



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO RIGOTTI DE ÁVILA E SILVA

GOVERNANÇA COLABORATIVA E CONSENSUALISMO NO ÂMBITO DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:
UM OLHAR À LUZ DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

COLLABORATIVE GOVERNANCE AND CONSENSUALISM WITHIN THE
FEDERAL COURT OF ACCOUNTS: A PERSPECTIVE IN LIGHT OF PUBLIC
CHOICE THEORY

BRASÍLIA
2025



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO RIGOTTI DE ÁVILA E SILVA

GOVERNANÇA COLABORATIVA E CONSENSUALISMO NO ÂMBITO DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:
UM OLHAR À LUZ DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

COLLABORATIVE GOVERNANCE AND CONSENSUALISM WITHIN THE
FEDERAL COURT OF ACCOUNTS: A PERSPECTIVE IN LIGHT OF PUBLIC
CHOICE THEORY

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, elaborada sob a orientação da Prof^a Dra. Amanda Flávio de Oliveira

Orientadora Prof^a Dra. Amanda Flávio de Oliveira

BRASÍLIA
2025

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Leonardo Rigotti de Ávila e Silva

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira (Orientadora)

Universidade de Brasília

Professor Doutor Bruno Dantas (Membro Externo)

Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro

Professor Doutor Tarcísio Vieira Caravalho Neto (Membro Interno)

Universidade de Brasília

Brasília, 27 de fevereiro de 2025

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pelo dom da vida, e pela salvação em Jesus Cristo. Agradeço ao Eterno pelas bênçãos do trabalho, do estudo e pela graça imerecida que Ele derrama sobre mim todos os dias, apesar das minhas falhas.

Em segundo lugar, agradeço à minha amada esposa, Jade, por estar comigo nos momentos mais difíceis, por sua paciência e compreensão.

Estendo os agradecimentos aos meus avós, Paulo e Marilda, Luiz e Creuza, que sempre foram portos seguros em minha vida. Cada qual com sua personalidade e trejeitos, sempre estiveram na primeira fileira das minhas vitórias e das minhas derrotas.

Aos meu pais, Paulo César e Itacy, pelo amor incondicional. Agradeço pelos ensinamentos, pelo cuidado constante e pelo esforço incansável em me proporcionar o melhor, mesmo nos momentos mais desafiadores.

Ao meu irmão, Gabriel, parceiro inseparável de jornada, que com sua companhia e apoio tornou a caminhada mais leve. Cada risada compartilhada, cada conselho dado e cada demonstração de carinho fizeram toda a diferença.

Agradeço à minha orientadora, Amanda Flávio de Oliveira, por todas as admoestações, por sua paixão inspiradora em prol da liberdade e pelo incentivo constante ao aperfeiçoamento acadêmico e profissional.

Agradeço ao Ministro Bruno Dantas por cada gota de conhecimento compartilhado comigo, cada conversa e cada instrução foram essenciais em minha caminhada. Sua dedicação ao ensino e a disciplina constante em todas as áreas da vida são exemplos que levarei comigo em minha trajetória.

Agradeço a João Victor Prasser, frônesis encarnado, pelas batalhas, por cada história compartilhada e por constantemente me desafiar a ir além.

Ao professor Humberto Jacques de Medeiros, agradeço por toda a luz nos meus períodos de trevas e por ser um daqueles professores que marcaram positivamente a minha história.

Ao professor Ailton Seelaender, agradeço por ser um modelo de acadêmico disciplinado e uma fonte inesgotável de inspiração intelectual, sempre disposto a compartilhar seu conhecimento.

Ao querido amigo João Alberto de Oliveira Lima, agradeço pelos longos anos de conversas e ensinamentos, por me lembrar constantemente que o conhecimento deve sempre ser acompanhado de humildade e generosidade

Agradeço a Gabriel Cruz por toda a ajuda e todos os *insights*, correções e conselhos sobre a escrita dessa dissertação.

Aos meus amigos Guilherme Mazarello, Egon Rafael, Lucas Orsi, Arthur Rossini, André Bitar, Davi Medeiros, Mateus Gennari, Adriano Figueiredo, Matheus Garcia, pela parceria e pelos bons momentos.

It is high time to rescue the highest from its unconscious existence in the lowest; to become fully aware, in the face of the magical transformations that SO rapidly face us, and to reestablish our covenant with the God whose magic words structure our consciousness and our societies, insofar as they are functional and productive It is time totake up the wrestling in earnest, to awaken, to return to our origin, and to know the place, as conscious adults, for the first time. God is dead? No.

Jordan Peterson

We who wrestle with God

A quem, pois, me comparareis para que eu lhe seja igual? — diz o Santo. Levantai ao alto os olhos e vede. Quem criou estas coisas? Aquele que faz sair o seu exército de estrelas, todas bem-contadas, as quais ele chama pelo nome; por ser ele grande em força e forte em poder, nem uma só vem a faltar. Por que, pois, dizes, ó Jacó, e falas, ó Israel: O meu caminho está encoberto ao Senhor, e o meu direito passa despercebido ao meu Deus? Não sabes, não ouviste que o eterno Deus, o Senhor, o Criador dos fins da terra, nem se cansa, nem se fatiga? Não se pode esquadriinhar o seu entendimento. Faz forte ao cansado e multiplica as forças ao que não tem nenhum vigor. Os jovens se cansam e se fatigam, e os moços de exaustos caem, mas os que esperam no Senhor renovam as suas forças, sobem com asas como águias, correm e não se cansam, caminham e não se fatigam.

Isaías, 40: 25-31

RESUMO

O presente trabalho analisa o consensualismo no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), com ênfase na atuação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) e na normatização do procedimento pela Instrução Normativa nº 91/2022. O estudo investiga como o procedimento de solução consensual pode ser compreendido como uma resposta institucional inovadora para corrigir falhas de governo, promovendo governança colaborativa e eficiência administrativa.

Partindo de uma análise teórica baseada na Teoria da Escolha Pública e na Governança Colaborativa, a pesquisa explora as transformações no Direito Administrativo brasileiro desde a Constituição de 1988, com destaque para a transição de um modelo burocrático para um modelo gerencial. São apresentados os fundamentos normativos, os critérios de admissibilidade e as fases do procedimento de solução consensual no TCU, além da análise de sua natureza jurídica, caracterizada pela mediação técnica e pela configuração do Termo de Autocomposição como negócio jurídico administrativo.

A aplicação prática do modelo é ilustrada pelo caso Karpowership, que demonstra a capacidade do consensualismo de corrigir falhas de governo, reduzir custos e aprimorar a legitimidade das decisões públicas. Ao integrar práticas de diálogo e cooperação, o modelo transforma o TCU em um agente ativo na promoção da boa governança e na modernização institucional.

Conclui-se que o procedimento de solução consensual no TCU representa um marco na evolução do controle externo no Brasil, consolidando-se como um instrumento para possivelmente superar falhas de governo.

Palavras-chave: Consensualismo; Falhas de Governo; Governança Colaborativa; Mediação Técnica.

ABSTRACT

This study analyzes consensualism within the scope of the Federal Court of Accounts (Tribunal de Contas da União – TCU), with a focus on the activities of the Secretariat for External Control of Consensual Solutions and Conflict Prevention (SecexConsenso) and the regulation of the procedure through Instruction nº 91/2022. The research investigates how the consensual solution procedure can be understood as an innovative institutional response to address government failures, promoting collaborative governance and administrative efficiency.

Grounded in a theoretical framework based on Public Choice Theory and Collaborative Governance, the study examines the transformations in Brazilian Administrative Law since the 1988 Constitution, highlighting the shift from a bureaucratic to a managerial model. It presents the normative foundations, admissibility criteria, and stages of the consensual solution procedure at the TCU, alongside an analysis of its legal nature, characterized by technical mediation and the framing of the Agreement Term (Termo de Autocomposição) as an administrative legal transaction.

The practical application of this model is illustrated through the Karpowership case, which showcases the capacity of consensual action to address government failures, reduce costs, and enhance the legitimacy of public decisions. By integrating dialogue and cooperation practices, the model transforms the TCU into an active agent in fostering good governance and institutional modernization.

The study concludes that the consensual solution procedure at the TCU represents a landmark in Brazil's external control evolution, establishing itself as a potential tool to overcome government failures.

Keywords: Consensualism; Government Failures; Collaborative Governance; Technical Mediation.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANM – Agência Nacional de Mineração

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AudElétrica – Unidade de Auditoria Especializada em Energia Elétrica e Nuclear

CER – Contratos de Energia de Reserva

CPC – Código de Processo Civil

CSC – Comissão de Solução Consensual

DMI – Dispositivos Médicos Implantáveis

FEDERASSANTAS – Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos de Minas Gerais

IAD – *Institutional Analysis and Development*

IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

IG – Índices de governança

IGG – Índice que avalia a governança geral dos órgãos e entidades

IN – Instrução Normativa

KPS – Karpowership Brasil Energia Ltda.

