

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

PEDRO FELIPE DE ABREU BRAZ

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**O Consenso no Controle da Administração Pública: as Soluções Consensuais
de Conflitos do Tribunal de Contas da União**

SÃO PAULO

2023

PEDRO FELIPE DE ABREU BRAZ

**O Consenso no Controle da Administração Pública: as Soluções Consensuais
de Conflitos do Tribunal de Contas da União**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Jacintho Arruda Câmara.

SÃO PAULO

2023

Resumo

O presente trabalho pretende investigar se o novo mecanismo de solução consensual instituído pelo Tribunal de Contas da União (TCU) decorre da evolução paradigmática do Direito Administrativo ou da ampliação das competências do Tribunal, buscando alcançar o processo decisório da Administração Pública. A inovação promete eficiência e celeridade na atuação da Corte. No entanto, considerando a tendência do TCU em expandir suas competências para além do que foi definido pela Constituição Federal, existe o risco de esse instrumento se tornar, na verdade, um mecanismo de participação ativa na tomada de decisão do Administrador. Para realizar essa análise, foram empregados os métodos dedutivo e indutivo. Inicialmente, buscou-se compreender o contexto geral da competência do TCU. Posteriormente, foi realizada uma análise dos dados específicos que possibilitaram diagnosticar a atuação do Tribunal.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Consenso. Eficiência. Competência.

Abstract

The present study aims to investigate whether the new consensual resolution mechanism instituted by the Federal Court of Accounts (TCU) stems from the paradigmatic evolution of Administrative Law or the broadening of the Court's competencies, aiming to influence the decision-making process within the Public Administration. The innovation promises efficiency and swiftness in the Court's operations. However, considering TCU's trend to expand its competencies beyond what was defined by the Federal Constitution, there is a risk that this instrument may, in reality, become a mechanism for active participation in the decision-making of the Administrator. In order to conduct this analysis, both deductive and inductive methods were employed. Initially, an effort was made to comprehend the overall context of TCU's jurisdiction. Subsequently, a specific data analysis was conducted, allowing for a diagnosis of the Court's performance.

Keywords: Court of Accounts. Consensus. Efficiency. Competence.

Lista de Figuras e Tabelas

Figura 1 - Procedimento de Solução Consensual no Tribunal de Contas da União	30
Tabela 1 - Solicitações consensuais por órgão/entidade	31
Tabela 2 - Solicitações consensuais admitidas, não admitidas e pendentes	31
Tabela 3 - Solicitações de solução consensual admitidas ou pendentes (por objeto)	34
Tabela 4 - Classificação das soluções consensuais conforme o grau de evolução	35

Sumário

1. Introdução	7
2. Reflexões acerca da atuação do Tribunal de Contas da União.....	10
2.1. Atribuições constitucionais do Tribunal	10
2.2. A extensão e os limites das atribuições do Tribunal.....	12
3. As Soluções Consensuais de Conflitos do Tribunal de Contas da União ..	22
3.1. Previsão normativa	22
3.2. Legitimidade	23
3.3. Requisitos de admissibilidade	25
3.4. Comissão de Solução Consensual.....	27
3.5. Procedimento	29
3.6. Panorama das soluções consensuais já solicitadas	30
3.7. Estudo de caso: os Contratos de Energia de Reserva do MME	36
4. Considerações finais.....	49
5. Referências bibliográficas	52

1. Introdução

À luz do que ensina o professor Miguel Reale, quanto à teoria tridimensional do direito, na experiência jurídica sempre existe um fato, um valor e uma norma. O fato diz respeito às interações sociais cotidianas de uma determinada comunidade; o valor se refere à avaliação feita sobre o fato, determinando se este é bom ou ruim; e, por fim, a norma é o resultado da positivação da conduta valorada. Esses três elementos, por meio da dialética de implicação, se relacionam entre si e produzem o Direito¹. Isso significa que, conforme as relações sociais progredirem, alteram-se os fatos e/ou os valores e, conseqüentemente, as normas.

O Direito Administrativo nas últimas décadas tem se adaptado aos novos fatos e valores que lhe têm sido apresentados. As transformações deste ramo resultam das mudanças sociais, políticas e econômicas, que repercutem no comportamento da Administração Pública.

Essas mudanças podem ser analisadas sob diversas perspectivas. Por exemplo, a partir da evolução do Estado de Polícia, em que o poder estava centralizado nas mãos do monarca, para um Estado de Direito, no qual o exercício do poder se sujeitou aos limites estabelecidos pela lei, e finalmente para um Estado Democrático de Direito, no qual o exercício do poder se sujeita não apenas à lei, mas também ao escrutínio popular. Ou, a partir da evolução do Estado Liberal, com foco na proteção da liberdade e dos direitos individuais, para um Estado Social, preocupado com a igualdade e a prestação de serviços públicos, e, por fim, para um Estado Pós-social, centrado no planejamento, fomento e controle². Ou, ainda, quanto ao modelo de administração, a partir da evolução da Administração Patrimonialista, caracterizada pela confusão entre o público e o privado, nepotismo e corrupção, para a Administração Burocrática, marcada pelo exercício impessoal do poder e pelo formalismo exacerbado, e, por fim, para a Administração Gerencial, cujo objetivo é aumentar a eficiência da administração, a partir da flexibilização e inovação.

Essas transformações foram incorporando novos paradigmas no Direito Administrativo, isto é, novas maneiras de solucionar os problemas enfrentados por

¹ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 499.

² ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o Estudo da Atividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996, p. 47.

este ramo do Direito³. Nesse contexto, nas últimas décadas, passou-se a discutir sobre (i) constitucionalização, a partir do tratamento que a Constituição Federal conferiu as normas de Direito Administrativo, bem como pela definição de princípios e valores abstratos; (ii) humanização, a partir da valoração do indivíduo como pessoa humana e da exigência de razoabilidade entre as restrições de direitos individuais e a proteção do interesse público; (iii) fuga para o direito privado, a partir da adoção da consensualidade e da contratualização, bem como da terceirização de recursos humanos e de serviços públicos; e (iv) democratização, a partir do fortalecimento dos instrumentos de participação popular na Administração e da transparência⁴.

O consenso, portanto, é resultado dessas transformações. Decorre do abandono do paradigma da supremacia do interesse público e do reconhecimento da necessidade de ponderá-lo com os demais interesses da sociedade, sejam eles individuais ou coletivos. Desde o início deste século, o debate, o estudo e a aplicação da consensualidade na Administração Pública têm se ampliado. No plano legislativo, foram estabelecidos mecanismos consensuais vinculados à Administração nos art. 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 (parceria público-privada)⁵; art. 23-A, da Lei nº 8.987/1995 (concessões)⁶; art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem)⁷; art. 32, II, da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação)⁸, entre outros.

³ Essa é a concepção de paradigma defendida por Thomas Kuhn, para quem “uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível” (KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 59).

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. Revista de Direito da Administração Pública. a. 1, v. 1, n. 2, jun/dez, 2016.

⁵ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

⁶ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁷ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁸ Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: (...) II - 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.

Não obstante, a Lei nº 13.655/2018 incluiu o art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁹, que estabeleceu a possibilidade de o Administrador Público realizar negociações com particulares, com o objetivo de resolver irregularidades, incertezas jurídicas e situações contenciosas, incluindo a emissão de licenças.

Inegável, portanto, que o consenso se tornou parte do Direito Administrativo e, em razão da eficiência que o instituto promove, a sua utilização tende a se tornar cada vez mais comum e necessária.

Acompanhando essa tendência, o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar do Poder Legislativo, instituiu as Solicitações de Solução Consensual (SSC), cuja finalidade é promover o diálogo entre o órgão controlador e os órgãos/entidades/agentes controlados antes da tomada de decisão, a fim de garantir que esta ocorra conforme as diretrizes estabelecidas em uma “mesa de negociação”, da qual participam o administrador, o administrado e o órgão de controle.

Embora alinhado com as inovações do Direito Administrativo, o Tribunal inova ao instituir um mecanismo que lhe permite, praticamente, tomar a decisão em conjunto com o Administrador. Desse modo, a elaboração deste trabalho teve por objetivo investigar, a partir de um levantamento de dados majoritariamente provenientes de fontes primárias e de uma análise indutiva, se a inovação do TCU decorre da evolução paradigmática do Direito Administrativo ou da expansão das competências do Tribunal para alcançar o processo de tomada de decisão da Administração.

Para responder essa questão, mostrou-se necessário, no primeiro momento, compreender as atribuições conferidas ao TCU pela Constituição Federal e como elas são interpretadas pelo Tribunal. Em seguida, procedeu-se à análise da Instrução Normativa n.º 91, de 22 de dezembro de 2022 (IN n.º 91/2022), que instituiu a solução consensual, bem como dos casos já registrados no Conecta TCU, com a finalidade de compreender as principais características do instituto, seu procedimento e a maneira como o Tribunal tem se utilizado dele até o momento. Por fim, foi realizado um estudo

⁹ 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.

do primeiro e único¹⁰ caso concluído com solução consensual pelo Tribunal, a fim de verificar, no caso concreto, o risco de interferência na decisão da Administração.

2. Reflexões acerca da atuação do Tribunal de Contas da União

2.1. Atribuições constitucionais do Tribunal

O art. 70, da CF, estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, a partir dos parâmetros de legalidade, legitimidade, economicidade, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo. O art. 71, da CF, por sua vez, apresenta o rol de competências do TCU para a execução deste controle. A partir da leitura desses artigos é possível identificar as competências do Tribunal detalhadas abaixo.

O inciso II do art. 70 estabelece a função judicante do Tribunal, por meio da qual cabe ao órgão julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por valores públicos, bem como daqueles que derem causa a alguma irregularidade que resulte em prejuízo ao erário. Após apreciar as contas, o TCU pode julgá-las (i) regulares; (ii) regulares com ressalva; ou (iii) irregulares.

O inciso VIII prevê a competência sancionadora do Tribunal, o que lhe permite aplicar aos responsáveis por irregularidades as sanções previstas nos arts. 57 a 61 da Lei Orgânica do TCU¹¹. Isso significa que, após identificar a autoria, garantir contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, a Corte de Contas pode aplicar sanções aos indivíduos que incorrerem em irregularidades nas matérias sob sua jurisdição.

Os incisos III, IX e X revelam a competência do Tribunal para a prática de atos de comando. Ou seja, a possibilidade de criar deveres de fazer ou de não fazer para agentes públicos ou privados, ou, ainda, *“editar atos constitutivos ou desconstitutivos de direitos”* e emitir *“ordens capazes de produzir efeitos jurídicos concretos e*

¹⁰ Os dados empregados na elaboração desta monografia foram atualizados até o dia 10/10/2023, ocasião em que havia dois processos no TCU com solução consensual referentes à mesma controvérsia. Por essa razão, foi possível categorizá-los como o primeiro e único caso.

¹¹ As situações passíveis de sanção estão previstas nos incisos do art. 58 da sua Lei Orgânica, quais sejam: (i) a constatação de irregularidades no julgamento de contas, na forma do art. 71, inciso II, da CF; (ii) prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; (iii) ato de gestão ilegítimo ou antieconômico que resulte em injustificado dano ao Erário; (iv) não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal; (v) obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; (vi) sonegação de processo, documento ou informação em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; e (vii) reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

*imediatos*¹². Isso acontece quando o TCU (i) aprecia, para fins de registro, a legalidade dos atos pessoais (admissão, aposentadorias, reformas e pensões) e, estando o ato conforme à Lei, ordena o seu registro¹³; (ii) assinala prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; ou (iii) determina a sustação de atos administrativos.

Convém observar que a sustação de contratos administrativo é de competência do Congresso Nacional, e não do TCU¹⁴, de modo que este apenas pode tomar alguma providência após a inércia da casa legislativa¹⁵. Por essa razão, não se trata de um ato de comando do Tribunal, embora tenha sido registrados casos nos quais a Corte agiu dessa maneira, uma vez que entende possível a suspensão de pagamentos do contrato de forma cautelar, o que, em termos práticos, resulta na paralisação do contrato¹⁶.

Os incisos I, IV, V e VI referem-se à competência fiscalizatória do Tribunal, por meio da qual cabe ao Tribunal levantar dados e produzir informações¹⁷. O levantamento de dados é o primeiro passo para o TCU realizar as suas atividades. A

¹² ROSILHO, André Janjácómo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 201-202.

¹³ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 466.

