

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

MARIA LUÍZA ABINADER DA SILVA DUTRA

**A IMPLEMENTAÇÃO DA CONSENSUALIDADE POR MEIO DA
IN TCU Nº 91/2022 – ESTUDO DE CASO DO ACÓRDÃO Nº
1130/2023**

*The implementation of consensus by means of TCU IN No. 91/2022 – A case study on
Decision No. 1130/2023*

Brasília
2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A IMPLEMENTAÇÃO DA CONSENSUALIDADE POR MEIO DA
IN TCU Nº 91/2022 – ESTUDO DE CASO DO ACÓRDÃO Nº
1130/2023**

Autora: Maria Luíza Abinader da Silva Dutra

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iório Aranha

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel no Programa de Graduação
da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Brasília, 6 de dezembro de 2023.

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIA LUÍZA ABINADER DA SILVA DUTRA

A IMPLEMENTAÇÃO DA CONSENSUALIDADE POR MEIO DA IN TCU Nº 91/2022 – ESTUDO DE CASO DO ACÓRDÃO Nº 1130/2023

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 6 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
(Orientador – Presidente)

Prof. Caroline Maria Vieira Lacerda
(Membra)

Prof. Roberta Negrão Costa Wachholz
(Membra)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me guiado. Aos meus pais, por terem me apoiado até aqui e acreditado no meu potencial. A José Cardoso Dutra (*in memoriam*), por ser exemplo de força na operação do direito. Aos meus irmãos e demais familiares, pelo carinho. Aos amigos, por compartilhar comigo essa jornada que foi a graduação. Ao professor Márcio Iório Aranha, pela orientação paciente e atenciosa. À UnB, por ter feito com que eu expandisse meus horizontes para além do mundo jurídico.

FICHA CATALOGRÁFICA

Abinader da Silva Dutra, Maria Luíza. A implementação da consensualidade por meio da IN TCU nº 91/2022 – Estudo de caso do Acórdão nº 1130/2023 / Maria Luíza Abinader da Silva Dutra; orientador Márcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2023. 103 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. Acordos Administrativos. 2. Tribunal de Contas da União. 3. Direito Administrativo do Medo. 4. IN TCU nº 91/2022. I. Iorio Aranha, Márcio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DUTRA, M. L. A. da S. (2023). **A implementação da consensualidade por meio da IN TCU nº 91/2022** – Estudo de caso do Acórdão nº 1130/2023. Monografia Final do Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 103 p.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL	18
1.1. As previsões normativas de atuação concertada para a Administração Pública	18
1.2. Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público	22
1.3. A falta de confiança e de sinergia entre as partes.....	28
2. AS FUNÇÕES TRADICIONAIS EXERCIDAS PELO TCU E O PAPEL DE MEDIADOR QUE SURGE COM A IN Nº 91/2022	31
2.1. As competências tradicionais do TCU.....	31
2.2. O papel do TCU de mediador advindo da IN nº 91/2022	33
2.3. O impulso para a edição da IN nº 91/2022 – Acórdão nº 2139/2022	38
2.4. IN nº 91/2022 – A Solicitação de Solução Consensual (SSC)	50
2.5. IN nº 91/2022 – A Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso).....	55
2.6. Tópicos da doutrina de direito administrativo do medo	58
3. ESTUDO DE CASO: ACÓRDÃO Nº 1130/2023	64
3.1. As circunstâncias preexistentes ao acórdão e o processo de Solicitação de Solução Consensual	64
3.2. A proposta de termo de autocomposição.....	69
3.3. A posição do TCU com a homologação do acordo	79
3.3.1. A perspectiva dos obstáculos aos acordos administrativos – Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e a falta de confiança e de sinergia entre as partes.....	79
3.3.2. A perspectiva do direito administrativo do medo.....	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94
NORMAS REFERENCIADAS	97

RESUMO

Este trabalho examina a IN nº 91/2022, que instituiu, no âmbito do TCU, procedimentos de solução consensual de controvérsias afetas à Administração Pública federal. A pesquisa foi ancorada nas teorias (i) da consensualidade administrativa; (ii) do controle externo; e (iii) da segurança jurídica para as autoridades regulatórias. A partir da análise dessas teorias, do recorte bibliográfico correlato, da IN nº 91 propriamente dita e dos Acórdãos nºs 2139/2022 e 1130/2023, propôs-se a responder à seguinte pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91/2022 e as questões listadas pela doutrina como obstáculos à implementação de acordos administrativos e a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo? Formulou-se a hipótese de que não seria possível afirmar que as questões levantadas pela bibliografia listada foram resolvidas pela IN nº 91/2022. O Capítulo 1 apresenta um panorama geral da aplicação de acordos administrativos no Brasil, analisando os tópicos relativos aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e à falta de confiança e de sinergia entre as partes negociantes. O Capítulo 2 trata da função tradicional de controle externo exercido pelo TCU em face do papel de mediador que surge, assim como examina o Acórdão nº 2139/2022, que serviu de alento para a edição da IN nº 91/2022, a própria instrução normativa e os temas referentes ao direito administrativo do medo. Por fim, o Capítulo 3 analisa o Acórdão nº 1130/2023, que aprovou, pela primeira vez, termo de autocomposição redigido com base na referida IN. Por fim, confirmou-se a hipótese inicial. Considerando o curto período de vigência da IN nº 91, o baixíssimo número de casos em que foi aplicada e a estrutura institucional recente da SecexConsenso, não haveria evidência de que os elementos da instrução normativa convergem em uma solução real para os problemas descritos na literatura referenciada.

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

ABSTRACT

This study examines Normative Instruction (Portuguese acronym IN) No. 91/2022, which established, within the Federal Court of Accounts (Portuguese acronym TCU), procedures for consensual resolution of disputes related to the federal Public Administration. The research was grounded in the theories of (i) administrative consensus; (ii) external control; and (iii) legal certainty for regulatory authorities. From the analysis of these theories, related bibliography, IN No. 91 itself, and Decisions No. 2139/2022 and 1130/2023, the following research question was addressed: what is the relation between the institutional innovation introduced by IN No. 91/2022 and the issues identified in the literature as obstacles to the implementation of administrative agreements, and the criticism brought by the administrative law of fear teachings? The hypothesis formulated was that it could not be stated that the concerns raised by the listed bibliography were resolved by IN No. 91/2022. Chapter 1 provides an overview of the application of administrative agreements in Brazil, analyzing topics related to the principles of supremacy and non-availability of public interest, as well as the lack of trust and synergy between negotiating parties. Chapter 2 discusses the traditional external control function exercised by TCU in contrast to the mediator role that emerges, as well as examines TCU Decision No. 2139/2022, which provided inspiration for the issuance of IN No. 91/2022, the instruction itself, and topics related to the administrative law of fear. Finally, Chapter 3 analyzes TCU Decision No. 1130/2023, which approved, for the first time, an agreement based on the aforementioned IN. In conclusion, the initial hypothesis was confirmed. Considering the short period of validity of IN No. 91, the low number of cases in which it was applied, and the recent institutional structure of SecexConsenso, there is no evidence that the elements of the normative instruction converge into a real solution for the matters described in the referenced literature.

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

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	–	Esquematização tramitação SSC.....	51
Figura 2	–	Previsão inicial de geração das usinas KPS	72
Figura 3	–	Previsão de geração das usinas KPS em 2023 no caso de operacionalização do termo.....	73

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	–	Relação de Solicitações de Solução Consensual.....	56
Tabela 2	–	Esquematização das cláusulas pactuadas no termo de autocomposição e da respectiva posição do TCU.....	69

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CER	Contratos de Energia de Reserva
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONER	Conta de Energia de Reserva
CONIT	Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
CPC	Código de Processo Civil
CRO	Concessionária Rota do Oeste S.A.

CSC	Comissão de Solução Consensual
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
Dial	Diretoria de Acordos de Leniência
DSC	Diretoria de Solução Consensual
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EC	Emenda Constitucional
KPS	Karpowership Brasil Energia Ltda.
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.
LOTUCU	Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União
MDHC	Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania
MME	Ministério de Minas e Energia
MPT	Ministério Público do Trabalho
MPTCU	Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União
MTPAR	MT Participações e Projetos
ONS	Operador Nacional do Sistema
PCS	Procedimento Competitivo Simplificado
PROCROFE	Programa de Concessões de Rodovias Federais
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
UTE	Usina Termelétrica

SecexConsenso	Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos
SecexEnergia	Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações
Segecex	Secretaria-Geral de Controle Externo
SIN	Sistema Interligado Nacional
SSC	Solicitação de Solução Consensual
STF	Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

Apresentação do estudo

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

Para aprofundar a pesquisa, tratar-se-á de dois casos apreciados pelo Tribunal. O primeiro deles é o Acórdão nº 2139/2022, em que o TCU não vislumbrou óbices e sugeriu modificações em relação a Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e concessionária de rodovia, a fim de transferir o controle acionário. O ineditismo da matéria tratada consiste na assunção da concessão por sociedade de economia mista estadual, permitindo, assim, a retomada dos investimentos na rodovia com a maior celeridade possível. Sua importância para a pesquisa é contribuir para a investigação da implementação da IN nº 91/2022, já que o processo teria servido como alento para criação da SecexConsenso.

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

Justificativa da pesquisa

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

Sob o aspecto institucional, destaca-se que o TCU, apesar de sua importante missão constitucional, costuma ser considerado, pelos particulares e pelas autoridades, como um dificultador do desenvolvimento de políticas públicas e da execução de contratos administrativos. Nessa toada, a inauguração de um sistema de consensualidade no âmbito da Corte de Contas pode endereçar maior segurança jurídica tanto para o agente público que decide quanto para o particular que se relaciona contratualmente com o Estado.

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

Teorias utilizadas neste estudo

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

A teoria da consensualidade no âmbito administrativo é pautada, nesta pesquisa, pelo trabalho de Juliana Bonacorsi de Palma, que, em seu livro “Sanção e Acordo na Administração Pública”¹, debate o consensualismo e analisa o discurso de resistência aos acordos administrativos no direito

¹ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. 325 p.

brasileiro, sob a perspectiva de que o modelo tradicional de atuação administrativa parece não mais dar conta do exercício satisfatório dos deveres da Administração.

Também sobre consensualismo, o estudo baseia-se na pesquisa de Mariana Carnaes, que, na obra “Processo Administrativo Negocial - Balizas Normativas para Efetivar a Negociação no Âmbito Regulatório”², busca fortalecer o instituto do acordo administrativo, de modo a instituir balizas formais que melhor direcionem a negociação da Administração Pública em prol de um desfecho concertado mais eficiente.

Ademais, ainda falando de Administração consensual, o estudo embasa-se em livro do Ministro do TCU Bruno Dantas, “Consensualismo na Administração Pública e Regulação: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI”³, o qual, entre outros pontos, demonstra o aporte teórico necessário para a implementação de um centro de mediação na Corte de Contas como mecanismo capaz de romper com o teor vertical do direito administrativo clássico e de concretizar uma série de objetivos e valores constitucionais.

Quanto à teoria do controle externo exercido pelo TCU, o estudo apoia-se na obra de Luiz Henrique Lima, “Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas”⁴, a qual estuda as origens, os conceitos, os sistemas e as normas de controle externo, bem como as funções e as competências dos Tribunais de Contas.

Em relação à segurança jurídica das autoridades regulatórias, a monografia se respalda no livro “Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos”⁵, de autoria de Rodrigo Valgas dos Santos. Nele, examina-se o fenômeno da interpretação e da aplicação das

² CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022, 286 p.

³ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023, 186 p.

⁴ LIMA, L. H. **Controle Externo**: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. São Paulo: Grupo GEN, 2023. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647750/>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

⁵ SANTOS, R. V. dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 400 p.

normas de Direito Administrativo pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização pessoal decorrente do controle externo disfuncional.

Problema de pesquisa e hipótese

A partir **(i)** da análise das teorias supramencionadas e do recorte bibliográfico correlato; **(ii)** do detalhamento do instrumento veiculado na IN nº 91/2022; e **(iii)** do estudo dos Acórdãos nºs 2139/2022 e 1130/2023, o presente trabalho se propõe a responder à seguinte pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91/2022 e as questões listadas pela doutrina como obstáculos à implementação de acordos administrativos e a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo?

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

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

Já quanto ao direito administrativo do medo, seriam evidenciados, no caso concreto analisado, fatores aptos a promoverem menor receio decisório quanto a eventual responsabilização pessoal dos reguladores-decisores⁶ no âmbito de acordos administrativos.

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

⁶ Neste trabalho, para fins de clareza, consideram-se sinônimos “reguladores-decisores”, “gestor” e “autoridade administrativa”.

Limitações do estudo

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

Restringe-se a avaliar, sob a perspectiva da Administração consensual, os obstáculos para a concretização de acordos administrativos no Brasil, mas somente os óbices que dizem respeito aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, bem como à falta de confiança e de sinergia entre as partes. Esses tópicos servirão como parâmetros da análise de caso e foram recortados das teorias-base selecionadas para a pesquisa, “Sanção e Acordo na Administração Pública”⁷, “Processo Administrativo Negocial: Balizas Normativas para Efetivar a Negociação no Âmbito Regulatório”⁸ e “Consensualismo na Administração Pública e Regulação: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI”⁹.

Sob o enfoque do direito administrativo do medo, a pesquisa se aterá apenas à fração da crítica da doutrina de Rodrigo Valgas dos Santos¹⁰ que trata do receio das autoridades de eventual responsabilização pessoal quando tomam decisões em casos que envolvem grande complexidade e altos valores financeiros. Essa questão também servirá como parâmetro para a análise de caso.

Ademais, não objetiva esta monografia escavar o papel do TCU no ordenamento jurídico atual, mas somente avaliar sua função de controle

⁷ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. 325 p.

⁸ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório**. Londrina: Thoth, 2022, 286 p.

⁹ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, 186 p.

¹⁰ SANTOS, R. V. dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 400 p.

externo tradicional frente ao novo papel de mediador que surgiu com a IN nº 91/2022.

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

Estrutura do estudo

O Capítulo 1 apresentará um panorama geral da aplicação de acordos administrativos no Brasil, analisando os tópicos relativos aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e à falta de confiança e de sinergia entre as partes. O Capítulo 2 tratará da função tradicional de controle externo exercido pelo TCU em face do papel de mediador que surge, assim como examinará o Acórdão nº 2139/2022, serviu de alento para a edição da IN nº 91/2022, a própria instrução normativa e os temas referentes ao direito administrativo do medo. Por fim, o Capítulo 3 analisará o Acórdão nº 1130/2023, que aprovou, pela primeira vez, termo de autocomposição redigido com base na referida IN.

1. OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

Este capítulo apresentará um panorama geral da aplicação de acordos administrativos no Brasil. Analisar-se-ão, ainda, os tópicos relativos aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e à falta de confiança e de sinergia entre as partes. Objetiva-se, com isso, firmar os pressupostos teóricos a serem aplicados no estudo de caso decorrente da IN nº 91/2022.

1.1. As previsões normativas de atuação concertada para a Administração Pública

Apesar de a intensificação da previsão de acordos administrativos ter ocorrido a partir dos anos 2000, dado o exercício do poder normativo das Agências Reguladoras, a efetiva abertura normativa à consensualidade teve início na década de 1990, quando houve aumento de regras dispositivas referentes à celebração de acordos, judiciais ou administrativos, pela Administração¹¹. A consensualidade foi vista como meio para alcançar maior celeridade e eficácia das decisões emitidas pelo Poder Público. Enumerar-se-ão as regras existentes consideradas mais relevantes para o assunto.

Ainda antes da década de 1990, o Decreto-Lei nº 3.365/1941, que disciplina o processo de desapropriação ordinária, previu que acordo celebrado entre a Administração e o expropriado efetiva o processo de desapropriação (art. 10).

Décadas mais tarde, a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) trouxe relevante inovação legislativa à Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), qual seja, permissivo genérico à celebração de compromissos de ajustamento de conduta, viabilizando a atuação concertada dos órgãos públicos legitimados, sem restrição à esfera judicial (art. 5º, § 6º).

Em 2001, editou-se a Lei nº 10.259 (criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), que autoriza a Administração direta e indireta a conciliar.

¹¹ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 192.

Em 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125, que dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses. Nesse regramento, incumbe-se aos órgãos judiciários, antes da solução via sentença, oferecer outros mecanismos de resolução de controvérsias, em especial os métodos consensuais, como a mediação e a conciliação (art. 1º, parágrafo único). Para complementar a norma, mais recentemente, o CNJ editou a Recomendação nº 140/2023, que regulamentou a adoção de métodos de resolução consensual de conflitos pela Administração Pública dos órgãos do Poder Judiciário em controvérsias oriundas de contratos administrativos.

Quanto ao Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência, a Lei nº 12.529/2011 previu que o CADE pode firmar compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, se, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei (art. 85).

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

A Lei nº 9.469/1997, alterada pela Lei nº 13.140/2015, prevê que o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais (art. 1º). Refere-se o regramento aos pagamentos devidos pela Fazenda Pública. No mesmo sentido versa o art. 1º da Lei nº 14.057/2020, que disciplina, no âmbito da União, de suas autarquias e de suas fundações, acordos diretos para pagamento de precatórios e acordos terminativos de litígios contra a Fazenda Pública.

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), no que tange à autocomposição de conflitos em que a parte for pessoa jurídica de direito público, permite que os entes federativos criem câmaras de prevenção e de resolução de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública (art. 32). Ademais, o art. 35 do mesmo diploma versa sobre a possibilidade de controvérsias

jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações serem objeto de transação por adesão.

O CPC de 2015 (Lei nº 13.105/2015) foi marcado pela valorização das técnicas consensuais de resolução de conflitos, tendo sido um marco na consolidação do uso da mediação e da conciliação no direito brasileiro¹². O diploma traz norma fundamental segundo a qual o Estado promoverá a solução consensual das controvérsias sempre que possível (art. 3º, § 2º).

Há, ainda, previsões de acordo em matéria ambiental: penalidades compensatórias (art. 9º, IX, da Lei nº 6.938/1981) e o "Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente" (art. 139 e seguintes do Decreto nº 6.514/2008).

Na esfera da CVM, há a possibilidade de assinatura de termo de compromisso (art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385/1976) e, no CADE, existem os termos de compromisso de cessação e o programa de leniência (arts. 85, 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011).

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

Especialmente no que interessa aos contratos administrativos¹³, a Lei nº 8.666/1993 não dispôs expressamente sobre a possibilidade de aplicação de soluções concertadas para o tratamento de conflitos.

Por outro lado, editou-se a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) com capítulo exclusivo para os meios alternativos de resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (arts. 151 a 154). O art. 153 desse diploma reproduz entendimento do Enunciado nº 10 da I

¹² SILVA, N. F. da. O consenso no dissenso: comentários à inclusão da mediação e da conciliação no CPC/2015, **Revista Jurídica da Presidência**, v. 24, n. 132, p. 168, 2022.

¹³ BRAGANÇA, F.; BRAGANÇA, L. F. da F. P. G. Meios adequados de solução de conflitos em contratos de obras e serviços de engenharia. In: BRAGANÇA, F.; CHAVES, M. P.; AGUIAR, M. P.; DE SOUZA, W.K. M. **Solução de conflitos e sociedade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. p. 407-408.