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MBO – Gestão por Objetivos

MCP – Mercado de Curto Prazo

MDH – Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania

MME – Ministério de Minas e Energia

MPTCU – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União

MW – Megawatt

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

PCS – Procedimento de Contratação Simplificada

PLD – Preço de Liquidação de Diferenças

PortosRio – Companhia Docas do Rio de Janeiro

PPD – Pista de pouso e decolagem

PRU5R – Procuradoria-Regional da União da 5ª Região

RBAC – Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC)

RITCU – Regulamento interno do Tribunal de Contas da União

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

Segecex – Secretaria-Geral de Controle Externo

SIN – Sistema Interligado Nacional

SSC – Solicitação de Solução Consensual

STF – Supremo Tribunal Federal

TAC – Termos de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

TEP – Teoria da Escolha Pública

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TWh – Terawatt-hora

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E DO PERFIL DO CONTROLE EXTERNO EM DIREÇÃO À CONSENSUALIDADE	18
1.1. Panorama histórico do direito administrativo da Constituição de 1988 e seus reflexos	19
1.2. A nova interpretação da indisponibilidade e da supremacia do interesse público	22
1.3. Da legalidade à juridicidade	25
A eficiência administrativa	30
1.4. Evolução no perfil de atuação do TCU em direção ao consensualismo	34
1.5. Conclusões Parciais	43
2. PANORAMA GERAL DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA	44
2.1. Origens e Fundações	44
2.2. Principais Autores	45
2.2.1. Gordon Tullock	45
2.2.2. James M. Buchanan	47
2.3. Conceitos Fundamentais	50
2.3.1. Individualismo Metodológico	50
2.3.2. Agente Público e Agente Privado	50
2.3.3. Focos da Teoria da Escolha Pública	51
2.4. Falhas de governo: definição e “remédios”	54
2.4.1. Definindo <i>Government Failure</i>	54
2.4.2. Por que o Governo Falha Tanto e Como Melhorar?	56
2.5. Governança Colaborativa	59
2.6. Conclusões Parciais	63
3. CONSENSUALISMO NO TCU	64
3.1. Fundamentos Legais do Procedimento	64
3.2. Critérios de Admissibilidade e Casos Práticos	68
3.3. Constituição e Dinâmica da Comissão de Solução Consensual (CSC)	76
3.4. Natureza Jurídica	84

3.4.1. Natureza jurídica da atuação do TCU nos procedimentos de solução consensual	86
3.4.2. Natureza Jurídica do Termo de Autocomposição	91
3.5. ANÁLISE DE CASO: A SOLUÇÃO CONSENSUAL DA KARPOWERSHIP	97
3.5.1. Síntese do caso	97
3.5.2. Identificação dos elementos teóricos no caso	99
3.6. Conclusões parciais	101
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

INTRODUÇÃO

No dia 29 de julho de 2024, foi protocolada a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 1183. O Partido Novo, autor da ação, questionou perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a constitucionalidade da Instrução Normativa n.º 91/2022, expedida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que instituiu a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso).

Segundo o autor, haveria quatro questões centrais que fundamentariam o descumprimento de preceito fundamental: se a instituição da nova Secretaria feriu (i) o princípio da legalidade administrativa, (ii) a separação dos poderes, (iii) a moralidade administrativa e (iv) o princípio republicano, todos previstos na Constituição de 1988 .

Argumenta-se que o princípio da legalidade teria sido violado porque a Instrução Normativa n.º 91/2022, ao criar a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), teria ultrapassado os limites do poder regulamentar atribuído ao Tribunal de Contas da União (TCU) pelo art. 3º da Lei n.º 8.443/1992.

No mesmo sentido, seria implementado um suposto controle prévio, e, portanto, a norma interferiria na autonomia administrativa à medida em que supostamente substitui o administrador e cria atribuições que não estão previstas nem na Constituição nem na legislação ordinária. Esse fato configuraria uma ampliação indevida das competências do TCU, em desacordo com o princípio da legalidade, que exige a estrita observância das normas legais e constitucionais por parte da administração pública¹. Haveria, portanto, preocupações quanto ao desvio de finalidade e à atribuição de “*superpoderes*” ao Tribunal, que poderiam comprometer a harmonia entre os Poderes da República e extrapolar os limites constitucionais que são impostos à atuação do TCU.

No mesmo sentido, o Partido sustenta que a norma feriu a separação de poderes ao posicionar o Tribunal de Contas da União (TCU), um órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo, como protagonista na

¹ PARTIDO NOVO. Petição inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 1183. Supremo Tribunal Federal, Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6990125>. Acesso em: 06.01. 2025.

formulação e implementação de políticas públicas, funções que são exclusivas do Poder Executivo, conforme previsto na Constituição. Isso porque, por meio do procedimento de solução consensual, seria permitido ao TCU exercer controle prévio sobre atos administrativos, o que condicionaria sua eficácia à aprovação da Corte de Contas. Essa suposta prática, conforme argumenta o autor², subverteria a lógica constitucional, na qual o TCU deveria se limitar à fiscalização concomitante ou posterior, desrespeitando o art. 71 da Constituição e o art. 2º, que estabelece a independência e harmonia entre os poderes.

Por fim, a Instrução Normativa n.º 91/2022 do TCU supostamente também comprometeria a moralidade administrativa e o princípio republicano ao concentrar poderes na Presidência do órgão. Tal configuração criaria, conforme consta na exordial, um cenário propício para negociações políticas que podem se afastar do interesse público e abrir margens para práticas incompatíveis com a ética pública³.

Esses questionamentos apontariam para distorção do papel constitucional do TCU, que, por tradição, atua como órgão fiscalizador externo e auxiliar do Congresso Nacional, sem competência normativa ou executiva sobre políticas públicas.

O debate trazido ao STF, no entanto, transcende a análise da constitucionalidade da norma — o qual não pertence ao escopo da presente pesquisa. Ele também lança luz sobre o papel das instituições de controle em um sistema republicano e democrático, que considera o contexto de profundas mudanças na administração pública brasileira de um modelo burocrático-weberiano para um modelo gerencial. O caso, portanto, tem o potencial de se tornar um marco no direito administrativo, e pode sedimentar novos padrões de interação entre o TCU e outros órgãos da Administração Pública Federal, bem como alterar substancialmente os rumos da utilização de soluções consensuais na administração pública.

Assim, torna-se importante perquirir o modo como a atuação do Tribunal de Contas da União, ao criar estruturas como a SecexConsenso e instituir o procedimento de solução consensual, impacta o perfil de atuação do controle externo.

² Ibidem.

³ Ibidem.

Com esta breve contextualização, delimita-se o tema deste trabalho como a consensualidade como instrumento de atuação do Tribunal de Contas da União no contexto de transformação do Direito Administrativo no século XXI.

Neste sentido, propõe-se, na delimitação do escopo, o seguinte problema de pesquisa: o procedimento de solução consensual que ocorre perante o Tribunal de Contas da União pode ser compreendido como um possível remédio para falhas de governo?

Assume-se como hipótese de pesquisa que é possível enquadrar o procedimento como uma forma de governança colaborativa que, por seu turno, pode contribuir para a solução de falhas de governo. Essa hipótese baseia-se na perspectiva da Teoria da Escolha Pública, que reconhece a importância de mecanismos que promovam a interação entre diferentes atores para mitigar as falhas de governo. Esses procedimentos consensuais poderiam, assim, ser entendidos como instrumentos capazes de alinhar interesses divergentes, aumentar a eficiência das decisões públicas e promover a superação de falhas de governo.

Além disso, sustenta-se que o uso desses mecanismos no TCU reflete um movimento de modernização institucional, em que há uma maior ênfase na resolução de conflitos de maneira dialógica e na construção de soluções compartilhadas.

Assim, o objetivo geral deste trabalho consiste em investigar a atividade consensual como instrumento da atuação da Administração Pública, com enfoque nas soluções consensuais de conflitos que envolvem a mediação do TCU. Tenciona-se, portanto, avaliar seu potencial para promover a governança colaborativa e solucionar falhas de governo. Logo, o objetivo geral é compreender como esses instrumentos podem ser aplicados de maneira eficaz para alinhar os interesses dos diversos atores envolvidos, aprimorar a eficiência administrativa, elevar a legitimidade das decisões públicas e, em análise concomitante, ajudar a resolver as falhas advindas da atuação estatal.

Nesse contexto, são objetivos específicos desta pesquisa analisar os fundamentos teóricos e jurídicos das práticas de solução consensual de conflitos na Administração Pública, com ênfase no papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Ademais, propõe-se avaliar o alinhamento do procedimento da solicitação de solução consensual com os princípios de governança colaborativa.

A metodologia utilizada para responder à questão central proposta, bem como para atingir o objetivo geral e os objetivos específicos, é construída no sentido hipotético-indutivo e possui natureza teórica. Ela contempla um levantamento bibliográfico e documental com foco na questão das transformações do Direito Administrativo Brasileiro no atual momento histórico, econômico e social, e na Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*) e da Governança Colaborativa, que servirão de referencial teórico para a pesquisa.

O primeiro capítulo pretende explorar a evolução do direito administrativo brasileiro após a Constituição de 1988. Destaca-se a transição de paradigmas tradicionais, centrados na supremacia e indisponibilidade do interesse público e legalidade estrita, para uma abordagem mais dinâmica, fundamentada nos princípios da juridicidade e eficiência administrativa. Analisa-se a incorporação de valores democráticos, como a colaboração e a participação cidadã, em contraposição a práticas burocráticas herdadas do regime autoritário. No âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), é detalhada a transição de um controle formalista para um modelo finalístico, com ênfase em práticas pedagógicas e consensuais, que culminou na criação da SecexConsenso como marco institucional de uma Administração orientada por diálogo e resultados. A análise incorpora críticas à rigidez dos conceitos tradicionais, reconhece a pluralidade de interesses e a necessidade de soluções flexíveis e eficazes, enquanto a Teoria da Escolha Pública é sugerida como ferramenta para compreender e aprimorar os processos decisórios consensuais no setor público.

O segundo capítulo, por sua vez, traz um panorama geral da Teoria da Escolha Pública (TEP). Destaca-se as suas origens, principais autores e conceitos fundamentais, além de sua relevância na análise de falhas governamentais e propostas de melhoria. Com base em contribuições de Gordon Tullock e James Buchanan, a TEP argumenta que agentes públicos atuam guiados por incentivos próprios, o que frequentemente resulta em ineficiências, como *rent-seeking*, captura regulatória e decisões públicas desalinhadas do interesse coletivo. A análise incorpora as reflexões de Peter Schuck sobre os fatores estruturais que perpetuam o fracasso estatal e defende abordagens incrementais, como a governança colaborativa, para promover eficiência, legitimidade e equidade nos processos decisórios. Essa forma de governança é apresentada como uma resposta às

limitações institucionais, ao integrar perspectivas diversas por meio de estruturas policêntricas e mecanismos de deliberação inclusiva. O texto também prepara o terreno para aplicar essas teorias na análise do consensualismo no Tribunal de Contas da União, a fim de destacar como práticas colaborativas podem corrigir falhas de governo e aprimorar a eficácia administrativa.

