notadamente do TAG, em que pese essa diferença se tornar, em alguns, menos clara, notadamente quando há arquivamentos de processos do TCU no contexto dos acordos e homologação de reduções de multas por parte de entes privados contratados pelo poder público, o que turva, de certa forma, a distinção verificada *a priori*.

Por fim, foram abordados os riscos da atuação consensual no TCU e apresentadas oportunidades de melhoria da normatização interna, assim sintetizados: (i) risco de incorrer na “consensualidade abusiva”, em virtude da tênue diferença entre participação propositiva das unidades do TCU nas comissões criadas e a imposição dos contornos que o órgão entende como a solução adequada ao caso (risco inerente à hibridez do papel exercido pelo TCU, descrito neste texto, que mescla as posições de conciliador, mediador e árbitro); (ii) risco operacional de não conseguir processar a contento e com a devida celeridade a potencial demanda por soluções consensuais em diversos casos enquadráveis na norma interna; (i) oportunidade de detalhar de maneira mais clara a participação de particulares no procedimento, especificando em que circunstâncias os pedidos de ingresso podem ser negados, bem como criando, normativamente, a possibilidade de o particular integrar as comissões, até com poder de veto, o que já ocorre na prática; (ii) oportunidade de tornar o papel do Presidente do TCU mais coerente com as demais competências previstas na Lei Orgânica do TCU (Lei 8443/1992) e no Regimento Interno do órgão, no sentido de apenas proceder à assinatura do termo em caso de aprovação pelo colegiado, mas sem decidir acerca da admissibilidade das soluções ou dos prazos procedimentais, o que deve ficar a cargo de relator designado desde o início ou de relator de processo já existente no TCU.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAÚJO, Thiago; LINO, Livia; MOERBECK, Ana Luiza. Consensualidade no TCU: perguntas em aberto na Corte de Contas. **Revista Consultor Jurídico**, 23 ago. de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-23/opiniao-consensualidade-tcu-perguntas-aberto/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1703/2023-Plenário**. Rel. Ministro-Substituto Augusto Sherman. Julgado em 16.08.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa - TCU n. 91, de 22 de dezembro de 2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/norma>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução - TCU n. 315, de 22 abril de 2020**. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/norma>. Acesso em: 02 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública. **YouTube**, 4 jun. 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g4NT28psZ9o>. Acesso em: 05 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? **Secom TCU**, em 10 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRITTO, Carlos Ayres. Regime constitucional dos tribunais de contas. **Fórum**, set. 2018. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 29 maio 2024.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNAES, Mariana. A Instrução Normativa 91: a solução consensual na pauta do TCU. **Revista Consultor Jurídico**, 26 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-26/publico-pragmatico-instrucao-normativa-91-solucao-consensual-pauta-tcu/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

CARVALHO, Mariana; DAMASCENO, Vitória. Soluções consensuais: o papel do TCU na definição do que deve ser negociado. **JOTA**, em 16 maio 2024. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2024/05/16.5.24-Solucoes-consensuais_-o-papel-do-TCU-na-definicao-do-que-deve-ser-negociado.pdf. Acesso em: 05 abr. 2024.

CAVALLARI, Odilon. As novas soluções consensuais no Tribunal de Contas da União. **Revista Consultor Jurídico**, 22 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-22/odilon-cavallari-novas-solucoes-consensuais-tcu/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

CYRINO, André; SALATHÉ, Felipe. A consensualidade abusiva no direito administrativo: notas iniciais de teorização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 634-86, maio/ago., 2024.

DANTAS, Bruno; ZYMLER, Benjamin. Consensualismo é inevitável na solução de conflitos. **Estadão**, 21 jun. 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/tudo-sobre/direito-ciencia-juridica/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

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

DANTAS, Bruno. Um ano de Secex Consenso e a mediação técnica no TCU. **Correio Braziliense**, 01 fev. 2024. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/direito-e-justica/2024/02/6796046-bruno-dantas-um-ano-de-secexconsenso-e-a-meditacao-tecnica-no-tcu.html>. Acesso em: 05 abr. 2024.