Jornada de Direito Administrativo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal¹⁴, segundo o qual os contratos poderão ser editados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

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

Assim, verifica-se que não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, permissivo genérico para que toda a Administração Pública federal pudesse atuar de forma concertada.

Ou seja, não havia embasamento legal para oficialização de acordos administrativos independentemente de previsão em norma específica¹⁵. Por exemplo, não existe, na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), norma que sirva como autorização geral para formalização de instrumentos bilaterais de resolução de controvérsias¹⁶.

Então, a Lei nº 13.655/2018 alterou a LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) para estruturar o que normas esparsas já tratavam há tempos¹⁷. Isso porque incluiu dispositivo que expressamente prevê regra jurídica geral que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares via acordos e compromissos com o objetivo de cessar irregularidades,

¹⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Administrativo**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2020.

¹⁵ GUERRA, S.; PALMA J. B. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 138, 2018.

¹⁶ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 236.

¹⁷ GUERRA, S.; PALMA J. B. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 138, 2018.

incertezas jurídicas e situações contenciosas. Veja-se o art. 26 do referido diploma:

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

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

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

II – (VETADO);

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

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

§ 2º (VETADO).

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

Nessa toada, considera-se relevante estudar alguns tópicos que podem implicar dificuldades na concretização dos acordos administrativos, quais sejam, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e a falta de confiança e de sinergia entre as partes. É o que se fará a seguir.

1.2. Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público é o principal fator de legitimação dos poderes estatais. Segundo esse preceito, uma vez que as relações do Estado são exorbitantes do direito comum, o agente público não pode dar maior importância aos interesses particulares, próprios ou de terceiros, em detrimento do interesse geral. É o postulado que embasa todas as disciplinas do direito público¹⁸.

¹⁸ NOHARA, I. P. D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 77.

Essa regra está presente tanto na fase de produção legislativa, servindo de inspiração ao legislador, como na aplicação do direito público, vinculando a autoridade administrativa em toda sua atuação¹⁹.

Segundo Irene Nohara²⁰, são públicos os interesses qualificados legalmente como tais, tendo disciplina jurídica diferente daquela relativa aos interesses privados. Nesse sentido, a autora ressalta que, atualmente, a dicotomia de interesses comuns e privados vem sofrendo questionamentos, por razões como o aumento da complexidade das relações sociais, a presença de interesses individuais indisponíveis e a divisão provocada pela sociedade de massas, que gera necessidade de proteção com certo caráter público de interesses originalmente individuais, mas homogêneos (e cuja violação acarreta danos de caráter coletivo).

Tradicionalmente, tem-se um sistema regulatório vertical no qual o Estado atua mediante decisões unilaterais e imperativas, cujo cumprimento deve ser fiscalizado, ou seja, o sistema de comando e controle²¹. Diferente disso é a dinâmica da consensualidade, em que não haveria decisão terminativa imperativa unilateral que estampasse o emprego das prerrogativas públicas.

A Administração Pública consensual seria o resultado de um movimento de modernização da gestão administrativa que rompe com a dinâmica que se alicerçava na imperatividade unilateral dos atos administrativos para contemplar um modelo integrado por diálogo, negociação, cooperação e coordenação²². O sistema não deixaria de seguir a lógica da autoridade, mas passaria ela a ser matizada pela dialética do consenso²³.

Contudo, há quem diga que a negociação do exercício das prerrogativas públicas²⁴ poderia ser interpretada como a prevalência dos interesses

¹⁹ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 110.

²⁰ NOHARA, I. P. D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 83.

²¹ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 111.

²² DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 56.

²³ DI SALVO, S. H. P. G. J. apud DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 56.

²⁴ Sobre prerrogativas públicas: *“Os poderes legalmente conferidos à Administração estão disponíveis para consecução do interesse público e em função de finalidades específicas previstas em lei e na Constituição. São espécies de poderes administrativos: o discricionário;*

privados. A celebração de acordos administrativos poderia significar uma afronta ao princípio da supremacia, uma vez que a Administração, ao adotar soluções negociadas, deixaria de priorizar o interesse público, contemplando, em contrapartida, os individuais.

No entanto, é necessário destacar que a supremacia do interesse público implica questionamentos quanto à sua aplicação, dada a sua abrangência. Veja-se previsão na Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) e na Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações):

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Assim, o referido dogma, sendo um mecanismo de legitimação das prerrogativas estatais, não pode servir como obstáculo à celebração de acordos administrativos, "*sem trazer em si um critério viável de solucionamento de conflitos entre interesses*"²⁵.

Para além disso, ao lado da função de arbitramento de interesses, há, também, a função de composição deles, ou seja, a tarefa da Administração de harmonizar os fatores em conflito no caso concreto. Exemplo disso é o processo de outorga, no qual os interesses tanto do pretense autorizatário

os decorrentes da hierarquia; o disciplinar; o normativo; o de polícia". NOHARA, I. P. D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 128.

²⁵ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 169.

quanto da Administração são aliados consensualmente no ato da autorização²⁶.

Ademais, não seria possível extrair da sociedade complexa atual um interesse que, além de unívoco, fosse previamente definível à situação concreta, de modo a prevalecer, abstratamente, sobre quaisquer conflitos. Por isso, diante da pluralidade de interesses individuais que merecem tutela jurídica, uma definição *ex ante* do que deve prevalecer em abstrato em todas as possíveis situações iria de encontro com a finalidade do direito administrativo de proteger os direitos dos administrados frente ao poder estatal²⁷.

Ligado a esse princípio está o da indisponibilidade do interesse público (também previsto no art. 2º, parágrafo único, II, da Lei nº 9.784/1999), que implica uma série de deveres por parte dos gestores da coisa pública. Sabe-se que os agentes se investem no dever de satisfação de certas finalidades em prol do interesse de outrem, sendo "*todo e qualquer poder decorrente do regime jurídico administrativo (...), portanto, instrumental ao alcance das finalidades coletivas*"²⁸.

Sendo assim, os poderes atribuídos à Administração teriam o caráter de poder-dever, ou seja, poderes que não poderiam deixar de ser exercidos, sob pena de omissão indevida e, conseqüentemente, de prejuízo do interesse público²⁹.

Nessa toada, no âmbito da consensualidade, é concebível que, de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público, não seria possível a adoção de instrumentos consertados pela Administração Pública. Isso, pois estaria incumbido o agente de garantir interesse de terceiro, isto é, de titularidade do Estado, que não lhe pertence.

²⁶ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 170.

²⁷ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 170.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. apud NOHARA, I. P. D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 40.

²⁹ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 111.

Todavia, é relevante mencionar que não se pode confundir interesse público com o interesse da Administração³⁰ e, nesse contexto, fazer uma leitura desatualizada do direito administrativo contemporâneo, colocando o princípio da indisponibilidade como óbice a qualquer transação. Nesse sentido, diferencia-se o interesse público primário, que é o interesse da sociedade, e o secundário, que é o interesse do aparelho estatal como uma entidade personalizada³¹. Com base nisso, o princípio da indisponibilidade não pode vedar a renúncia a determinadas posições jurídicas, nem o reconhecimento de direitos legítimos ou trocas bilaterais quando assim for desejável ao interesse público primário³².

Ademais, a constitucionalização do direito civil e do direito administrativo, no bojo da teoria neoconstitucionalista que ganhou corpo no Brasil na primeira década do século XXI³³, provocou a releitura de paradigmas tradicionais, entre eles o da supremacia do interesse público, que passou a não ser mais adotado como dogma, mas sim examinado a partir do *“reconhecimento de que os interesses privados podem recair sob a proteção da Constituição e exigir ponderações em concreto”*³⁴.

Assim, no eventual confronto entre interesses públicos e privados, deve-se fazer a adequada ponderação e, então, produzir a solução mais compatível com os valores protegidos. Dessa forma, os princípios da supremacia e da indisponibilidade devem ser interpretados com observância aos direitos fundamentais, tendo em vista que é finalidade essencial do Estado protegê-los³⁵.

³⁰ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 68.

³¹ MELO, C. A. B. apud DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 61-62.

³² DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 62.

³³ GALVÃO, J. O. L. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-56.

³⁴ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 36.

³⁵ JUSTEN FILHO, M. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 79.

Com a ascensão de fenômenos como o Estado em rede e a governança pública, surge, em contraste com a Administração Pública monológica, a Administração Pública dialógica³⁶. É “*uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração*”³⁷ e que marca a evolução da centralidade do ato administrativo unilateral para um modelo que contempla a bilateralidade e a multilateralidade³⁸.

É nesse contexto que se encaixa a utilização de meios alternativos para a solução de controvérsias, como a transação, a negociação, a conciliação, a arbitragem, o *dispute board*, entre outros. Em especial, menciona-se a mediação – pois foi o mecanismo implementado pelo TCU com a IN nº 91/2022 –, que, pautada na autonomia da vontade³⁹, fundamenta o exercício da Administração negocial em alternativa à atuação imperativa.

Ressalte-se, ainda, que a proteção do interesse privado, nos termos em que é disposto normativamente, é também um interesse público⁴⁰. Logo, a atuação administrativa consensual não faria prevalecer o interesse privado em detrimento do público, mas seria justamente o contrário: “*a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo*”⁴¹.

Conforme ensina Bruno Dantas, o consensualismo é compatível com a indisponibilidade do interesse público e com a eficiência administrativa, uma

³⁶ DE OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, 2009, p. 309.

³⁷ DE OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, 2009, p. 310.

³⁸ DE OLIVEIRA, G. J. apud TONIN, M. M. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 128.

³⁹ Um dos sete princípios informadores da conciliação e da mediação segundo o CPC/2015: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (RAMOS, C. H. O novo CPC, mediação e a administração pública. In: DE PINHO, H. D. B.; RODRIGUES, R. de A. R. **Mediação e arbitragem na administração pública**. Curitiba: CRV, 2018, p. 67).

⁴⁰ TONIN, M. M. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 128.

⁴¹ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 171.

vez que a transação, se bem manejada, não é senão uma via expedita para a materialização do interesse público⁴².

Isso posto, analisar-se-á, nos próximos capítulos, se há, no termo de autocomposição aprovado pelo Acórdão nº 1130/2023, elementos que indiquem que a solução concertada correspondeu ao interesse público em jogo no caso concreto.

1.3. A falta de confiança e de sinergia entre as partes

Como explica Mariana Carnaes⁴³, questiona-se se existe realmente *full disclosure* a respeito do que se deve manter ou do que se pode flexibilizar em um acordo administrativo. Essa dinâmica advém, em grande parte, das relações adversariais travadas no âmbito dos processos administrativos, nos quais se busca constantemente desconstruir os argumentos da outra parte.

Não é incomum que as decisões pautadas na discricionariedade pública, fundamentando-se no interesse público, mesmo se devidamente motivadas, não satisfaçam a parte prejudicada. Com isso, fomenta-se a desconfiança se houve um devido processo legal substantivo ou uma imposição preconcebida.

Por isso, quanto maior o grau de adversariedade, maior também é a dificuldade de atingir-se um consenso, uma vez que as partes não acreditam nas razões das outras ou então se veem em uma disputa de tudo ou nada, de ganho ou perda por completo⁴⁴. É uma polarização que se baseia no raciocínio de que o que é bom para um, necessariamente, é ruim para o outro, devendo ser rechaçado de imediato.

Dessa desconfiança, nasce a inflexibilidade de enxergar convergências que atendam ao interesse de ambas as partes envolvidas, abrindo-se espaço

⁴² DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 62-63.

⁴³ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 96.

⁴⁴ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 97.

para a imposição de compromissos, o que vai, por óbvio, contra a lógica consensual⁴⁵.

Ademais, a falta de confiança entre os negociantes toma maior forma quando a relação entre eles é, historicamente, antagonista. Seria o caso de agências reguladoras e regulados, confundindo-se, assim, *"os limites das dificuldades relacionais com a discussão do problema em si, aumentando a resistência entre as partes, quando (...) o problema existe independentemente de quem o está externalizando"*⁴⁶.

Outro desafio ocorre quando a desconfiança faz com que a parte se posicione, intencionalmente, de maneira extrema, na expectativa de que a contraparte nunca aceitará as proposições iniciais, chegando ambas, por fim, a um falso meio-termo. Isso possibilita que os polos façam concessões sobre elementos que nunca foram importantes, de modo a apenas aparentar postura razoável e colaborativa⁴⁷, pelo menos de início. Podem também os negociantes ficarem relutantes em fornecer informações pertinentes ao deslinde da atuação concertada, em razão do receio da má utilização ou até mesmo da utilização contra elas no futuro. Assim, *"de um lado, é necessário apresentar informações suficientes para viabilizar o acordo; de outro, teme-se pela abertura demasiada que possa prejudicar o interessado no caso de sua não celebração"*⁴⁸.

A falta de confiança entre as partes gera uma negociação distributiva, isto é, um *"jogo de resultado nulo, em que um quer esmagar o outro"*⁴⁹.

Todos esses elementos prejudicam a celeridade e a eficiência das negociações de que podem resultar acordos administrativos.

No mesmo sentido, tem-se a falta de sinergia entre as partes⁵⁰, que também deriva do fator adversarial presente entre elas. Essa ausência de

⁴⁵ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 97.

⁴⁶ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 99.

⁴⁷ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 100.

⁴⁸ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 101.

⁴⁹ MOUTON, Jean. **Negociação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. p. 59-60.

⁵⁰ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 108.

senso colaborativo faz com que os polos se recusem a atribuir legitimidade às proposições feitas pelos contrários e, por consequência, fiquem com resistência ainda maior em aceitá-las. Uma vez que o negociante não consegue dar valor ao interesse do outro, é muito difícil a extração de um senso de justiça dos interesses externalizados, o que atesta que a inexistência de sinergia também impacta a delimitação do que seria justo ou não no caso concreto, para todos os envolvidos.

Diferentemente dos processos adversariais, "*o consenso não busca atender apenas ao interesse público, mas, junto com ele, também o interesse dos participantes*"⁵¹, de modo que todos entendam terem sido contemplados seus critérios do que é correto na situação em questão. Com isso, a busca pela convergência de interesses somente pode concretizar-se com a abertura das partes, ou seja, com a efetiva cooperação, baseada no intuito de viabilizar a melhor saída, tanto para elas, como para os fins do acordo.

Sendo assim, nos próximos capítulos, será examinada a presença de elementos que podem ter estimulado confiança e sinergia entre as partes negociantes do termo de autocomposição aprovado pelo Acórdão nº 1130/2023.

⁵¹ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 109.

2. AS FUNÇÕES TRADICIONAIS EXERCIDAS PELO TCU E O PAPEL DE MEDIADOR QUE SURGE COM A IN Nº 91/2022

Neste capítulo, serão abordadas as competências tradicionais do TCU e a face de mediador que adveio da IN nº 91/2022. Depois, será estudado o Acórdão nº 2139/2022, que serviu de alento para a edição da referida norma, bem como os mecanismos e estruturas previstos nela, especificamente a Solicitação de Solução Consensual (SSC) e a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Por último, serão examinados relevantes pontos doutrinários concernentes ao direito administrativo do medo. Com isso, pretende-se reforçar a base teórica para análise do estudo de caso decorrente da IN nº 91/2022.

2.1. As competências tradicionais do TCU

O TCU é composto por nove Ministros, nomeados entre pessoas com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, com idoneidade moral e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e que tenham mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados⁵². São escolhidos **(i)** um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pela Corte, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; e **(ii)** dois terços pelo Congresso Nacional⁵³.

A função de controle externo possui relevância não somente no que diz respeito à eficiência na gestão das finanças e do setor público, mas também no que tange ao equilíbrio dos Poderes dentro do Estado Democrático⁵⁴. É

⁵² Art. 73, § 1º, CF.

⁵³ Art. 73, § 2º, CF.

⁵⁴ LIMA, L. H. **Controle Externo**: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p 71.

atividade que tem origem no risco de que a atuação dos governantes possa estar em desacordo com a vontade dos governados⁵⁵.

O controle externo fica a cargo do Poder Legislativo e, no âmbito federal, é exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme prevê o art. 71 da Constituição Federal. Da mesma forma, nas demais unidades federativas, é de competência das Câmaras Municipais nos Municípios, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Assembleias Legislativas nos Estados, com o apoio dos respectivos Tribunais de Contas.

Para a concretização dessa competência constitucional, cabe ao TCU **(i)** apreciar as contas anuais do Presidente da República mediante parecer prévio (art. 71, I), bem como **(ii)** julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração direta e indireta (art. 71, II) e **(iii)** apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões (art. 71, III). O Tribunal deve, ainda, **(iv)** realizar inspeções e auditorias contábeis, financeiras, orçamentárias, operacionais e patrimoniais, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional (art. 71, IV)⁵⁶ e fiscalizar **(v)** as contas nacionais das empresas supranacionais e a **(vi)** aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao DF ou a Municípios (art. 71, V e VI).

Ademais, compete à Corte de Contas **(vii)** prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas (art. 71, VII), **(viii)** aplicar sanções e assinar prazo para a correção de ilegalidades e irregularidades (art. 71, VIII e IX), **(ix)** sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X, §§ 1º e 2º) e **(x)** representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI)⁵⁷.

⁵⁵ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 22.

⁵⁶ O art. 1º, II, da LOTCU reproduz o referido artigo, referindo-se, contudo, a “fiscalização” no lugar de “inspeções e auditorias”. Como esclarece Lima, “*inspeções e auditorias são modalidades de fiscalização (...) [d]esse modo, a expressão fiscalização tem um caráter mais amplo e genérico*” (LIMA, L. H. **Controle Externo**: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 171).

⁵⁷ O art. 1º, VIII, da LOTCU se apresenta como uma forma mais completa do artigo em questão, uma vez que prevê que cabe ao TCU “*representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente*”.

Ainda entre as competências constitucionais do TCU estão os deveres de **(xi)** emitir pronunciamento sobre despesas realizadas sem autorização, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Deputados e Senadores (art. 72, §2º), **(xii)** apurar denúncias de cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos sobre irregularidades e ilegalidades (art. 74, § 2º), **(xiii)** fixar as quotas dos fundos de participação dos Estados, do DF e dos Municípios (art. 161, parágrafo único) e **(xiv)** elaborar parecer prévio sobre as contas de governo de território (art. 33, § 2º).

A jurisdição do Tribunal é própria e privativa, em todo território nacional, sobre as pessoas e matérias previstas no art. 5º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU - Lei nº 8.443/1992).

Destaca-se que também atribuem competências à Corte de Contas a mencionada LOTUCU⁵⁸, a Lei de Responsabilidade Fiscal⁵⁹, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021⁶⁰ e a Lei nº 9.491/1997⁶¹, especificamente, a função de fiscalizar os processos de privatizações realizados pela Administração Pública federal.

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

Para além do que foi listado no tópico anterior, há previsão de outras competências do TCU no seu Regimento Interno⁶² e em outras normativas

⁵⁸ Art. 1º, X a XV (administração interna) e XVII (resposta a consulta); art. 3º (poder regulamentar); e art. 101 (requisição de serviços técnicos especializados).

⁵⁹ Art. 59 (fiscalização do cumprimento da LRF).