O terceiro capítulo descreve o procedimento de consensualismo no Tribunal de Contas da União (TCU), com ênfase na criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) e sua normatização pela Instrução Normativa nº 91/2022. Nela, apresentam-se os fundamentos normativos e legais que sustentam o procedimento de solução consensual, os critérios de admissibilidade para solicitações consensuais, e as fases do procedimento, que incluem desde a análise prévia até a homologação do Termo de Autocomposição pelo Plenário do TCU e posterior assinatura do Termo pelo Presidente da Corte de Contas.

É feita também uma análise da natureza jurídica do procedimento e do Termo de Autocomposição, na qual se conclui que, apesar da hibridez do procedimento, pode-se dizer que natureza jurídica é de mediação técnica e que o Termo de Autocomposição possui natureza de negócio jurídico administrativo. Por fim, apresenta-se o caso da Karpowership, em que se evidencia a eficácia do consensualismo como instrumento para corrigir falhas de governo, reduzir custos e aumentar a eficiência e a legitimidade das ações públicas. Conclui-se que o TCU, ao adotar a governança colaborativa, que é a solicitação de solução consensual, consolida um modelo institucional inovador que possui o condão de corrigir falhas de governo.

Por fim, a conclusão do trabalho reafirma que o modelo de consensualismo implementado pelo TCU, capitaneado pela SecexConsenso, é uma inovação institucional que transcende a simples resolução de conflitos. Trata-se de um instrumento que ressignifica o perfil de atuação do Tribunal e o transforma em um agente ativo na promoção da governança colaborativa. Assim, o procedimento de solução consensual do TCU é um possível método de correção de falhas de governo. A combinação de mediação técnica, pragmatismo e segurança jurídica posiciona o consensualismo como um caminho promissor para a solução de tais

falhas, a eficiência administrativa, a redução de custos de transação e a melhoria do relacionamento entre os setores público e privado.

1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E DO PERFIL DO CONTROLE EXTERNO EM DIREÇÃO À CONSENSUALIDADE

A trajetória do direito administrativo no Brasil reflete uma confluência de pressões internas e externas que moldaram sua evolução ao longo do tempo. Desde a forte influência do modelo francês⁴, particularmente no que diz respeito à organização administrativa e aos princípios fundamentais do regime jurídico público, até a transformação promovida pela Constituição de 1988, que consolidou uma principiologia constitucional-administrativa, o direito administrativo brasileiro desenvolveu-se a partir de um diálogo contínuo com diferentes fontes, ideologias e perspectivas⁵.

Este capítulo tem como objetivo explorar a evolução do direito administrativo brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988. Ressalta-se a transição de um modelo centralizado, fundamentado em noções estanques de supremacia e indisponibilidade do interesse público, para uma abordagem mais pluralista, inclusiva e consensual, que culminou na criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso).

Tal mudança veio pautada pela reinterpretação de institutos tradicionais e a introdução novos instrumentos jurídicos orientados por uma mudança axiológica no direito público⁶.

Além de examinar as transformações paradigmáticas que influenciaram a atuação administrativa, este capítulo analisará os marcos normativos e as interpretações acadêmicas que impulsionaram essa mudança de perspectiva, abordando também a influência do cenário internacional. Serão discutidos os desafios enfrentados na implementação de práticas colaborativas na administração

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 5, p. 1-25, 2006, p. 16.

⁵ Idem.

⁶ DE MENDONÇA, J. V. S. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 265, p. 179–198, 2014. DOI: 10.12660/rda.v265.2014.18916. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/18916>. Acesso em: 15 dez. 2024.

pública, com destaque para as demandas sociais por eficiência, segurança jurídica e uma administração pública mais alinhada aos valores democráticos e ao interesse público reinterpretado.

Nesse panorama, será apresentada a criação da Secretaria de Soluções Consensuais e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) como um marco institucional no fortalecimento da consensualidade na administração pública, o que reforça sua relevância para a consolidação de uma cultura administrativa pautada no diálogo, na cooperação e na busca por soluções que representem o amálgama dos interesses públicos e privados⁷.

1.1. Panorama histórico do direito administrativo da Constituição de 1988 e seus reflexos

Como corretamente observa Gustavo Binenbojm, a tradição pressupõe continuidade. A possibilidade de utilizar visões anteriores para orientar nosso modo de produção cultural é uma das formas mais antigas, se não a única, de alcançá-la. Esse mesmo fenômeno é encontrado no mundo do Direito, que costumeiramente se apoia nas *tradições jurídicas* para interpretar e aplicar o ordenamento jurídico, o que acaba por perpetuar conceitos institutos e ideias que, mesmo adaptados ao tempo presente, carregam a influência das visões e práticas do passado.⁸

Isso explica o porquê, mesmo com o advento da Constituição de 1988, o direito administrativo demorou anos para se adaptar e manteve ainda uma vertente burocrática essencialmente semelhante à praticada no período da ditadura militar⁹. Essa continuidade de certa maneira foi uma demonstração do que Otto Mayer, ilustre publicista alemão, dizia: o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece¹⁰.

⁷ KUSMA, Tais Fernanda. Soluções Consensuais No Âmbito Do Tribunal De Contas Da União: SecexConsenso e a Instrução Normativa n. 91/2022. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, [S. l.], v. 10, n. 19, p. 119–135, 2024. Disponível em: <https://www.revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/162>.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo: Entre Justificação E Operacionalização. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, 9(3), 2023, 774–782. <https://doi.org/10.21783/rei.v9i3.785>.

⁹ Cf. VIDAL, Victor Luna. Direito administrativo e pós-positivismo: uma releitura crítica. *Revista Vianna Sapiens*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 26, 2019. DOI: 10.31994/rvs.v10i1.531. Disponível em: <https://viannasapiens.emnuvens.com.br/revista/article/view/531>. Acesso em: 15 dez. 2024.

¹⁰ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª ed., 1924, p. 5.

O direito administrativo "permanece" por contribuir visceralmente para a organização e o funcionamento do Estado, por operar como uma ferramenta indispensável à manutenção da ordem administrativa e da gestão pública, independentemente das mudanças de regime político¹¹. É dizer: cria-se, ao longo do tempo, uma organicidade ao redor dos institutos administrativos que naturalmente demoram para serem alterados. No caso brasileiro, a demora se deu em termos de incorporação de valores participativos e colaborativos, de cidadania ativa, de eficiência, próprios de democracias consolidadas e que foram trazidos pela Constituição de 1988¹².

O agigantamento das funções estatais, a enorme interferência nos mecanismos de mercado e centralização do poder administrativo são algumas das práticas que a tradição anterior à Constituição logrou êxito em perpetuar¹³.

Além disso, a doutrina jurídica elaborada naquele período, ainda que em forma de crítica, fazia suas análises prioritariamente a partir de valores, práticas e instituições do regime autoritário, o que fundamentava, por exemplo, dentre outras coisas, conceitos como a supremacia e indisponibilidade do interesse público, a discricionariedade administrativa e sua consequente restrição ao controle perante o chamado mérito do ato administrativo dentre outros. Esses conceitos foram amplamente ressignificados por teóricos autocráticos e fundadores de regimes autoritários que, ao usar o léxico do direito administrativo, buscaram consolidar a ideia de um Estado forte e centralizador, em que a administração pública se distanciava de princípios democráticos e da participação popular.¹⁴

Conceitos como os apresentados podem ser usados por regimes autocráticos, pois contribuem para a manutenção de uma lógica de autoridade em vez de uma lógica cidadã.¹⁵

¹¹ PESSOA, Robertônio Santos. O Direito Administrativo Brasileiro Antes Da Constituição De 1988: A Consolidação De Uma Escola Nacional. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, [S. l.], v. 28, n. 1, p. 20, 2022. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/1095>. Acesso em: 15 dez. 2024.

¹² Idem.

¹³ Cf. LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*, v. 49, n. 2, 1998.

¹⁴ Cf. VIEIRA, Elder Leonardo. Abreu; LELIS, Davi Augusto Santana de. A Reforma Administrativa Brasileira De 1967 E O Autoritarismo Da Ditadura Civil-Militar: O Que A Democracia Tem A Dizer. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, [S. l.], v. 38, n. 2, p. 56–73, 2022.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

Ademais, a produção acadêmica amplamente disseminada nas universidades e em parte refletida nas decisões judiciais, ajudou a consolidar um modelo jurídico que privilegiava a autoridade estatal em detrimento de uma abordagem mais liberalizante e participativa. Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, essa base teórica continuou a influenciar tanto a prática administrativa¹⁶ quanto o ensino jurídico, o que dificultou a adoção plena dos novos princípios constitucionais.

É importante frisar que, mesmo dentre democratas confessos, os ideais do estatismo e da supervalorização da atuação estatal nas mais diversas áreas da vida cotidiana permaneceram mediante a propagação dessas doutrinas administrativistas¹⁷.

Com o passar do tempo, novas fontes, inclusive de direito comparado, novas interpretações e novas doutrinas foram introduzidas no ordenamento jurídico nacional de tal maneira que a própria caracterização do direito administrativo foi alterada.

De todas as interpretações de institutos alterados que poderiam ser listadas, para melhor pautar a discussão da instituição do consensualismo na administração pública e, em momento posterior, no Tribunal de Contas da União, três se destacam: a indisponibilidade e supremacia do interesse público, a estrita legalidade administrativa e a eficiência administrativa. A escolha desses três não foi feita ao acaso. Conforme diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, essas são as três, dentre

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência da estrutura administrativa de 1967. O que resta da ditadura : a exceção brasileira. Tradução . São Paulo: Boitempo, 2021. Acesso em: 09 jan. 2025.

¹⁷ Pelo todo, conferir: ZATELLO, Gustavo Direito Administrativo, Estado Interventor e Técnica: uma Biografia Jurídica de Hely Lopes Meirelles (1917-1990) / Gustavo Zatelli; orientador Airton L. Cerqueira Leite Seelaender. -- Brasília, 2022. 317 p. Há, também, inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988 que se baseiam na tradição epistêmica e axiológica de doutrinas administrativistas coletivistas, por exemplo (i) Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 30 abr. 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>, em que se admitiu a possibilidade de uma função estatal da regulação do lucro privado em instituições de ensino particulares. (ii) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46. Relator originário Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Eros Grau, julgamento em 5 ago. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>, onde ficou consignado que o modelo de monopólio estatal de serviço postal [inclusive criado durante a ditadura militar] da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos era compatível com a nova ordem constitucional.

várias outras, alterações mais destacadas na evolução do direito administrativo brasileiro em direção à consensualidade¹⁸.