¹⁴ Nesse sentido, vale destacar a observação dos professores Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara: No exercício de suas competências, o Tribunal de Contas dispõe de algumas prerrogativas destinadas a conferir pronto atendimento às suas determinações ou a evitar que o erário público venha a ser prejudicado em virtude da mora em sua decisão. Tais competências, no entanto, não são pressupostas, muito menos comparáveis ao amplo poder de cautela conferido constitucional e legalmente ao Judiciário. As hipóteses de aplicação do poder de cautela, por parte do Tribunal de Contas, devem guardar consonância com o que tiver sido previsto na Constituição Federal e na legislação de regência. Para tanto, o exercício cautelar de suas prerrogativas não pode significar um poder de, ab initio, determinar a sustação do contrato. Isto porque, como visto, a sustação contratual é providência extrema, reservada pela Constituição à exclusiva competência do Congresso Nacional. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011).

¹⁵ Nesse sentido, os parágrafos 1º e 2º do art. 71 estabelecem que: § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

¹⁶ Nesse sentido, vale conferir o Acórdão n.º 2155/2010-Plenário, no qual o TCU determinou “com fulcro no art. 276 do Regimento Interno/TCU, ao Ministério das Cidades, à Caixa Econômica Federal e à Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral de Rondônia - Seplan/RO que, nos limites de suas respectivas competências, procedam, nos próximos pagamentos, à retenção dos valores identificados como sobrepreço pela 2ª Secob no Contrato n. 145/PGE-RO/2008, firmado com a empresa [omissis], até que este Tribunal se manifeste conclusivamente a respeito da questão”.

¹⁷ ROSILHO, André Janjácómo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 275.

razão é óbvia. O controle envolve a análise da compatibilidade dos atos dos gestores de recursos públicos federais com o ordenamento jurídico, o que só é possível a partir da reunião das informações referentes ao ato que foi ou que será praticado. Os dados desorganizados e isolados dificilmente permitirão chegar a uma conclusão quanto à sua regularidade ou irregularidade. Por isso, faz-se necessário organizá-los, o que permitirá refleti-los em relatórios, opiniões, pareceres etc. Isso acontece (i) quando o TCU obtém as informações relativas às contas da Presidência da República, as aprecia, e emite parecer prévio quanto à regularidade ou irregularidade das contas; (ii) realiza inspeções e auditorias; (iii) fiscaliza as contas nacionais de empresa supranacionais de que a União participe; ou (iv) fiscaliza a transferência voluntária de recursos da União a Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Por fim, no inciso XI está prevista a competência de representação do Tribunal, o que lhe impõe o dever de informar as irregularidades e abusos identificados aos demais órgãos de controle, como o Ministério Público. Essa competência tem dupla finalidade, já que, ao mesmo tempo que visa a promover a apuração e responsabilização dos agentes que cometeram as irregularidades naquilo que foge da competência do TCU, fomenta a cooperação entre os diferentes órgãos de controle¹⁸.

2.2. A extensão e os limites das atribuições do Tribunal

A partir do exposto no tópico anterior, percebe-se que a competência do Tribunal de Contas é bastante ampla, porém, não ilimitada. O órgão controlador tem a finalidade de conformar os atos da Administração Pública aos parâmetros legais, assegurando-se a observância da norma jurídica. Portanto, embora possa se manifestar em vários aspectos, as determinações do órgão apenas são possíveis no contexto de violações ou ameaça de violação à norma legal. A economicidade, a eficiência ou a efetividade são parâmetros que podem ser utilizados pelo TCU para realizar críticas e análises, no entanto, não justificam a imposição de determinações (apenas de recomendações)¹⁹. Isso ocorre porque são poucas as hipóteses constitucionais que permitem o Tribunal produzir atos de comandos aos sujeitos controlados, quais sejam: aplicação de sanções (art. 71, VIII, da CF), a sustação de

¹⁸ ROSILHO, André Janjácómo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 323.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

atos (art. 71, X, e § 1º, da CF) e o registro de certos atos de pessoal (art. 71, II, da CF).

Extraí-se do art. 70 da CF quatro espécies de fiscalização (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial) às quais a União, seus órgãos e entidades estão sujeitos. Essa fiscalização pode ocorrer a partir da análise sob as perspectivas de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (parâmetros).

À primeira vista pode-se pensar que a Constituição permite ao TCU analisar a forma de operação (fiscalização operacional) das atividades da Administração sob o ponto de vista da legitimidade e economicidade, o que resultaria na conclusão de que quase a integralidade das funções dos órgãos e entidades pudesse ser revista pelo TCU. Existe uma parte da doutrina que defende esse posicionamento²⁰. No entanto, não parece ser uma solução adequada, haja vista que se o constituinte quisesse atribuir tanto poder ao órgão de controle da União talvez não precisasse o chamar de Tribunal de Contas (Conselho de Estado seria mais adequado) ou, ainda, não o teria colocado na seção de fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Sob outro viés há quem defenda que o Tribunal apenas pode atuar quando estiver diante de casos cuja natureza seja contábil, financeira ou orçamentária, ou seja, quando envolver a aplicação de recursos públicos²¹. Esse extremo também não parece acertado, uma vez que o texto constitucional previu a fiscalização operacional, de modo que não se pode simplesmente ignorá-la.

Nesse contexto, parece importante encontrar um critério razoável para definir sobre quais atividades da Administração o Tribunal de Contas pode atuar, bem como a característica dessa atuação.

O melhor critério a ser adotado para essa definição é a competência constitucional do Tribunal para, de fato, determinar ou agir. De acordo com o texto constitucional, o TCU pode fazer determinações nos seguintes casos: (i) apreciação, para fins de registro, a legalidade dos atos pessoais (admissão, aposentadorias,

²⁰ Nesse sentido: FIDALGO, Carolina Barros. O controle do TCU sobre as agências reguladoras independentes: análise de alguns casos concretos e definição de possíveis limites. *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, t. II, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

²¹ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos: limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Revista Trimestral de Direito Público*, 25/79, São Paulo: Malheiros, 1999.

reformas e pensões) e, estando o ato em conformidade com a Lei, ordena o seu registro²²; (ii) definição de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; ou (iii) sustação de atos administrativos²³. Em todas essas hipóteses, a própria Constituição e/ou a lei já definiu o parâmetro de análise a ser empregado pelo TCU: a legalidade.

Sob o parâmetro da legalidade, o TCU pode avaliar a atuação da Administração nos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial²⁴. Nesse sentido, se ao analisar os casos descritos acima, o Tribunal identificar uma violação ou possível violação à uma norma legal referente a um desses aspectos, ele terá competência para realizar determinações, as quais devem ser seguidas pelos controlados.

No que diz respeito às demais atividades da Corte, não há competência para fazer determinações, apenas recomendações. Assim, o TCU poderá utilizar outros critérios de avaliação, tais como: economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. Nessa perspectiva, o Tribunal pode realizar as fiscalizações contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional²⁵.

A partir da lógica apresentada, conclui-se que o TCU possui competência para (i) determinações quando constatar ilegalidade na fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial nas atividades da Administração Pública; (ii) recomendações quando identificar falta de economicidade ou eficiência na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional nas

²² Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 466.

²³ Embora a Constituição não explicita o parâmetro da legalidade nesse caso, o art. 45 da Lei Orgânica do TCU, esclarece que a sustação do ato é possível quanto for constatada a sua ilegalidade e o Administrador Público não o readequar no prazo assinalado. Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado.

²⁴ O TCU dispõe de um documento intitulado Padrões de Auditoria de Conformidade, aprovado pela Portaria-Segecex 26/2009. O documento define Auditoria de conformidade como o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial.

²⁵ O TCU adota a definição de auditoria operacional elaborada pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores, por meio da Norma Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores – ISSAI n.º 3000/17, segundo a qual a “auditoria operacional é o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento”. Isso confirma o fato de que o controle operacional da Administração está vinculado ao parâmetro da economicidade.

atividades da Administração Pública²⁶. Em decorrência disso, (i) quando constatar uma ilegalidade na fiscalização operacional, o Tribunal deve representar aos órgãos competentes para analisá-la e julgá-la; e (ii) em nenhuma hipótese pode o Tribunal exercer atos de comandos em razão da falta de economicidade das escolhas do Administrador Público.

2.2.1. O impacto dos princípios na competência do TCU

Embora os limites de competência do TCU mencionados acima possam parecer bastante claros, é um fato que, na prática, o Tribunal encontra meios para expandi-los progressivamente. Um dos mecanismos utilizados foi a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, os quais permitem defender quase qualquer ideia a partir da argumentação. Nesse sentido, o Tribunal aproveitou-se dessa possibilidade para defender a viabilidade de sua atuação em casos não previstos na Constituição²⁷.

Desde a constitucionalização do Direito Administrativo, inúmeros princípios afetos à atividade da Administração foram incluídos no texto constitucional como valores a serem perseguidos por esta. Nesse contexto, a Constituição assumiu um papel central na vinculação administrativa à juridicidade, superando a anterior primazia da lei²⁸. Os princípios constitucionais – conceito jurídicos indeterminados – tornam-se protagonistas da atividade decisória.

²⁶ Os professores Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara manifestam entendimento semelhante. Nesse sentido, veja: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

²⁷ No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld explica como os princípios foram adotados para o exercício do controle pelo Ministério Público: “Na realidade brasileira recente, o Ministério Público é um exemplo de corporação que utiliza intensamente fórmulas vagas para ocupar espaços, ampliando seu prestígio e poder. Durante as discussões sobre a substituição de uma antiga lei, membros da corporação influenciaram para que a nova redação passasse a punir, como “ato de improbidade administrativa”, a violação dos “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”. Esse texto, aparentemente inócuo para inibir comportamentos devido à extrema vagueza do que estava sendo considerado ilícito, acabou servindo, ao longo dos anos, como fundamento para a maioria das ações de improbidade propostas pela corporação contra agentes públicos. Tais ações são amplamente divulgadas pela imprensa em busca de apoio da opinião pública. Como parte de seus esforços para aumentar seu poder, a corporação empreendeu um grande esforço na construção de sentido sobre um texto normativo quase sem conteúdo”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 214).

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 25-26.

Nesse sentido, Rodrigo Valgas dos Santos ressalta que, na teoria de Robert Alexy, a ponderação dos princípios “*foi pensada para limitar e racionalizar a ação dos juízes*”. No entanto,

no Brasil a mesma teoria passou a significar permissividade e liberdade ampla, geral e irrestrita dos magistrados e dos órgãos de controle externo. Passou-se acriticamente a “ponderar-se” tudo e diante da insatisfação do juiz quanto ao conteúdo normativo de uma regra, basta que invoque um princípio qualquer e chegue a um resultado que lhe apeteça²⁹.

Nessa toada, o TCU utilizando-se da maleabilidade que os princípios oferecem, aproveitou para expandir sua competência. Isso ficou claro no Voto paradigmático do Ministro Benjamin Zymler defendendo a possibilidade de controle do TCU à atividade das agências reguladoras:

a consagração do Princípio da Eficiência como um dos Princípios fundamentais da Administração Pública, em conformidade com a nova redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19 ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, gerou novos deveres para o administrador público e, conseqüentemente, para o controle. Se, anteriormente, a atenção dos agentes públicos devia estar voltada para a legalidade dos atos administrativos, hoje, tanto o gestor quanto o auditor devem se dedicar à análise concomitante da legalidade e da eficiência. Donde se conclui que, independentemente da natureza jurídica da entidade pública que pratique um determinado ato, ele pode e deve ser apreciado sob os dois aspectos retromencionados. (...) entendo ter ficado patente que o TCU possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras³⁰.

As evidências dessa ampliação da atuação do TCU são verificadas em inúmeros julgados da Corte. A título de exemplo, é relevante mencionar o Acórdão nº 2.310/2018–Plenário, sob a relatoria do Ministro Bruno Dantas. Neste caso, foi realizada uma análise da auditoria que investigou os obstáculos que afetam a eficiência dos portos brasileiros, buscando identificar maneiras de reduzir os custos e o tempo necessário para a liberação das cargas. Embora se tratasse de uma auditoria operacional, o que, a princípio, possibilitaria ao TCU fazer recomendações à ANTAQ, bem como não tenha sido constatada ilegalidade, a Corte fez as seguintes determinações à agência:

²⁹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Direito Administrativo do Medo. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 155.

³⁰ TCU, Acórdão n.º 1703/2004 – Plenário, Relator: Ministro Benjamin Zymler, data da sessão: 03/11/2004.

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.1.1. no prazo de 180 dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;

9.1.2. no prazo de 180 dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, definindo referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;

9.1.3. no prazo de 180 dias, estabeleça medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei 10.233/2001;

9.1.4. no prazo de 30 dias, apresente ao TCU plano de ação com vistas a evidenciar como se dará o atendimento às determinações acima, designando as tarefas a serem executadas, os responsáveis por tais medidas (nomes e cargos) e o prazo para implementação³¹.