DUQUE, Gabriela. Soluções consensuais no TCU: entre comemorações e críticas. **JOTA**, 14 fev. 2024. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2024/02/7.2.24-Solucoes-consensuais-no-TCU_-entre-comemoracoes-e-criticas.pdf. Acesso em 05 abr. 2024.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura**. São Paulo: Singular, 2020.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FORNI, João Paulo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; TOMAZETTE, Marlon. As Contribuições da Economia Comportamental para o Aperfeiçoamento da Mediação e da Conciliação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 11, p. 113-130, 2020.

FRACCHIA, Fabrizio. **L'Accordo Sostitutivo**: Studio sul consenso disciplinato dal Diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere. Milão: Cedam, 1998.

GABRIEL, Yasser. A 'solução consensual' seria a nova 'consulta' ao TCU? **JOTA**, 12 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-solucao-consensual-seria-a-nova-consulta-ao-tcu-12062024>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GORDILLO, Agustin. **Problemas del control de la administración pública en América Latina**. Madrid: Civitas, 1981, p. 119.

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

MENEGUIN, Fernando; SEVERO, Letícia. Soluções consensuais: o papel do TCU na definição do que deve ser negociado. **JOTA**, 16 maio 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/o-consensualismo-na-administracao-publica-eficiencia-e-incentivos-10062024>. Acesso em: 10 jun. 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Adm.**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar., 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005.

OLIVEIRA, Igor Pereira. Corte de Contas: soluções consensuais em detrimento de soluções unilaterais. **Revista Consultor Jurídico**, 29 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-29/corte-de-contas-solucoes-consensuais-em-detrimento-de-solucoes-unilaterais/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

PALMA, Juliana Bonarcosi de. O TCU e a sua consensualidade controladora. **JOTA**, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2023/06/28.06.23-O-TCU-e-sua-consensualidade-controladora-1.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2024.

REOLON, Jaques F. O TCU e a solução consensual de controvérsias: a Secex Consenso. **Revista Consultor Jurídico**, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-24/jaques-reolon-tcu-solucao-consensual-controversias/>. Acesso em: 11 abr. 2024.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. El Interés General como Categoría Central de la Actuación de las Administraciones Públicas. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1.

¹ Este e outros trechos da fala do Ministro constam em: Secretaria criada pelo TCU dá força a acordos por autocomposição. **Revista Conjur**, em 26.07.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-26/secretaria-criada-tcu-forca-acordos-autocomposicao/>. Acesso em: 05.04.2024.

² Em momento anterior, desde a criação do Estado-Nação até o advento das revoluções burguesas, mesmo as liberdades individuais eram restritas, pautando-se a vida pública por uma suposta necessidade de um “polo de poder dotado de suficiente concentração de poder para impor comportamentos e assegurar uma convergência fundada na coerção” (Moreira Neto, 2003, p. 132-133).

³ São pioneiros nessa investigação, no contexto nacional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Luciano Ferraz, cujas ideias moldaram não só escritos doutrinários, mas instrumentos de gestão e controle hoje amplamente difundidos no país. O livro “Mutações do direito administrativo” (de Moreira Neto), cuja primeira edição data do ano 2000, já apresentava tópico intitulado “Administração pública consensual” (p. 37 e seguintes). A tese de doutorado de Ferraz, defendida em 2003, intitulada “Novos rumos para o controle da administração pública: auditorias de gestão e eficiência administrativa”, trazia as bases teóricas para a disseminação da consensualidade no direito administrativo, especialmente no controle.