1.2. A nova interpretação da indisponibilidade e da supremacia do interesse público

A supremacia do interesse público, tal como compreendida pelos juristas de corrente mais antiga, é o princípio pelo qual se diz que os interesses da coletividade são superiores, no sentido de ter preferência, aos interesses particulares¹⁹. É defendido que esse é um pressuposto lógico do convívio social²⁰.

Em nome do primado dessa interpretação, diversas transformações no aparato e nos poderes estatais ocorreram, como o aumento vertiginoso de funções estatais em consequência da expansão do conceito de serviço público; a expansão do poder de polícia, que passou a integrar outras subáreas do direito administrativo, como o direito sanitário, direito urbanístico, dentre outros²¹. A própria interferência direta do Estado na economia está constitucionalmente descrita como mediante defesa estatal do “interesse público”²².

Como momento da definição do interesse público, diz-se que cabe ao legislador ou ao constituinte o juízo de determinação de prerrogativas concedidas na maioria das vezes ao Estado para a concretização dos interesses ditos públicos²³. Assim, cabe à Constituição ou à Lei identificar o que é interesse público e como se deve proceder para dar a ele executoriedade²⁴.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 37-46.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1943- *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 37. ed., rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 80.

²⁰ BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 239, p. 1–32, 2005. DOI: 10.12660/rda.v239.2005.43855. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855>. Acesso em: 15 dez. 2024.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 37ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

²² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

²³ Essa corrente não exclui completamente a possibilidade do particular ser o detentor do interesse público, como quando um juiz decide, em uma ação civil pública ou ação popular propostas por particulares, paralisar uma obra pública a despeito da vontade do Poder Executivo. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Edição Revista e Atualizada. Editora Fórum, 2016, p.75.

²⁴ BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do interesse público*. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

Celso Antônio Bandeira de Mello, integrante dessa corrente, com base em Renato Alessi e na doutrina italiana subjacente, divide o interesse público em dois, o primário e o secundário. Interesses públicos primários são os interesses da coletividade como um todo, interesses públicos secundários são aqueles que o Estado, pelo só fato de ser um sujeito de direito, poderia ter como qualquer outra pessoa, independentemente da qualidade de servidor de interesses de terceiros²⁵.

Arelada à concepção de supremacia do interesse público está a de indisponibilidade do interesse público, que significa, no entender dessa corrente, que os interesses qualificados como da coletividade (portanto, públicos) não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, nem dos administradores públicos²⁶. Dessa forma, o gestor público atua como um guardião desse interesse, exercendo sua função de modo a garantir que sua gestão seja orientada pela finalidade pública, sendo proibido alienar, renunciar ou transferir tais interesses sem que isso esteja expressamente autorizado pela legislação e em consonância com os princípios constitucionais²⁷.

A crítica a essa doutrina é feita principalmente sobre quatro principais bases: a ausência de conteúdo do interesse público, a pluralidade de princípios jurídicos, a ausência de um interesse público unitário e a contraposição entre direitos e interesses²⁸.

A primeira crítica aponta que o conceito de interesse público, muitas vezes, carece de precisão e é utilizado de maneira abstrata ou genérica. Essa falta de delimitação pode conduzir a um uso arbitrário ou manipulador, em que o discurso de proteção ao interesse coletivo é instrumentalizado para justificar toda sorte de ações sobre o manto de serem feitas “em prol do interesse público”²⁹.

Em relação à pluralidade de princípios jurídicos, uma das principais críticas reside na inexistência de uma hierarquia absoluta entre os princípios constitucionais. Isso significa que nenhum princípio, inclusive a supremacia do interesse público, pode ser considerado superior em todas as circunstâncias. Essa falta de supremacia absoluta impõe à administração pública e ao Judiciário o desafio de realizar

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Op. Cit. p. 71.

²⁶ Ibid, p. 73

²⁷ Ibid, p. 74

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 244.

²⁹ Ibid, p. 245.

ponderações constantes para resolver tensões e conflitos entre princípios igualmente válidos, como a propriedade privada e a liberdade privada³⁰. Dessa maneira, não existiria uma solução abstrata e teórica de preponderância de certos interesses, ainda que públicos, sobre outros, particulares.

O terceiro ponto de crítica é a ideia de que não existe um interesse público unitário. Em uma sociedade plural, os interesses coletivos são diversos e, frequentemente, conflitantes³¹.

Pense-se, por exemplo, no fato de Roraima ser o único estado da federação que não está conectado ao Sistema Interligado Nacional (SIN) de transmissão de energia elétrica e que isso custa aos cofres brasileiros centenas de bilhões de reais³². É de interesse público, conforme consignado na Constituição, promover o desenvolvimento nacional e erradicar as desigualdades sociais e regionais, integrando o referido estado ao sistema nacional de energia elétrica.

Contudo, é igualmente possível sustentar que há interesse público na proteção do meio ambiente, também com base constitucional, que seria desmatado para interligar Roraima. Portanto, como conciliar estes dois interesses públicos, igualmente previstos constitucionalmente?

Por fim, no que diz respeito à contraposição entre direitos subjetivos e interesses públicos, a crítica central está na prevalência que os direitos subjetivos devem ter, mesmo diante de interesses públicos. Quando o ordenamento jurídico, mediante disciplina normativa, atribui a alguém o direito de exigir uma conduta específica, por consectário lógico ele atribui também a outrem o dever de executar aquela conduta. Já o interesse é expresso juridicamente de outra forma, ele decorre da instauração de uma ordem jurídica e de uma relação entre sujeitos sem qualquer atribuição apriorística de posições jurídicas (poderes, deveres, sujeições, privilégios etc.)³³.

Ademais, é seguro dizer que os avanços na compreensão do direito administrativo e constitucional têm promovido uma reavaliação do princípio da supremacia do interesse público. Em vez de uma concepção rígida e unilateral,

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibid, p. 246.

³² **G1**. Com sistema isolado, energia de Roraima custa quase R\$ 5 milhões por dia. 27 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/09/27/com-sistema-isolado-energia-de-roraima-custa-quase-r-5-milhoes-por-dia.ghtml>. Acesso em: 9 jan. 2025.

³³ JUSTEN FILHO, Op. Cit, p.246.

emerge uma perspectiva mais dialógica³⁴ e plural, que reconhece a coexistência e a interdependência de interesses públicos e privados.

Nesse novo contexto, a superação do ideal antigo de “interesse público” como algo absoluto e incontestável abre caminho para um modelo administrativo menos unilateralizado, em que as decisões passam a ser construídas por meio de maior participação e interação entre Estado e sociedade³⁵. Esse movimento desloca o foco de um mero exercício de poder estatal para o estabelecimento de processos de coordenação e colaboração, o que reforça a legitimidade dos atos administrativos e promove soluções que melhor atendam aos valores e direitos constitucionalmente protegidos.

Portanto, embora a supremacia do interesse público permaneça um pilar do direito administrativo, seu entendimento tem evoluído para incorporar uma visão mais complexa e equilibrada, que reconhece os desafios impostos pela pluralidade de valores, a necessidade de proteção dos direitos subjetivos e a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista³⁶.

1.3. Da legalidade à juridicidade

A legalidade é um princípio fundamental do direito administrativo, segundo o qual a administração pública só pode atuar nos limites da lei, ou seja, apenas pode fazer o que está expressamente autorizado pela legislação. Diferentemente da esfera privada, onde tudo é permitido salvo o que é proibido, a administração seria vinculada de forma rígida à legalidade e não possuiria liberdade para inovar fora do que está previsto³⁷.

Historicamente, o princípio da legalidade evoluiu em conjunto e em resposta aos paradigmas de cada época. No dito “*Estado Liberal*”³⁸, a legalidade possuía

³⁴ FREITAS, Juarez. Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p.19.

³⁵ MOREIRA NETO, Op. Cit, p. 76.

³⁶Cf. Hachem, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público / Daniel Wunder Hachem;. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.369-390.

³⁷ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 212.

³⁸ Essas categorias classificatórias de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito servem a um propósito didático e aqui são utilizadas desta maneira. Contudo, é necessário enfatizar que a existência destes estados se dá tão somente como tipos puros/tipos ideais, que ajudam a

caráter negativo, o que significava apenas que a Administração não poderia contrariar a lei, mas havia uma área livre de controle judicial que permitia à Administração certa discricionariedade no silêncio da lei³⁹.

A classe burguesa, naquela época, buscava se proteger das medidas que lhe eram anteriormente impostas pela monarquia absolutista e instituiu, ao menos em teoria, um sistema no qual toda decisão jurídica seria apenas consequência direta, simples aplicação ou execução de normas previamente estabelecidas, de forma geral, abstrata e exaustiva, por seus representantes⁴⁰. Dessa forma, ao administrador e ao juiz caberia unicamente a tarefa de aplicar a lei, sem qualquer poder de decisão autônoma⁴¹.

No *Estado Social*, o princípio da legalidade adquire contornos mais amplos e flexíveis, ajustados às novas demandas de uma realidade complexa e dinâmica. Diferente do modelo liberal, que buscava limitar a atuação estatal por meio da supremacia da lei, no contexto do Estado Social a legalidade se transforma para atender a funções mais interventivas e reguladoras. A rigidez do ideal de que toda atuação estatal deve ser mera execução da lei formal cede espaço à necessidade de discricionariedade administrativa e à criação de regulamentos normativos, o que permite respostas rápidas e eficazes aos desafios sociais e econômicos⁴².