No referido Acórdão, destacou-se que *“a atuação da Antaq não garante a harmonização de objetivos entre usuários donos de carga e empresas arrendatárias, o que possibilita a cobrança de preços abusivos no segmento de contêineres”*³², bem como que:

a análise da situação encontrada frente às Leis 10.233/2001 e 12.815/2013, e aos princípios da transparência, isonomia, economicidade, eficiência, finalidade administrativa e supremacia do interesse público, sugere haver oportunidades de melhoria sobre as análises da Antaq acerca dos conflitos de interesse que tocam à Agência se posicionar³³.

Portanto, ao citar inúmeros princípios que justificam as determinações à ANTAQ fica demonstrado que o TCU se aproveita da indeterminação de tais conceitos jurídicos para conferir-lhes conteúdo que justifique sua interferência na discricionariedade do Administrador Público.

Do mesmo modo, no Acórdão n.º 3251/2020-Plenário, o TCU defendeu a possibilidade de determinar modificações em atos discricionários das agências reguladoras arguindo que:

³¹ TCU, Acórdão n.º 2310/2018 – Plenário, Relator: Ministro Bruno Dantas, data da sessão: 02/10/2018.

³² TCU, Acórdão n.º 2310/2018 – Plenário, Relator: Ministro Bruno Dantas, data da sessão: 02/10/2018.

³³ TCU, Acórdão n.º 2310/2018 – Plenário, Relator: Ministro Bruno Dantas, data da sessão: 02/10/2018.

é certo que o Tribunal pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos.³⁴

Esses precedentes, assim como muitos outros, revelam a intenção do TCU de expandir seu escopo de atuação. André Rosilho observa que:

essa aparente tendência do TCU de querer expandir suas possibilidades de controle impositivo para além dos limites constitucionalmente estabelecidos – também manifestada na tentativa do Tribunal de dar roupagem de comando a atos eminentemente orientativos – talvez decorra de uma visão cultivada pelo próprio TCU (consciente ou inconscientemente), segundo a qual agir impositivamente teria maior valor do que agir em cooperação³⁵.

Nesse contexto, é importante considerar que o Tribunal confunde as hipóteses de quando utilizar a determinação ou a recomendação, que são instrumentos distintos. A determinação é um instrumento voltado para uma abordagem coercitiva, onde o TCU utiliza sua autoridade para compelir a administração a adotar medidas corretivas para sanar ilegalidades. Por outro lado, a recomendação é um instrumento colaborativo, destinado a sugerir a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, aplicáveis a questões que envolvem a discricionariedade do gestor ou que impõem ao órgão público obrigações não previstas na legislação³⁶. Desse modo, em casos nos quais seria cabível apenas a recomendação, o Tribunal emite determinações, por entender, por exemplo, que o princípio da economicidade integra o ordenamento jurídico supostamente violado.

Por tais razões, é possível concluir como verdadeira a habitual ação do TCU em ampliar seu campo de atuação, restringindo cada vez mais a liberdade do Administrador Público para exercer sua competência discricionária.

Essa atuação, no entanto, tem suas consequências. A intensa atuação do TCU tem levado os Administradores à incapacidade de decidir, uma vez que suas decisões, mesmo legítimas e legais, podem ser contestadas pelo Tribunal. É nesse contexto,

³⁴ TCU, Acórdão n.º 3251/2020 – Plenário, Relator: Ministro Raimundo Carreiro, data da sessão: 02/12/2020.

³⁵ ROSILHO, André Janjácomo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 321.

³⁶ SABENÇA, Sandro Zachariades. O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019.

inclusive, que surgem as soluções consensuais, prometendo garantir segurança jurídica ao Administrador Público.

2.2.2. O impacto do consenso na competência do TCU

A constitucionalização do Direito Administrativo contribuiu também no abandono do paradigma da supremacia do interesse público, que passa a depender de uma ponderação proporcional entre direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente consagrados, não sendo mais uma escolha arbitrária do administrador³⁷.

Na mesma linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que uma das razões pela qual a Administração Pública evoluiu de um modelo burocrático para gerencial foi o ressurgimento da sociedade como elemento político³⁸. O Estado monoclasse, no qual prevalecia a vontade manifestada pela Administração, foi substituído pelo Estado pluriclasse, no qual os particulares passaram participar e a influenciar nas decisões do poder público. Desse modo, para ter uma atuação efetiva, o Estado não pode mais ignorar o pluralismo de interesses em cada ação planejada ou executada. Nesse contexto, o consenso é o mecanismo mais eficaz para congregar todos esses interesses e incorporá-los na escolha do Administrador. No âmbito dos serviços públicos, por exemplo, existem interesses do setor público, do setor privado e dos próprios usuários do serviço. A decisão do Administrador se aproxima mais da perfeição quando contempla a maior parte possível desses interesses.

Desse modo, o consenso, cuja origem decorre da composição de interesses no Direito Privado, cuja característica marcante é a disponibilidade de direitos, é um dos instrumentos incorporados pela Administração para o exercício da ponderação entre os diferentes interesses da sociedade, sejam eles públicos ou privados.

Por meio do consenso, o interesse público não é definido de forma exclusiva pela Administração. Há um compartilhamento de ideias para formar aquilo que melhor se ajusta às pretensões da sociedade. A cooperação entre Administrador e Administrado tende a contribuir para (i) eficiência, na medida em que aprimora a governabilidade; (ii) legalidade, já que evita o abuso por parte do agente público; (iii)

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 25-26.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública Gerencial. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, n. 2, 1999.

justiça, ao se preservar o interesse de todos os envolvidos; (iv) legitimidade, por proporcionar decisões mais racionais e prudentes; (v) civismo, ao desenvolver a responsabilidade dos indivíduos; e (vi) ordem, por promover maior aceitabilidade dos comandos do Estado³⁹.

O consenso pode ser verificado em diversos institutos/atividades da Administração Pública. No sentido amplo, existe consenso em acordos intragovernamentais; contratos administrativos; métodos alternativos de resolução de conflitos; ajustes de conduta e acordos de gestão. Já no sentido estrito, verifica-se o consenso nos acordos integrativos e nos acordos substitutivos⁴⁰.

Diante dos muitos exemplos de instrumentos consensuais na Administração, é importante entender a categoria em que o mecanismo desenvolvido pelo TCU se encaixa antes de analisá-lo mais a fundo. Da IN n.º 91/2022, extrai-se que a solução consensual do TCU consiste em *“procedimentos, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), voltados para a solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em matéria sujeita à competência do TCU”*.

A partir disso, podemos identificar a natureza desse instituto através de exclusões. Não se trata de um acordo intragovernamental ou contrato administrativo, uma vez que esses não têm como finalidade resolver controvérsias ou prevenir conflitos. Também não se assemelha a um ajuste de conduta ou acordo de gestão, já que esses presumem a existência de uma conduta irregular de uma das partes, o que difere da solução consensual do TCU. Da mesma forma, não se confunde com um acordo integrativo nem com acordo substitutivo, uma vez que nessas hipóteses a imperatividade exercida pela Administração é balizada ou substituída pelo consenso, por isso também não são aplicáveis antes da verificação da conduta irregular.

Portanto, o instrumento desenvolvido pelo TCU é um método alternativo de solução/prevenção de conflitos. E isso está correto, uma vez que os conflitos levados ao TCU por esse mecanismos não obrigatoriamente precisariam passar por ele, uma vez que poderiam ser dirimidos pelo próprio órgão ou entidade da Administração. Ir

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41.

⁴⁰ Essa é a classificação elaborada por Juliana Bonacorsi de Palma In: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 241-262.

ao TCU em busca de uma solução consensual é, ou deveria ser, uma alternativa. Mas, qual a necessidade de o Tribunal dispor desse mecanismo?

Pois bem. A origem do instituto, ao que parece, decorre da tentativa do Tribunal de minimizar os efeitos da extensão de sua competência, aos quais referimos no final do tópico anterior: incapacidade do administrador de decidir aquilo que lhe compete. Porém, não se trata de minimizar no sentido de tornar a atuação do TCU menos abrangente e conferir maior espaço ao Administrador. Pelo contrário, o instrumento parece conferir ao TCU a possibilidade de decidir em conjunto com o Administrador. Isso significa, portanto, mais uma maneira de expandir a atuação do Tribunal.

Nesse sentido, o Ministro Bruno Dantas, atual Presidente do TCU, em artigo publicado em 2020, reconheceu que o pluralismo de interesses nas concessões de serviços públicos é um campo fértil para a adoção de instrumentos consensuais. Ressaltou, no entanto, a necessidade de tais fórmulas prestigiar *“a cooperação em vez da unilateralidade, buscando-se inserir as instâncias controladoras no processo de confecção do contrato. A ideia é adquirir, com essa modelagem, mais segurança jurídica nas contratações públicas”*⁴¹. Basicamente, o que defende o Ministro é a participação do órgão controlador no desenvolvimento de uma solução consensual no processo decisório do órgão/entidade público.

Essa análise parte da verificação da insegurança provocada pela fiscalização ampla e tardia das decisões tomadas pelos Administradores Públicos nos contratos de concessão, gerando anos depois a aplicação das sanções cabíveis. Esse cenário normalmente impede que o gestor decida nos contratos com medo da sanção, ou fique aguardando a aprovação prévia do Tribunal⁴². Isso torna o processo decisório mais demorado, ou seja, incompatível com um modelo de gestão que preza pela eficiência e pelos resultados.

Contudo, embora teoricamente busque a efetividade e celeridade processual, a estratégia do TCU implica numa verdadeira expansão da sua atuação, permitindo

⁴¹ DANTAS, Bruno. Consensualismos, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 22, n. 127 Jun./Set. 2020, p. 261-280.

⁴² DANTAS, Bruno. Consensualismos, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 22, n. 127 Jun./Set. 2020.

ao Tribunal interferir em decisões que, sob o ponto de vista de sua competência constitucional, ele sequer poderia realizar determinações.

Sabe-se que, em muitos casos, embora seja permitido ao Tribunal fazer apenas recomendações, ele acaba fazendo determinações. Como se isso já não fosse uma extrapolação de sua competência, a solução consensual permitirá a participação do Tribunal no processo de elaboração da decisão administrativa. Ou seja, o instituto não representa apenas a busca pela eficiência ou celeridade; ele implica, na verdade, em uma investida do Tribunal para uma maior interferência na atividade da Administração Pública.

A crítica, portanto, não é ao consenso. Este é excelente, mas pode ser adotado no âmbito de cada órgão ou entidade públicos, garantindo eficiência e produtividade. Já quanto ao TCU, a crítica é no sentido de que para se conferir maior segurança jurídica ao Administrador, o caminho consiste na reformulação da atuação do Tribunal nas fiscalizações, determinações e recomendações que faz (em outras palavras, com uma ressignificação do papel e do escopo de atuação do Tribunal). Ou seja, o consenso no âmbito do TCU não é a solução para o problema criado por ele próprio.

Feitas tais considerações, prossegue-se para uma análise detalhada do mecanismo desenvolvido pelo Tribunal e, posteriormente, para uma análise de dados mais específicos. O objetivo é identificar a possível interferência indevida na atividade regular da Administração Pública no caso concreto.

3. As Soluções Consensuais de Conflitos do Tribunal de Contas da União

3.1. Previsão normativa

As Soluções Consensuais de Controvérsias do TCU foram instituídas por meio da Instrução Normativa n.º 91, de 22 de dezembro de 2022 (IN n.º 91/2022), alterada pela Instrução Normativa n.º 93, de 25 de janeiro de 2023.

O instituto aprimora a função pedagógica e orientadora do Tribunal, auxiliando no estabelecimento de alternativas para resolução de problemas de interesse da Administração Pública, através do consenso entre o Tribunal, gestores públicos e particulares, promovendo maior celeridade e efetividade à atuação do TCU.

O preâmbulo da IN n.º 91/2022 faz referências a duas normas de hierarquia superior, que serviram de fundamento para a criação do instituto. A primeira é a Lei

n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei n.º 13.140/2015), que dispõe sobre a possibilidade de utilização da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. A segunda é o Decreto n.º 9.830, de 10 de junho de 2019 (Decreto n.º 9.830/2019), o qual estabelece que a atuação dos órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores⁴³. Este Decreto regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 da LINDB.

Sendo assim, à primeira vista, parece que a inovação do TCU, além de estar em consonância com a evolução paradigmática do Direito Administrativo, atende às normas que estabelecem a possibilidade de consenso na Administração Pública e a necessidade de se priorizar a prevenção à sanção. Isso significa dizer que a solução consensual é legalmente possível e recomendada nos casos em que o Tribunal possui competência para atuar.