⁶⁰ Arts. 169 a 173 (controle das contratações). A Lei nº 14.133/2021 posiciona os tribunais de contas como “terceira linha de defesa”. O diploma suprimiu quase totalmente as disposições do art. 113 da Lei nº 8.666/1993 (controle das despesas e dos contratos e demais instrumentos regidos pela referida Lei), mantendo apenas o § 1º, o qual previa que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderia representar ao Tribunal de Contas (art. 170, § 4º, Lei nº 14.133/2021). Nas palavras de Lima, “*é possível considerar essas supressões na NLL como um retrocesso (...) porque, com base no art. 113 da Lei nº 8.666/1993, os tribunais de contas brasileiros promoveram a correção de inúmeras falhas em procedimentos licitatórios e na execução dos contratos deles decorrentes, evitando substanciais danos ao erário, da ordem de bilhões de reais anualmente, e assegurando a observância de princípios fundamentais da administração pública*” (LIMA, L. H. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p 186).

⁶¹ Art. 18, VIII (apreciação da documentação dos processos de desestatização).

⁶² Art. 1º, IV (emissão de pronunciamento conclusivo), V (auditoria de projetos e programas), XIII (fiscalização da aplicação da LRF) e XV (acompanhamento, fiscalização e avaliação de processos de desestatização).

próprias do Tribunal, destacando-se, entre elas, a de mediação em proposta de solução consensual, estabelecida pela IN nº 91/2022.

Como explica Bruno Dantas, o objetivo da criação de uma “câmara de mediação” no TCU seria “*encurtar a distância entre a pactuação e o controle, o hiato entre o gestor e o auditor*”⁶³.

Assim, baseando-se nos arts. 3º da LOTCU e 2º do RITCU, que dispõem sobre o poder regulamentar do Tribunal, e após deliberação plenária no processo nº 031.569/2022-6, expediu-se a referida instrução normativa⁶⁴. Com ela, o TCU atribuiu a si um papel de mediador por meio da instauração de procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e a entidades da Administração Pública federal.

Para os fins deste estudo, as considerações indicadas pelo Tribunal como embasamento para a edição da aludida instrução serão divididas em dois grupos: normativas e práticas.

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

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

Já quanto à consideração **(iii)**, constata-se que o TCU se baseou na Lei de Mediação e de Conciliação para instituição de seus procedimentos de resolução acordada. Embora a Lei nº 13.140/2015 (Capítulo II) seja pertinente

⁶³ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 65.

⁶⁴ Forma determinada pelo art. 67, I, do RITCU: “*Art. 67. As deliberações do Plenário e, no que couber, das câmaras, terão a forma de: I – instrução normativa, quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal;*”.

ao assunto, observa-se que nela são estabelecidos certos parâmetros que restringem a autocomposição. Além disso, os dispositivos destinados ao tema colocam em protagonismo a ação da Advocacia-Geral da União (AGU).

O art. 32 do diploma dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. As câmaras em questão terão competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos (por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público) e para celebrar termo de ajustamento de conduta.

Ademais, o art. 35 da referida lei prevê que as “*controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão*”, fundamentando-se na autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou em parecer da mesma autoridade aprovado pelo Presidente da República. Viabiliza-se a negociação de transações em massa para conflitos repetitivos, com o requisito da pacificação da jurisprudência dos tribunais superiores ou de aval do chefe do Executivo federal. Por esses motivos, nesses casos, “*perde-se um contato mais próximo do administrado, pois inexistente o diálogo e a negociação*”⁶⁵.

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

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

Nesse sentido, entende-se que a adição do art. 26 da LINDB nas considerações da edição da norma seria interessante para o embasamento da

⁶⁵ SPENGLER, F. M. WRASSE, H. P. As possibilidades de autocomposição regulamentadas pela Lei nº 13.140/2015 em conflitos da administração pública federal, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 35, p. 189, 2019.

instituição de procedimento de resolução acordada na forma estabelecida pela IN nº 91/2022. Isso porque, conforme explicitado no tópico 1.1 deste trabalho, diferentemente da Lei de Mediação, o dispositivo traz regra jurídica geral, um permissivo genérico às autoridades administrativas⁶⁶ para celebração compromisso com interessados. A referido artigo foi, inclusive, citado no acórdão que serviu de inspiração para a edição da instrução normativa sob análise (Acórdão nº 2139/2022, que será estudado mais adiante).

Depreende-se do art. 26 que o Poder Público está imediatamente autorizado a firmar acordos administrativos⁶⁷⁶⁸, pois a LINDB é o próprio fundamento de validade da consensualidade administrativa e dispõe do mínimo regulamentar para viabilizar a celebração de soluções concertadas⁶⁹.

Tendo em vista as considerações acima expostas e o que foi deduzido no tópico 1.1 desta monografia, verifica-se que a atuação do TCU como espécie de mediador, nos termos da IN nº 91/2022, não se apoia em disciplina legal expressa, mas em interpretação ampliativa de sua competência⁷⁰⁷¹.

Nessa toada, importante retomar função do TCU já mencionada, referente à fiscalização dos processos de privatizações realizados pela

⁶⁶ A LINDB não qualifica a “autoridade administrativa”. Contudo, de um modo geral, pode-se compreender que “*corresponde àquela com competência para emitir o ato administrativo no caso concreto*” (GUERRA, S.; PALMA J. B. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 150).

⁶⁷ A partir da organização normativa do art. 26 da LINDB, percebem-se duas dinâmicas consensuais: acordos substitutivos e acordos integrativos. Diante da hipótese de eliminação de irregularidade, celebra-se acordo substitutivo da decisão final do Poder Público, a fim de cessar a atividade irregular. Já quando for caso de incerteza jurídica, utiliza-se o acordo integrativo, cujo objeto é justamente sanar as dúvidas, de modo a obter um pronunciamento claro e concreto da Administração Pública, sem que se substitua o ato discricionário (PEIXOTO, R. O art. 26 da LINDB como cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública: uma análise dos limites e possibilidades. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 3, 2021, p. 76-77).

⁶⁸ No caso de situação contenciosa, o compromisso da LINDB se aproxima da figura do acordo substitutivo, pois voltado ao término do processo administrativo (GUERRA, S.; PALMA J. B. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 151).

⁶⁹ GUERRA, S.; PALMA J. B. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 147-148.

⁷⁰ PEREIRA, G. L. M. Solicitação de Solução Consensual: como vai funcionar na prática? Novo procedimento do TCU gera expectativas e dúvidas. **Jota**, 8 mar. 2023.

⁷¹ PALMA, J. B. O TCU e sua consensualidade controladora – Método adequado de solução de conflitos ou expansão de competências controladoras? **Jota**, 28 jun. 2023.

Administração Pública federal⁷². Em 1998, considerando o seu poder regulamentar⁷³ e a previsão do art. 18, VIII, da Lei nº 9.491/1997 (procedimentos do Programa Nacional de Desestatização – PND)⁷⁴, o TCU editou a IN nº 27/1998⁷⁵, que dispôs sobre a competência do Tribunal para avaliar os processos de desestatizações federais.

Assim, desde a década de 1990, quando se reduziu a atuação direta do Estado na economia com o PND⁷⁶ e com a criação das agências reguladoras para fiscalizar os novos agentes privados⁷⁷, a Corte de Contas reavaliou sua forma de atuação, tendo acompanhado o ciclo de reforma do Estado na área de infraestrutura. Em vez de fiscalizar apenas os aspectos referentes às prestações de conta (como quando os serviços públicos eram promovidos preponderantemente por empresas estatais), o Tribunal passou a observar também a eficiência das entidades reguladoras e a qualidade dos serviços prestados⁷⁸.

Nessa linha, a redução da participação estatal na economia brasileira teria justificado o fortalecimento das instituições incumbidas de controlar a atuação daqueles novos atores, ou seja, o incremento da atuação do TCU, abrangendo a fiscalização dos setores regulados provenientes das privatizações⁷⁹.

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

⁷² Art. 1º, IN TCU nº 81/2018.

⁷³ Art. 3º da LOTCU.

⁷⁴ “Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo: (...) VIII - preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União;”.

⁷⁵ Depois revogada pelas INs TCU nºs 46/2004 e 52/2007 e, finalmente, pela IN TCU nº 81/2018. Antes, havia a IN TCU nº 10/1995.

⁷⁶ MANTEGA, G. O programa de privatizações brasileiro e a sua repercussão na dinâmica econômica. In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório de Pesquisa nº 53/2021 EAESP/FGV/NPP**, 2001, p.33.

⁷⁷ PACHECO, R. S. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista da Administração Pública**, n. 40, 2006, p. 527.

⁷⁸ ZYMLER, B. O controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Coluna Jurídica da Administração Pública**, Informativo JML: Contratações Públicas, ed. 55, 2019, p. 1.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2023. **Notícias** – Atuação do TCU em desestatizações e regulação de serviços públicos é tema de debate. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/atuacao-do-tcu-em-desestatizacoes-e-regulacao-de-servicos-publicos-e-tema-de-debate.htm>>. Acesso em: 3 out. 2023.

acelerar e dar maior efetividade à ação do TCU; e **(iii)** o TCU já executa diversas ações de interlocução com gestores e particulares com vistas a exercer o seu papel pedagógico e orientador, de forma a auxiliá-los no estabelecimento de alternativas para a solução de problemas de interesse da administração pública.

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

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

Nessa linha, é relevante examinar o Acórdão TCU nº 2139/2022, que serviu de alento para a edição da IN nº 91/2022⁸⁰. É o que se passa a fazer.

2.3. O impulso para a edição da IN nº 91/2022 – Acórdão nº 2139/2022

O Acórdão nº 2139/2022 foi proferido no TC nº 019.064/2022-5, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, cujo objeto consistia no acompanhamento dos atos relacionados à proposta apresentada pela Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO) à ANTT com o intuito de solucionar inadimplementos contratuais.

Antes da instauração do referido acompanhamento, indícios de irregularidades relacionados à gestão do contrato de concessão da BR-163/MT já haviam sido analisados no âmbito do TC nº 034.032/2017-7. Desse processo, resultou acórdão com determinação à ANTT para que corrigisse as inconformidades relativas aos descumprimentos de obrigações contratuais por parte da Concessionária.

⁸⁰ Informação fornecida por Sílvia Machado Leão, Procuradora Federal da ANTT, em palestra ministrada no Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (NÚCLEO DE DIREITO SETORIAL E REGULATÓRIO – UNB. **Experiência jurídica das concessões de rodovias** - Sílvia Machado Leão. YouTube, 23 jun. 2023. 1 vídeo (93min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mWisS6wzxA>>. Acesso em: 18 set. 2023).

Contudo, após o trânsito em julgado, as partes notificaram novos desdobramentos que poderiam ocasionar a perda de objeto das ordens exaradas pelo TCU. Os principais fatos comunicados a fim de resolver as inadimplências contratuais compreendiam a celebração de TAC e, com isso, a transferência do controle acionário da concessão.

No caso em questão, a vencedora do leilão do edital para exploração da BR-163/MT foi a Odebrecht Transport S.A. – OTP, que constituiu sociedade de propósito específico, qual seja, a Concessionária Rota do Oeste, que, em 12/03/2014, firmou o contrato de concessão com a ANTT.

De acordo com os autos, a CRO não teria realizado as intervenções rodoviárias exigidas no instrumento contratual⁸¹, fato que estaria afetando os usuários pela ausência de prestação de serviço adequado, pelo encarecimento das atividades dependentes da rodovia e pelo aumento no número de acidentes.

Diante dessa situação, a MT Participações e Projetos (MTPAR), informou à CRO a intenção de assumir seu controle acionário para que fosse formalizado TAC com a ANTT. O ineditismo do caso reside no fato de a MTPAR ser sociedade de economia mista criada pelo governo do Mato Grosso com vistas a promover geração de investimentos no Estado.

Então, em agosto de 2022, instaurou-se o acompanhamento TC nº 019.064/2022-5⁸², por meio do qual a Agência enviou a documentação referente à nova proposta de TAC e à alteração acionária. Nesse sentido, as partes (ANTT e CRO) teriam até 5/10/2022 para decidir sobre a solução a ser adotada no caso – celebração de novo TAC ou devolução amigável –, tendo em vista que seria o termo final da eficácia do Decreto nº 11.122/2022, que

⁸¹ Nas possíveis causas da inadimplência, destacaram-se (i) a redução da demanda entre 2014 e 2016; (ii) a mudança na política de financiamento do BNDES, da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil; (iii) o aumento do preço do componente asfáltico; (iv) a Lei dos Caminhoneiros; e (v) a Operação Lava Jato. Ademais, a concessão teve início em março de 2014 e a cobrança de pedágio, em setembro de 2015. Em 2017, a ANTT teria passado a constar as irregularidades e a piora nas condições financeiras da Concessionária, com níveis de execução baixíssimos para obras de duplicação e demais melhorias, como acessos, retornos, vias marginais etc.

⁸² Antes da instauração do TC nº 019.064/2022-5, tramitavam perante a ANTT três processos envolvendo o saneamento das irregularidades contratuais: caducidade (50500.321614/2019-88), minuta de TAC (50500.027628/2021-22) e relicitação (50500.116693/2021-21). Também corria o processo arbitral visando ao reequilíbrio econômico-financeiro (CCI GSS/PFF/23960/2018).

qualificou a concessão para fins de relicitação no âmbito do Programa de Parcerias de Investimento (PPI).

A importância da manifestação do TCU no caso, além do ineditismo e da relevância, seria também em razão de que a formalização de novo de TAC abrangeria questões já apreciadas pelo Tribunal. Ressaltou-se, no acórdão, que o acompanhamento de processos de celebração de TACs não é novo no âmbito da Corte de Contas⁸³.

As principais condições a serem pactuadas no referido Termo eram as seguintes:

- “a) prazo de oito anos para saneamento das inexecuções contratuais;*
- b) aporte de equity de R\$ 1,2 bilhão pela nova controladora;*
- c) manutenção do patamar tarifário atual, acrescido do reajuste pelo IPCA;*
- d) suspensão dos processos administrativos sancionadores em curso ou cujo fato gerador seja anterior à eficácia deste instrumento, com a suspensão do prazo prescricional, e, caso cumpridas as condições avençadas no TAC, extinção dos processos;*
- e) suspensão dos processos no TCU: TC 032.830/2016-5, TC 023.217/2015-4 e TC 034.032/2017-7;*
- f) extinção do passivo regulatório, caso haja o cumprimento integral do TAC;*
- g) renúncia, de forma definitiva e irretratável, a todas as pretensões formuladas no procedimento arbitral CCI 23960/GSS/PFF; e*
- h) celebração entre as partes, dentro do prazo de um ano, de um termo aditivo que contemple:*
 - (i) a prorrogação do contrato por cinco anos, caso sejam cumpridas integralmente as condições do TAC;*
 - (ii) o compartilhamento de riscos relativos a eventuais impactos de novas ferrovias concorrentes com a rodovia concedida;*
 - (iii) a autorização de nova troca de controle acionário, após o cumprimento integral do Plano de Ataque, com prazo de três anos;*
 - e*
 - (iv) a vedação de a antiga controladora voltar a compor o quadro de acionistas da concessão”⁸⁴.*

Em despacho preliminar proferido em processo administrativo da ANTT, a Diretoria da Agência consignou que a firma de nova versão de TAC entre a ANTT e a CRO seria uma solução compatível com o interesse público⁸⁵.

⁸³ “Cabe mencionar que não é a primeira vez que o TCU realiza o acompanhamento de um processo de celebração de TAC (por exemplo, os TACs celebrados pela Anatel com as empresas Telefônica, TIM e Algar, Acórdãos 2.121/2017-Plenário, 548/2020-Plenário e 618/2020-Plenário, respectivamente). No presente caso, novamente as características, a relevância e o ineditismo do TAC em análise justificam a atuação deste Tribunal” (Acórdão nº 2139/2022, Voto, p. 2).

⁸⁴ Acórdão nº 2139/2022, Voto, p. 3.

⁸⁵ TC nº 019.064/2022-5, peça 3.

Esclareceu-se que, dentre as possibilidades existentes, a extinção por caducidade encontraria óbice na qualificação do empreendimento no âmbito do PPI (art. 14, § 3º, Lei nº 13.448/2017) e, mesmo se eventualmente fosse viável, haveria risco de descontinuidade da prestação dos serviços, considerando a incerteza de sucesso em nova licitação ou na assunção da concessão pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Já quanto à relicitação, seria opção melhor que a caducidade, pois permitiria a extinção amigável e uma transição para a futura vencedora da nova licitação. Contudo, a situação dos serviços explorados não seria resolvida por completo, tendo em vista que seriam excluídas as obrigações de investimento pendentes e que a prestação de serviços seria executada em condições mínimas (art. 15, II, Lei nº 13.448/2017). Ademais, essas circunstâncias poderiam perdurar por, pelo menos, vinte e quatro meses (art. 20, § 1º, Lei nº 13.448/2017).

Por derradeiro⁸⁶, apontou-se que a alternativa de celebração de TAC geraria ganhos socioeconômicos consideráveis se comparada com a relicitação, pois abrangeria as obrigações contratuais como um todo. Explicou-se que ocorreria um aporte imediato de recursos, de modo a antecipar os investimentos de duplicação da rodovia e de recuperação do pavimento. Com isso, haveria melhora nas condições de logística e de vida das comunidades lindeiras, diminuição dos acidentes e de frete rodoviário e aumento dos postos de trabalho. Entre as vantagens, também foi mencionada a redução tarifária a longo prazo.

Assim, segundo o Diretor da Agência, o TAC seria a saída que proporcionaria resposta mais imediata ao usuário e que asseguraria uma tarifa mais módica em comparação com uma nova licitação. Ademais, reestabelecer-se-ia o papel fiscalizatório da ANTT mediante a renúncia da Concessionária ao

⁸⁶ Ventilaram-se, ainda, a encampação e a assunção da concessão pelos financiadores (*step in*). Quanto à primeira, não seria vantajosa, pois demandaria trâmite legislativo, prévia indenização, enfrentamento das mesmas questões submetidas ao juízo arbitral e mobilização do DNIT ou de outro agente público para assunção da rodovia. Para o Diretor da Agência, dificilmente se obteria resposta rápida ou nos mesmos níveis de um contrato privado. Quanto à segunda hipótese, frisou-se, antes de mais nada, que não haveria indicativos de interesse dos financiadores, bem como seria necessário serviço especializado de entidades voltadas ao emprego do capital.

procedimento arbitral CCI 23960/GSS/PFF, que limitava a atuação da Agência em razão de cautelar impedindo descontos tarifários, aplicação de penalidades e imposição de caducidade. O à época Ministério da Infraestrutura também se manifestou nesse sentido⁸⁷, frisando a vantajosidade do TAC no que tange ao menor prazo de execução das obras de ampliação de capacidade e de melhorias na rodovia.