Para defensores do dito estado social, a ampliação do poder normativo do Executivo não significaria desrespeito ao princípio da legalidade, mas sua evolução em direção a um sistema onde a Administração Pública, orientada por parâmetros gerais estabelecidos pela lei, exerce funções normativas e criativas. Nesse cenário, a lei deixa de ser o único instrumento legítimo de ordenação social, e a discricionariedade passa a ser um elemento indispensável para adaptar as políticas públicas às demandas contemporâneas, sem comprometer os valores fundamentais do Estado de Direito⁴³.

compreender a realidade mas não a encerram. Os tipos reais destes estados não se apresentam de forma estanque ou excludente; na prática, observa-se um fenômeno híbrido, em que elementos de cada modelo se sobrepõem e interpenetram ao longo do tempo.

³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3ª ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 225, jul./set. 2001. p. 109-129.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibidem.

No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade sofreu uma alteração significativa, vinculando a atuação administrativa não apenas à lei formal, mas a todo o ordenamento jurídico, o que inclui os princípios constitucionais e uma busca objetiva na concretização de direitos fundamentais, base da ordem objetiva de valores⁴⁴.

Nesse contexto, no novo paradigma jurídico-constitucional, ocorreu a “dessacralização da lei”, que deixou de ser vista como a expressão máxima da racionalidade humana e como garantia contra abusos do poder estatal, especialmente após as experiências totalitárias do nazi-fascismo na Europa⁴⁵.

Outro fator concorrente para alteração do princípio da legalidade foi a própria tendência de constitucionalização do Direito. Tal esforço teve como efeito no direito administrativo a substituição da legalidade como “fonte reitora” da disciplina jurídico administrativa⁴⁶. É nesse sentido que a mudança da normatividade da lei para a normatividade da Constituição que se fala em verticalização⁴⁷ do fundamento da atividade administrativa, situação essa que embasaria uma espécie de “legalidade sem lei”⁴⁸.

Não por outro motivo, autores como Paulo Otero defendem alterar a expressão de legalidade administrativa para juridicidade administrativa⁴⁹.

A juridicidade administrativa pode ser entendida como a manifestação de uma concepção de legalidade mais exigente, que demonstra que o poder público não se limita apenas à observância da lei, mas está igualmente condicionado a normas e princípios cuja existência e força vinculativa não dependem unicamente da disponibilidade desse poder. Dessa forma, o compromisso normativo passa a abranger o Direito em sua totalidade, superando a concepção positivista-legalista⁵⁰.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2017,

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

⁴⁶ CRISTÓVAM, J. S. da S. O direito administrativo no divã do estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 21, n. 27, p. 195–228, 2014. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v21i27.101. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/101>. Acesso em: 17 dez. 2024.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁴⁹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Available from: Grupo Almedina, Grupo Almedina, 2017. p. 15.

⁵⁰ Ibid, p. 17.

Ademais, o conceito traduz a lei como mais um elemento de vinculatividade da administração, mas não como a única fonte de juridicidade, o que torna mais complexa a análise dos limites jurídicos das estruturas decisórias da administração pública⁵¹ e, conseqüentemente, amplia os parâmetros de discricionariedade e de responsabilidade dos administradores.

Dessa forma, a atuação da administração pública passa ser fundamentada numa noção ampliada de legalidade, mas ainda afasta qualquer atuação arbitrária ou discricionária sem respaldo normativo. De forma crítica a estas alterações hodiernas, Di Pietro entende que essa alteração no padrão de legalidade decorre da dificuldade de gerenciamento na administração pública, que demanda maior discricionariedade para uma atuação eficaz.⁵² Essa necessidade seria uma demanda social e um argumento teleológico (também chamado de “eficientista”) em favor da reinterpretação do princípio da legalidade.

À luz da nova interpretação, favorável à discricionariedade administrativa, esta, embora permitida, seria limitada ao espaço conferido juridicamente o qual autoriza escolhas entre alternativas legalmente previstas, mas sempre com observância os princípios constitucionais, sejam eles expressos ou implícitos⁵³. Por envolver níveis mais abstratos de normatividade, as possibilidades de atuação da administração seriam, portanto, ampliadas.

Pari passo à ampliação da discricionariedade, nessa nova configuração de legalidade, o controle judicial também é alargado e permite a análise não apenas da conformidade formal dos atos administrativos, mas também da sua adequação material em relação aos princípios constitucionais e valores democráticos⁵⁴. Esta ideia é estranha aos administrativistas clássicos, os quais, matizados pela noção de mérito administrativo, defendem que a discricionariedade advinda da lei, quanto aos critérios de aplicação, à oportunidade e à conveniência, não admite a interferência do Poder Judiciário ou de órgão no exercício da função jurisdicional⁵⁵.

⁵¹ Ibidem.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵³ Cf. TEIXEIRA, Larissa Solek et al. **O dever de motivação expressa do ato administrativo discricionário**. 2001. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

⁵⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19995-19996-1-PB.pdf>.

⁵⁵ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, ed. Saraiva, 5ª ed., 2000, São Paulo, p. 87-88.

De forma sintética, a legalidade no atual Estado Democrático de Direito, também concebida como juridicidade, representa um equilíbrio dinâmico entre a autonomia necessária para a atuação administrativa e a limitação imposta pelo ordenamento jurídico, interpretado de forma ampla e orientada pela ideologia constitucional⁵⁶.

Essa forma de interpretar a legalidade reflete o abandono parcial do caráter exclusivamente restritivo e do caráter interventivo, ambos em detrimento de um modelo finalístico de concretização de valores objetivos do ordenamento jurídico. Essa virada interpretativa do modelo de legalidade veio acompanhada de novas interpretações ampliativas também sobre a discricionariedade administrativa e a possibilidade de controle por órgãos jurisdicionais.

Nesse diapasão, a juridicidade administrativa, ao ampliar a compreensão de que a administração pública não está vinculada apenas à lei formal, mas a todo o ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais, constitui, segundo Moreira Neto⁵⁷, um dos alicerces para o desenvolvimento do consensualismo. Com uma noção mais elástica e dinâmica do poder administrativo — que ultrapassa o mero cumprimento literal da lei para englobar valores e finalidades constitucionais — abre-se espaço para inovações na administração pública, na medida em que o gestor público passa a ter maior liberdade para promover a resolução ou prevenção de conflitos, sem a necessidade do uso da máquina judiciária.

Abandona-se uma visão estritamente hierárquica ao considerar também aspectos como cooperação, proporcionalidade e busca de resultados eficientes. Em outras palavras, a juridicidade permite que a Administração encontre, de forma legitimada, caminhos consensuais sem fugir do controle de legalidade, pois continua submetida aos princípios fundamentais do Estado de Direito, mas com a flexibilidade necessária para atender, de forma equilibrada, os múltiplos interesses constitucionalmente legítimos.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 223.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Op. Cit. p.61.

1.4. A eficiência administrativa

A eficiência administrativa nem sempre foi um princípio informador da administração pública. Há pouco mais de duas décadas, via-se situações como a seguinte: um órgão da administração federal alugou um edifício privado mediante dispensa de licitação e com pesquisa de preço, em conformidade com o artigo 24, inciso XI⁵⁸, da Lei de Licitação e Contratos Administrativos à época vigente (Lei n. 8666/93). Contudo, antes mesmo da efetiva ocupação do imóvel, foi constatada que a rede elétrica não suportaria a instalação de computadores e aparelhos elétricos, de tal forma que seria necessário proceder com outra licitação para reformar o prédio. Realizada a licitação, reformado o prédio e após alguns meses de pagamento de aluguel, o órgão decidiu adquirir uma sede própria, mesmo o prédio reformado nunca sequer ter sido utilizado.

Apesar do evidente mal uso do dinheiro público por parte dos gestores de tal órgão, à risca, naquele momento, nenhuma conduta lhes era exigível em contrário posto que eles seguiram todos os procedimentos legais, todos os requisitos formais e materiais⁵⁹.

A administração pública, compreendida como a gestão de interesses gerais atribuída às organizações políticas, passou por três fases históricas marcantes: a absolutista, centrada no interesse do soberano e caracterizada pela administração regaliana; a estatista, onde o interesse do Estado se tornou prevalente e se estruturou no modelo burocrático; e a democrática, que prioriza o interesse da sociedade e fundamenta-se na administração gerencial, voltada para resultados e eficiência⁶⁰.

No contexto brasileiro, a transição entre essas fases apresenta peculiaridades. O movimento para uma administração gerencial, que reflete os valores da democracia, começou antes mesmo de se completar a transição plena para o modelo burocrático⁶¹. Essa evolução é dificultada pela permanência de

⁵⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 5ª Edição Revista e Atualizada. Editora Fórum, 2016, p.97.

⁵⁹ Ibid, p.98.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.17.

⁶¹ Ibidem.

práticas patrimonialistas, paternalistas e assistencialistas, profundamente enraizadas no histórico administrativo do país desde o período colonial⁶².

A modernização e profissionalização da gestão pública no Brasil, portanto, demandaram, e ainda demandam, um processo de reforma administrativa em duas etapas interdependentes: uma etapa constitucional, responsável pela redefinição dos fundamentos e conceitos da administração pública, e uma etapa legislativa ordinária, responsável por implementar e tornar essas transformações viáveis na prática⁶³.

Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a etapa da reforma constitucional foi cumprida na Emenda Constitucional 19/98, a qual se reputa o título de marco de nossa reforma gerencial⁶⁴. Afinal, dentre as várias importantes alterações que essa emenda constitucional promoveu, foi ela que instituiu, no Brasil, a eficiência como um princípio explícito e fundamental da administração pública⁶⁵, conforme disposto no artigo 37 da Constituição⁶⁶.

No contexto de sua aprovação, reconhecia-se as dificuldades do aparelho administrativo estatal, caracterizada pelo excesso de formalismos e pela falta de mecanismos que incentivassem a produtividade e o controle dos resultados. A exposição de motivos que acompanhou a proposta deixou claro que era identificada a necessidade de um modelo mais ágil, flexível e orientado a resultados, capaz de alocar recursos de maneira mais eficiente e de atender às necessidades dos cidadãos com qualidade e tempestividade⁶⁷.