A questão, no entanto, não diz respeito à previsão normativa do instituto, mas sim quanto a sua aplicação. Ou seja, se o Tribunal o utilizar para os casos em que a Constituição Federal estabeleceu como sendo de sua competência, não parece existir problemas. É nesse sentido, inclusive, que se deve privilegiar a prevenção à sanção. Contudo, caso o instituto seja utilizado para permitir ao Tribunal atuar em casos e situações que não lhe compete, não é possível defender que o instituto está alinhado às transformações do Direito Administrativo, uma vez que viola premissas constitucionais (e.g. separação de poderes, legalidade etc.), o que torna falha qualquer compatibilidade do instituto com a legislação infraconstitucional.

3.2. Legitimidade

Apesar de o objetivo do instituto ser a criação de soluções alternativas envolvendo o Tribunal, o gestor público e o particular, nem todos esses sujeitos têm permissão para solicitá-lo.

O art. 2º da IN n.º 91/2022 prevê que a solicitação da solução consensual poderá ser formulada (i) pelas autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU (ii) pelos dirigentes máximos das agências reguladoras; e (iii) pelo relator de processo em tramitação no TCU.

⁴³ Decreto n.º 9.830/2019. Art. 13 (...) § 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.

As autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU são aquelas legitimadas a realizar consultas ao Tribunal quanto a dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares ligados à sua competência. Neste rol, estão incluídos: (i) os presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; (ii) o Procurador-Geral da República; (iii) o Advogado-Geral da União; (iv) o presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; (v) os presidentes de tribunais superiores; (vi) os ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; e (vii) os comandantes das Forças Armadas.

Já em relação aos dirigentes máximos das agências reguladoras, a Instrução Normativa faz referência explícita ao art. 2º da Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019, estabelecendo quais agências está se referindo. São elas: (i) Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); (ii) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); (iii) Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); (iv) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); (v) Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); (vi) Agência Nacional de Águas (ANA); (vii) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); (ix) Agência Nacional do Cinema (Ancine); (x) Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); e (xi) Agência Nacional de Mineração (ANM).

Por fim, a solução consensual pode ser solicitada pelo relator do processo em tramitação⁴⁴. Nesse caso, ao constatar a viabilidade de uma solução consensual, o relator fará a solicitação à SecexConsenso, que passará pelo mesmo trâmite de admissibilidade das demais solicitações.

Note-se, portanto, que o particular não pode solicitar diretamente ao TCU a solução consensual. Isso ocorre por duas razões. Primeiro, porque o Tribunal não julga contas de particulares que descumpram contratos apenas por terem vínculo com a Administração Pública. Isso só acontece se o particular tiver causado dano ao erário em ato ou contrato administrativo sujeito ao controle externo⁴⁵. A outra razão é que o controle do Tribunal de Contas, mesmo quando o particular está envolvido na

⁴⁴ Vale registrar: na Solicitação Consensual n.º 033.134/2023-5, que discute a evolução de recursos repassados pelo BNDES à FAPES por força dos contratos de confissão de dívida celebrados em 27/12/2002 e 16/11/2004, o pedido foi encaminhado pelo relator do processo já instaurado na Corte.

⁴⁵ Nesse sentido, vale conferir o Acórdão 321/2019 – TCU – Plenário.

controvérsia, recai sobre o órgão ou entidade, uma vez que é a este que compete fazer as escolhas de interesse público.

A impossibilidade de o particular solicitar a solução consensual ao TCU não parece trazer muitos prejuízos na prática. É importante considerar que a solução consensual deve contar com o interesse do órgão ou entidade submetido a ela, pois, inexistindo esse interesse, a probabilidade de uma solução consensual é muito baixa. Desse modo, eventual solicitação do particular apenas surtiria efeito caso o órgão ou entidade públicos envolvidos tivessem interesse na solução consensual. Ademais, considerando que esses órgãos ou entidades podem decidir as controvérsias de forma independente do TCU, parece mais adequado que o particular se dirija diretamente a eles para a solução da controvérsia e, não havendo solução, nada impede que ele sugira a solicitação de solução consensual, se este for o caminho que melhor atender seus interesses.

3.3. Requisitos de admissibilidade

A instauração da Solução Consensual não ocorre de forma automática após a sua formulação por um dos legitimados. Primeiro, ela deve passar por uma análise prévia de admissibilidade, realizada pela Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Em seguida, a solicitação deve passar também pelo crivo do Presidente do Tribunal que decidirá pela conveniência e oportunidade da admissibilidade da solicitação.

Na primeira etapa, a análise objetiva de admissibilidade, o Tribunal irá avaliar se a solicitação da solução consensual contem os seguintes elementos: (i) indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada; (ii) pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução; (iii) indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da Administração Pública envolvidos na controvérsia; (iv) indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual; e (v) manifestação de interesse na solução consensual dos órgãos e entidades da Administração Pública federal envolvidos na controvérsia, quando se tratar de solicitação formulada pelo relator do processo em tramitação no TCU. Essa etapa é objetiva porque a Secretaria não faz uma análise subjetiva dos referidos elementos. Se eles existirem, deverá recomendar a admissão da solicitação.

A segunda etapa de admissibilidade é discricionária, isto é, depende da análise de conveniência e oportunidade a ser realizada pelo Presidente do TCU. Para tanto, deverão ser considerados os seguintes fatores: (i) a competência do TCU para tratar da matéria; (ii) a relevância e a urgência da matéria; (iii) a quantidade de processos de SSC em andamento; e (iv) a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos processos de SSC.

Quanto à análise de conveniência e oportunidade realizada pelo Presidente do TCU, existem algumas considerações importantes. Primeiro, parece estranho que um dos critérios de ponderação para avaliação do Presidente seja a competência do Tribunal. Esse é um aspecto objetivo, já que o Tribunal ou tem competência para agir ou não tem. Desse modo, a análise da competência do Tribunal não depende uma avaliação de conveniência e oportunidade. Não é possível que o Presidente entenda pela conveniência da solução consensual nos casos em que o Tribunal não tem competência para agir. A análise subjetiva apenas deveria ser aplicável para os casos em que o Tribunal tem competência e, mesmo assim, por outros motivos, entende inoportuna a solução consensual.

Ademais, apenas um dos itens de ponderação parece, de fato, depender de uma análise de conveniência e oportunidade do Presidente do TCU. Trata-se da relevância e urgência da matéria. Não está claro o que o Presidente considerará por relevante e urgente. Nesse aspecto, o subjetivismo na escolha dos casos que estão aptos à solução consensual não parece adequada. Como ainda existem registro de poucos casos, não é possível observar na prática como o Presidente tem conduzido essa análise subjetiva de cada caso. No entanto, do ponto de vista teórico, parece que o mais adequado seria o estabelecimento de critérios mais claros e objetivos para definir a relevância e a urgência da matéria, aproximando-se, por exemplo, dos critérios de avaliação para anulação de contratos na Lei n.º 14.133/2021⁴⁶. Nesse

⁴⁶ O art. 147 desta Lei prevê que constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: (i) os impactos econômicos e financeiros decorrentes da fruição dos benefícios do objeto do contrato; (ii) riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes da fruição dos benefícios do objeto do contrato; (iii) motivação social e ambiental do contrato; (iv) custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; (v) despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; (vi) despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; (vii) medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; (viii) custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das

sentido, o Tribunal poderia estabelecer critérios mais objetivos de análise. Isso poderia incluir, por exemplo, a avaliação dos impactos econômicos e financeiros da decisão ou da falta de decisão, filtrando os casos que serão submetidos à solução consensual no TCU com base no seu valor. Além disso, seria relevante analisar os riscos sociais, ambientais e à segurança da população, ponderando as consequências da decisão ou da falta de decisão por parte do Administrador Público.

Além da fase objetiva e subjetiva de admissibilidade, alguns casos de solução consensual deverão passar por outros filtros. Se a matéria discutida na solicitação já teve uma decisão de mérito do TCU, esta não poderá prosseguir, uma vez que a solução consensual se destina para aqueles casos que ainda não foram solucionados pelo Tribunal. Do contrário, permitir-se-ia rever diversas decisões já tomadas pela Corte.

Já na hipótese de o objeto da solicitação estiver sendo tratado em um processo em curso, ainda sem decisão de mérito, a admissibilidade da solicitação ficará condicionada à ratificação da manifestação favorável do Presidente do TCU pelo relator do processo. Isso significa que, neste caso, haverá mais uma etapa de admissibilidade, que é a concordância do relator do processo existente com a manifestação favorável do Presidente quanto à conveniência oportunidade de se promover a solução consensual.

3.4. Comissão de Solução Consensual

Diferentemente de um processo convencional, no qual a decisão é elaborada por um relator e depois submetida ao plenário, as soluções consensuais são conduzidas por uma Comissão, designada pela Secretaria-Geral de Controle Externo, após ouvir a SecexConsenso.

A Comissão é formada por alguns integrantes obrigatórios e outros facultativos. Os integrantes obrigatórios são: (i) um servidor da SecexConsenso (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

obras ou das parcelas envolvidas; (ix) fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; (x) custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; e (xi) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

na solução. Em síntese, a comissão formada terá um representante do órgão ou entidade controlado, um representante da unidade de fiscalização do TCU e outro integrante, pertencente à secretaria do Tribunal, que será o coordenador.

Quanto aos integrantes facultativos, existem duas possibilidades: (i) particular envolvido na controvérsia; e (ii) especialista no tema objeto da solução consensual que seja independente. O primeiro será admitido a partir da avaliação da Secretaria-Geral de Controle Externo quanto as circunstâncias de cada caso. O segundo deve ser convidado na qualidade de colaborador, desde que, por unanimidade, os integrantes da Comissão de Solução Consensual aprovem o convite.

Bem, o consenso é a cooperação entre sujeitos com ideias no todo ou em parte divergentes para conseguir uma solução equilibrada e que atenda em maior medida possível o interesse de todos envolvidos. Desse modo, parece importante garantir a possibilidade de participação dos particulares envolvidos na controvérsia na construção da solução consensual.

Nesse sentido, o fato de o ingresso do particular na comissão depender, aparentemente, única e exclusivamente da avaliação do TCU e não existir um detalhamento na Instrução Normativa sobre os critérios para essa avaliação, merece uma especial atenção.

Primeiro, a participação do particular na construção de uma solução consensual nos casos em que ele está envolvido parece mandatória. Se assim não fosse, o consenso não cumpriria sua principal finalidade, que é ajustar um acordo que atende o interesse de todas as partes.

No entanto, como a IN n.º 91/2022 prevê que o ingresso do particular dependerá de uma avaliação do TCU. Isso permitiria, na prática, que uma solução fosse solicitada pelo órgão, fosse admitida pelo Tribunal, fosse formada a comissão sem a inclusão de um representante da entidade privada e que essa comissão chegasse a uma solução supostamente consensual. Neste caso, haveria consenso apenas entre o TCU e o Administrador, afastando eventuais riscos na atividade deste último. No entanto, não estariam contemplados os interesses de particulares eventualmente envolvidos na controvérsia.

Para evitar isso, parece necessário que se reconheça a obrigatoriedade da participação do particular nos casos em que ele estiver envolvido, bem como que seja

assegurada a possibilidade de este solicitar a sua admissão peticionando diretamente ao Tribunal. Tal conclusão parte do pressuposto de que o particular, como parte que sofrerá os efeitos da decisão, deve ter condições de influenciá-la.

3.5. Procedimento

Realizada a solicitação de solução consensual, esta será submetida à análise de admissibilidade. Caso seja inadmitida, a solicitação será arquivada. Por outro lado, sendo admitida, será criada a Comissão de Solução Consensual.

A comissão deverá elaborar, no prazo de 90 dias, uma proposta de solução. Esse prazo pode ser prorrogado por mais 30 dias, a critério do Presidente do TCU.

Estando a proposta definida e aprovada por todos os membros da comissão, o processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para manifestação sobre a proposta, no prazo de 15 dias.