⁴ Cyrino e Salathé (2024, p. 635) apresentam o seguinte inventário: ANTT – Resolução nº 5.823/2018 e Portaria nº 24/2021; ANATEL – Resolução nº 629/2013, art. 5º, da Resolução nº 589/2012, art. 54 do Regimento Interno; ANS – art. 29 da Lei nº 9.656/1998, Resolução nº 372/2015; ANTAQ – art. 46, incisos III e IV, do Regimento Interno, Resolução nº 92/2022; ANCINE – art. 3º, inciso XXIX, do Regimento Interno, Instrução Normativa nº 118/2015; ANAC – art. 479 da Resolução nº 472/2018, Portaria nº 534/2012, art. 22, inciso V, do Regimento Interno da ANAC, Instrução Normativa nº 126/2018; ANP – Resolução nº 848/2021; ANA – Portaria nº 418/2022; Banco Central – arts. 11 a 15 da Lei nº 3.506/2017.

⁵ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

⁶ A exemplo dos seguintes: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

⁷ O art. 2 da IN se refere às “autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU”, quais sejam: “I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II – Procurador-Geral da República; III – Advogado-Geral da União; IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V – presidentes de tribunais superiores; VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; VII – comandantes das Forças Armadas”.

⁸ Mais especificamente as agências que constam no rol do art. 2º da Lei n. 13.848/2019, quais sejam: “I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM)”, nos termos do art. 3º da IN-TCU 91/2022.

⁹ A unidade é dividida em quatro eixos principais que priorizam, transversalmente, a construção colaborativa de soluções consensuais na administração pública; o diálogo com as instituições na prevenção dos conflitos; o compartilhamento de informações entre entidades públicas durante a fase de negociação dos acordos de leniência, com a inclusão dos processos do TCU no escopo desses acordos; a elaboração e execução de estratégias para a participação cidadã no dia a dia do TCU, com o intercâmbio nacional e internacional de boas práticas; a articulação de ações do controle externo com os Tribunais de Contas do Brasil, além do compartilhamento de boas práticas de políticas públicas

descentralizadas. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? **Secom TCU**, 10 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 04 abr. 2024.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública. **YouTube**, 4 de junho de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g4NT28psZ9o>. Acesso em: 05 jun. 2024.

¹¹ De acordo com Forni, Santos e Tomazette (2020, p. 114), com base em dados do CNJ, “O Poder Judiciário brasileiro encontra-se assoberbado, conforme se depreende dos dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: são 79,9 milhões de processos em tramitação (aguardando alguma solução definitiva); o estoque de processos aumenta desde o ano de 2009 (quando a série histórica foi iniciada), com crescimento acumulado, até o final de 2016, de 31,2%, o que equivale a 18,9 milhões de processos; e, apesar de, em 2016, o Judiciário ter baixado 100,3% do número de processos que ingressaram (ao todo, 29,4 milhões de processos; foram baixados pouco mais de 29,4 milhões), o estoque de processos subiu 3,6%. Esses números revelam um modelo processual fadado à morosidade, o que, em grande parte, deve-se à cultura brasileira de litigiosidade, atestada pelo fato de que, para cada 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2016. Além disso, quando comparado a países como França, Itália, Inglaterra, Alemanha e Portugal, o Brasil apresenta um percentual do Produto Interno Bruto, destinado a despesas com o Sistema de Justiça, quase seis vezes maior que os citados países”.

¹² “Em 2017, os colegiados do TCU julgaram 24.236 processos; em 2018, foram 30.979; em 2019, os julgamentos totalizaram 31.033; em 2020, totalizaram 32.092; e, em 2021, o total foi de 41.418” (Reolon, 2023).

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública. **YouTube**, 4 de junho de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g4NT28psZ9o>. Acesso em: 05 jun. 2024.

¹⁴ O autor se refere à seguinte decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 24.510**. Rel. min. Ellen Gracie. Julgado em 19.11.2003.

¹⁵ Assinala-se que a posição de Almeida não versa, no contexto no qual foi expressa, sobre tribunais de contas.

¹⁶ O autor se refere à seguinte decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Mandado de Segurança 24.379**. Rel. min. Dias Toffoli. Julgado em 7.4.2015.

¹⁷ Realizada por meio eletrônico no dia 11.4.2024.