No voto do Acórdão TCU nº 2139/2022, o relator pontuou a peculiaridade em ser a transferência do controle da concessão destinada a uma empresa controlada pelo Poder Público⁸⁸. Por conta desse fator, considerou de excessivo rigor exigir a integral observância das cláusulas de contrato de concessão firmado com empresa particular quando o novo controlador é parte da Administração Pública. Veja-se:

“Não é demais destacar que, no que tange à gestão das rodovias federais, a União está autorizada a delegar a administração de rodovias aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, inclusive para a exploração mediante concessão (Lei 9.277/1996). Mais ainda, a União pode transferir rodovias ou trechos de rodovias federais, mediante doação, a esses mesmos entes (Lei 12.379/2011, art. 18). Portanto, seria de excessivo rigor exigir, no negócio em questão, a integral observância das cláusulas que regem um contrato de concessão firmado inicialmente com uma empresa particular, na medida em que o eventual novo controlador é parte da administração pública estadual”⁸⁹.

Então, a abrangência e a finalidade do acordo foram analisadas. Pelo fato de estarem envolvidos dois entes públicos, o relator discordou da unidade instrutora quanto à afirmação de que as alterações de obrigações e da matriz de risco do contrato seriam alheias a um processo de TAC. Ressaltou que o Poder Público se reveste de caráter instrumental, almejando-se o desapego do formalismo para a adoção de um modelo que adere menos ao procedimento e se preocupa mais com os resultados.

⁸⁷ TC nº 019.064/2022-5, peça 41.

⁸⁸ O relatório de gestão de 2022 indicou que o governo do Estado do Mato Grosso é detentor de 99,99% das ações da companhia (MT PARTICIPAÇÕES E PROJETOS. MTPAR, 2023. **Relatório de Gestão e Balanço Anual** – Relatório e Balanço Anual 2022. Disponível em: <<https://www.mtpar.mt.gov.br/relatorio-de-gestao-e-balanco-anual>>. Acesso em: 20 set. 2023).

⁸⁹ Acórdão nº 2139/2022, Voto, p. 7.

Nessa toada, o Ministro considerou a proposta de termo de ajustamento uma solução consensual pautada no interesse geral e na eficiência, em harmonia com os princípios que regem a Administração Pública.

Em seguida, foram examinados os pontos considerados mais relevantes no TAC: **(i)** suspensão dos processos conexos no TCU; **(ii)** requisitos contratuais para a transferência de controle da Concessionária; **(iii)** alocação dos riscos relacionados a novas ferrovias; **(iv)** extensão do prazo da concessão; **(v)** sustentabilidade econômico-financeira do projeto; **(vi)** capacidade econômico-financeira do novo controlador; **(vii)** acompanhamento e fiscalização do TAC pela ANTT; e **(viii)** transação dos passivos regulatórios e renúncia ao procedimento arbitral. Não foram exploradas todas as questões veiculadas na minuta do termo dado o curto período para finalização da instrução, em decorrência do prazo de validade do decreto da relicitação.

Inicialmente, discorreu-se sobre a proposição do TAC referente à suspensão, pelo TCU, dos processos conexos que tramitam em seu âmbito⁹⁰. Com relação a esse tema, a ANTT apresentou nova redação após a instrução⁹¹, excluindo a necessidade de anuência do Tribunal ao sobrestamento dos referidos procedimentos e incluindo, por outro lado, obrigação da Agência de abster-se de aplicar, em decorrência das determinações exaradas pela Corte de Contas naqueles feitos, medidas que impliquem impactos econômico-financeiros.

O Ministro relator se posicionou em concordância com a unidade instrutora, a qual consignou que a competência constitucional do TCU não se vincularia às cláusulas firmadas em termos de ajustamento de conduta. Os termos pactuados visariam a evitar a continuidade de ações administrativas e judiciais tendentes a gerar sanções, estabelecendo compromisso jurídico entre as partes sem que isso afaste a possibilidade de atuação dos agentes de controle. Desse modo, a previsão de suspensão do cumprimento de deveres estabelecidos pela Corte de Contas não encontraria respaldo no ordenamento jurídico atual, pois certo que as decisões do Tribunal têm caráter cogente (art.

⁹⁰ TC nºs 032.830/2016-5, 023.217/2015-4 e 034.032/2017-7.

⁹¹ TC nº 019.064/2022-5, peça 38 (sob sigilo).

71, IX, CF) e que, por isso, a referida cláusula poderia, inclusive, ensejar condutas passíveis de sanção (art. 58, IV e VII, da LOTCU).

Ressaltou-se que, quando do exame das matérias tratadas nos processos conexos, o TCU considerará as especificidades e o impacto do TAC, de modo a proceder com a cautela e zelo necessários. Por essas razões, consignou-se no acórdão que não seria necessária uma proposta de alteração dessa cláusula, mas apenas a notificação da ANTT a respeito da irregularidade⁹².

Então, passou-se à análise dos requisitos contratuais para a transferência de controle da concessão. Segundo a cláusula 25.1⁹³ do contrato de concessão, somente seria possível efetuar a transferência do controle após a conclusão das obras de duplicação, com uma exceção: insolvência iminente e devidamente fundamentada da Concessionária. Contudo, a ANTT não teria apresentado análise específica de eventual enquadramento da CRO na referida cláusula, o que impediria a troca de controle acionário antes de findas as obras de duplicação.

Apesar disso, destacou-se que haveria indícios⁹⁴ de subsunção do estado societário da empresa à situação de insolvência iminente, questão que apenas necessitaria de fundamentação formal. Assim, esse ponto não seria impeditivo da realização do TAC, e ficou estabelecido no acórdão que bastaria dar ciência à ANTT para que adotasse as medidas devidas⁹⁵.

⁹² “9.2. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres acerca das seguintes impropriedades identificadas no processo administrativo e na minuta de TAC objeto deste acompanhamento:

9.2.1. a cláusula 3.1, “vi”, da minuta de TAC, em que a agência se obriga a suspender a aplicação de determinações proferidas por este Tribunal, não encontra respaldo no ordenamento jurídico e pode ensejar a sanção de responsáveis, com fundamento no art. 58, incisos IV e VII, da Lei 8.443/1992”.

⁹³ TC nº 019.064/2022-5, peça 17, p. 51.

⁹⁴ “(...) a empresa BDO Consultores (auditoria independente) afirmou que havia incerteza relevante quanto à continuidade operacional da Concessionária, visto que ‘o passivo circulante da Companhia excede seu ativo circulante em R\$ 995.405 mil’, e que a eventual não confirmação da captação de recursos com terceiros suscita dúvida significativa quanto à capacidade de continuidade operacional da Companhia (peça 21, itens não digitalizáveis)” (Acórdão nº 2139/2022, Relatório, p. 30).

⁹⁵ “9.2. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres acerca das seguintes impropriedades identificadas no processo administrativo e na minuta de TAC objeto deste acompanhamento: (...)

9.2.2. a caracterização da insolvência iminente da concessionária não foi formalmente fundamentada a fim de permitir a transferência do controle, de acordo com a cláusula 25.1 do contrato de concessão.”

Em seguida, o relator examinou o aspecto de alocação dos riscos relacionados a novas ferrovias. Destacou ser importante ponderar que o insucesso da concessão não consiste em caso isolado, pois é um fato observado em vários outros contratos da 3ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE). Evidência disso seriam relicitações em curso para cinco (incluindo a CRO) das sete concessões realizadas na aludida etapa⁹⁶.

Segundo o TCU, as concessões da 3ª etapa do PROCROFE tiveram leilões com deságios tarifários agressivos e com investimentos de ampliação elevados. Frisou-se, ainda, que a tarifa da CRO praticada por quilômetro está entre as mais baixas no âmbito da ANTT⁹⁷.

Dado esse contexto, a alocação de riscos referentes a ferrovias seria um dos mecanismos estabelecidos com a função de fortalecer a sustentabilidade financeira do projeto do TAC, o qual prevê que o Poder Concedente suportará integralmente os impactos decorrentes da operação de novas ferrovias, caso haja alteração superior a 5% do fluxo de veículos⁹⁸.

De acordo com o Ministro Bruno Dantas, o marco legal das ferrovias (Lei nº 14.273/2021) teria representado um impulso para o crescimento do setor ferroviário e, em contrapartida, um risco relevante de demanda para o rodoviário⁹⁹. Dessa forma, o compartilhamento dos riscos de demanda, variável que impacta diretamente as receitas da concessão, promoveria maior previsibilidade e viabilidade ao projeto, de modo a aumentar o interesse dos

⁹⁶ À época da lavratura do acórdão, eram apenas três: BR-163/267/MS, da MSVia; BR-060/153/262/DF/GO/MG, da Concebra; e BR-040/DF/GO/MG, da Via 040. Em dezembro de 2022, a Eco101 também requereu devolução amigável da BR-101/ES-BA (PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS. PPI, 2023. **Projetos** – “Relicitação”. Disponível em: <<https://www.ppi.gov.br/projetos/>>. Acesso em: 21 set. 2023).

⁹⁷ TC nº 019.064/2022-5, peça 3, p. 29.

⁹⁸ “4.4. Dentro de 1 ano após o início da eficácia do presente TAC será celebrado termo aditivo contratual entre as partes, com o seguinte objeto: (...) ii. estabelecimento da alocação de riscos relativos a eventuais impactos decorrentes da operação de novas ferrovias concorrentes com a rodovia concedida, ainda que tenham sido autorizadas anteriormente à assinatura do presente TAC; (...)

4.5. O risco relativo aos impactos decorrentes da operação de novas ferrovias, conforme estabelecido na subcláusula anterior, será suportado integralmente pelo Poder Concedente se gerar alteração superior a 5% do fluxo de veículos, tendo como referência ainda a média de crescimento dos últimos 5 anos anteriores ao fato gerador, desde que a concessionária esteja adimplente com as obrigações assumidas no presente TAC, conforme prazos estabelecidos no Anexo B” (TC nº 019.064/2022-5, peça 4, p. 7).

⁹⁹ O Ministro pontua que esse risco se dá principalmente no transporte de cargas, que corresponderia a 92% do tráfego da BR-163/MT.

agentes de mercado. Ademais, a alteração da alocação de riscos proporcionaria a manutenção da concessão, evitando a relicitação.

Contudo, fez-se uma observação: na minuta de TAC, não estaria claro como a ANTT procederia para identificar se a alteração do fluxo de veículos, considerando a entrada em operação de uma ferrovia, dar-se-ia em decorrência desse fator ou de outra causa.

Para além disso, assinalou o Ministro que a modificação da matriz de riscos tem o condão de alterar o equilíbrio econômico-financeiro, o que representaria óbice se realizada em negociação com particulares. Todavia, considerando a assunção da concessão por empresa controlada pelo Estado do Mato Grosso e que o TAC seria a solução mais vantajosa para a situação da rodovia, estaria suficientemente justificada a alteração excepcional da alocação de riscos do contrato.

Não obstante, pontuou ser pertinente normatização posterior com melhor especificação de como se dará a identificação dos aludidos efeitos negativos das ferrovias. Para tanto, no acórdão, recomendou-se à ANTT a realização de estudos a fim de desenvolver metodologia para a quantificação do impacto da entrada de operações ferroviárias na demanda das concessões existentes¹⁰⁰.

Em seguida, examinou-se brevemente a previsão de celebração de termo aditivo contratual para a ampliação do contrato de concessão por cinco anos se houver cumprimento integral do TAC. Quanto a esse assunto, o relator fez considerações semelhantes às expostas no tópico anterior, destacando que a prorrogação é necessária para permitir a amortização dos vultuosos investimentos que serão realizados, de maneira a permitir a sustentabilidade da concessão. Ademais, o contrato da CRO já teria previsto a dilação do prazo por imposição de interesse público devidamente justificado, que seria justamente a hipótese do caso analisado. Não houve determinações ou recomendações no acórdão relacionadas a esse ponto.

¹⁰⁰ “9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que avalie a conveniência e oportunidade de:

9.3.1. realizar estudos a fim de desenvolver metodologia para a quantificação do impacto da entrada em operação de novas ferrovias na demanda das concessões existentes;”.

Em relação à sustentabilidade econômico-financeira do projeto, o Ministro assentou que as partes já teriam detalhado suficientemente como as dívidas da Concessionária seriam equalizadas. Ressaltou que há, na última versão da minuta de TAC apresentada, cláusula que prevê, como condição de eficácia do acordo, o saneamento dos passivos da CRO perante os atuais credores com recursos diretamente da nova acionista. Tampouco foi proposto encaminhamento sobre essa questão, uma vez que se relaciona com o próximo tema a ser destrinchado.

Quanto à capacidade econômico-financeira da nova controladora, o relator divergiu do posicionamento da unidade instrutora, a qual apontou que a manutenção da qualificação econômico-financeira exigida dos licitantes no edital que originou o contrato deveria ser mantida como critério para a MTPAR.

Segundo o Ministro, de acordo com os dispositivos normativos aplicáveis¹⁰¹, o único critério do edital que permaneceria expressamente exigível seria a regularidade fiscal (art. 16, I, da Resolução ANTT nº 5.927/2021). Portanto, a capacidade econômico-financeira seria claramente necessária para a assunção do serviço, mas deveria ser estabelecida pela ANTT diante do caso concreto (art. 29 da Lei nº 10.233/2001).

O relator ainda pontuou, que, além da peculiaridade do novo controlador, o momento da licitação e o da troca de controle societário, por serem distintos, também poderiam exigir qualificações econômico-financeiras diferentes. Portanto, competiria à Agência a análise da capacidade da nova controladora conforme a situação de cada concessionária, de cada estrutura de operação e de cada estágio da concessão. No acórdão¹⁰², o TCU deu ciência à Agência quanto à pendência dessa avaliação.

¹⁰¹ Art. 27, § 1º, I, da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões); arts. 29 e 30 da Lei nº 10.233/2001 (lei de criação do CONIT, da ANTT, da ANTAQ e do DNIT); e art. 16, I e II, da Resolução ANTT nº 5.927/2021 (estabelece regras e procedimentos para análise de transferência do controle societário da concessionária).

¹⁰² “9.2. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres acerca das seguintes impropriedades identificadas no processo administrativo e na minuta de TAC objeto deste acompanhamento: (...)”

9.2.3. não foi realizada a análise da capacidade econômico-financeira do novo controlador, necessária para a assunção do serviço, segundo requisitos a serem definidos pela Agência, conforme o art. 27, § 1º, inciso I, da Lei 8.987/1995, os arts. 29 e 30 da Lei 10.233/2001 e o art. 16, inciso II, da Resolução-ANTT 5.927/2021;”.

Passando ao tópico que se intitulou “*Do acompanhamento e fiscalização do TAC pela ANTT*”, assentou-se que haveria, na minuta de acordo, uma hipótese que poderia ser muito permissiva. O item 8.2¹⁰³ do TAC previu rescisão apenas se o descumprimento das obrigações ocorresse por dois anos consecutivos, o que abriria possibilidade para haver total inobservância das obrigações em um exercício completo sem desfazimento do acordo.

O Ministro relator assentou que a redação realmente careceria de aprimoramento para impedir ações que resultariam em nível de execução acumulado insuficiente. Nesse sentido, o acórdão recomendou que a ANTT aprimorasse a cláusula em questão¹⁰⁴.

O último tópico pontualmente analisado foi referente às previsões de renúncia ao procedimento arbitral e de extinção dos passivos regulatórios e dos processos sancionadores em curso, se o TAC for cumprido.

Quanto a esse assunto, o Diretor da Agência se pronunciou no sentido de que, se o termo de ajustamento for violado, todo o valor sobrestado (passivos regulatórios e multas) passaria a ser exigível, sem qualquer impedimento arbitral¹⁰⁵. Assim, na pior das hipóteses, retornar-se-ia à situação original, de modo que a celebração do TAC não traria nenhum risco adicional ao Poder Concedente e permitiria a continuidade da concessão com a retomada imediata das obras.

O relator assentou mais uma vez a peculiaridade de ser nova controladora uma entidade pública, de modo que eventual saldo positivo, seja para ANTT, seja para a Concessionária, seria auferido para o bem do interesse público. Não obstante, no acórdão¹⁰⁶, a fim de reafirmar o interesse coletivo,

¹⁰³ “8.2. Para os efeitos do inciso (i) da subcláusula 8.1 acima, considera-se inadimplemento o descumprimento, por 2 (dois) anos consecutivos, superior a 50% do total previsto no cronograma anual, de acordo com os pesos estabelecidos na subcláusula 8.3, a ser aferido ao final de cada ano de execução do plano de trabalho” (TC nº 019.064/2022-5, peça 4, p. 9).

¹⁰⁴ “9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que avalie a conveniência e oportunidade de: (...)

9.3.2. aprimorar a cláusula 8.2. da minuta de TAC de forma a criar incentivos efetivos para a manutenção de um nível de execução de investimentos acumulado suficiente para o adimplemento do TAC;”.

¹⁰⁵ TC nº 019.064/2022-5, peça 3, p. 17.

¹⁰⁶ “9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que avalie a conveniência e oportunidade de: (...)

9.3.3. obter o compromisso de que a MT Participações e Projetos S.A. irá aplicar o eventual ganho obtido com a venda de sua participação acionária na Concessionária Rota do Oeste S.A. em investimentos em rodovias do estado do Mato Grosso;”.

recomendou-se a inserção no TAC de proposta do governo do Estado do Mato Grosso¹⁰⁷, a qual prevê o compromisso de reverter o ganho obtido pela MTPAR com a eventual venda de sua participação acionária na Concessionária para investimento cruzado em outra rodovia do estado.

Diante do exposto, verifica-se o papel de mediador que o TCU exerceu no processo que deu origem ao Acórdão nº 2139/2022.

De acordo com Scavone Junior¹⁰⁸, o mediador tem a missão de contribuir na busca pela solução do conflito, não cabendo a ele decidir, mas apenas auxiliar as partes na obtenção da solução consensual. Ele investiga os reais interesses dos envolvidos por meio de técnicas próprias, fazendo com que se criem opções até a escolha da melhor, chegando os próprios negociantes à resposta para o conflito¹⁰⁹.

A mediação – pautada, entre outros, no princípio da autonomia da vontade¹¹⁰ para fundamentar o exercício da Administração negocial em alternativa à atuação imperativa – mostra-se como uma ferramenta para concretizar a eficiência administrativa, seja porque cria uma via mais célebre e versátil para a composição do conflito, seja porque concorre para a legitimação do processo decisório mediante a promoção do pluralismo administrativo¹¹¹.

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

¹⁰⁷ TC nº 019.064/2022-5, peça 37 (sob sigilo).

¹⁰⁸ SCAVONE JUNIOR, L. A. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 281.

¹⁰⁹ TONIN, M. M. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 82.

¹¹⁰ Um dos sete princípios informadores da conciliação e da mediação segundo o CPC/2015: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (RAMOS, C. H. O novo CPC, mediação e a administração pública. In: DE PINHO, H. D. B.; RODRIGUES, R. de A. R. **Mediação e arbitragem na administração pública**. Curitiba: CRV, 2018, p. 67).

¹¹¹ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 60.

É justamente essa lógica que permeia a instauração de procedimento de solução consensual no âmbito da Corte de Contas¹¹². Passa-se, então, à análise dos dispositivos da IN nº 91/2022.