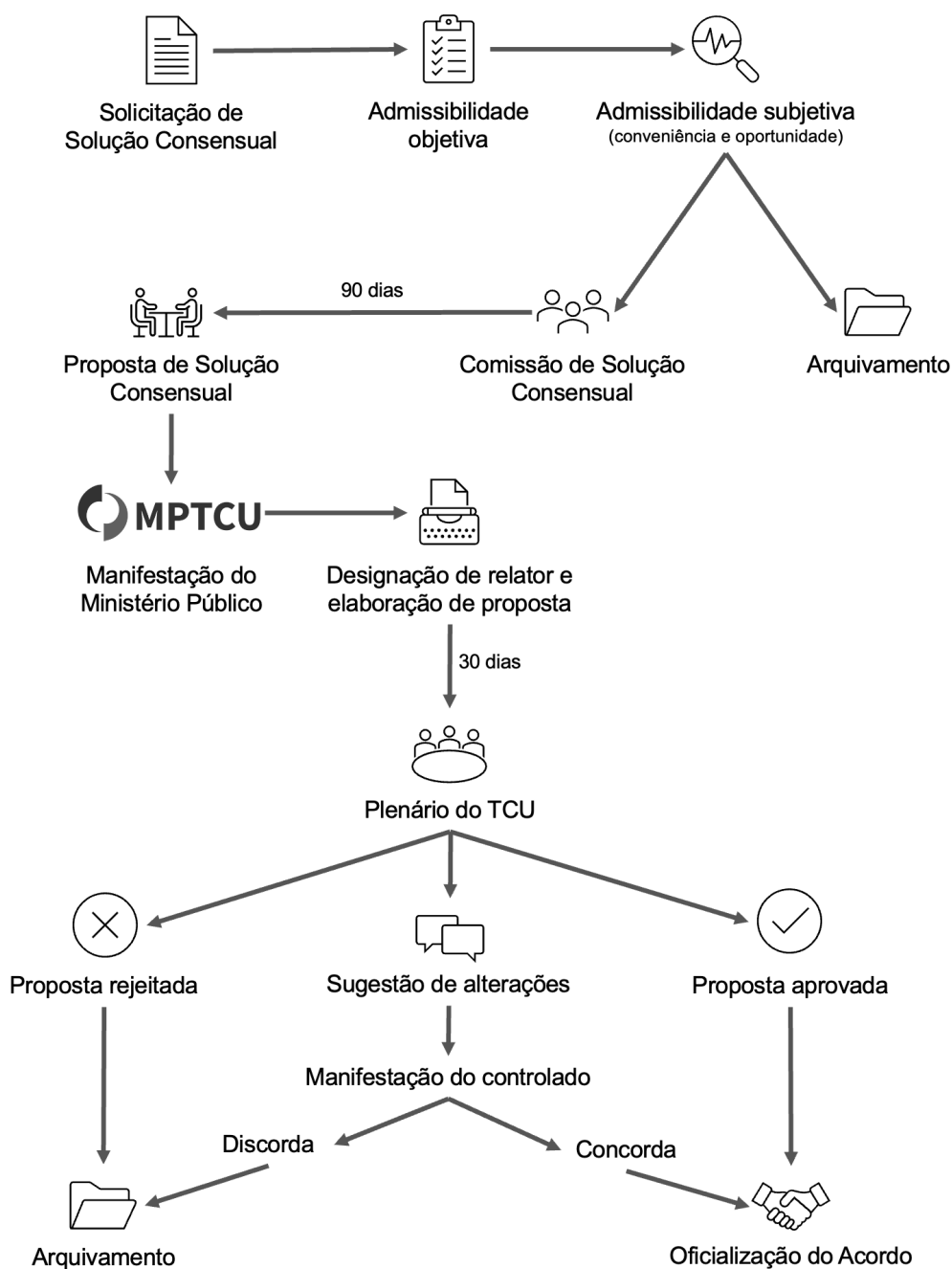
Em seguida, o processo será encaminhado à Presidência do TCU para sorteio de relator entre os ministros. Sorteado o relator, este terá o prazo de 30 dias para submeter a proposta ao Plenário. Este prazo pode ser prorrogado em mais 30 dias, desde que o relator faça essa solicitação ao Plenário.

Após a submissão da proposta ao Plenário, este poderá recusá-la, sugerir alterações ou aprová-la. Na primeira hipótese, o processo será arquivado por falta de consenso. Na segunda situação, será aberto o prazo de 15 dias para o representante do órgão ou entidade federal controlado se manifestar quanto a sugestão. A eventual discordância deste com os ajustes, acarretará o arquivamento do processo, uma vez que também restou inviabilizado o consenso.

Já se houver a aceitação da proposta pelo Plenário ou a aceitação dos ajustes pelo controlado, quando for o caso, será firmado termo entre o Presidente do TCU e dirigente máximo dos órgãos e entidades envolvidos, em até 30 dias da deliberação final do Plenário do Tribunal que tenha aprovado a solução.

Esquemáticamente, o procedimento da solução consensual no TCU pode ser representado da seguinte forma:

Figura 1 - Procedimento de Solução Consensual no Tribunal de Contas da União



Fonte: elaborado pelo autor.

3.6. Panorama das soluções consensuais já solicitadas

Desde a edição da IN n.º 91/2022, foram registrados no Conecta TCU 19 processos do tipo “Solicitação Consensual de Conflitos”. A partir dessa informação, é possível analisar os processos nos seguintes aspectos: (i) órgão ou entidade envolvido; (ii) solicitações admitidas, não admitidas ou pendentes; (iii) objeto dos

processos admitidos; (iv) classificação dos casos admitidos conforme a evolução da solução consensual (concluída, avançada, intermediária ou prematura).

Quanto aos órgãos ou entidades envolvidos, a ANEEL e a ANTT são os que mais solicitaram soluções consensuais perante o TCU.

Tabela 1 - Solicitações consensuais por órgão/entidade

Órgão/Entidade	Quantidade de Processos
ANEEL	5
ANTT	5
ANAC	2
AGU	2
ANATEL	2
BNDES	1
Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos de Minas Gerais	1
Não identificado	1

Fonte: elaborado pelo autor com base em consulta ao Conecta TCU, com atualização até 13/10/2023.

Quanto à admissibilidade das solicitações, até o momento, dez foram admitidas, enquanto três não foram admitidas por não cumprirem os requisitos de admissibilidade. Seis solicitações ainda seguem pendentes de análise.

Tabela 2 - Solicitações consensuais admitidas, não admitidas e pendentes

Situação	Quantidade de Processos
Admitida	10
Não admitida	3
Pendente de análise	6

Fonte: elaborado pelo autor com base em consulta ao Conecta TCU, com atualização até 13/10/2023.

Os processos admitidos evidentemente passaram pelas duas fases de admissibilidade, ou seja, cumpriram os requisitos objetivos e foram avaliados como convenientes e oportunos pelo Presidente do TCU. Os processos que ainda estão pendentes de análise são aqueles cuja solicitação ocorreu recentemente e o Tribunal ainda não os analisou.

Quanto aos processos que não foram admitidos, vale uma análise mais detalhada, haja vista que estes casos não resultarão em uma solução consensual e, nesse aspecto, podem ser considerados encerrados.

O Processo n.º 002.539/2023-3 referia-se a uma solicitação de solução consensual formulada pela Advocacia-Geral da União – Procuradoria-Regional da União da 5ª Região-PRU5R. Em síntese, a AGU pretendia uma solução consensual quanto ao registro da aposentadoria de seis servidores do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, que já havia sido julgada irregular pelo TCU. Na análise de admissibilidade, o TCU considerou que (i) solicitante não detinha legitimidade, uma vez que a solicitação foi feita pela Dra. Iris Catarina Dias Teixeira, Advogada da União, Coordenadora Regional Adjunta de Negociação, enquanto, na forma do art. 2º c/c o art. 264 do Regulamento Interno do TCU, no tocante à Advocacia-Geral da União, competência para formular a solicitação em questão é do respectivo Ministro de Estado; e (ii) a matéria já havia sido objeto de decisão de mérito nos seis atos de aposentadoria julgados pelo Tribunal, razão pela qual a solicitação não poderia ser admitida (art. 5º, § 1º, da IN n.º 91/2022). Por essas razões, a solicitação não foi admitida, tendo sido determinado o seu arquivamento.

O Processo n.º 006.313/2023-0 referia-se a uma solicitação de solução consensual formulada pela Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos de Minas Gerais e encaminhada pelo Deputado Federal Rafael Simões. Em síntese, a entidade buscava discutir os efeitos decorrentes do Acórdão 785/2018-Plenário, que, a partir da constatação de possíveis sinais de cobrança irregular de bloqueadores de parafusos pediculares e ganchos pediculares, utilizando códigos discrepantes, devido à interpretação das portarias vigentes no período de 2012 a 2017, ordenou ao Ministério da Saúde que apresentasse um plano de ação para investigar as irregularidades nos hospitais credenciados pelo SUS no que tange ao uso dos mencionados DMI.

Neste caso, o TCU considerou que (i) a solicitante não detinha legitimidade, uma vez que não consta no rol de legitimados do art. 2º, da IN n.º 91/2022; (ii) o Deputado Federal que encaminhou a solicitação, embora não tenha sido autor desta, também seria parte ilegítima, uma vez que, na forma do art. 264, do Regimento Interno do TCU, apenas os presidentes da Câmara ou do Senado poderiam solicitar a solução consensual; e, por fim, considerou que a matéria já havia sido tratada pelo Plenário

do Tribunal, por meio do Acórdão n.º 785/2018-Plenário. Por essas razões, a solicitação não foi admitida, tendo sido determinado o seu arquivamento.

Por fim, o Processo n.º 033.038/2023-6 referia-se à solicitação de solução consensual formulada pela Advocacia Geral da União, pretendendo discutir a destinação de recursos oriundos da atuação do Ministério Público do Trabalho, decorrentes de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), não recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador. Por meio de Despacho, em 15 de setembro de 2023, o Presidente do TCU inadmitiu a solicitação por considerar ausentes a conveniência e a oportunidade. Na ocasião, considerou que o objeto da solução já estava em estágio avançado de discussão no Tribunal. Destacou que a matéria tratada *“no âmbito do TC 007.597/2018-5, de relatoria do Exmo. Ministro Vital do Rêgo, já conta com instrução de mérito da unidade técnica, parecer do Ministério Público junto ao TCU”*.

Observa-se no caso anterior um certo grau de subjetivismo na admissão da solução consensual. Isso ocorre porque na IN n.º 91/2022 não há critérios que permitam avaliar a conveniência ou oportunidade da solução, com base no quão avançado está um processo já existente no TCU. Os critérios para ponderação do Presidente são os seguintes: (i) a competência do TCU para tratar da matéria; (ii) a relevância e a urgência da matéria; (iii) a quantidade de processos de SSC em andamento; e (iv) a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos processos de SSC. Além disso, o normativo prevê que não serão admitidos os casos em que já existir decisão de mérito do TCU e que, nos casos em que houver processo em andamento, será necessária a ratificação da admissão pelo relator.

Desse modo, considerando que o processo já existente não possui decisão de mérito, esse não poderia ser o fundamento para a inadmissão. Embora o argumento seja relevante, visto que a solução consensual poderia adiar a decisão do TCU e trazer maior morosidade, tal requisito de ponderação (estágio do processo já existente) deveria ser incluído na IN, garantindo um conhecimento prévio das hipóteses de inadmissão da solução consensual por todos os interessados.

Portanto, o que se verifica é que o Tribunal tem seguido com bastante precisão a análise objetiva da admissão das soluções consensuais, conforme o que consta na IN n.º 91/2022, não admitindo as solicitações que possuem vícios de legitimidade ou estão fora do escopo do instituto de solução consensual. No entanto, percebe-se

também que há espaço para uma análise subjetiva para a admissão da solução consensual, o que não possibilita antever a viabilidade da utilização do instrumento sem a manifestação do Presidente do Tribunal.

Quanto às demais solicitações - isto é, os dezesseis processos que foram admitidos ou ainda estão com a admissibilidade pendente de análise -, elas podem ser classificadas de acordo com o órgão/entidade envolvido, o objeto discutido e a data da solicitação.

Tabela 3 - Solicitações de solução consensual admitidas ou pendentes (por objeto)

Processo	Órgão/Entidade	Objeto	Data da Solicitação	Análise de Admissibilidade
000.853/2023-2	ANTT	Atualização do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista - RMP.	19/01/2023	Admitida
000.855/2023-5	ANTT	Devolução de trechos ferroviários e respectivo cálculo de indenização.	20/01/2023	Admitida
006.253/2023-7	ANEEL	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021.	29/03/2023	Admitida
006.252/2023-0			29/03/2023	Admitida
006.250/2023-8			29/03/2023	Admitida
006.248/2023-3			29/03/2023	Admitida
006.223/2023-0			29/03/2023	Admitida
006.449/2023-9	ANAC	Prorrogação da construção da segunda Pista de Pouso e Decolagem paralela àquela já existente no Aeroporto Internacional de Confins.	03/04/2023	Admitida
006.448/2023-2	ANAC	Adequação do sistema de pistas utilizadas para movimentação de aeronaves no Aeroporto de Cuiabá - MT.	03/04/2023	Admitida
020.662/2023-8	ANATEL	Resolução de contendas relacionadas às concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).	28/06/2023	Admitida
033.134/2023-5	BNDES	Devolução de recursos repassados à Fapes por força dos contratos de confissão de dívida.	12/09/2023	Pendente
033.444/2023-4	ANTT	Concessão da Rodovia BR-101/ES/BA -ECO101 Concessionária de Rodovias S.A.	18/09/2023	Pendente
033.777/2023-3	ANTT	Concessão da Rodovia BR-163-MS - Concessionária MSVIA.	27/09/2023	Pendente
035.124/2023-7	Não Identificado	Termo de Fomento nº 918664/2021	04/10/2023	Pendente
036.366/2023-4	ANATEL	Sigiloso	09/10/2023	Pendente

036.368/2023-7	ANTT	Sigiloso	09/10/2023	Pendente
----------------	------	----------	------------	----------

Fonte: elaborado pelo autor com base em consulta ao Conecta TCU, com atualização até 13/10/2023.