⁶² Ibid, p.18.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Uma parte da doutrina dizia ser redundante colocar o princípio da eficiência como princípio expresso da administração pública visto que todo o conteúdo normativo deste princípio já estaria disposto no princípio da boa administração. Cf. FONTES, Grazielly dos Anjos; FONTES, Karolina dos Anjos. O princípio da eficiência administrativa e a teoria dos custos dos direitos fundamentais: a atuação estatal diante da limitação de recursos financeiros. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, SP, 04 a 07 nov. 2009.

⁶⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 jun. 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 19 dez. 2024.

⁶⁷ BRASIL. Exposição de motivos da *Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 jun. 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 19 dez. 2024.

A aprovação da Emenda Constitucional 19/98 representou certa superação da *nomocracia* estática, e a admissão de que parte da legitimidade do Estado brasileiro estava na capacidade de realizar objetivos pré-determinados, não mais propriamente na expressão legislativa da soberania e da vontade popular.⁶⁸ Ao revés, o conteúdo finalístico e concretizador dessa vontade, que, como visto, passou a ser compartilhada e não mais exercida somente pelo Poder Legislativo, passou a integrar o núcleo de fundamentação da própria atividade estatal⁶⁹. A materialização do princípio da eficiência e a orientação finalística da ação governamental são marcas indelévels do novo paradigma constitucional de administração pública, denominado por alguns autores de *telocracia*⁷⁰.

Como princípio integrante do direito administrativo, o conteúdo jurídico da eficiência passou a ser o foco de embates doutrinários e jurisprudenciais⁷¹. Apesar das discordâncias, de maneira mais ou menos estável, entende-se que o princípio constitucional da eficiência, como todos os princípios de direito administrativo, é instrumental. Isso implica que nenhum a ele se sobrepõe ou lhe tira a validade e vice-versa⁷².

Soma-se à instrumentalidade o caráter pluridimensional do princípio da eficiência. Apesar de a nomenclatura não ser unânime, a doutrina majoritária entende que há múltiplas facetas constitutivas do princípio da eficiência. A primeira delas é a racionalização e otimização no uso dos meios para se atingir os fins delimitados no ordenamento jurídico. A segunda está relacionada à obtenção dos resultados da atividade administrativa. A terceira, por fim, é a análise da coincidência entre os resultados obtidos e os resultados esperados⁷³.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 43. Disponível em:

https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4702770/mod_resource/content/1/COMPARATO_Ensaio_sobre_o_juizo_de_constitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2024.

⁶⁹ Ibid. p. 45.

⁷⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: Revista de processo. 2012.

⁷¹ Cf. CABRAL, Flávio Garcia O conteúdo jurídico da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁷² MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 51, n. 2, p. 105-118, abr./jun. 2000., p. 110.

⁷³ Ibid.

Lucas Rocha Furtado identifica estas mesmas facetas/ dimensões em relação ao princípio da economicidade, do qual o princípio da eficiência seria derivado. Na visão deste autor, eficiência seria a otimização da atuação administrativa, sob uma ótica de relação custo-benefício. A eficácia, por sua vez, deve ser entendida como o exame de resultados, isto é, em que medida a atividade administrativa em escrutínio gerou benefícios sociais. Por fim, a efetividade pressupõe as duas anteriores, pelo que se compara as metas planejadas ou fixadas e os resultados alcançados⁷⁴.

Independente de qual léxico utilizado, o princípio da eficiência costumeiramente compreende a imposição de uma ação idônea, uma ação econômica e uma ação satisfatória⁷⁵.

Por outro lado, com a juridicização da eficiência, o direito administrativo deixa de operar por uma mera realização lógica de subsunção, como se costumava pensar, e passa a incorporar elementos mais complexos da realidade em que está inserido, a ponto de que, se determinada interpretação da lei ou de ato normativo não for capaz de atingir seus objetivos, ela não pode nem deve ser considerada a mais correta⁷⁶.

A partir do momento em que metas são estabelecidas, que os meios para atingir essas metas são escrutinados e a verificação se elas foram efetivamente atingidas passam a integrar o fundamento da atuação administrativa, o modelo pode ser caracterizado como uma administração pública de resultados⁷⁷.

Como observa Lucio Iannotta, esse modelo carrega consigo um dilema importante: a tensão entre o respeito estrito à legalidade e a busca por resultados. Por um lado, há a tentação de instrumentalizar a lei, flexibilizando-a em nome dos resultados a serem alcançados; por outro, a administração precisa assegurar que os resultados não sejam alcançados à custa de uma violação dos princípios e preceitos legais. O desafio está em equilibrar o cumprimento da lei com a busca pela

⁷⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 103.

⁷⁵ MODESTO, Paulo. Op. Cit, p. 113.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul./set. 2004. p.2.

⁷⁷ MOTTA, Paulo Roberto. *Avaliação da Administração Pública: Eficiência, Eficácia e Efetividade*. FUNDAP, 1990.

eficiência, sem comprometer os valores fundamentais que norteiam a administração pública⁷⁸.

Evidentemente que a Reforma Gerencial não tratou de abandono ou preterimento da legalidade em prol de um modelo de eficiência. Pelo contrário, ela buscou fortalecer a legalidade ao incorporar elementos que enfatizam a sua dimensão material, voltada para a concretização de resultados efetivos e socialmente relevantes⁷⁹.

Em suma, a instituição do princípio constitucional da eficiência contribuiu para renovar as bases do direito administrativo ao introduzir uma perspectiva orientada para resultados e para a otimização de recursos, em sintonia com as demandas contemporâneas da sociedade⁸⁰. A partir de então, a ação do Estado deixou de se restringir ao mero cumprimento formal das normas para também priorizar a materialização de políticas públicas eficazes e socialmente relevantes⁸¹.

Esse direcionamento, somado à valorização de outros princípios constitucionais, abre espaço para inovações na administração pública, pois estimula novos modelos de atuação que conciliam legalidade, transparência e agilidade. Consequentemente, surgem oportunidades de diálogo entre os mais diversos agentes, sejam eles públicos, privados, ou em qualquer outra categoria, permitindo o controle de custos e a adequação de procedimentos e a busca de soluções que atendam ao interesse coletivo de maneira mais efetiva⁸².

1.5. Evolução no perfil de atuação do TCU em direção ao consensualismo

Com o advento da Constituição de 1988, o papel dos tribunais de contas foi amplamente reformulado, em grande parte alinhado aos movimentos

⁷⁸ IANNOTTA, Lúcio. Principio di Legalità e Amministrazione di Risultato , in Amministrazione e legalità - Fonti normativi e ordenamento (Atti Del convegno , macerata 21 e 22 maggio 1999) Giuffrè Editore , Milano, 2000,pp 45 apud ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. Cit. p. 4.

⁷⁹ BRESSER-PEREIRA, L. C.. Reforma gerencial e legitimação do estado social. **Revista de Administração Pública**, v. 51, n. 1, p. 147–156, jan. 2017.

⁸⁰ CABRAL, Op. Cit.

⁸¹ Ibidem. a

⁸² MOREIRA NETO, Op. Cit, p. 30-31.

experimentados pela administração pública⁸³. Parte dessa reformulação surgiu como uma reação ao período anterior, que privilegiava o Poder Executivo em detrimento do Legislativo e do Judiciário. No novo paradigma, a administração pública passou a estar submetida a uma multiplicidade de mecanismos de controle, como o controle interno e o controle externo independente, exercido por instituições como o Ministério Público, os Tribunais de Contas e os órgãos do Poder Judiciário.⁸⁴

Especificamente sobre o Tribunal de Contas da União, são identificadas três fases principais na trajetória evolutiva de seu perfil de atuação desde o advento da Constituição de 1988. Na primeira fase, o controle externo era formalista, de mera legalidade⁸⁵. Conforme explicado acima, o direito administrativo foi alterado paulatinamente a partir do novo marco constitucional. Nada mais natural que o controle externo, que aplica e julga essa atividade administrativa, também demorasse a se adaptar aos novos contornos paradigmáticos.

Aos poucos, com a incorporação das grandes reformas nas funções e competências do Tribunais de Contas, abandonou-se essa visão de crivo da estrita legalidade em direção aos novos paradigmas da administração pública⁸⁶. O abandono se deu em dois sentidos principais. Primeiramente, o desenvolvimento e amadurecimento do controle de economicidade, ainda que dentro de uma lógica de conformidade. É nesse sentido que ganhou destaque os planos de fiscalização e obras públicas (Fiscobras), que busca fornecer ao Congresso Nacional uma avaliação integral de empreendimentos públicos que devem deixar de receber parte do orçamento, pelo que evita prejuízos ao erário⁸⁷.

O outro sentido de evolução que do controle externo veio com a estruturação de auditorias de natureza operacional, nas quais se avaliam os resultados e o funcionamento de programas e políticas públicas. O juízo feito nessas auditorias é pautado na economicidade, na eficiência e na eficácia, no qual o Tribunal por vezes

⁸³ DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. **A evolução do controle externo e o Tribunal de Contas da União nos 30 anos da Constituição de 1988 de 1988**. In: *30 Anos da Constituição Brasileira*. Brasília: Editora Forense, 2018. p. 410.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

⁸⁵ DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. *Op. Cit.* p.410.

⁸⁶ *Ibid*, p. 408.

⁸⁷ *Ibid*, 411.

profere recomendações de melhoria nos pontos em que identifica como problemáticos⁸⁸.

Com o aperfeiçoamento desse modelo de controle da economicidade, observou-se a alteração do modelo de controle em direção a um controle finalístico, que empreende esforços na avaliação dos resultados das operações estatais⁸⁹. Como já adiantado, essa alteração não veio *ex nihilo*; antes, ela veio como uma das facetas do novo direito administrativo e da nova matriz de administração pública, que deixou de ser burocrática para se tornar gerencial⁹⁰.

Por fim, a terceira fase do controle externo reflete uma evolução significativa no perfil de atuação do Tribunal de Contas da União, marcada pela atuação finalística, mas desarraigada da mera conformidade *ex post*⁹¹. Assim, pautou-se pela incorporação de práticas pedagógicas voltadas a orientar o gestor público e a focar na eficácia das medidas adotadas pela administração pública, o que expandiu os limites da atuação finalística do Tribunal.