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

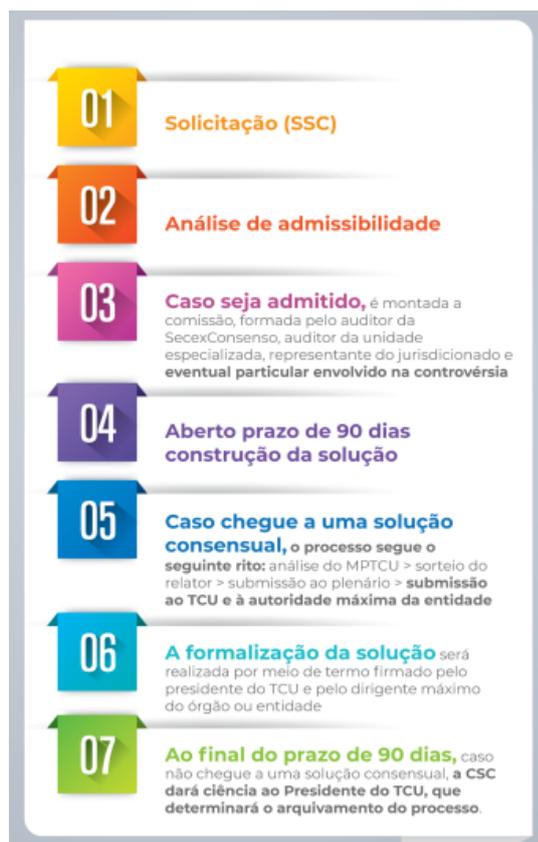
Rememore-se o objeto da IN nº 91: instituir, no âmbito do TCU, procedimento de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública federal em matéria sujeita à competência do Tribunal (art. 1º).

Para tanto, criou-se um órgão especializado denominado Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) (art. 3º, parágrafo único). Ao final do procedimento, objetiva-se a assinatura de termo de autocomposição entre as partes envolvidas, com anuência do TCU (art. 12).

A norma foi publicada em 23/12/2022 e entrou em vigor em 02/01/2023 (art. 16).

O processo de resolução acordada tramitará na forma de Solicitação de Solução Consensual (SSC) (art. 2º). Confira-se esquematização das fases do procedimento, que será abordado detalhadamente em seguida:

¹¹² DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 65.



Fonte: TCU¹¹³.

A SSC poderá ser formulada pelas autoridades elencadas no art. 264 do RITCU (art. 2º). São elas os Presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados, dos tribunais superiores e de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os Ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente e os comandantes das Forças Armadas. Também podem tomar a iniciativa os dirigentes máximos das agências reguladoras¹¹⁴ e o relator de processo em tramitação no TCU.

A SSC deve conter, minimamente, **(i)** indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada; **(ii)** pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2023. **Notícias** – TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹¹⁴ Art. 2º da Lei nº 13.848/ 2019.

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

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

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

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

Ademais, se o tema da controvérsia já estiver sendo tratado pelo Tribunal, a solicitação será analisada em autos próprios, observando-se os arts. 4º e 5º (art. 6º¹¹⁵). Quando assim acontecer, caso haja parecer do Presidente do TCU favorável à admissibilidade, a SSC será encaminhada ao relator do processo principal, o qual poderá ratificar ou não o posicionamento da Presidência, segundo seu juízo quanto à condução processual (art. 6º, § 1º).

Caso ocorra a ratificação, sobrestar-se-á a apreciação apenas das questões referentes à solução consensual no processo que tramitava antes da

¹¹⁵ Após a conclusão do processo de SSC, os autos deverão ser arquivados e cópia do respectivo acórdão deverá ser juntada ao feito que já estava em tramitação no TCU (art. 11, § 3º).

solicitação (art. 6º, § 2º). Por outro lado, se o relator não confirmar a admissão, a SSC será arquivada (art. 6º, § 3º).

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

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

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

A Comissão, por unanimidade, poderá convidar para participar das reuniões, na qualidade de colaboradores, especialistas na matéria objeto da solicitação que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia (art. 7º, § 3º). Depois de sua constituição, a CSC terá noventa dias para elaborar proposta de solução, podendo tal prazo, a critério do Presidente do TCU, ser prorrogado por até trinta dias (art. 7º, § 4º). Se findo o termo sem que seja possível elaborar a dita proposição, a Comissão dará ciência ao dirigente do Tribunal, que, por sua vez, determinará o arquivamento do processo (art. 7º, § 5º).

De outro modo, se os membros da CSC concordarem quanto à proposta apresentada, o procedimento será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU, para que se manifeste em até quinze dias (art. 8º). Depois disso, a Presidência do Tribunal sorteará relator, que deverá submeter a proposição de solução consensual à apreciação do Plenário em até trinta dias do recebimento dos autos no gabinete (arts. 9º e 10)¹¹⁶.

¹¹⁶ Caso não seja possível o cumprimento do prazo, o relator poderá solicitar ao Plenário a prorrogação por mais trinta dias (art. 10, parágrafo único).

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

A formalização da solução construída se dará por termo assinado, em até trinta dias contados da deliberação final do Plenário, pelo Presidente do TCU e pelos dirigentes dos órgãos e entidades da Administração que tenham solicitado a solução ou que tenha manifestado interesse nela (art. 12). A verificação do cumprimento do acordo firmado será realizada pelo Tribunal por meio de monitoramento (art. 243¹¹⁷ do RITCU).

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

Por derradeiro, menciona-se disposição que não diz respeito aos processos de SSC em si, mas ao desempenho da dinâmica consensual estabelecida. O art. 14 instituiu¹¹⁸, por trezentos e sessenta dias contados da publicação da IN, a Comissão Temporária de Acompanhamento dos Procedimentos de Solução Consensual, com vistas a observar a implementação dos procedimentos estabelecidos, bem como os resultados dela advindos.

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

No fim do período previsto para seu funcionamento, o referido órgão encaminhará à Presidência do Tribunal relatório de suas atividades, que

¹¹⁷ Art. 243. Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

¹¹⁸ Com fundamento no art. 16, I, do RITCU (“Art. 16. *Compete ainda ao Plenário: I – constituir comissões temporárias, sem prejuízo do disposto no inciso XLI do art. 28;*”).

apresentará medidas de aperfeiçoamento do procedimento de solução consensual e conterà proposta de tornar-se definitiva ou de extinguir-se (art. 14, § 3º).

2.5. IN nº 91/2022 – A Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso)

Na estrutura organizacional do TCU, a SecexConsenso faz parte da Secretaria-Geral de Controle Externo¹¹⁹, unidade básica da Secretaria do Tribunal¹²⁰, vinculada à Presidência¹²¹.

A Portaria SecexConsenso nº 1/2023 dispõe sobre sua estrutura e suas competências, bem como sobre as diretrizes que incidem na sua atuação. Entre as diversas atribuições estabelecidas no art. 2º, destacam-se as seguintes: **(i)** desenvolver, propor, sistematizar, avaliar e disseminar diretrizes para solução consensual de controvérsias afetas ao processo de controle externo; **(ii)** instruir, em conjunto com as demais secretarias de controle externo, processos que tratem da possibilidade de o TCU celebrar acordos; **(iii)** realizar intercâmbio com instituições e especialistas a fim de manter métodos e técnicas de solução consensual alinhados com as normas de referência e as melhores práticas existentes; e **(iv)** planejar, de modo articulado com as demais secretarias de controle externo, e coordenar a execução da estratégia de participação cidadã no âmbito da Segecex.

As diretrizes de atuação, previstas no art. 3º da Portaria, têm redação similar à das competências, descritas no parágrafo anterior.

Quanto à composição, a SecexConsenso conta **(i)** com duas Diretorias, uma de Acordos de Leniência (Dial) e outra de Solução Consensual (DSC), **(ii)** com o Gabinete do Secretário de Controle Externo; e **(iii)** com a Assessoria (art. 4º).

¹¹⁹ Art. 4º, III, da Portaria Segecex nº 4/2023.

¹²⁰ Art. 3º da Resolução TCU nº 347/2022.

¹²¹ Art. 6º da Resolução TCU nº 347/2022.

À Dial compete elaborar e implementar estratégia de atuação para acompanhar e instruir processos relacionados à fase de negociação dos acordos de leniência e processos relevantes de acordo de não persecução civil (arts. 2º, IV e V, e 8º). Em razão de seu objeto, não será objeto de pontuações neste trabalho.

Já a competência da DSC é de elaborar e implementar estratégia de atuação para exercer as atribuições estabelecidas no art. 2º, acima mencionadas, excluídas aquelas designadas à Dial.

Quanto ao Gabinete do Secretário de Controle Externo, da redação do art. 5º depreende-se que tem funções de planejamento, orientação, avaliação, monitoração e supervisão dos processos de trabalho da Secretaria, assim como de definir metas e de promover articulação interna e externa para garantir os resultados das ações de controle.

Por outro lado, os principais encargos da Assessoria são referentes à elaboração de documentos jurídicos como pronunciamentos, pareceres, relatórios e normativos; à instrução de processos de solicitação de informações e; ao acompanhamento da execução do planejamento da secretaria (art. 6º).

A SecexConsenso conta, no total, com dez funções de confiança, nos termos da Resolução TCU nº 356/2023. Elas correspondem a um Secretário de Controle Externo, dois Diretores, três Assessores e quatro Supervisores de Solução Consensual.

Até 17/11/2023, havia registro de vinte Solicitações de Solução Consensual para trâmite na SecexConsenso:

	PROCESSO	STATUS	RELATOR	ÓRGÃO ENVOLVIDO
1	000.853/2023-2	Aberto	Vital do Rêgo	ANTT
2	000.855/2023-5	Aberto	Jorge Oliveira	ANTT/DNIT
3	002.539/2023-3	Encerrado	N/A	TRE/RN
4	006.223/2023-0	Aberto	Benjamin Zymler	ANEEL/MME
5	006.248/2023-3	Aberto	Benjamin Zymler	ANEEL/MME
6	006.250/2023-8	Aberto	Benjamin Zymler	ANEEL/MME
7	006.252/2023-0	Encerrado	Benjamin Zymler	ANEEL/MME
8	006.253/2023-7	Aberto	Benjamin Zymler	ANEEL/MME
9	006.313/2023-0	Encerrado	N/A	Ministério da Saúde
10	006.448/2023-2	Aberto	Aroldo Cedraz	ANAC

11	006.449/2023-9	Aberto	N/A	ANAC
12	020.662/2023-8	Aberto	N/A	ANATEL
13	033.038/2023-6	Aberto	N/A	MPT
14	033.134/2023-5	Aberto	N/A	BNDES
15	033.444/2023-4	Aberto	N/A	ANTT
16	033.777/2023-3	Aberto	N/A	ANTT
17	035.124/2023-7	Aberto	N/A	MDHC
18	036.366/2023-4	Aberto	N/A	ANATEL
19	036.368/2023-7	Aberto	N/A	ANTT
20	039.106/2023-3	Aberto	N/A	ANTT

Fonte: elaboração própria.

Desses processos, três foram encerrados por inadmissibilidade. A SSC nº 3 foi apresentada por parte ilegítima (Procuradoria-Regional da União da 5ª Região) e porque já havia decisão de mérito da Corte quanto ao assunto objeto da solicitação. No caso da nº 9, também foi protocolada por órgão sem legitimação (Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos de Minas Gerais), já havia julgamento do TCU referente à matéria submetida e não foram juntados os documentos mínimos exigidos para o processamento da demanda. Na solicitação nº 13, o Presidente da Corte ratificou a inadmissão pela falta dos pressupostos de conveniência e oportunidade.

Quanto ao caso nº 11, os integrantes da Comissão não conseguiram alcançar uma solução consensual dentro do prazo estabelecido, o que levou à determinação de arquivamento do feito.

Nos processos nºs 2, 7 e 8, já foram aprovados os termos de autocomposição. Frise-se que a demanda de nº 8 foi o primeiro acordo firmado pelo mecanismo de SSC, motivo pelo qual será objeto de detida análise no próximo capítulo desta monografia.

Nos nºs 1 e 10, a solicitação está pendente de apreciação pelo Plenário. No caso nº 5, a Comissão já enviou o relatório, restando o pronunciamento do MPTCU.

Em relação aos nºs 4, 12 e 15, verifica-se que as CSCs já foram instituídas, o que permite inferir que estão em fase de trabalhos para elaboração de proposta de solução.

No que diz respeito às demandas n^{os} 6, 14, 16, 18 e 19, falta a formação da Comissão. Quanto às solicitações n^{os} 17 e 20, aguarda-se a análise de admissibilidade.

Por derradeiro, destaca-se um ponto relevante deduzido do quadro acima disposto: a inclusão dos dirigentes das agências reguladoras entre os legitimados para propor SSC, comparativamente com a consulta ao TCU¹²². Dos vinte processos até então submetidos à SecexConsenso, quinze envolvem agências reguladoras, fato que demonstra a relevância da implementação de acordos administrativos quando se tratar de questões regulatórias no país, caracterizadas muitas vezes pela complexidade e pelas vultosas quantias envolvidas.

2.6. Tópicos da doutrina de direito administrativo do medo

Santos ensina que o direito administrativo do medo é

“A interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo ao interesse público”¹²³.

A partir do século XX, quando houve maior sistematização da estrutura administrativa e do direito administrativo, incrementou-se, nas constituições e nas normas infraconstitucionais, o asseguramento de garantias funcionais, prerrogativas e independência das burocracias¹²⁴, entre as quais se inclui o TCU¹²⁵.

Apesar de o estabelecimento de prerrogativas ter sido fundamental para o adequado exercício das suas funções, a burocracia passou a gozar de status e de importância jamais vistos. Dotados de grande força institucional, o

¹²² Art. 264 do RITCU.

¹²³ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 44.

¹²⁴ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 89-91.

¹²⁵ “Burocracia” refere-se aos agentes públicos exercentes de função administrativa, que carecem de legitimidade política, mas gozam de legitimidade técnica. Incluem-se nesse conceito órgãos constitucionais autônomos como os Tribunais de Contas e o Ministério Público (SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 87-88).

principal trunfo para que os órgãos de controle pudessem ter a palavra final sobre os temas de seu interesse seria a possibilidade de imporem pesadas sanções a administradores que não seguissem suas determinações¹²⁶.

Nesse sentido, o direito administrativo do medo tem como enfoque as disfunções do controle externo que geram consequências negativas nas decisões dos agentes públicos, especialmente o chamado “apagão das canetas”. Esse fenômeno ocorre quando o gestor público deixa de agir por medo de ser penalizado, pois pode o controlador ter entendimento diverso acerca da solução mais adequada para uma determinada situação¹²⁷.

Por “disfunções”, pode-se considerar toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração, decorrente da influência direta ou indireta dos órgãos de controle externo e que podem produzir resultados prejudiciais ao desempenho da função administrativa¹²⁸.

Como ressalta Pereira¹²⁹, o TCU muitas vezes justifica suas posições com base em conceitos jurídicos indeterminados e na interpretação específica de princípios, que acabam por bloquear opções regulatórias de compreensão diversa acerca dos mesmos conceitos. Portanto, a possibilidade de um órgão de controle com relevante autonomia interpretar normas abertas, cuja definição precisa é difícil, pode tornar o sistema regulatório bastante imprevisível.

Por causa desses fatores, decidir teria passado a ser uma atividade de alto risco¹³⁰.

Aumenta-se a insegurança jurídica na interpretação das normas, de modo a possivelmente aterrar os desejos do controlador sobre as escolhas do agente público que proferiu o ato administrativo¹³¹. Isso significa um déficit de deferência dos órgãos de controle em relação aos gestores que igualmente

¹²⁶ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 92.

¹²⁷ GABRIEL, Y. Apagão da inovação pública? Levantamento do TCU sugere existência de ‘apagão das canetas’. **Jota**, 17 ago. 2022.

¹²⁸ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 132.

¹²⁹ PEREIRA, G. L. M. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura**: controlador ou regulador? 2019. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. p. 107.

¹³⁰ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 303.

¹³¹ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 141.

necessitam de independência na interpretação e na aplicação de normas dentro de sua esfera de atuação¹³².

Desse modo, a crescente interferência dos tribunais de contas no exercício da função administrativa, especialmente considerando a expansão do poder geral de cautela, passa a gerar considerável risco e medo na tomada de certas decisões¹³³. O objetivo primordial do gestor público passa a ser de ordem subjetivo-protetiva (de preservação pessoal) e não objetivo-finalística (busca pelo interesse público), mesmo que isso importe má administração¹³⁴.

Como dito, o excesso de controle e a aplicação de pesadas sanções acabam por gerar disfuncionalidades. O indeferimento generalizado, por exemplo, é uma estratégia de imobilismo decisório que visa à autoproteção dos agentes, terceirizando o problema a possível apreciação do Judiciário¹³⁵. Nesse sentido, Campana ressalta que o administrador pode estar estrategicamente escolhendo adotar uma postura menos ativa, antecipando maior proatividade dos magistrados¹³⁶, hipótese em que se resguardaria, de modo a apenas cumprir eventual decisão judicial.

Atualmente, as disfuncionalidades se apresentam de forma mais acentuada pela intensidade dos sistemas de controle, mas também pelo aumento da informatização e do controle social, pela aceleração da cobertura midiática e pela rápida veiculação de informação nas redes sociais¹³⁷.

Segundo pesquisa realizada pelo TCU¹³⁸, 57,2% dos agentes públicos¹³⁹ de diversas instituições brasileiras concordam que o medo do

¹³² SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 308.

¹³³ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 215.

¹³⁴ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 350.

¹³⁵ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 378.

¹³⁶ CAMPANA, P. S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, v. 9, n. 1, 2017, p. 210.

¹³⁷ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 378.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2020. **Publicações institucionais** – Relatório de Pesquisa: Contratação de Soluções Inovadoras pela Administração Pública, p. 15. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/relatorio-de-pesquisa-contratacao-de-solucoes-inovadoras-pela-administracao-publica.htm>>. Acesso em: 25 set. 2023.

¹³⁹ Para essa estatística, consideraram-se apenas aqueles que não trabalham no controle interno ou na auditoria interna do próprio órgão de atuação, em unidade de consultoria jurídica ou nas unidades finalísticas do MPU, da CGU ou do TCU.

controle é um empecilho para que o gestor público contrate soluções inovadoras.

Evitar tomar decisões criativas por receio do controle resulta numa verdadeira crise de ineficiência¹⁴⁰. Os agentes atuam não mais somente na busca da melhor resposta para o interesse público, mas também para se protegerem, mantendo-se cada vez mais na zona de conforto.

Dessa forma, compreende-se que o direito administrativo do medo e suas consequências podem impedir a criação de um ambiente propício à inovação, pois o controle disfuncional aumenta a rigidez dentro do setor público¹⁴¹. Os gestores, quando desafiados pela realidade a apresentarem soluções “fora da caixa”, preferem não se arriscar, mantendo-se o *status quo*¹⁴².

Conforme expõe Bruno Dantas, “a hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores”¹⁴³.

Ademais, como explicam Sundfeld e Tristão¹⁴⁴, os níveis de fiscalização do TCU revelariam crise no modelo brasileiro de controle, pois, embora tenha valor, não logra êxito em diminuir o número de irregularidades. Seria um “controle médio” que, em parte, evita desconformidades, mas também funciona como armadilha para o avanço da gestão.

Por essas razões, a relativização dos mecanismos de controle, que muitas vezes acarretam um fim em si mesmos, apresenta-se como medida necessária para que a atividade administrativa possa atingir autonomamente sua finalidade de satisfação do interesse público¹⁴⁵. Deve haver um “*equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um ‘apagão*

¹⁴⁰ GUIMARÃES, F. V. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, n. 71, 31 jan. 2016.