Considerando apenas as solicitações de solução consensual admitidas, pode-se classificá-las de acordo com seu grau de evolução em: (i) inicial, os casos em que já se formou a comissão de solução consensual; (ii) intermediário, os casos em que já houve manifestação do Ministério Público; (iii) avançado, os casos em que já foi designado um relator e elaborada uma proposta para apreciação do plenário; (iv) concluído com solução, os casos em que a solução consensual já foi aprovada pelo plenário do TCU e firmado o termo entre o TCU e o órgão/entidade envolvido. Também existem aqueles casos em que a solução se mostrou inviável e, por isso, foram ou serão arquivados (concluídos/em conclusão sem solução).

Tabela 4 - Classificação das soluções consensuais conforme o grau de evolução

Processo	Órgão/Entidade	Objeto	Grau de evolução
000.853/2023-2	ANTT	Atualização do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista - RMP.	Intermediário
000.855/2023-5	ANTT	Devolução de trechos ferroviários e respectivo cálculo de indenização.	Avançado
006.253/2023-7	ANEEL	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021.	Concluído com solução
006.252/2023-0			Concluído com solução
006.250/2023-8			Inicial
006.248/2023-3			Inicial
006.223/2023-0			Inicial
006.449/2023-9	ANAC	Prorrogação da construção da segunda Pista de Pouso e Decolagem paralela àquela já existente no Aeroporto Internacional de Confins.	Em conclusão sem solução

Fonte: elaborado pelo autor com base em consulta ao Conecta TCU, com atualização até 13/10/2023.

O Processo n.º 006.449/2023-9 referia-se à solicitação de solução consensual formulada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), pretendendo discutir o adiamento da obrigação de construção de uma segunda Pista de Pouso e Decolagem no Aeroporto Internacional de Confins-MG, conforme previsto no Contrato de Concessão 002/ANAC/2014-SBCF. Durante os 120 dias de trabalho da comissão de solução consensual, foram elaboradas propostas, tais como: (i) a possibilidade de suprimir essa obrigação de investimento com o devido reequilíbrio do presente contrato; (ii) a realização de investimentos alternativos; e (iii) o aporte de recursos para

que a Concessionária pudesse assumir a operação de aeroportos regionais, menores e deficitários, indicados pelo Ministério de Portos e Aeroportos. No entanto, a Concessionária informou não ser capaz de atingir os valores pretendidos pela ANAC, inviabilizando o acordo. Por esse motivo, a área técnica do TCU propôs o arquivamento do processo, o que deverá ser oficializado pelo Presidente do TCU.

A partir dessa análise, foi possível identificar, portanto, os casos concluídos com solução consensual no TCU (Processos n.º 006.253/2023-7 e 006.252/2023-0). No próximo tópico, será realizada a análise da condução do casos e dos benefícios que ele pode ter gerado para a entidade pública, o órgão de controle e o particular, bem como à reflexão da atuação do TCU a partir das considerações quanto à sua competência.

3.7. Estudo de caso: os Contratos de Energia de Reserva do MME

O estudo de caso desta pesquisa envolve dois processos de solução consensual: Processos n.º 006.253/2023-7 e n.º 006.252/2023-0. Eles tratam do mesmo assunto. A diferença é que o primeiro discute o contrato que envolve a empresa Karpowership Brasil Energia LTDA. (“caso 1”), enquanto o segundo se refere ao contrato que envolvem as usinas Linhares Geração, Termelétrica Viana e Povoação Energia (“caso 2”).

3.7.1. O contrato

O caso foi decorrente da contratação de energia extra, pelo Ministério de Minas e Energia (MME), para suprir eventual decréscimo na produção de energia hidroelétrica. Para compreender a situação apresentada, é preciso destacar inicialmente que a distribuição de energia elétrica no Brasil ocorre por meio do Sistema Interligado Nacional (SIN). O SIN é um sistema hidro-termo-eólico de grande porte, que congrega a energia produzida por diversos empreendimentos, principalmente das hidrelétricas. Desse modo, a soma das energias produzidas pelas hidrelétricas, termoelétricas e outras fontes abastecem o sistema nacional e permite a distribuição da energia por todo o país.

O sistema é abastecido majoritariamente pela energia produzida pelas hidroelétricas, que evidentemente dependem de condições climáticas favoráveis, uma vez que os baixos níveis nas bacias hidrográficas em razão da falta de chuvas, por exemplo, impedem a produção adequada de energia. Dessa forma, o SIN corre o risco

de ficar desequilibrado, já que sua principal fonte de abastecimento está comprometida. A estratégia adotada nessas situações consiste no fortalecimento das outras fontes de produção de energia elétrica, principalmente as termoelétricas.

Nesse contexto, o MME registrou no anos de 2020 e 2021 baixos níveis de afluência hídrica, razão pela qual entendeu necessário realizar o Procedimento de Contratação Simplificada (PCS) n.º 01/2021, cuja finalidade era aumentar a oferta de energia para mitigar potenciais dificuldades no suprimento de energia elétrica no período entre 2022 e 2025, garantindo a continuidade e a segurança do suprimento de energia elétrica aos consumidores.

Após a homologação e adjudicação dos resultados, o MME celebrou Contratos de Energia de Reserva (CERs) com algumas empresas para que elas realizassem o empreendimento de usinas termoelétricas a gás natural e movidas a biomassa, para, em seguida, comercializar a energia produzida com o SIN, garantindo o abastecimento do sistema. O fornecimento foi direcionado aos submercados Sudeste/Centro-Oeste e Sul, regiões com maior demanda por energia elétrica. A previsão era de que o fornecimento de energia adicional começasse em 1º de maio de 2022, com contratos vigentes até 31 de dezembro de 2025.

Foram contratados mais de 24.900 TWh de energia, disponibilizando cerca de 1.220 MW de potência ao SIN. Os CERs foram celebrados, totalizando mais de R\$ 11 bilhões anuais, dos quais cerca de R\$ 9 bilhões seriam repassados ao consumidor cativo, resultando em um impacto de 4,49% nas tarifas de energia.

No caso 1, a Karpowership Brasil Energia (KPS) foi a vencedora do certame para a implantação de 4 usinas termelétricas offshore (Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II), agregando 560 MW de potência ao SIN. Os contratos foram celebrados para a geração de 1.261,701 TWh de energia elétrica inflexível por ano, equivalendo a aproximadamente 144 MW médios em base anual.

No caso 2, o grupo BTG Pactual venceu o certame para a implantação de três usinas termelétricas (Linhares Geração, Termelétrica Viana e Povoação Energia), adicionando mais de 148 MW de potência ao SIN. Os contratos foram celebrados para geração de 4.525 TWh de energia elétrica inflexível ao ano.

O MME celebrou contratos com outras empresas para a realização de outros empreendimento, os quais também foram submetidos à solução consensual, porém,

ainda não avançaram o suficiente para serem analisados no contexto desta pesquisa (veja na Tabela 4 que os Processos n.º 006.250/2023-8, 006.248/2023-3 e 006.223/2023-0 aparecem na fase inicial).

Em que pese a justificativa para a contratação da energia reserva tenha sido relevante, houve uma mudança no quadro de escassez hídrica em 2022 e, conseqüentemente, no aumento no armazenamento de energia nos reservatórios hidroelétricos e a queda nos preços da energia no mercado de curto prazo, de modo que a necessidade urgente da energia proveniente dos contratos do PCS para a segurança no fornecimento de energia do SIN foi consideravelmente diminuída.

Nesse contexto, a manutenção dos contratos, em um cenário no qual eles deixaram de ser necessários, despertou a atenção do TCU.

3.7.2. A primeira intervenção do TCU

Em fevereiro de 2022, o Governador de Santa Catarina representou ao TCU requerendo a suspensão cautelar da execução dos contratos decorrentes do PCS n.º 01/2021, a fim de evitar grave lesão ao interesse público, notadamente o aumento nas tarifas de energia elétrica. O Representante argumentou que a situação atual dos reservatórios justificava reavaliação da necessidade dos contratos, uma vez que a situação excepcional que fundamentou a contratação extraordinária, com um procedimento simplificado e diversas flexibilizações, não se fazia mais presente.

A medida cautelar pleiteada foi indeferida pelo Tribunal. No entanto, convém ressaltar que as razões que a Área Técnica arguiu para não propor a cautelar foi no sentido de que *“não era possível definir se essa providência seria mais adequada do que a manutenção dos instrumentos antes da devida avaliação pelos órgãos governamentais responsáveis”*⁴⁷. De todo modo, apesar do pedido do Representante, fato é que, a partir das considerações realizadas em tópicos anteriores quanto a competência, o TCU não poderia suspender o contrato nessa hipótese, uma vez que a atribuição conferida ao Tribunal é comunicar o Congresso Nacional, quem, de fato, possui competência para sutar o contrato, na forma do art. 71, § 1º, da CF.

Durante a fase de instrução, a Área Técnica do TCU reconheceu a mudança no cenário hidrológico e diligenciou à ANEEL e ao MME em busca de informações.

⁴⁷ Cf. Instrução do Acórdão n.º 2.699/2022-TCU-Plenário.

Um dos questionamentos foi se ainda existia justificativa para a necessidade da energia de reserva adquirida via PCS, dado que os valores contratados foram bem maiores do que a média.

Em resposta, o MME considerou que a predominância de condições favoráveis para o suprimento de energia não deveria ser considerada como um critério de avaliação no contexto do PCS. Isso porque a contratação foi fundamentada em um "(...) cenário de incerteza quanto às afluências futuras e de forte degradação das condições de atendimento eletroenergético então vigentes"⁴⁸.

A posição do Ministro Relator Benjamin Zymler foi no sentido de que o MME deveria demonstrar a conveniência na manutenção dos contratos e, na sua ausência, as ações que seriam tomadas pelo órgão. Nesse sentido, a resposta do MME à diligência considerou apenas uma explicação das condições em que a contratação ocorreu, não apresentando de forma objetiva a conveniência e oportunidade da manutenção dos contratos.

Já no Voto Revisor, proferido pelo Ministro Aroldo Cedraz, a conclusão foi diferente. Para o revisor, não cabe ao Tribunal "se debruçar em uma análise de economicidade de cada contrato para assim respaldar qualquer negociação"⁴⁹, pois essa é uma função do MME e da ANEEL. Destacou ainda que, no caso contrário, isto é, o Tribunal atuando para a renegociação dos contratos, este estaria:

colocando suas digitais e assumindo os riscos quanto ao planejamento setorial e à segurança energética em um gesto de se "apagar" o mal planejamento que levou ao PCS, sacrificando para tanto a segurança jurídica e escondendo os malfeitos dos gestores responsáveis⁵⁰.

Embora verificada a divergência entre os Ministros, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão 2.699/2022-TCU-Plenário, nos termos do Voto do Ministro Relator Benjamin Zymler, resolveu:

fixar prazo ao Ministério de Minas e Energia, com base no art. 251, caput, do Regimento Interno do TCU, para que, em 30 (trinta) dias, com base especialmente no seu poder-dever de motivação e autotutela, em face, entre outros, da melhoria do cenário hidrológico e dos elevados valores envolvidos, realize avaliação individualizada e conclusiva dos contratos decorrentes do PCS, comparando-se as vantagens e desvantagens quanto às possibilidades de manutenção dos contratos, rescisão ou solução negociada, indicando

⁴⁸ Cf. Instrução do Acórdão n.º 2.699/2022-TCU-Plenário.

⁴⁹ Cf. Voto Revisor do Acórdão n.º 2.699/2022-TCU-Plenário.

⁵⁰ Cf. Voto Revisor do Acórdão n.º 2.699/2022-TCU-Plenário.

objetivamente a melhor solução para cada contrato, considerando impacto nas tarifas no curto, médio e longo prazos e a segurança do fornecimento de eletricidade, levando-se em conta, também, alternativas que possam substituir o aumento de oferta de energia e potência previsto nos instrumentos, com fulcro no art. 53 da Lei 9.784/1999; no art. 41, VII, da Lei 13.844/2019; nos art. 1º, VI; art. 16, XII; art. 20, IV; art. 21, II e VI, do Anexo I do Decreto 9.675/2019 e no art. 26, caput e § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)⁵¹.