Esse novo enfoque destaca o papel do TCU como um indutor de boas práticas, que busca não apenas identificar irregularidades e punir responsáveis, mas fornecer meios técnica e juridicamente adequados para que os gestores adotem soluções mais eficientes e transparentes.

Ao concentrar esforços no fortalecimento da gestão pública, o TCU contribui para a criação de uma cultura administrativa voltada à transparência, à integridade e à entrega de resultados para a sociedade. Essa abordagem pedagógica se torna especialmente relevante no combate à corrupção, uma vez que a prevenção e o aperfeiçoamento de processos administrativos são estratégias eficazes para mitigar riscos e garantir que os recursos públicos sejam aplicados de forma adequada⁹².

Imbuído neste contexto, há o reconhecimento do aprimoramento dos padrões de governança pública, entendida como estrutura empreendida para garantir a obtenção dos resultados definidos pelos polos representativos da vontade popular⁹³. Desta forma, desde 2014 o TCU faz um levantamento com todos os

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibid, 412.

⁹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. Revista de administração pública, v. 34, n. 4, p. 7 a 26-7 a 26, 2000.

⁹¹ DANTAS; DIAS, Op. Cit. p. 413.

⁹² Ibidem

⁹³ Ibid, p. 415.

órgãos da Administração Pública Federal, onde são avaliados diversos fatores que integram a governança dos órgãos escrutinados e lhes são atribuídas notas de acordo com as respostas fornecidas⁹⁴.

Os padrões de avaliação evoluíram ao longo do tempo. Inicialmente, avaliava-se os tópicos de Liderança, Estratégia, Controle e Gestão de Pessoas. Em um segundo momento foi inserida a avaliação de Gestão de Tecnologia da Informação e da Segurança da Informação. Em seguida, foram acrescentadas as avaliações de Gestão de Contratações e Gestão Orçamentária. Por fim, foram adicionadas avaliações sobre a Sustentabilidade Ambiental e a Sustentabilidade Social dos órgãos escrutinados⁹⁵.

A partir dos dados coletados, são gerados vários índices de governança (IG). Para cada um dos itens avaliados há um índice de governança associado e há um índice que avalia a governança geral dos órgãos e entidades (IGG)⁹⁶.

Essas atribuições, avaliação de critérios de economicidade de obras públicas, auditorias operacionais e as avaliações de governança, dentre outras, foram conferidas ao Tribunal de Contas da União com base em competências administrativas, que não são exercidas com caráter jurisdicional, mas sim como parte de sua função fiscalizadora e técnica no âmbito da Administração Pública⁹⁷. Essa percepção de que nem toda atuação dos Tribunais de Contas seria, ou deveria ser, jurisdicional levou o constituinte originário a delinear cuidadosamente o conjunto de atribuições destes órgãos, empregando de forma precisa verbos como julgar, apreciar, analisar e verificar, cada um com significados distintos e consequências variadas⁹⁸.

Essa distinção é relevante porque delimita o papel dos Tribunais de Contas no sistema jurídico e administrativo brasileiro e diferencia sua atuação como órgão técnico e fiscalizador, sem caráter jurisdicional, de suas atribuições administrativas de natureza decisória. Por se tratar de uma jurisdição administrativa, seus atos são classificados como administrativos e, embora gozem de amparo especial no

⁹⁴ INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA. Disponível em: <https://iesgo.tcu.gov.br/>. Acesso em: 03 jan. 2025.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. Competência dos tribunais de contas. *In*: Tribunais De Contas Do Brasil Coleção Jacoby de Direito Público. V. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 223.

⁹⁸ Ibid, p.24.

ordenamento jurídico, não estão imunes ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Contudo, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o controle judicial sobre os atos do Tribunal de Contas deve ser exercido de maneira menos invasiva e com maior deferência, dada a natureza técnica de suas funções.⁹⁹

Ademais, observa-se que o termo "competência" é frequentemente empregado para descrever tanto as atribuições jurisdicionais quanto administrativas do TCU. Essa abrangência está fundamentada, de forma geral, nos artigos 70 a 75 da Constituição, que conferem ao TCU a função de exercer o controle externo da Administração Pública Federal, em auxílio ao Congresso Nacional. Complementarmente, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992) detalha a natureza, a jurisdição e as competências do Tribunal, e estabelece parâmetros específicos para sua atuação.¹⁰⁰

Abordar as competências do Tribunal de Contas da União (TCU) é importante para contextualizar a criação e a relevância da SecexConsenso, pois evidencia como a evolução das funções do TCU responde às demandas contemporâneas da administração pública. Ao detalhar as diferentes competências, é possível compreender como o Tribunal desempenha um papel técnico, fiscalizador, normativo e pedagógico, ao estabelecer uma base sólida para a introdução de práticas inovadoras, como a consensualidade.

Doutrinariamente, é comum distinguir e categorizar as competências diversas do Tribunal de Contas da União (TCU), cada uma com finalidades e características específicas e que são exercidas mediante funções específicas. A primeira delas é a função fiscalizadora, que é exercida quando se realiza auditorias, inspeções, monitoramentos e pela análise de atos e contratos administrativos, com base em critérios de legalidade, legitimidade e economicidade¹⁰¹. Essa função inclui ainda, mas não se limita, à verificação de aposentadorias, admissões de pessoal, repasses por convênios e investimentos públicos, conforme previsto nos artigos 71, III, IV, V e VI da Constituição de 1988.

⁹⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 36369 AgR. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma. Julgamento: 17 maio 2019. Publicação: 29 maio 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404580/false>. Acesso em: 07 jan. 2025.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 22 dez. 2024.

¹⁰¹ NASCIMENTO, Darlam do. Dimensões do discurso: análise do Discurso do TCU Frente às Prestações de Contas da Presidência da República (1988-2019). 2020.

Já a função consultiva é exercida por meio da emissão de pareceres técnicos sobre contas de governo e questões relacionadas à aplicação de normas financeiras e administrativas¹⁰², onde é dada orientação prévia de caráter normativo para a administração pública, como no exemplo da consulta sobre a revogação de relitações de concessões de rodovias e aeroportos. Essa função está prevista no artigo 71, I, bem como no artigo 33, §2º da Constituição de 1988, que trata das contas de governo de territórios, e no artigo 72, §1º, que aborda pareceres sobre indícios de despesas não autorizadas.

A função informativa consiste no fornecimento de informações ao Poder Legislativo ou às suas comissões¹⁰³, conforme o artigo 71, VII da Constituição, e na emissão de alertas sobre situações de risco, como a ultrapassagem de limites fiscais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 59, §1º). Também abrange a comunicação de irregularidades ou abusos ao poder competente, como previsto no artigo 71, XI, e a elaboração de relatórios circunstanciados sobre suas atividades, conforme o artigo 71, §4º.

Além disso, o TCU exerce a função judicante ao julgar contas de administradores e responsáveis por prejuízos ao erário, distinguindo processos de fiscalização, como auditorias, de processos específicos de tomada de contas especial¹⁰⁴, conforme o artigo 71, II da Constituição. Na função sancionadora, o Tribunal aplica penalidades previstas em lei, como multas, inabilitação para cargos públicos, declaração de inidoneidade em licitações e indisponibilidade de bens, conforme o artigo 71, VIII da Constituição, sempre com garantia ao contraditório e à ampla defesa.

O TCU também exerce a função corretiva quando emite determinações compulsórias para corrigir irregularidades, ao fixar prazos para o cumprimento da lei e, se necessário, suspendendo atos administrativos ilegais¹⁰⁵, conforme os artigos 71, IX e X da Constituição de 1988. Na função normativa, edita atos normativos

¹⁰² DE ALMEIDA, Carlos Wellington Leite. Controle externo e técnicas de mediação: a busca de soluções com foco no interesse público. Revista do TCU, n. 98, p. 45-54, 2003.

¹⁰³ BUGARIN, Bento José. O controle externo no Brasil: evolução, características e perspectivas. Revista do TCU, n. 86, p. 338-352, 2000.

¹⁰⁴ SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controles estatal e social da administração pública. **Revista do TCU**, n. 94, p. 13-47, 2002.

¹⁰⁵ CONTI, José Maurício; MOUTINHO, Donato Volkers; NASCIMENTO, Leandro Maciel. Controle da Administração Pública no Brasil. São Paulo: Bluncher, 2022. p. 191-194.

necessários para dar fiel execução à lei em matérias de sua competência, conforme prerrogativa implícita no exercício de suas atribuições constitucionais.

Há ainda a função de ouvidoria, que permite ao Tribunal receber denúncias e representações de autoridades, cidadãos e entidades sobre irregularidades e ilegalidades na gestão pública¹⁰⁶, como previsto no artigo 74, §§1º e 2º da Constituição de 1988. Essas funções demonstram a amplitude e relevância do TCU no controle externo e na fiscalização da Administração Pública.

Por fim, a doutrina ainda reconhece a função pedagógica do TCU¹⁰⁷. Essa função é definida pelas formas de atuação do Tribunal de Contas que conjugam os objetivos de orientar os gestores públicos sobre sua jurisdição no que tange à melhoria de sua atuação administrativa e antecipar falhas e correções de rumos.

Em outras palavras, os Tribunais de Contas, no exercício de sua função pedagógica, ao aproveitar a proximidade com os gestores públicos e a expertise de seu corpo técnico, possuem a capacidade de orientar esses gestores em sua atuação diária, com o objetivo de corrigir desvios quando suas práticas não estão alinhadas com os padrões esperados da administração pública e prevenir possíveis não conformidades no futuro.

O aprimoramento dessa função pedagógica está relacionado com um novo padrão de responsabilidade que o TCU carrega em sua função controladora e social, estabelecida pela filosofia de controle que é melhor ensinar e aprimorar do que penalizar. Isto é, para a sociedade é mais importante ter serviços públicos adequados e eficientes do que ter um administrador preso, um gestor multado ou uma empresa impedida de licitar¹⁰⁸.