¹⁴¹ SANTOS, H. M. L. *et al.* Direito administrativo do medo: fator de influência na inovação da administração pública?, **Gestão Contemporânea**, v. 12, n. 1, 2022. p. 107.

¹⁴² CAMPANA, P. S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, v. 9, n. 1, 2017, p. 208.

¹⁴³ DANTAS, B. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU, **Revista Jurídica da Presidência**, v. 22, n. 127, 2020. p. 275.

¹⁴⁴ SUNDFELD, C. A. TRISTÃO, C. Fugindo da armadilha do controle público médio. **Blog do Centro de Debates de Políticas Públicas**, 4 jul. 2022.

¹⁴⁵ RIBEIRO, A. P. *et al.* Direito administrativo do medo e contemporaneidade: casuística disfuncional nas ações de controle versus eficiência na gestão pública. **Economia do Conhecimento e Contemporaneidade em Pesquisa**, vol. 1, 2023. p. 76.

*decisório*¹⁴⁶, sendo necessário que o controlador resista à *“tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem ao Poder Executivo”*¹⁴⁷.

Especificamente em relação aos acordos administrativos, Carnaes bem coloca que as agências reguladoras foram criadas para lidar com os assuntos que lhes são correlatos, com discricionariedade para promover a melhor escolha no exercício de suas funções¹⁴⁸. Contudo, essa atividade esbarraria *“em obstáculos capazes de desincentivar a atuação em determinado sentido, fazendo com que o agente ou a instituição opte pela paralisação (não atuando ou não regulamentando, por exemplo)”*¹⁴⁹.

Segundo a autora, o relativo indeterminismo dos princípios que rege as negociações antecessoras de um acordo poderia acarretar efeitos indesejados quando do controle dos negócios administrativos. Isso porque existiria uma assimetria de informações entre aqueles agentes que efetivamente negociaram o acordo e aqueles que irão controlá-lo¹⁵⁰.

Nessa seara, a baixa compreensão das escolhas feitas pelos reguladores-decisores poderia resultar no controle permeado pelas preferências pessoais do controlador, baseadas em conceitos jurídicos indeterminados. Como consequência, as autoridades administrativas passariam a posicionar-se conforme os “precedentes” do órgão controlador, em oposição à busca pela melhor solução para o caso concreto, mediante o diálogo entre os envolvidos¹⁵¹.

Por isso, Carnaes ressalta o fenômeno da paralisação do agente público decorrente do medo de ser pessoalmente responsabilizado por compromisso que se entenda não ancorado expressamente em lei ou em entendimento do controlador. Apoiar-se *“na legalidade estrita, na intenção de se respaldar contra qualquer interpretação posterior que não enxergue os benefícios*

¹⁴⁶ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, p. 15.

¹⁴⁷ DANTAS, B. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: Reflexões para um Direito Administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 16.

¹⁴⁸ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 127.

¹⁴⁹ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 127.

¹⁵⁰ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 128.

¹⁵¹ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 129.

*trazidos ao interesse público*¹⁵², limita a criatividade das soluções, podendo ficar prejudicada a eficiência administrativa. Nessa perspectiva, o acordo teria como escopo a mera execução da lei, o que significaria negociar coisa alguma, pois, se a solução já é o que está previsto legalmente, nada mais restaria senão a aplicação cega da norma¹⁵³.

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

¹⁵² CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 131.

¹⁵³ MOREIRA, E. B. apud CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 131.

3. ESTUDO DE CASO: ACÓRDÃO Nº 1130/2023

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

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

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

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

O Acórdão nº 1130/2023 foi prolatado no âmbito do TC nº 006.253/2023-7, que tratou de controvérsias decorrentes dos Contratos de Energia de Reserva (CERs) do Procedimento Competitivo Simplificado (PCS) nº 1/2021¹⁵⁴.

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

¹⁵⁴ A Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética foi instituída pela MP nº 1.055/2021 para fortalecer o enfrentamento da crise hídrica. A aludida Câmara emitiu a Resolução nº 4, de 09/09/2021, determinando a contratação de reserva de capacidade, nos termos do art. 3º-A da Lei nº 10.848/2004, para fornecimento de energia e potência adicionais para o sistema. Segundo a norma, a contratação seria realizada por meio de PCS.

Enquanto o MME definiu as diretrizes do PCS e o planejamento da contratação¹⁵⁵, a ANEEL elaborou o edital e as minutas dos CERs¹⁵⁶, realizou o certame e autorizou a implantação e a exploração dos novos empreendimentos¹⁵⁷. No caso de atraso, o edital e os contratos previam sanções **(i)** pecuniárias; **(ii)** de impedimento de novas contratações com a administração; **(iii)** de rescisão dos contratos; e **(iv)** de revogação da outorga.

O procedimento foi realizado sob condições especiais, com uma série de flexibilizações com vistas a garantir maior celeridade. A dispensa de algumas fases teria incrementado significativamente o risco do empreendimento, resultando em elevação da potência disponível em um curto período, mas com “*contratação de energia cara, a onerar todo o mercado regulado*”¹⁵⁸.

Ao todo, no PCS, foram contratadas dezessete usinas com 1.4 GW de potência outorgada e impacto total estimado, até dezembro de 2025, de R\$ 39 bilhões¹⁵⁹.

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

Então, em 2022, houve a reversão do cenário de escassez hídrica e, conseqüentemente, o aumento da energia armazenada nos reservatórios hidrelétricos e a redução dos preços da energia no mercado de curto prazo¹⁶⁰.

¹⁵⁵ O procedimento foi instituído conforme a Portaria Normativa nº 24/GM/MME/2021, do Ministério de Minas e Energia, que estabeleceu as diretrizes para o PCS de contratação de reserva de capacidade a fim de garantir a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético no país, por meio de CERs, para os submercados Sul e Sudeste/Centro-Oeste.

¹⁵⁶ CERs nºs 451/21, 452/21, 454/21 e 455/21.

¹⁵⁷ Arts. 3º e 4º, Portaria Normativa nº 24/GM/MME/2021.

¹⁵⁸ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 1.

¹⁵⁹ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 1.

¹⁶⁰ “Como efeito do retorno à normalidade hidrológica, o preço da energia no mercado de curto prazo, que se encontrava no valor máximo de R\$ 583,88/MWh, entre junho e setembro de 2021, foi reduzido ao patamar mínimo de R\$ 55,70/MWh já em janeiro de 2022” (TC nº 006.253/2023-7, peça 13, p. 3).

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

Considerando essas circunstâncias, “frente a eventual antieconomicidade na manutenção das avenças, mais onerosas, e levando em conta a possibilidade de rescisão contratual, respeitado o dever de honrar os contratos”¹⁶¹, o Plenário do TCU deliberou mediante Acórdão nº 2699, de 07/12/2022¹⁶². No *decisum*, a Corte questionou a economicidade dos empreendimentos e fixou prazo para que o Ministério de Minas e Energia (MME), com base especialmente no poder-dever de autotutela e de motivação, avaliasse as vantagens e as desvantagens quanto à continuação dos contratos, à rescisão ou à outra solução negociada, levando em conta a segurança do fornecimento de eletricidade e o impacto nas tarifas.

Em 08/12/2022, o juízo da 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem do TJSP, nos autos de cautelar antecedente pré-arbitral requerida pela KPS¹⁶³, deferiu a tutela para suspender a cobrança de multa aplicada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) em razão do atraso no início das operações dos CERs¹⁶⁴ até deliberação da ANEEL sobre a existência de força maior e a respectiva responsabilização da empresa.

Após, em atendimento ao Acórdão nº 2699/2022, o MME editou a Portaria nº 55, de 19/12/2022, que estabeleceu diretrizes e condições para (i) a resolução amigável dos CERs adimplentes e (ii) a rescisão unilateral, com as penalidades aplicáveis, aos inadimplentes. Segundo o próprio Ministério, a Portaria não teria sido efetiva em termos de adesão dos contratados, nem teria modificado substancialmente os custos associados ao PCS que vêm sendo suportados pelos consumidores¹⁶⁵. Apenas para a KPS, a multa por inadimplemento contratual seria superior a 1 bilhão de reais¹⁶⁶. Considerando

¹⁶¹ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 2.

¹⁶² TC nº 001.722/2022-0.

¹⁶³ Processo nº 1105523-09.2022.8.26.0100.

¹⁶⁴ Atrasos decorrentes de determinação judicial já cassada à época do deferimento da tutela (processo nº 1105523-09.2022.8.26.0100, decisão de 08/12/2022).

¹⁶⁵ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 3.

¹⁶⁶ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 9.

a pressão dessas sanções, as empresas contratadas deram início a disputas administrativas, judiciais e arbitrais¹⁶⁷.

Em 16/02/2023, a KPS impetrou mandado de segurança¹⁶⁸ contra ato coator do Diretor-Geral da ANEEL consistente em despacho que revogou o efeito suspensivo que havia sido atribuído a pedidos de reconsideração, baseados em excludente de responsabilidade por força maior, apresentados contra decisões que cassaram a outorga da sociedade, no âmbito de quatro processos administrativos de rescisão unilateral por inadimplemento¹⁶⁹.

Então, a empresa encaminhou ao MME proposta de solução consensual para a extinção da controvérsia instalada nos referidos processos administrativos em trâmite perante a ANEEL¹⁷⁰. Em 07/03/2023, após reuniões entre a KPS e o Ministério, a companhia enviou ao mesmo órgão proposta preliminar de prevenção e extinção de litígios para que fosse submetida ao TCU na forma da IN nº 91/2022.

Assim, em 29/03/2023, o Ministro de Minas e Energia protocolou Solicitação de Solução Consensual¹⁷¹¹⁷², apresentando, nos termos do art. 3º da IN nº 91, **(i)** o objeto; **(ii)** pareceres técnicos e jurídicos sobre a controvérsia, com as respectivas dificuldades na construção de soluções; **(iii)** a delimitação dos particulares e dos órgãos públicos envolvidos na disputa; **(iv)** os processos no TCU que envolvem o objeto da solicitação; e **(v)** a manifestação de interesse na solução consensual propriamente dita.

A questão descrita na SSC envolve, sobretudo, divergências sobre a possibilidade de alteração amigável dos contratos da KPS para compatibilização da sua execução com as necessidades do sistema em curto

¹⁶⁷ MARQUES, M. P. New Role of the Brazilian Federal Court of Accounts in the Adequate Resolution of Disputes. *Alternative Energy & Power 2023, Brazil, Trends and Developments, Chambers and Partners*, 20 jul. 2023, tradução livre.

¹⁶⁸ Processo nº 1013469-13.2023.4.01.3400.

¹⁶⁹ Processos nºs 48500.005528/2021, 48500.005529/2021, 48500.005495/2021 e 48500.005496/2021.

¹⁷⁰ TC nº 006.253/2023-7, peça 12.

¹⁷¹ TC nº 006.253/2023-7, peças 1 e 2 a 6 (sob sigilo).

¹⁷² Além da KPS, quatro outras empresas estão envolvidas em SSCs decorrentes do PCS nº 1/2021: Rovema Energia S.A. (TC nº 006.223/2023-0); Ambar Energia S.A. (TC nº 006.248/2023-3); Tradener Serviços em Energia Ltda. (TC nº 006.250/2023-8); e Termelétrica Viana S.A./Linhares Geração S.A./Povoação Energia S.A. (TC nº 006.252/2023-0). Informação constante do Acórdão nº 1797/2023, Relatório, p. 9-10.

e médio prazos, com os respectivos impactos tarifários e com os investimentos envidados pela empresa para viabilizar os empreendimentos.

A SecexConsenso emitiu relatório e análise prévia de admissibilidade positiva, depois confirmada pelo Presidente do TCU e, então, ratificada pelo Ministro relator do processo principal¹⁷³, que foi sobrestado¹⁷⁴, em conformidade com os arts. 4º, 5º e 6º da IN nº 91/2022.

A SSC foi encaminhada à Segecex, de modo a, ouvida a SecexConsenso, designar Comissão de Solução Consensual, a qual foi composta por representantes designados pela KPS, pela ANEEL, pelo MME¹⁷⁵, pela SecexConsenso e pela Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações (SecexEnergia)¹⁷⁶.

Conforme deduzido no acórdão, as reuniões iniciais da CSC buscaram identificar alternativas que compatibilizassem a execução contratual com o interesse público relacionado à redução do impacto tarifário e à segurança jurídica dos contratos firmados. Além disso, compreendeu-se que, ainda que eventual decisão administrativa fosse em desfavor do particular, a rescisão unilateral dos contratos não traria segurança no fornecimento de eletricidade no período 2025/2026, não inibiria o ajuizamento de ações judiciais e não impediria prolação de decisões desfavoráveis à economicidade almejada pela rescisão¹⁷⁷.

Iniciados os trabalhos, dada a delicadeza da situação¹⁷⁸, a CSC teria entendido por bem submeter, em senso de urgência, a proposta à Corte, “*não obstante os demais pontos a serem objeto de consenso definitivo*”¹⁷⁹.

Realizaram-se encontros em 23, 26 e 29/05/2023, depois dos quais todos membros da Comissão acordaram ser possível celebrar termo de autocomposição.

¹⁷³ TC nº 001.722/2022-0, no âmbito do qual se prolatou o supracitado Acórdão nº 2699/2022.

¹⁷⁴ TC nº 006.253/2023-7, peças 13 a 15, 16 e 19.

¹⁷⁵ TC nº 006.253/2023-7, peças 37 (KPS), 40 (ANEEL) e 41 e 42 (MME).

¹⁷⁶ Portaria SEGECEX nº 17/2023, de 22/05/2023.

¹⁷⁷ Acórdão nº 1130/2023, Relatório, p. 12.

¹⁷⁸ Como se explicará, a celebração do acordo até 07/06/2023 traria economia de até R\$ 230 milhões aos consumidores.

¹⁷⁹ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14.

3.2. A proposta de termo de autocomposição

A proposta de solução consensual elaborada pela CSC correspondeu a termo de autocomposição¹⁸⁰ a ser firmado entre a União, a ANEEL e a KPS, com interveniência do TCU, vigente entre 01/07/2023 e 31/12/2023. Com o instrumento, objetivou-se definir condições para execução dos CERs e permitir a redução dos custos incorridos pelos consumidores e a provisão de segurança jurídica às entidades envolvidas na controvérsia.

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

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

¹⁸⁰ TC nº 006.253/2023-7, peça 50.

	manutenção da outorga, da garantia física e da contratação da potência	
h	Efeitos apenas a partir da celebração	Promoveria segurança jurídica, tendo em vista que ficaria preservada a eficácia das transações comerciais realizadas nos termos dos CERs até 30/06/2023
i	Arquivamento por perda de objeto dos processos no TCU que trataram do conteúdo consensuado	Promoveria segurança jurídica, porque os atores envolvidos não se submeteriam ao risco de serem responsabilizados em razão de matéria já solucionada consensualmente
j	Proteção contra responsabilização dos agentes negociantes, salvo em casos de fraude ou dolo	Promoveria segurança jurídica, pois os agentes públicos envolvidos no acordo não ficariam sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais

Fonte: elaboração própria.

Inicialmente, cumpre discorrer sobre pontos que o relator abordou como relacionados à legalidade e à motivação do termo de autocomposição¹⁸¹.

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

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

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

¹⁸¹ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 15.

Ademais, quanto ao juízo de conveniência e de oportunidade da discricionariedade da celebração do acordo, ressaltou-se haver “*clara e relevante redução tarifária, com ganhos à coletividade um tanto óbvios*”¹⁸².

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

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

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

Na instrução da SSC¹⁸³, ressaltou-se que **a)** a redução da inflexibilidade¹⁸⁴ teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois permitiria a redução tarifária que impacta o consumidor, o que geraria ganhos imediatos à coletividade¹⁸⁵¹⁸⁶.

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

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

¹⁸² Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 15.

¹⁸³ TC nº 006.253/2023-7, peça 51.

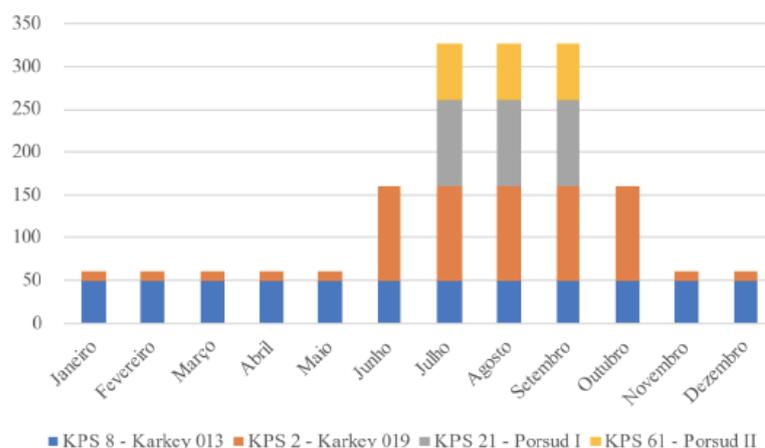
¹⁸⁴ Inflexibilidade é o valor de geração mínima obrigatória de energia elétrica de determinada usina termelétrica (MEGAWHAT. MEGAWHAT, 2023. **Glossário** – Inflexibilidade. Disponível em: < <https://megawhat.energy/verbetes/344/inflexibilidade>>. Acesso em: 7 out. 2023).

¹⁸⁵ Cláusula 1.2.6.1.

¹⁸⁶ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 15.

Veja-se gráfico referente à previsão inicial:

Figura 1. Previsão inicial de geração das usinas da KPS



Fonte: Relatório da Comissão de Solução Consensual¹⁸⁷.

Nessa linha, em razão de a KPS possuir um processo de governança e de logística para aquisição, transporte e armazenamento de gás natural, para que pudesse haver benefício ao consumidor já em julho de 2023, o acordo deveria ser aprovado até 07/06/2023.

O termo de autocomposição prevê, depois de 01/07/2023, a eliminação de geração inflexível em todas as UTEs¹⁸⁸, exceto na Karkey 013, que manteria inflexibilidade uniforme no patamar de 29 MW médios mensais¹⁸⁹.

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

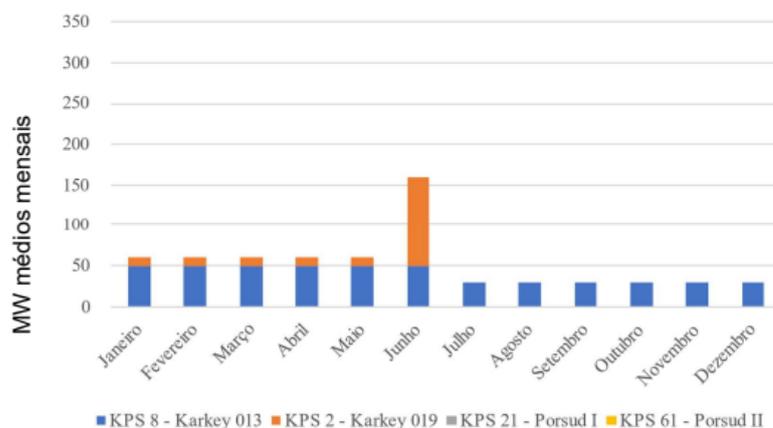
Confira-se gráfico relativo à previsão de geração no caso de assinatura do pacto:

¹⁸⁷ TC nº 006.253/2023-7, peça 50.