A respeito desta decisão, convém considerar que a atuação do TCU se mostrou incompatível com os limites de suas competências (os quais foram destacados no tópico 3.2 desta pesquisa), na medida em que o Tribunal proferiu determinação mesmo sem constatar ilegalidades nos contratos decorrentes do PCS n.º 1/2021. Não há dúvidas de que houve uma mudança do cenário da contratação e os contratos possivelmente se tornaram desnecessários, sob o ponto de vista da economicidade. No entanto, ao utilizar o parâmetro da economicidade para sua análise, deveria o Tribunal se limitar a proferir recomendações ao MME. Na linha do que se aproximou o Ministro Aroldo Cedraz, caberia ao MME decidir o que fazer com os contratos.

3.7.3. Da tentativa de solução do MME

Em concomitância com o acompanhamento do TCU, o MME havia publicado, em 27 de outubro de 2022, a Consulta Pública n.º 139/2022, cujo objetivo era discutir as diretrizes e condições para a resolução amigável dos Contratos de Energia de Reserva firmados em decorrência do PCS de 2021. A Consulta resultou na elaboração da Portaria n.º 55/GM/MME, de 19 de dezembro de 2022, estabelecendo as diretrizes para a solução amigável:

O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 3º-A, da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, no Decreto nº 6.353, de 16 de janeiro de 2008, no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, na Portaria Normativa nº 24/GM/MME, de 17 de setembro de 2021, e o que consta do Processo nº 48330.000167/2022-89, resolve:

Art. 1º Estabelecer, nos termos desta Portaria, as diretrizes e condições para a resolução amigável dos Contratos de Energia de Reserva - CER firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado - PCS, realizado em 25 de outubro de 2021.

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, na qualidade de gestora dos CER firmados em decorrência do Procedimento Competitivo Simplificado de 2021 - PCS 01/2021-ANEEL, poderá

⁵¹ Cf. Acórdão n.º 2.699/2022-TCU-Plenário.

resolver os referidos contratos de forma amigável, desde que, cumulativamente:

I - no prazo de até 60 (sessenta) dias contados da publicação desta Portaria, o vendedor apresente à ANEEL o Termo de Aceitação de Resolução Amigável, conforme modelo em Anexo, assinado por seus representantes legais, nos termos de seus atos constitutivos;

II - até a data de apresentação do Termo de Aceitação de Resolução Amigável, não tenha sido caracterizada nenhuma das hipóteses de resolução descritas na Cláusula 10ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Quantidade de Energia Elétrica e na Cláusula 12ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Disponibilidade de Energia Elétrica, observado o prazo previsto no CER para sanar a situação de inadimplemento contratual; e

III - sejam realizados todos os pagamentos e recebimentos devidos pelas partes, conforme as disposições estabelecidas no respectivo CER e na liquidação financeira relativa à contratação de energia de reserva, inclusive no que se refere às penalidades por não entrega de energia apuradas até a data do distrato.

§ 1º A resolução amigável terá caráter irrevogável e irretratável e desobrigará as partes do pagamento da penalidade de multa por resolução contratual prevista na Cláusula 11ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Quantidade de Energia Elétrica e na Cláusula 13ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Disponibilidade de Energia Elétrica.

§ 2º A resolução do contrato não libera as partes dos direitos e obrigações assumidos até a data do distrato.

§ 3º Com a resolução amigável do contrato, ambas as partes renunciam ao direito de pleitear, administrativamente ou judicialmente, qualquer indenização por perdas e danos relacionadas ao objeto do distrato.

Art. 3º A resolução amigável de que trata o art. 2º não se aplica aos casos em que, observado o prazo previsto no CER para sanar a situação de inadimplemento contratual, tenha sido caracterizada quaisquer das hipóteses de resolução descritas na Cláusula 10ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Quantidade de Energia Elétrica e na Cláusula 12ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Disponibilidade de Energia Elétrica, para os quais se aplica a resolução por descumprimento de obrigação contratual, com o consequente pagamento pelo vendedor da penalidade de multa por resolução prevista na Cláusula 11ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Quantidade de Energia Elétrica e na Cláusula 13ª dos Contratos de Energia de Reserva na modalidade Disponibilidade de Energia Elétrica.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Em relação aos adimplentes com o prazo rescisório do PCS, foi oferecida a opção de rescisão amigável do contrato, que desobrigava as partes contratantes do pagamento da penalidade de multa por resolução contratual, caso apresentassem o Termo de Rescisão Amigável à ANEEL em até 60 dias. Para aqueles caracterizados

como inadimplentes, previu-se o estrito cumprimento dos contratos, com a rescisão unilateral dos CER correspondentes e o pagamento das penalidades consequentes.

A proposta, no entanto, desconsiderava os investimentos já realizados pelas contratadas para a construção das usinas, de modo que, mesmo dispondo da infraestrutura, elas não poderiam comercializar a energia produzida ao SIN. Isso desmotivou a adesão das empresas à proposta do MME. Apenas a UTE Fênix protocolou pedido de rescisão amigável. Logo, a Portaria não alcançou plenamente o objetivo pretendido.

3.7.4. Da solução consensual no TCU

Considerando a pressão do TCU por uma solução por parte do MME, bem como o insucesso da proposta de acordo da Portaria n.º 55/2022, em marco de 2023, o Ministro Alexandre Silveira apresentou uma solicitação de solução consensual para o tratamento da controvérsia.

Portanto, a solicitação de solução consensual ao TCU foi motivada, ao menos em parte, por manifestações anteriores do Tribunal exigindo uma solução por parte do MME. A princípio, considerando o entendimento manifestado neste trabalho quanto às competências do TCU, este não tinha competência para realizar determinações ao MME nem à ANEEL, haja vista que não havia ilegalidade na celebração e condução dos contratos. Lembra-se que o art. 71, inciso IX, da CF prevê que o Tribunal poderá *“assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”*. Note-se, portanto, que o dispositivo é bastante claro quanto a necessidade de se verificar a ilegalidade.

O caso dos Contratos de Energia de Reserva, na verdade, é uma questão que apenas pode ser analisada e criticada a partir dos parâmetros da economicidade, eficiência e efetividade, situação na qual apenas é permitido ao TCU realizar recomendações ao órgão/entidade público, para que este avalie a melhor estratégia adotada.

Portanto, percebe-se que o TCU atraiu o problema para a sua supervisão, condicionando a assertividade do Administrador ao aval da Corte, uma vez que, aquele foi obrigado a informar suas escolhas e as razões destas. Ora, dessa atuação do TCU que decorre a constatação de que a forte atuação repressiva dos órgãos

de controle amedronta o Administrador Público e o impede de tomar decisões complexas, mesmo que amparadas pela lei.

A consequência da hipertrofia do controle já foi, inclusive, reconhecida pelo Presidente do TCU, Bruno Dantas, ao afirmar que:

a hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores. Em geral, agências reguladoras e gestores públicos têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de seus atos serem questionados, tornando o processo moroso. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio do TCU⁵².

A solução consensual surge justamente para oferecer uma saída menos dramática para o gestor público. No entanto, como se verifica, o instituto serve como legitimador da supervisão do Tribunal em decisões que, inicialmente, não lhe competia avaliar.

Apesar disso, fato é que a solicitação foi admitida pelo Presidente Bruno Dantas, com ratificação pelo Benjamin Zymler, uma vez que já existia um processo em curso na Corte.

3.7.5. Da comissão de solução consensual

No caso 1, nos termos da Portaria-Segecex 17, de 22 de maio de 2023, a Comissão de Solução Consensual (CSC) foi formada por representantes do MME, da ANEEL e da Karpowership Brasil Energia, além de representantes da Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações (SecexEnergia) e da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), unidade responsável pela coordenação e supervisão dos trabalhos.

No caso 2, nos termos da Portaria-Segecex 18, de 24 de maio de 2023, a Comissão de Solução Consensual (CSC) foi formada por representantes do MME, da ANEEL e das usinas Linhares Geração, Termelétrica Viana e Povoação Energia, além de representantes da Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações (SecexEnergia/TCU) e da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso/TCU), unidade responsável pela coordenação e supervisão dos trabalhos.

⁵² DANTAS, Bruno. Consensualismos, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 22, n. 127 Jun./Set. 2020.

Portanto, em ambos os casos foi permitida a participação do particular na negociação, o que, como ressaltado, é importante para garantir uma solução que atenda os múltiplos interesses envolvidos.

Inclusive, a resolução da controvérsia dependia muito mais do composição de interesses do MME, da ANEEL e das empresas privadas contratadas do que da manifestação do TCU. Isso porque não se buscava contornar uma ilegalidade do contrato, mas sim torná-lo mais efetivo. Mesmo assim, a comissão formada para a solução da controvérsia conta com uma participação significativa do TCU, já que dois de seus quatro membros pertencem ao Tribunal.

A participação de dois agentes do TCU na Comissão formada por quatro integrantes, assim como determinado pela IN n.º 91/2022, revela, na prática, que o TCU almeja com o instituto participar significativamente da elaboração da decisão. Inclusive, a negociação começa em um contexto no qual o poder público já conhece o posicionamento crítico do Tribunal quanto aos contratos. Desse modo, parece que (i) há uma potencial interferência do TCU na decisão a ser tomada, mesmo que indiretamente; e (ii) não há garantia de imparcialidade do TCU na condução da negociação.

Quanto à imparcialidade, de fato, parece que o instituto não se propõe a garanti-la, uma vez que não há essa previsão. E não há problemas que o TCU tenha seu posicionamento quanto ao tema. No entanto, parece que a negociação não se inicia da melhor forma quando um dos responsáveis por formular a proposta já tem seu posicionamento firmado e, caso as demais partes não o aceite, podem se sujeitar aos riscos de responsabilização por uma futura ação de controle. Ou seja, se as partes não seguirem o que pensa o TCU, este não aprovará o acordo. Por outro lado, caso cheguem a uma solução sem a atuação do TCU, não terão a segurança jurídica prometida pelo mecanismo do Tribunal.

3.7.6. A solução apresentada

As discussões iniciais no âmbito da comissão buscaram identificar alternativas para compatibilizar a execução contratual com o interesse público relacionado, no caso concreto, à redução do impacto tarifário decorrente da contratação emergencial e à segurança jurídica dos contratos celebrados.

No caso 1, as reuniões ocorreram nos dias 23, 26 e 29 de maio de 2023. Em mútuo entendimento, todos os membros da comissão concordaram que seria viável celebrar um termo de autocomposição. Esse termo abordou os seguintes aspectos: (i) redução da geração inflexível das usinas entre 1º de julho de 2023 e 31 de dezembro de 2023; (ii) contabilização da energia gerada pelas usinas em base mensal; (iii) preservação da eficácia das outorgas, da garantia física e da potência contratada; (iv) suspensão dos processos administrativos atualmente em análise na ANEEL durante as tratativas da Comissão; e (v) o encaminhamento pela Aneel e pela Karpowership de pedido de suspensão do Mandado de Segurança 1013469-13.2023.4.01.3400.

O primeiro ajuste diz respeito à redução da geração inflexível das usinas. A geração inflexível corresponde ao valor de geração mínima obrigatória de energia elétrica de determinada usina termelétrica. Ou seja, independentemente dos valores dos combustíveis e/ou condições do mercado, a usina deve gerar uma quantidade determinada de energia, sob pena de penalidade. Nesse contexto, não se mostra adequado obrigar a usina a gastar recursos para fornecer a quantidade mínima, sendo que essa energia não será utilizada. Desse modo, as partes combinaram em reduzir a quantidade de geração inflexível, o que, na prática, significa que os empreendimentos não serão obrigados a adquirir combustíveis caros e, conseqüentemente, esses valores não serão repassados ao valor da energia, que ficará mais barata, beneficiando o consumidor.

O outro aspecto do acordo é relativo à contabilização da geração de energia, que passa a ser mensal e não mais horária, permitindo uma operação mais eficaz dos empreendimentos. A modulação da energia ao longo de cada mês será ajustada em coordenação com o Operador Nacional do Sistema (ONS).

Os demais itens do acordo dizem respeito à segurança jurídica, visando a garantir o cumprimento do acordo. Desse modo, a solicitação de suspensão dos Mandados de Segurança visa justamente impedir liminares em sentido contrário ao acordo formulado entre as partes.