¹⁸ “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.2. considerar irregulares os contratos de confissão de dívida celebrados em 16/11/2004 pelas entidades do Sistema BNDES, onde já foram realizados pagamentos nos valores atualizados até março/2023 de R\$ 1.045.569.358,78, conforme números apresentados pela Fapes (peça 371): 9.2.1. em relação à parcela atinente à redução do teto do salário-contribuição para o INSS, ocorrida em 1989, em razão da não submissão dos contratos de confissão de dívida à oitiva prévia do então Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (Dest); 9.2.2. em relação à parcela relativa à unificação dos cargos de Assistente Técnico-Administrativo A (ATAA) e de Assistente Técnico-Administrativo B (ATA B), realizada pela Resolução 986/2001, de 14/12/2001, em razão da: 9.2.2.1. não observância da obrigatoriedade da paridade contributiva, prevista no art. 202, § 3º, da Constituição Federal de 1988, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, considerando que a unificação dos cargos ocorreu em 14/12/2001, portanto, posteriormente à data de vigência da Emenda Constitucional 20/1998; 9.2.2.2. não submissão dos contratos de confissão de dívida à oitiva prévia do então Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (Dest); 9.3. considerar irregulares os aportes decorrentes de (1) unificação dos cargos de Operador de Equipamento de Reprografia A e B e dos cargos Técnicos de Informática A e B do Plano Uniforme de Cargos e Salários (PUCS), conforme proposta, de 02/12/2002, aprovada pelas diretorias do BNDES e da BNDESPAR, no valor de R\$ 740.300,00, pago à vista no exercício de 2002; e (2) enquadramento de quatro funcionárias (que ocupavam o cargo de Técnico de Informática C) no cargo de Assistente Administrativo do PUCS, conforme proposta, de 02/12/2002, aprovada pelas diretorias do BNDES e da Finame, no valor de R\$ 427.042,58, pago à vista no exercício de 2002, em razão de as datas das propostas aprovadas serem posteriores à data de vigência da Emenda Constitucional 20/1998” (Brasil, 2023).

¹⁹ “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.4. encaminhar a matéria, nos termos do art. 2º, inciso III, da IN-TCU 91/2002, para adoção de procedimento de solução consensual, envolvendo, de um lado, as entidades do Sistema BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, BNDES Participações S.A. - BNDESPAR e Agência Especial de Financiamento Industrial - Finame), e, de outro, a Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES - Fapes, com o objetivo de buscar a implementação da devolução de recursos repassados à Fapes por força dos contratos de confissão de dívida celebrados em 27/12/2002 e 16/11/2004, objetos de suspensão cautelar por força do despacho à peça 51 destes autos e de suspensão definitiva determinada pelos subitens 9.5.1 e 9.5.2 deste Acórdão, considerando nas negociações: 9.4.1. a necessidade de se obter, em solução de compromisso, a devolução dos recursos no maior montante possível, considerando, de um lado, a possibilidade de contribuição adicional dos beneficiários e assistidos em limites suportáveis e, de outro, a sustentabilidade financeira do plano de benefícios; 9.4.2. que, tendo em vista a avaliação deste Tribunal pela regularidade dos pagamentos não-paritários realizados em razão da parcela consignada nos contratos de confissão de dívida celebrados em 16/11/2004 atinente à redução do teto do salário-contribuição para o INSS, ocorrida em 1989, regularidade essa ainda sujeita à submissão e aprovação da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest), os valores referentes a essa parcela pendentes de pagamento desde a adoção da medida cautelar por força do despacho à peça 51 destes autos devem ser utilizados em favor da Fapes, por meio de encontro de contas, como parte da solução a ser acordada entre as entidades, caso haja expressa autorização da Sest para tanto; 9.4.3. a existência de dois outros aportes não-paritários do BNDES à Fapes no ano de 2002, considerados irregulares pelo Tribunal, decorrentes da unificação dos cargos de Operador de Equipamento de Reprografia A e B e dos cargos Técnicos de Informática A e B do Plano Uniforme de Cargos e Salários (PUCS), no valor de R\$ 740.300,00, bem como do enquadramento de quatro funcionárias (que ocupavam o cargo de Técnico de Informática C) no cargo de Assistente Administrativo do PUCS, no valor de R\$ 427.042,58;” (Brasil, 2023).