¹⁸⁸ Cláusula 1.2.6.1.2 A INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL para fins de contabilização e liquidação dos Contratos de Energia de Reserva nos 451/201, 452/21 e 455/21, referente às UTEs Porsud I, Porsud II e Karkey 019, será equivalente a zero MW médio.

¹⁸⁹ Cláusula 1.2.6.1.1 A INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL para fins de contabilização e liquidação do Contrato de Energia de Reserva no 454/21, referente à UTE Karkey 013, será de 29 MW médios, sazonalizada e modulada de forma flat, com apuração e contabilização mensal.

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



Fonte: Relatório da Comissão de Solução Consensual¹⁹⁰.

Ao todo, a redução da inflexibilidade promoveria a diminuição de custos dos consumidores na ordem de R\$ 579 milhões na Conta de Energia de Reserva (CONER)¹⁹¹.

Quanto à cláusula de **b)** apuração mensal da produção energética¹⁹², em oposição à horária, destacou-se que a contabilização por mês permitiria uma operação mais eficiente dos empreendimentos e não impactaria o período anterior à celebração do acordo.

Além disso, estabeleceu-se que a modulação da energia mensal deveria ser ajustada com o Operador Nacional do Sistema (ONS)¹⁹³.

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

¹⁹⁰ TC nº 006.253/2023-7, peça 50.

¹⁹¹ TC nº 006.253/2023-7, peça 50.

¹⁹² Cláusula 1.2.6.2. Em razão da redução da INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL prevista na Cláusula 1.2.6.1, os valores da componente da Receita Fixa, vinculada ao custo do combustível associado à INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL (“RFComb”) serão ajustados a partir de 01/07/2023 para que seja considerado apenas o volume de inflexibilidade mensal de 29 MW médios, sazonalizada e modulada de forma flat, com apuração e contabilização mensal.

¹⁹³ Cláusula 1.2.6.1.3 A MODULAÇÃO da inflexibilidade deverá ser ajustada com o Operador Nacional do Sistema (“ONS”) conforme definido nos Procedimentos de Rede.

Previu-se **c)** a preservação da eficácia das outorgas, da garantia física¹⁹⁴ e da potência contratada¹⁹⁵, o que promoveria segurança jurídica à execução dos contratos e asseguraria as discussões na CSC.

As usinas teriam lastro contratual para a oferta de energia dos CERs e, paralelamente, o SIN continuaria a contar com a disponibilidade de potência, caso seja necessário o despacho pelo ONS¹⁹⁶.

Nesse sentido, ponderou o MME¹⁹⁷ que as usinas do PCS representam, para além da inflexibilidade contratada (muito provavelmente prescindível), potência, que não necessariamente será dispensável ao SIN. Dessa forma, permaneceria o interesse na contratação, a fim de cobrir eventuais déficits de potência em dias e horários de pico de demanda.

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

¹⁹⁴ “A garantia física determina a quantidade de energia que um equipamento de geração consegue suprir dado um critério de suprimento definido. Ela é uma métrica importante para a adequabilidade da oferta do sistema e é utilizada para dois fins fundamentais no Brasil: a garantia física define a quantidade máxima de energia que um equipamento pode comercializar” (EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. EPE, 2023. **Energia elétrica – Garantia física**. Disponível em: <<https://www.epe.gov.br/pt/areas-de-atuacao/energia-eletrica/garantia-fisica>>. Acesso em: 7 out. 2023).

¹⁹⁵ Cláusula 1.2 As Partes, em comum acordo, pactuam as seguintes condições:

1.2.1 Preservação da eficácia das outorgas de geração das Usinas Termelétricas Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II (“UTES” ou “Usinas”), consubstanciadas nas Resoluções Autorizativas nos 10.869, 10.870, 10.873 e 10.874, todas de 5 de novembro de 2021, posteriormente complementadas pelas Resoluções Autorizativas nos 11.916 e 11.917, ambas de 17 de maio de 2022 (“Resoluções Autorizativas”);

1.2.2 Preservação da respectiva garantia física das UTEs;

1.2.3 Preservação das condições técnicas e operacionais da capacidade contratada de 560 MW à disposição do Sistema Interligado Nacional (“SIN”).

¹⁹⁶ O “despacho de geração é a energia gerada por uma ou mais usinas do sistema, alocada pelo órgão de coordenação da geração” (ESFERA ENERGIA. Blog Esfera, 2023. **Geração distribuída** – Despacho centralizado: entenda como o ONS coordena a geração das usinas. Disponível em: <<https://blog.esferaenergia.com.br/geracao-distribuida/despacho-centralizado>>. Acesso em: 7 out. 2023). Isso quer dizer que o SIN continuaria a contar com a disponibilidade de potência das usinas KPS se acionadas pelo ONS.

¹⁹⁷ TC nº 006.253/2023-7, peça 2 (sob sigilo). Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 7.

Nesse sentido, propôs-se que **d)** a empresa e a ANEEL deveriam peticionar naqueles autos pleiteando a suspensão do processo por 180 dias e a liberação dos valores depositados¹⁹⁸.

Nessa toada, **e)** o montante liberado seria direcionado à CONER, com a finalidade específica do pagamento devido pela KPS dos valores de compensação da receita de combustível já paga à companhia por execução contratual prévia à celebração do acordo¹⁹⁹²⁰⁰. Previu-se, ainda, que a quantia remanescente da diferença seria descontada da receita de venda da empresa dos meses de julho a dezembro de 2023, em seis parcelas mensais e iguais²⁰¹.

Ademais, visando à concentração de esforços nos debates voltados à solução consensual, as partes concordariam com a **f)** “[s]uspensão, enquanto vigente o (...) TERMO, dos seguintes litígios em trâmite nos Processos Administrativos na ANEEL”²⁰²:

- “(i) pedido de reconsideração no pedido original de exclusão de responsabilidade, protocolado em 16 de agosto de 2022, em face do Despacho nº 2.171, de 9 de agosto de 2022;*
- (ii) pedido superveniente de exclusão de responsabilidade, protocolado em 29 de agosto de 2022;*
- (iii) recurso administrativo, protocolado em 02 de dezembro de 2022, em face dos Despachos nºs 3.351, 3.352, 3.353 e 3.354, todos de 24 de novembro de 2022;*
- (iv) impugnação às penalidades aplicadas pela CCEE, protocolado em 16 de setembro de 2022; e*

¹⁹⁸ Cláusula 1.2.5 Peticionamento de ambas as partes, KPS e ANEEL, nos autos do Mandado de Segurança no 1013469-13.2023.4.01.3400 (“MANDADO DE SEGURANÇA”), pleiteando a liberação da receita da KPS referente à execução dos CERs, depositada em juízo pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”) enquanto vigorou a medida de contracautela já revogada (“Valor do Depósito Judicial”).

Cláusula 1.2.9 Peticionamento de ambas as partes, KPS e ANEEL, para suspensão, por 180 (cento e oitenta) dias, do MANDADO DE SEGURANÇA, e dos recursos dele decorrentes, reservando a eficácia das outorgas de geração das Usinas na forma da liminar concedida no âmbito do Mandado de Segurança.

¹⁹⁹ Cláusula 1.2.5.1 O Valor do Depósito Judicial será direcionado à CONTA DE ENERGIA DE RESERVA (“CONER”), com a finalidade específica de realizar os pagamentos devidos pela KPS dos valores de compensação de que trata o item 1.2.6.3 do presente TERMO.

Cláusula 1.2.6.3. A diferença entre os valores (a) efetivamente recebidos pela KPS à título de RFComb entre janeiro e junho de 2023 e (b) a RFComb equivalente à INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL sazonalizada do respectivo mês, conforme planilha de cálculo do Anexo II do presente TERMO, será parcialmente compensada com o Valor do Depósito Judicial, nos termos das Cláusulas 1.2.5 e 1.2.5.1. acima.

²⁰⁰ Os valores foram liberados pelo juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

²⁰¹ Cláusula 1.2.6.4 O valor remanescente da diferença mencionada na Cláusula 1.2.6.3 acima, estimada na data da assinatura do presente TERMO em [R\$ xxxx], será pago pela KPS mediante desconto, em 6 (seis) parcelas mensais e iguais, de sua Receita de Venda referente aos meses de julho a dezembro de 2023.

²⁰² Cláusula 1.2.8.

(v) rescisão dos CERs e revogação das outorgas consubstanciadas nas Resoluções Autorizativas²⁰³.

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

Em razão dessa hipótese ou de eventual atraso nas negociações, **g)** a minuta dispõe sobre a possibilidade de ultratividade de trinta dias, a contar de 31/12/2023, dos efeitos em relação à inflexibilidade da geração e à manutenção da outorga, da garantia física e da contratação da potência²⁰⁴. Isso porque a lógica corporativa da KPS para aquisição de gás e retomada das operações demanda um prazo de trinta dias. Nas negociações, inicialmente foram propostos noventa dias, contudo, a ANEEL ponderou que a extensão dessa condição poderia limitar a atuação da Agência caso não fosse firmado acordo pelo período integral dos CERs²⁰⁵.

Ademais, acordou-se que **h)** o termo de autocomposição teria efeitos apenas a partir da celebração, de modo que ficaria preservada a eficácia das transações comerciais realizadas nos moldes dos contratos até 30/06/2023²⁰⁶.

A minuta trouxe, ainda, **j)** cláusula de proteção contra responsabilização dos agentes negociantes²⁰⁷, na seguinte forma:

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

²⁰³ Acórdão nº 1130/2023, Relatório, p. 9.

²⁰⁴ Cláusula 3.2 O presente TERMO, irrevogável e irretroatável, somente terá validade e eficácia imediata após a assinatura de todas as Partes e vigorará até 31/12/2023. Caso as Partes não alcancem uma próxima solução consensual, o cálculo da INFLEXIBILIDADE CONTRATUAL pactuado originalmente nos CERs voltará a ter eficácia em 30 (trinta) dias a partir de 31/12/2023, respeitadas as condições previstas nas Cláusulas 1.2.1 a 1.2.6.

²⁰⁵ TC nº 006.253/2023-7, peça 48, p. 5.

²⁰⁶ Cláusula 1.2.4 Preservação da eficácia das transações comerciais realizadas nos termos dos CERs, até 30/06/2023.

²⁰⁷ Cláusula 1.3.

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

Finalmente, estabeleceu-se que i) os processos de controle externo em tramitação na Corte de Contas cujos objetos forem tratados e consensuados entre as partes serão arquivados por perda de objeto²⁰⁸²⁰⁹. Dessa forma, as partes não correriam o risco de serem responsabilizadas – em virtude de processos em andamento no TCU antes do acordo – por matéria já solucionada consensualmente.

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

Existem dois pontos não materializados na proposta, mas que foram considerados importantes pelo Tribunal no caso concreto. O primeiro deles é referente à declaração, no relatório da CSC, de que as discussões para alcançar um próximo acordo continuarão a ser realizadas no âmbito da Comissão²¹⁰. Assim, considerando o caráter de urgência em que foi posto o termo à celebração, demais questões podem ser maturadas até a solução definitiva para a controvérsia.

O segundo item concerne ao fato de que não há, na proposta, previsão de que o instrumento vinculará as partes a um novo termo depois do fim da vigência. Com isso, nada impediria que as próprias partes ou o TCU entendam pela impossibilidade de consenso sobre os demais itens em debate²¹¹.

²⁰⁸ Cláusula 1.4 Os processos de controle externo em tramitação no TCU cujo objeto em apuração for tratado e objetivamente consensuado entre as partes serão arquivados por perda de objeto, nos termos do art. 168, inciso III do Regimento Interno do TCU, salvo em casos de fraude ou dolo.

²⁰⁹ Essa cláusula e a anteriormente mencionada foram “*inspiradas nos princípios e nos resultados obtidos pelo acordo de cooperação técnica entre o TCU, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de coordenador, que culminaram nas minutas dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)*” (TC nº 006.253/2023-7, peça 51, p. 6); (Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 15).

²¹⁰ TC nº 006.253/2023-7, peça 50, p. 8.

²¹¹ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 16.

Após a apresentação da proposta pela CSC, os autos foram encaminhados ao MPTCU, nos termos da IN nº 91/2022. O órgão exarou parecer²¹² no sentido de haver inegável interesse público na aprovação do termo de autocomposição, o qual consubstanciaria solução que, segundo o órgão, certamente não seria alcançada pelos procedimentos administrativos tradicionais e/ou de controle externo.

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

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

Enfim, o relator votou para aprovar a minuta e o entendimento foi ratificado na sessão plenária de 07/06/2023, ocasião na qual se autorizou a realização de monitoramento da execução do acordo, conforme o art. 13 da IN nº 91/2022. Na mesma oportunidade, determinou-se a restituição dos autos à SecexConsenso para a continuação dos trabalhos da Comissão.

O acordo foi assinado em 15/06/2023 pela União, pela ANEEL, pelo Presidente do TCU, pela KPS e por seu representante legal (arts. 10 e 12 da IN nº 91/2022).

Por derradeiro, em 17/08/2023, a SecexConsenso se manifestou²¹³ indicando que o limite temporal para os trabalhos da CSC se encerraria em 21/08/2023, considerando o prazo de noventa dias estabelecido no art. 7º, § 4º, da IN nº 91. Com base nisso, propôs ao Relator a prorrogação de prazo por trinta dias, com base no mesmo dispositivo, para que a Comissão elabore proposta definitiva de solução das controvérsias, o que foi deferido²¹⁴.

A minuta de acordo final foi apresentada pela CSC e aprovada pelo Plenário em 06/12/2023.

²¹² TC nº 006.253/2023-7, peça 55 (sob sigilo). Acórdão nº 1130/2023, Relatório, p. 21.

²¹³ TC nº 006.253/2023-7, peça 74.

²¹⁴ TC nº 006.253/2023-7, peça 75.

3.3. A posição do TCU com a homologação do acordo

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

3.3.1. A perspectiva dos obstáculos aos acordos administrativos – Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e a falta de confiança e de sinergia entre as partes

De acordo com a instrução lavrada pela SecexConsenso²¹⁵, a solução concertada permitiria a coordenação de ação entre os agentes para aumentar a eficiência do contrato, sob a ótica do interesse público. Isso porque, sem a concretização dessa ação coordenada envolvendo o MME, a ANEEL e a KPS, a execução dos CERs, nos termos atuais, implicaria pagamentos que poderiam ser realizados de forma menos onerosa ao consumidor.

Segundo o relator do acórdão, a função do Tribunal com o mecanismo da IN nº 91 seria de “*controle concomitante excepcionalíssimo, pari passu, com o ato controlado*”²¹⁶, o qual seria necessário para conferir estabilidade à emanção de vontades. Amplificar-se-ia, assim, a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre os participantes.

²¹⁵ TC nº 006.253/2023-7, peça 51.

²¹⁶ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14.

Nesse sentido, nota-se que os envolvidos mantêm, historicamente, uma posição antagonista (agência reguladora-regulado²¹⁷; administração-administrado). Esse fator adversarial, como dito no tópico 1.3 deste trabalho, pode gerar entre as partes falta de confiança (incredulidade nas razões do outro polo) e de sinergia (ausência de senso colaborativo)²¹⁸, as quais acarretariam prejuízo à celeridade e à eficiência das negociações, impactando, conseqüentemente, o interesse público a ser concretizado no caso.

Dessa maneira, entende-se que a coordenação da ação entre os agentes, pelo TCU, poderia de fato promover maior segurança para que as partes possam cooperar no âmbito negocial, amplificando a confiança e a sinergia do processo.

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

Dessa forma, pode-se criar um espaço para os negociantes exporem, ao máximo, de forma aberta²¹⁹ – e não receosa – suas intenções, a serem compreendidas conjuntamente, promovendo-se flexibilidade (dos próprios participantes) de enxergarem convergências que atendam ao interesse de ambos. Isso seria incrementado considerando que o controlador, se decidir pela aprovação do acordo, anui com as condições pactuadas e, por isso, não imporá sanção posterior quanto ao que foi acordado, intensificando a segurança jurídica do negócio.

Nessa linha, a confiança e a sinergia entre as partes podem também ter sido fomentadas pela manutenção das discussões da CSC após a assinatura

²¹⁷ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 99.

²¹⁸ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 97/p. 108.

²¹⁹ "de um lado, é necessário apresentar informações suficientes para viabilizar o acordo; de outro, teme-se pela abertura demasiada que possa prejudicar o interessado no caso de sua não celebração" (CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 101).

do termo no caso concreto, na medida em que as questões abordadas poderão ser maturadas até uma solução definitiva para o impasse.

Ainda sob esse ângulo, quando da aprovação de termo construído nos autos de outra SSC decorrente do PCS nº 1/2021²²⁰, ressaltou-se que inexistiria pleno equilíbrio de poderes negociais, tampouco simetria de informações²²¹. O Ministro relator, Benjamin Zymler, ressaltou que a transparência da operação, necessária por envolver o múnus público – permeado pelos princípios correlatos, inclusive o da publicidade –, teria sido devidamente esgotada, com a exigência de maior detalhamento dos valores contratuais, a qual foi providenciada “*na fronteira dos interesses e possibilidades das contratadas*”²²².

Ou seja, haveria assimetria de informações, mas no limite do sigilo empresarial, pois a exposição de dados estratégicos, empresariais e financeiros, se levada ao extremo, pareceria “*tanto impraticável (à luz da ausência de outros parceiros de negócio) como desproporcional*”²²³. Assim, a ausência do reconhecimento do caráter competitivo-empresarial da operação seria um óbice insuperável ao acordo, ainda que se trate de operação de grande vulto.

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

Segundo Palma, “*o ponto está em considerar o administrado não como um adversário, que enseja vínculos administrativos verticalizados (...), mas, sim, como seu colaborador*”²²⁴. A assimetria de informações entre regulador e regulado demandaria maior participação do particular no processo de tomada

²²⁰ TC nº 006.252/2023-0.

²²¹ Acórdão nº 1797/2023, Voto, p. 19.

²²² Acórdão nº 1797/2023, Voto, p. 19.

²²³ Acórdão nº 1797/2023, Voto, p. 18.

²²⁴ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 143.

de decisão, não somente como espectador, mas como protagonista ao lado do Poder Público²²⁵.

Para além disso, a SecexConsenso ressaltou a importância da atuação da SecexEnergia no processo de autocomposição, pois a unidade teria contribuído extensamente tanto para a segurança jurídica do processo decisório, quanto para a própria solução materializada no termo²²⁶. Essa Secretaria teria desenvolvido importantíssimo papel ao ponderar tecnicamente os riscos e as possíveis alternativas para assegurar a exequibilidade do acordo produzido no âmbito da CSC.

Sabe-se que o acordo administrativo pode servir de instrumento para a satisfação de finalidades setoriais mais específicas²²⁷, como se deu no caso analisado. Respostas com atenção às peculiaridades do setor no qual há a controvérsia e ao tipo de problema existente passam a ser preferidas em relação às decisões rígidas, formais e uniformes para todos os subsistemas de direito administrativo.