No caso 2, as reuniões ocorreram nos dias 25 de maio, 15 de junho e 04 de julho de 2023. Em síntese, a comissão identificou a possibilidade de: (i) eliminar a geração inflexível das usinas a partir de 1º de setembro de 2023 até o término da vigência dos contratos; (ii) realizar o equacionamento dos custos adicionais

associados à rescisão do contrato de gás, bem como o pagamento pela disponibilidade do sistema de fornecimento de gás e a desvinculação das operações financeiras de proteção da companhia em relação aos contratos originais; (iii) definir que as usinas, quando despachadas por ordem de mérito, receberão remuneração com base no Preço de Liquidação de Diferenças (PLD) em vez do Custo Variável Unitário (CVU); e (iv) efetuar o acerto financeiro com a Coner considerando as variações dos valores mensais futuros do PLD em relação ao PLD de R\$ 69,04 durante o período em que as usinas não estiverem despachadas.

Quanto ao primeiro item, a situação é muito parecida com o caso 1. Considerando o cenário hidrológico favorável, não há necessidade de manter a obrigação da empresa de entregar ao sistema uma quantidade inflexível de energia. A retirada dessa obrigação permite a utilização de recursos mais baratos e promove a diminuição do valor pago pelo consumidor. Dessa forma, a empresa apenas fornecerá energia quando for acionada pelo Operador Nacional do Sistema. Basicamente, o contrato de energia inflexível foi alterado para energia flexível.

No entanto, neste caso, existia um complicador a mais, visto que o contratado possuía custos associados aos contratos de fornecimento de gás e operações de proteção financeira. Logo, apenas retirar a obrigatoriedade de entrega de energia inflexível impõe ao contratado custos desproporcionais pelos investimentos já realizados e que precisarão ser realizados, tais como: (i) rescisão do contrato de fornecimento de gás e pagamento de multas; (ii) contratação de novo fornecimento de gás; (iii) desenvolvimento de proteção financeira caso as usinas sejam despachadas por ordem de mérito; (iv) acerto financeiro relacionado à variação do valor do PLD quando as usinas não estiverem despachadas; e (v) desfazimento de estruturas financeiras para suportar as diferenças envolvendo receitas corrigidas pelo IPCA e fornecimento de gás conforme variação do dólar.

A troca do regime de inflexibilidade para usina flexível exigiu a resolução do contrato de gás ora vigente entre as usinas e seu fornecedor, levando os empreendedores a suportar a penalidade prevista no contrato de fornecimento de gás. Além disso, foi necessária a celebração de outro contrato da mesma natureza, para que a usina possa atender à demanda de energia flexível.

Como as usinas poderão ser acionadas pelo ONS, elas receberão a receita calculada pelo valor do PLD fixado em R\$ 69,04. Em razão da fixação do valor

conforme negociado na Comissão de Solução Consensual, as usinas arcarão com a diferença a maior, de forma a assegurar o benefício ao consumidor. Esse custo será coberto pela Receita Fixa vinculada aos demais itens (RFdmais) e ocorrerá cada vez que as usinas forem despachadas na vigência dos contratos.

Por fim, no tempo em que as usinas não estiverem despachadas, isto é, não estiverem produzindo energia para o sistema, ficou acordado que o acerto financeiro será absorvido pelos empreendimentos.

3.7.7. Análise dos resultados e da atuação do TCU

Não há dúvidas de que o imbróglio resultante dos contratos celebrados a partir do PCS n.º 1/2021 do MME precisava de uma solução. Parece também que, desde o início, a solução que melhor resolveria a situação seria aquela decorrente de um acordo entre as partes. Isso porque, se por um lado a Administração deixasse o contrato persistir, privilegiando o negócio celebrado, o consumidor de energia elétrica seria drasticamente prejudicado. Por outro lado, se a Administração utilizasse sua força imperativa para rescindir os contratos, resultaria em prejuízos para os empreendimentos contratados, bem como custos indenizatórios para o Estado. Nesse contexto, a solução que atende a ambos os lados sempre pareceu ser a alternativa mais adequada.

Tanto é que os acordos celebrados, além de garantir a sobrevivência dos empreendimentos, resultaram em uma redução líquida de custos para o consumidor da ordem de R\$ 579 milhões, no caso 1, e de R\$ 224,5 milhões, no caso 2, provenientes da redução da geração inflexível de energia conforme previsto nos contratos. Isso foi suficiente para afastar, pelo menos por enquanto, a preocupação com o aumento tarifário na conta de energia dos consumidores.

Portanto, mister reconhecer que o consenso nesse conflito contratual, decorrente da mudança do cenário de contratação, se mostrou benéfico e contribuiu significativamente para um modelo de Administração ágil e eficiente.

No entanto, a proposta deste trabalho não é avaliar apenas os benefícios do consenso. A discussão que se propõe é porque a referida composição entre as partes precisa ocorrer sob a supervisão e, mais que isso, a participação ativa do Tribunal de Contas da União? Qual o impacto decorrente da atuação do Tribunal no acordo? E, ainda, a competência constitucional do Tribunal lhe permite agir dessa maneira?

Pois bem. Neste trabalho, considerou-se que o TCU tem competência para (i) determinações quando constatar ilegalidade na fiscalização contábil, financeira, orçamentaria e patrimonial nas atividades da Administração Pública; e (ii) recomendações quando identificar falta de economicidade ou eficiência na fiscalização contábil, financeira, orçamentaria, patrimonial e operacional nas atividades da Administração Pública. Portanto, a primeira intervenção do TCU no caso analisado parece que não foi adequada, uma vez o Tribunal determinou ao MME a avaliação individualizada e conclusiva dos contratos decorrentes do PCS, enquanto por não se tratar de ilegalidade, mas sim uma possível falta de economicidade, o ideal seria que o Tribunal realizasse recomendações ao Ministério, que poderia acatá-las ou não.

Não obstante a determinação realizada pelo Tribunal, este entendeu-se competente também para coordenar as tratativas de solução consensual entre o MME e os empreendimentos resultantes do PCS n.º 1/2021. Dessa forma, parece evidente que existe uma participação ativa do Tribunal na tomada de decisão. Tanto é que para que o acordo ganhe eficácia, ele deve passar pela aprovação do Plenário do TCU.

Embora dependa da supervisão e aprovação do TCU, fato é que o acordo celebrado decorre apenas da remodelação de obrigações e deveres entre as contratadas e o poder concedente. Ao que parece, a atuação do Tribunal foi mais para validar o que as partes poderiam ceder e/ou assumir de obrigações. Em razão disso, parece possível dizer que os acordos nos moldes formulados eram totalmente viáveis de serem celebrados apenas entre MME/ANEEL e as empresas privadas, sem a intervenção do TCU.

Ao que parece a infantilização dos Administradores Públicos decorrente da hipertrofia do controle, apontada, inclusive, por aqueles defendem essa atuação do TCU, tem-se convertido não apenas na incapacidade dos Administradores de tomarem decisões, mas também na incapacidade de resolverem problemas, de promoverem acordos eficazes e soluções inovadoras. Nesse cenário, o TCU, ao invés de readequar a sua atuação aos parâmetros constitucionais, tem-se aproveitado para substituir o Administrador infantilizado, por meio da absorção de problemas da Administração Pública e coordenação de uma solução consensual.

Ora, não parece crível que todos os acordos a serem celebrados pela Administração Pública tenha que ser realizado sob a supervisão do TCU. E não

apenas isso: a partir de um critério no qual é o próprio TCU que escolhe os casos nos quais ele pode ou não intervir. Portanto, se antes já existiam críticas quanto à atuação do Tribunal e o fato dele extrapolar sua competência, parece que o instituto da solução consensual fomentará essa atuação e permitirá a utilização de mais um mecanismo de intervenção na Administração Pública, inclusive, em casos nos quais não exista ilegalidades.

O TCU é órgão auxiliar do Poder Legislativo e não lhe é permitido interferir na função típica do Poder Judiciário ou do Poder Executivo⁵³. Portanto, a partir do momento em que o instrumento desenvolvido pelo TCU implica na possibilidade de o órgão decidir em conjunto com o Administrador Público, responsável por algum órgão ou entidade que compõe o Poder Executivo, fica evidente a expansão indevida de sua competência e o risco de interferência na discricionariedade administrativa.

4. Considerações finais

A presente monografia buscou responder a seguinte indagação: a inovação do TCU decorre da evolução paradigmática do Direito Administrativo ou da expansão das competências do Tribunal para alcançar o processo de tomada de decisão da Administração?

Inegável que o consenso ganhou muita relevância no Direito Administrativo, principalmente a partir de uma mudança paradigmática deste ramo, decorrente da adoção de um Estado Democrático de Direito e Social e de uma Administração Pública gerencial. Mudança esta que resultou no abandono da supremacia do interesse público e na necessidade de ponderar múltiplos interesses sociais para a tomada de decisão, cuja viabilização se dá por meio do consenso.

Isso não significa dizer, no entanto, que todo instrumento consensual adotado por órgãos ou entidades do Estado são benéficos e/ou juridicamente adequados. A inovação do TCU busca se adequar a essa tendência do Direito Administrativo, uma vez que surge com o propósito de conferir maior efetividade à atuação do Tribunal. Contudo, parece evidente que apenas se pode esperar uma atuação efetiva de um

⁵³ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso destaca que: “Não é papel do Tribunal de Contas, por via de consequência, dizer definitivamente o Direito - pois isso compete ao Judiciário - nem tampouco substituir-se aos agentes públicos constitucionalmente designados para tomada de decisões políticas e administrativas - atribuição dos órgãos do Poder Executivo”. (BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 203, p. 131–140, 1996).

órgão ou entidade naquilo que, de fato, lhe compete realizar. Do contrário, isto é, se o instrumento consensual for utilizado para uma atividade que não lhe cabe, o resultado será a fortificação de uma atuação inadequada do órgão ou entidade. Pois bem, esse parece ser o caso do TCU.

Conforme a Constituição, em linha do que foi defendido neste trabalho, compete ao TCU realizar (i) determinações quando constatar ilegalidade na fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial; e (ii) recomendações quando identificar falta de economicidade ou eficiência na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional. Mesmo assim, foi demonstrado que é prática usual do Tribunal ampliar sua competência e/ou atuar em situações que originalmente não lhe cabiam. O exemplo mais evidente disso são as determinações realizadas pelo Tribunal nos casos em que lhe competia apenas realizar recomendações.

Nesse contexto, o estudo de caso demonstrou que os problemas de economicidade que afetavam os Contratos de Energia Reserva do Ministério de Minas e Energia permitiam ao TCU tecer tão somente recomendações ao órgão. Mesmo assim, o Tribunal viu-se competente para realizar determinações. Essas determinações, mais tarde, podem ter contribuído para levar a questão ao Tribunal sob forma de uma solicitação de solução consensual, haja vista uma possível intimação do Administrador. A partir de então, tornou-se possível ao Tribunal participar ativamente da tomada de decisão, uma vez que seus agentes compõe a comissão de solução consensual, cuja proposta apenas é aprovada quanto existir unanimidade entre os seus integrantes.

Por essa razão, embora o instrumento tenha sido pensado como forma de minimizar a infantilização dos Administradores Públicos, decorrente da hipertrofia do controle, isso não é o que se verifica na prática. O instituto não resolve o aludido problema, mas reconhece que os Administradores são incapazes de resolverem as situações que lhe são submetidas e de promoverem acordos eficazes e soluções inovadoras por conta própria. Nesse cenário, o TCU, ao invés de readequar a sua atuação aos parâmetros constitucionais, o que, de fato, resolveria o problema do controle hipertrofiado, tem aproveitado esse contexto para substituir o Administrador infantilizado, absorvendo problemas da Administração Pública e coordenando uma solução consensual, cuja validação e eficácia depende, ainda, de sua anuência.

Um critério relevante a ser considerado para avaliar se o Tribunal está extrapolando sua competência é verificar se as competências de outros órgãos ou entidades permanecem preservadas. Nesse sentido, percebe-se que, ao compartilhar a tomada de decisão entre o controlador e o controlado, a solução consensual fortalece a atuação do primeiro e reduz a do segundo. Por essa razão, esse instrumento representa, na realidade, uma maneira de o Tribunal ampliar sua competência para influenciar o processo de tomada de decisão da Administração.

5. Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. **Tribunais de Contas: algumas incompetências**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 203, p. 131–140, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- DANTAS, Bruno. **Consensualismos, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 22, n. 127 Jun./Set. 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Transformações do Direito Administrativo**. Revista de Direito da Administração Pública. a. 1, v. 1, n. 2, jun/dez, 2016.
- ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o Estudo da Atividade de Direito Privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública Gerencial**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, n. 2, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 499.
- ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.
- SABENÇA, Sandro Zachariades. **O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica**. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.