²⁰ “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.5. determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ao BNDES Participações S.A. (BNDESPAR) e à Agência Especial de Financiamento Industrial (Finame), que: 9.5.1. suspendam definitivamente os pagamentos dos contratos de confissão de dívida celebrados em 27/12/2002, nos valores históricos de R\$ 264.342.300,00 (duzentos e sessenta e quatro milhões, trezentos e quarenta e dois mil e trezentos reais), de responsabilidade do BNDES, R\$ 54.316.607,00 (cinquenta e quatro milhões, trezentos e dezesseis mil, seiscentos e sete reais), de responsabilidade do BNDESPAR, e R\$ 19.174.554,00 (dezenove milhões, cento e setenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais), de responsabilidade da Finame; 9.5.2. suspendam definitivamente os pagamentos dos contratos de confissão de dívida celebrados em 16/11/2004, nos valores históricos de R\$ 123.689.913,50 (cento e vinte e três milhões, seiscentos e oitenta e nove mil, novecentos e treze reais e cinquenta centavos), de responsabilidade do BNDES, R\$ 34.316.814,22 (trinta e quatro milhões, trezentos e dezesseis mil, oitocentos e quatorze reais e vinte e dois centavos), de responsabilidade do BNDESPAR, e R\$ 12.464.106,28 (doze milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, cento e seis reais e vinte e oito centavos), de responsabilidade da Finame - posteriormente ajustados por meio de instrumentos de re-ratificação e aditamento de 13/8/2008 para as importâncias de R\$ 118.553.161,03 (cento e dezoito milhões, quinhentos e cinquenta e três mil, cento e sessenta e um reais e três centavos), de responsabilidade do BNDES, R\$ 32.891.660,18 (trinta e dois milhões, oitocentos e noventa e um mil, seiscentos e sessenta reais e dezoito centavos), de responsabilidade do BNDESPAR, e R\$ 11.946.479,68 (onze milhões, novecentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e setenta e nove reais e sessenta e oito centavos), de responsabilidade da Finame - com a Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES (Fapes); 9.5.3. abstenham-se de realizar aportes relativos aos valores que teriam sido reconhecidos como dívidas em favor da Fapes nos anos de 2013 e 2014, listados a seguir, bem como quaisquer outros aportes não-paritários que sejam destinados ao financiamento do plano de benefícios administrado pela Fapes, mesmo para a cobertura de déficits: 9.5.3.1. manutenção das gratificações de função nos Planos de Cargos e Salários vigentes em 1988; 9.5.3.2. contratos de confissão de dívida de 2002 e 2004: contratos apresentariam insuficiência decorrente da forma de atualização da dívida; 9.5.3.3. Fator Previdenciário: em 1999, a introdução do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) do denominado Fator Previdenciário acarretou a redução dos benefícios pagos por aquele regime público em razão da idade da aposentadoria, representando elevação do valor

do benefício complementar honrado pelo Plano Básico de Benefícios da Fapes; 9.5.3.4. alterações no Plano Uniforme de Cargos e Salários (PUCS) em 2001, com a unificação dos cargos de Assistente Administrativo A e de Assistente-Técnico Administrativo B: o contrato de confissão de dívida vinculado apresentou insuficiência decorrente da forma de atualização da dívida; 9.5.3.5. alterações no PUCS em 2005, 2007 e 2008 (com essas alterações as empresas do sistema BNDES reconheceram a necessidade de acréscimo nas reservas matemáticas e efetuaram aportes à vista em junho de 2009, mas ainda restaria diferença a ser paga);” (Brasil, 2023)