Isso porque a flexibilidade propiciaria adaptabilidade às particularidades do cenário em que se encontra o problema²²⁸. É justamente o que ocorre na construção de um termo de autocomposição como o examinado, o qual demandou análise técnica consideravelmente específica, que talvez não fosse passível de ser executada, no mesmo nível, no âmbito de ação judicial, por exemplo.

Esse tipo de provimento teria o potencial de ser mais efetivo diante do fato de que existe forte demanda por técnicas de gestão “criativas”²²⁹.

Nessa toada, Carnaes concebe uma premissa da criatividade dentro do processo negocial, com fundamento na ausência de modelos para a solução construída, que não necessariamente derivará de lei formal²³⁰.

²²⁵ MARQUES, M. P. New Role of the Brazilian Federal Court of Accounts in the Adequate Resolution of Disputes. *Alternative Energy & Power 2023, Brazil, Trends and Developments, Chambers and Partners*, 20 jul. 2023, tradução livre.

²²⁶ TC nº 006.253/2023-7, peça 51, p. 7.

²²⁷ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 179.

²²⁸ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 146.

²²⁹ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 147.

²³⁰ “A criatividade é, pois, a liberdade que as partes detêm para customizar os compromissos assumidos naquele caso específico, **dando-lhes maior efetividade**. São **agreements by**

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

Ademais, Palma esclarece que a consensualidade administrativa é uma técnica regulatória²³¹ e de gestão²³² pela qual pactos são firmados entre Administração e administrado mediante negociação da prerrogativa imperativa estatal. Alguns elementos de eficiência dos acordos seriam: resolução do caso concreto, economia processual, de tempo e de recursos, cumprimento espontâneo da decisão e afirmação da autoridade do Estado. Especialmente no que tange à inovação, a professora ressalta que, no âmbito dos negócios administrativos, a legalidade teria uma vinculação negativa (fazer tudo que a lei não proíba), de modo que a criatividade teria mais espaço para se desenvolver²³³.

Ainda com relação a isso, o MPTCU destacou justamente o maior potencial de efetividade dos acordos em comparação com os atos imperativos unilaterais: “*pouparam-se tempo e recursos que seriam consumidos ao longo do processo tradicional, para obter solução com maior potencial de efetividade, pois aceita pelas partes*”²³⁴. Segundo o *parquet*, isso seria inalcançável por

design, escolhidos em razão da realidade circundante no momento da celebração do acordo, já que o instrumento tem por essência conferir soluções ou saídas para questões concretas” (CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 185, grifos acrescidos).

²³¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Dia 4/9 - Simpósio Repensando o Direito Regulatório**: o que elas propõem? - Juliana Bonacorsi de Palma. YouTube, 4 set. 2023. 1 vídeo (158min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=UCgXJ8v2Czc>>. Acesso em: 26 set. 2023.

²³² PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 112.

²³³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Dia 4/9 - Simpósio Repensando o Direito Regulatório**: o que elas propõem? - Juliana Bonacorsi de Palma. YouTube, 4 set. 2023. 1 vídeo (158min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=UCgXJ8v2Czc>>. Acesso em: 26 set. 2023.

²³⁴ Acórdão nº 1130/2023, Pronunciamento MPTCU, p. 1.

meio de mecanismos tradicionais de composição de conflitos, consubstanciados em imposições de obrigações por decisões judiciais ou administrativas.

Especificamente quanto ao setor de eletricidade, dado seu recente histórico, seria possível concluir que (i) as crises são cíclicas e têm alto potencial de gerar controvérsias; (ii) as regras preestabelecidas não são sempre suficientes para soluções eficientes e proporcionais ao conflito; e (iii) a judicialização e a demora na resolução implicam altos custos de transação e externalidades negativas com impactos no consumidor²³⁵. Por isso, demandar-se-iam respostas mais adequadas, pois o tempo gasto com as vias típicas pode gerar mais prejuízo.

Nesse sentido, consignou o Ministro relator que, sem o procedimento instaurado, seria provável que não se chegasse a um consenso ou, então, o tempo necessário para resolução dos litígios nos mecanismos tradicionais atrasaria ou impediria a ultimação dos interesses coletivos²³⁶.

Esse posicionamento corrobora o argumento de que, muitas vezes, o ato consensual pode ser considerado o meio para alcançar o interesse público, isto é, “*a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo*”²³⁷, em oposição à concepção de que a negociação do exercício das prerrogativas públicas poderia implicar prevalência do interesse privado. Afinal, ao lado da função de arbitramento de interesses, há o dever da Administração de harmonizá-los.

A consensualidade objetiva manter a qualidade e a eficácia da decisão administrativa; conferir celeridade ao procedimento administrativo e à concretização de uma decisão final; e propiciar segurança jurídica com a definição da disciplina da relação jurídico-administrativa correlata²³⁸.

Com isso, na hipótese de um acordo ser firmado antes de decisão do Poder Público acerca da responsabilidade administrativa, como se deu com a

²³⁵ MARQUES, M. P. New Role of the Brazilian Federal Court of Accounts in the Adequate Resolution of Disputes. *Alternative Energy & Power 2023, Brazil, Trends and Developments, Chambers and Partners*, 20 jul. 2023, tradução livre.

²³⁶ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14.

²³⁷ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 171.

²³⁸ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 237.

ANEEL e a KPS no caso sob estudo, a Administração teria a chance se beneficiar de redução de tempo e de custos²³⁹, conforme destacou o MPTCU.

Noutro giro, o relator do acórdão ressaltou que, nada obstante a possibilidade de rescisão contratual e a conseqüente aplicação de multas, as tutelas judiciais que sustentam o fornecimento de energia mais cara pelas UTEs teriam alto risco de virar definitivas. Assim, “[e]ventual solução de consenso, pois, ao tempo em que viabilizaria a redução dos custos gerais aos consumidores, colocaria fim nos litígios em curso na justiça”²⁴⁰. O termo de autocomposição, portanto, viabilizaria a modicidade tarifária, ao passo em que preservaria a segurança jurídica e a estabilidade da relação contratual²⁴¹.

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

O primeiro, com a redução tarifária, que, conforme consignado pelo TCU, teria a maior função no atendimento ao interesse público, pois impactaria significativamente o consumidor na monta de 579 milhões de reais²⁴².

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

O terceiro, com a manutenção das outorgas, uma vez que a KPS não sofreria com a multa bilionária advinda do inadimplemento contratual; e que os investimentos envidados pela empresa não seriam inutilizados. Resguardar-

²³⁹ PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 283.

²⁴⁰ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 6.

²⁴¹ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 9.

²⁴² Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 15.

se-ia, assim, a segurança jurídica também do particular, levando em conta, da mesma forma, os mencionados dispêndios decorrentes de eventual rescisão.

3.3.2. A perspectiva do direito administrativo do medo

A SecexConsenso frisou a sensibilidade, a complexidade e a alta relevância do tema analisado na SSC. Destacou que, avaliando-se o processo decisório sob os aspectos subjetivos, seria compreensível que o gestor se dispusesse a adotar soluções mais conservadoras, de modo a seguir o rito usual do processo administrativo clássico²⁴³.

Nessa perspectiva, rememore-se que, no PCS objeto do pleito estudado, foram contratadas, ao todo, dezessete usinas com 1.4 GW de potência outorgada e impacto total estimado, até dezembro de 2025, de R\$ 39 bilhões²⁴⁴. Dadas as proporções envolvidas seria, de fato, compreensível se o regulador se mantivesse na zona de conforto, considerando o risco do controle por eventual decisão que fugisse dos padrões tradicionais.

Conforme já dito, o direito administrativo do medo pode impedir a criação de um ambiente propício à inovação, em razão da elevada rigidez dentro do setor público, decorrente do controle disfuncional²⁴⁵.

Com isso, as autoridades administrativas, quando desafiadas pela realidade – como se deu no caso sob análise –, tendem a preferir não se arriscar com soluções “fora da caixa”²⁴⁶, hipótese em que pode ser prejudicada a eficiência pública²⁴⁷. Contudo, no processo analisado, tendo em vista a inauguração da SSC junto ao TCU, as partes partiram para a alternativa ao procedimento tradicional, de modo a buscar melhor atender ao interesse coletivo em jogo.

A SecexConsenso ponderou as vantagens do acordo em duas ordens de benefícios potenciais: **(i)** quantitativos (cerca de 579 milhões de reais em

²⁴³ TC nº 006.253/2023-7, peça 50, p. 6.

²⁴⁴ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 1.

²⁴⁵ SANTOS, H. M. L. *et al.* Direito administrativo do medo: fator de influência na inovação da administração pública? **Gestão Contemporânea**, v. 12, n. 1, 2022. p. 107.

²⁴⁶ CAMPANA, P. S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, v. 9, n. 1, 2017, p. 208.

²⁴⁷ CARNAES, M. **Processo administrativo negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022. p. 131.

redução de custos da CONER), que se tornariam efetivos com a assinatura e a operacionalização do termo de autocomposição; e **(ii)** qualitativos (aumento da segurança jurídica no processo de tomada de decisão consensual na Administração Pública), que se fariam efetivos com a consolidação do mecanismo previsto na IN nº 91/2022²⁴⁸.

Em relação aos benefícios potenciais qualitativos, a aprovação do termo de autocomposição pela Corte de Contas traria segurança jurídica não apenas ao acordo a ser celebrado, mas também aos agentes envolvidos no processo de tomada de decisão, especialmente considerando as mencionadas cláusulas 1.3 e 1.4, *in verbis*:

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

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

O item 1.3 corresponde à previsão de arquivamento, por perda de objeto, de processos em tramitação no TCU cujos conteúdos sejam tratados no acordo. Verifica-se, portanto, que consiste em dispositivo que confere segurança jurídica às partes, para que não corram o risco de serem responsabilizadas pelo Tribunal em razão de temas já resolvidos consensualmente. Esse dispositivo, conforme anotado, tem limitação de efeitos ao TC nº 031.368/2022-0, monitoramento instaurado em face do Acórdão nº 2.699/2022, em que se exarou ordem para que o MME avaliasse a manutenção ou não dos CERs, restringindo-se a perda de objeto à parcela concernente aos contratos da KPS.

Quanto ao item 1.4, constata-se que também corresponde a cláusula que atribui segurança jurídica aos agentes envolvidos, os quais não ficarão diuturnamente sujeitos à responsabilização pelas decisões tomadas no âmbito

²⁴⁸ TC nº 006.253/2023-7, peça 51, p. 7.

dos procedimentos negociais. Essa proteção se limita aos agentes públicos, ou seja, não abrange os particulares negociantes.

Diante disso, compreende-se que esses dispositivos, a princípio, permitiriam o aumento da segurança jurídica no processo de tomada de decisão concertada na Administração Pública. Essas cláusulas estimulariam o gestor a procurar por soluções mais inovadoras na seara consensual, sem o receio de sofrer responsabilização pela criatividade adotada em casos que a requerem, ao menos na hipótese em que o acordo for pactuado com intermediação do TCU.

Sendo assim, considerando a disponibilidade do mecanismo previsto na IN nº 91, seria possível buscar saídas que possam atender melhor ao interesse público do caso concreto, em oposição aos trâmites tradicionais, muitas vezes morosos, que são seguidos pelo medo do controle dentro de uma crise de ineficiência²⁴⁹.

O relator do acórdão reforçou o papel homologatório do TCU no acordo, de modo a ratificar *“a legalidade do objeto da negociação, quanto da sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, direcionada ao atendimento do interesse público primário”*²⁵⁰. Estaria sendo exercido um *“juízo de juridicidade amplo”*²⁵¹ sobre o negócio jurídico levado ao exame da Corte, subscrito por jurisdicionados que têm o dever de prestar contas, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF²⁵².

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

²⁴⁹ GUIMARÃES, F. V. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, n. 71, 31 jan. 2016.

²⁵⁰ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14.

²⁵¹ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14.

²⁵² Art. 70. 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, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

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

Isso estaria justificado pela posição do Tribunal de “interveniente anuente”²⁵³, que, apesar de não participar propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente do envolvimento da Corte, possui um interesse direto como controlador.

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

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

Veja-se: a Corte emite recomendações, com base na sua interpretação controladora de conceitos e eventos conectados ao caso concreto, a qual pode divergir do juízo do gestor quanto aos mesmos fatores. Esse juízo da autoridade administrativa pode não contrariar as normas vigentes ou não produzir irregularidades, mas apenas ser diverso da posição subjetiva do TCU, segundo as suas próprias concepções do que, dentro de sua área de atuação, seria mais adequado ao atendimento do interesse público.

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

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

²⁵³ Acórdão nº 1130/2023, Voto, p. 14.

Em caso negativo, cogita-se que o decisor poderia levar a diante o processo administrativo tradicional, cujo resultado não necessariamente seria o mais eficiente, mas talvez o mais seguro do ponto de vista da responsabilização pessoal. Ou então, a depender da complexidade do caso, poderia constatar-se um imobilismo decisório pelo receio do controle, terceirizando-se o problema a possível apreciação do Judiciário²⁵⁴, hipótese em que o gestor se resguardaria, de modo a apenas cumprir eventual decisão.

Por derradeiro, ainda quanto às cláusulas 1.3 e 1.4, o relator citou o art. 24 da LINDB²⁵⁵ como legitimação para tais dispositivos. Para ele, a análise da legalidade e da motivação pela Corte materializaria as orientações gerais da época, ao tempo da decisão e de acordo com o caso concreto, servindo de marco para exame posterior de validade do ato.

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

²⁵⁴ SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 378.

²⁵⁵ Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta monografia, propôs-se a responder à seguinte pergunta de pesquisa: que relação há entre a inovação institucional da IN nº 91/2022 e as questões listadas pela doutrina como obstáculos à implementação de acordos administrativos e a crítica trazida pela literatura do direito administrativo do medo?

Como resposta, formulou-se a hipótese de que não seria possível afirmar que a instrução normativa resolveu os apontamentos levantados pela bibliografia **(i)** da Administração consensual – **(i.a)** princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e **(i.b)** falta de confiança e de sinergia entre as partes – e **(ii)** do direito administrativo do medo, apesar de haver elementos indicadores do contrário.

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

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

Contudo, apesar de entender-se que houve a superação desses problemas doutrinários no caso concreto, não há elementos, na IN nº 91, que indiquem uma solução, no âmbito geral de sua aplicação, para as questões do princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

No que diz respeito ao aspecto **(i.b)**, o processo de solicitação de solução consensual parece propiciar um ambiente favorável à maior confiança

e sinergia entre as partes negociantes, principalmente em razão da separação interna no TCU entre negociação e homologação.

Essa segregação aparenta ser o aspecto com maior potencial de elevar os níveis de abertura e cooperação entre os participantes. Independentemente da aprovação ou não do pacto pelo Tribunal, o controlador-homologador (Plenário) não participa das tratativas pré-acordo, nas quais as partes expõem os dados necessários à resolução do conflito.

Outro fator é a manutenção das discussões na CSC (no caso concreto), após a assinatura do trato, o que possibilitou que as questões já abordadas ou ainda não debatidas pudessem ser maturadas para uma solução definitiva, dado que o termo de autocomposição estudado foi apreciado em caráter de urgência. Dessa forma, entende-se que as partes poderiam ter sentido mais segurança em depositar informações tendo ciência de que poderiam revisitá-las na construção da resposta final para a controvérsia.

Todavia, apesar de tais indicativos, conclui-se que não há como afirmar que o mecanismo veiculado pela IN nº 91 fornece, no panorama geral de sua utilização, uma resposta palpável para os problemas da falta de confiança e de sinergia entre as partes. Isso até mesmo pelo caráter mormente subjetivo desses fatores e pela ausência de previsão de instrumentos como *non disclosure agreements*, os quais poderiam promover mais segurança para os participantes na negociação, aumentando-se a confiança e a cooperação.

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

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

Estimular-se-ia, assim, o gestor a procurar por soluções mais inovadoras consensualmente, sem o receio de sofrer responsabilização

pessoal pela criatividade adotada em casos que a requerem para a satisfação do interesse público.

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

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

Por outro lado, caso o gestor não adote as recomendações do TCU e tampouco promova o acordo à sua conta, cogita-se a resolução do problema mediante processo administrativo tradicional, cujo resultado não necessariamente será o mais eficiente, mas talvez o mais seguro do ponto de vista da responsabilização. Alternativamente, poderá ser constatado um imobilismo decisório.

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

BRAGANÇA, F.; BRAGANÇA, L. F. da F. P. G. Meios adequados de solução de conflitos em contratos de obras e serviços de engenharia. In: BRAGANÇA, F.; CHAVES, M. P.; AGUIAR, M. P.; DE SOUZA, W.K. M. **Solução de conflitos e sociedade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. p. 402-412.

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

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

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

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

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

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

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Administrativo**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2020.

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

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

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

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. 1096 p.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. EPE, 2023. **Energia elétrica – Garantia física**. Disponível em: <<https://www.epe.gov.br/pt/areas-de-atuacao/energia-eletrica/garantia-fisica>>. Acesso em: 7 out. 2023.

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

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

GALVÃO, J. O. L. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

GUIMARÃES, F. V. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, n. 71, 31 jan. 2016.

JUSTEN FILHO, M. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85.

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

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

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

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

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

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

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

NOHARA, I. P. D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. 883 p.

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

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

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

PALMA, J. B. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. 325 p.

PEIXOTO, R. O art. 26 da LINDB como cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública: uma análise dos limites e possibilidades. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 3, p. 67-92, 2021.

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

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

RAMOS, C. H. O novo CPC, mediação e a administração pública. In: DE PINHO, H. D. B.; RODRIGUES, R. de A. R. **Mediação e arbitragem na administração pública**. Curitiba: CRV, 2018, p. 51-90.

RIBEIRO, A. P. *et al.* Direito administrativo do medo e contemporaneidade: casuística disfuncional nas ações de controle versus eficiência na gestão pública. **Economia do Conhecimento e Contemporaneidade em Pesquisa**, vol. 1. p. 62-78, 2023.

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

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

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

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

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

SPENGLER, F. M. WRASSE, H. P. As possibilidades de autocomposição regulamentadas pela Lei nº 13.140/2015 em conflitos da administração pública federal, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 35, p.180-199, 2019.

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

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

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

NORMAS REFERENCIADAS

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

BRASIL. Decreto nº 6.514/2008, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 23 jul. 2008.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da

Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

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

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

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

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

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

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

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

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002,

e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 2, 16 mar. 2004.

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

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

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

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

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

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

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

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018.

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

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

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

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

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética. Resolução nº 4, de 9 de setembro de 2021. Determina a realização de Procedimento Competitivo Simplificado para

Contratação de Reserva de Capacidade, de que trata a Medida Provisória nº 1.055, de 28 de junho de 2021. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, n. 175, p. 211, 15 set. 2021.

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

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria Normativa nº 55/GM/MME, de 19 de dezembro de 2022. Estabelece as diretrizes e condições para a resolução amigável dos Contratos de Energia de Reserva firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, n. 238, p. 202, 20 dez. 2022.

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

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

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

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

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

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 81, de 20 de junho de 2018. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Instrução Normativa TCU nº 81/2018. **Diário Eletrônico do TCU - Administrativo**: n. 119, Brasília, DF, 26 jun. 2018.

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

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

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

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

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

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

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

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