Essa última função, pedagógica, está diretamente relacionada à criação da nova Secretaria de Solução Consensual, que intensifica o papel do Tribunal como orientador e indutor da prevenção de conflitos na administração pública, e evidencia o caráter educacional da atuação do TCU. Curioso notar que mesmo antes da

¹⁰⁶ BUGARIN, Bento José. Evolução do controle externo no Brasil. **Revista do TCU**, n. 87, p. 224-238, 2001.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa. **Revista de contratos públicos. Belo Horizonte**, ano, v. 6, p. 175-197, 2008.

¹⁰⁸ SCAPIN, Romano. A Expedição De Provisórios Provisórios Pelos Tribunais De Contas: Das “Medidas Cautelares” à Técnica Antecipatória no Controle Externo Brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/150244>. p.17-25.

criação desta secretaria, autores já indicavam a consensualidade nos tribunais de contas como um aspecto importante de sua função pedagógica¹⁰⁹.

Essa Secretaria, como se verá no capítulo específico sobre o procedimento de solução consensual perante o TCU, foi especialmente pensada para a resolução ou prevenção de conflitos de maneira célere e eficaz. Isso se dá a tal ponto que, em diversos momentos, defende-se que, em um ambiente negocial, algumas vezes é necessário "negociar" ou "transigir" de uma visão de legalidade estrita, em face de uma outra opção – o não acordo – com consequências ainda mais gravosas. Se a gramática legal aplicada for tal que consubstancie consequência danosa ao próprio interesse público tutelado – como a saúde ou a vida das pessoas, ou a perdas patrimoniais bilionárias, ou mesmo a paralisação do serviço público –, em linha de juridicidade, o consenso pode ser a única alternativa razoável (e mesmo viável)¹¹⁰.

Este é um reconhecimento por parte do próprio Tribunal de Contas da União de que tanto o interesse público quanto a legalidade estrita não possuem mais as mesmas características de outrora. Agora, o caráter da legalidade administrativa está diretamente ligado à ideia de juridicidade, que permite interpretações mais flexíveis e adequadas às demandas concretas da administração pública contemporânea, sem perder de vista o caráter normativo do ordenamento jurídico.

Nesse novo paradigma, o interesse público não é mais tratado como um conceito estático, imutável e intransigível, mas como um princípio dinâmico que deve ser constantemente adaptado para equilibrar direitos, necessidades sociais e objetivos estatais¹¹¹, tal como passível de interferência por parte de interesses privados legítimos.

Essa evolução reflete uma compreensão mais sofisticada das complexidades envolvidas na gestão pública, pelo que reconhece que a aplicação

¹⁰⁹ Cf. AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Do controle à cooperação: análise da competência pedagógica dos Tribunais de Contas como meio de aprimoramento da gestão pública. Dissertação de Mestrado, Curso de Mestrado em Administração Pública, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2017.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 597/2024 - Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Processo: 006.248/2023-3. Tipo de processo: Solicitação de Solução Consensual (SSC). Data da sessão: 03 abr. 2024. Número da ata: 12/2024 - Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Solu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Consensual.TIOPROCESSO%2520/%2520%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/9>. Acesso em: 09 jan. 2025.

¹¹¹ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 15, p. 1-23, 2007.

estrita de regras legais, sem considerar o contexto e as possíveis consequências, pode gerar resultados contrários ao interesse público. O TCU, ao admitir a possibilidade, ou ainda a necessidade, de consenso e negociação em situações críticas, demonstra uma abordagem moderna e pragmática, na qual a busca por soluções eficazes e justas prevalece sobre a rigidez formal¹¹².

Esse reconhecimento também indica um avanço na forma como os tribunais de contas percebem seu papel, que deixaram de ser apenas fiscalizadores da legalidade e passaram a atuar como mediadores e indutores de soluções que conciliem o cumprimento das normas com a promoção de resultados eficientes e legítimos para a sociedade. Assim, a legalidade ganha um novo contorno, não mais um limite intransponível, mas um guia que orienta a administração pública em direção à melhor concretização do interesse público.

Por fim, o princípio da eficiência ocupa um papel central nesse novo modelo de atuação dos órgãos de controle externo da administração pública. Ele passa a ser um guia para a adoção de práticas modernas e modernizantes, como a utilização de soluções consensuais e de auditorias operacionais.

O terceiro estágio da evolução da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) encontra nas novas soluções consensuais mais um instrumento de consolidação do paradigma de transição para um modelo finalístico de atuação, caracterizado pela ênfase na eficácia, eficiência e na obtenção de resultados concretos para a sociedade. Nesse contexto, o TCU amplia seu foco tradicional na conformidade legal e incorpora abordagens mais colaborativas, que buscam alinhar os objetivos da administração pública com as expectativas da sociedade, e promovem a resolução de conflitos administrativos e a melhoria da gestão pública.

Esse modelo finalístico reforça o papel do TCU como agente de transformação, que vai além de sua função fiscalizadora para atuar como um indutor de governança, com a prevenção de falhas, a orientação de gestores públicos e o fortalecimento a capacidade administrativa dos órgãos sob sua jurisdição

¹¹² POMPERMAYER, Marina de Souza; SILVA, Ellen Mara Alves; FIGUEIREDO, Nathalia Carvalho. A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à administração pública: a prática do consensualismo no Tribunal de Contas da União a partir da Instrução Normativa 91/2022, desafios e perspectivas. Monografia qualificada em 1º lugar, categoria Sociedade Civil, Prêmio Ministro Guilherme Palmeira. Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

1.6. Conclusões Parciais

Com o presente capítulo buscou-se pautar a criação da SecexConsenso no contexto de evolução conceitual e prática. A análise apresentada evidencia um processo de transformação substancial no direito administrativo brasileiro, em especial no contexto pós-Constituição de 1988, que reflete a busca por um modelo mais equilibrado, plural e eficiente. A trajetória descrita aponta para a superação de paradigmas tradicionais, centrados na supremacia do interesse público e na estrita legalidade, em direção a concepções mais dinâmicas, como a juridicidade e a eficiência administrativa. Essa evolução sustenta-se na adaptação do aparato estatal às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e pluralista, ampliando as possibilidades de atuação da administração pública para além da mera conformidade normativa.

No caso específico do Tribunal de Contas da União (TCU), observa-se uma progressiva transição de um controle formalista para um modelo finalístico e colaborativo, no qual se destacam práticas pedagógicas, a orientação de gestores públicos e a introdução de mecanismos de consensualidade, como a SecexConsenso. Essa nova abordagem, fundamentada nos princípios da juridicidade e da eficiência, e na superação do entendimento tradicional sobre a supremacia e indisponibilidade do interesse público, tem como foco a correção de irregularidades e a promoção de soluções concretas eficazes, alinhadas aos interesses coletivos e ao fortalecimento da governança pública.

A criação da SecexConsenso representa um marco nesse processo, consolidando uma cultura administrativa orientada pelo diálogo e pela busca de resultados equilibrados entre os interesses dispostos. Nesse sentido, a adoção da Teoria da Escolha Pública – que analisa os processos decisórios governamentais sob uma perspectiva de viés econômico e comportamento – contribui para elucidar os incentivos e as interações entre os agentes públicos e privados envolvidos. Ao focalizar as dinâmicas que impulsionam as escolhas no âmbito estatal, essa teoria permite compreender, criticar e fazer panoramas de aperfeiçoamento dos métodos de solução consensual, incluindo o do Tribunal de Contas da União.

2. PANORAMA GERAL DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

A Teoria da Escolha Pública (TEP), celebrada em sua versão anglófona *Public Choice Theory*, propõe o uso de ferramentas desenvolvidas sobretudo pela microeconomia e pela teoria dos jogos para investigar de que forma agentes públicos tomam decisões¹¹³.

Essa abordagem parte do pressuposto de que políticos, burocratas e demais atores estatais nem sempre estão naturalmente alinhados ao bem comum, mas operam sob incentivos e interesses próprios, o que pode fazer com que suas ações resultem em possíveis *falhas de governo* ou em políticas não orientadas ao interesse coletivo¹¹⁴.

O objetivo desta primeira parte consiste em traçar um panorama geral da Teoria da Escolha Pública, apresentando seu contexto histórico, seus principais autores e conceitos, bem como algumas das aplicações que têm se mostrado fundamentais para a compreensão do funcionamento do Estado.

2.1. Origens e Fundações

A ideia de analisar a política a partir de uma lógica tipicamente econômica ganhou tração a partir das décadas de 1950 e 1960 nos Estados Unidos. Nesse período, acadêmicos como James M. Buchanan e Gordon Tullock – que desenvolveram seus estudos na Universidade da Virgínia – passaram a aplicar modelos de escolha racional e análise de incentivos a fenômenos políticos, inaugurando o que se convencionou chamar de Escola da Virgínia.¹¹⁵

Com o tempo, o uso do termo “Escola da Virgínia” se tornou uma metonímia para designar a vertente de estudos decorrente de uma análise centrada em decisões públicas com base no comportamento de agentes racionais que atuam de maneira egoística (*self-interest*) e agem de maneira a maximizar o próprio bem estar.¹¹⁶ É comum encontrar na doutrina ênfase na importância do ambiente

¹¹³ BORGES, A.. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 53, p. 159–179, 2001.

¹¹⁴ CUNHA, Lucas; CASONATO, Lucas. A Escola da Virgínia na visão de autores brasileiros: uma introdução à Teoria da Escolha Pública., p. 6.

¹¹⁵ IÓRIO, Márcio. *Teoria Jurídica da Regulação: entre Escolha Pública e Captura*, 2019, p. 7 – 8.

¹¹⁶ CUNHA; CASONATO, p. 8.

institucional e intelectual na Virgínia nas décadas centrais do século XX para a consolidação da Escolha Pública, pois foi ali que se criaram as condições para uma pesquisa que abrangeu tanto questões de legislação e política eleitoral quanto temas de burocracia e regulação¹¹⁷.

2.2. Principais Autores

2.2.1. Gordon Tullock

Gordon Tullock (1922-2014), formado em economia e direito, dedicou-se a estudar de que modo o Estado poderia incorrer em ineficiências na alocação de recursos ou na concessão de privilégios a determinados grupos em detrimento de minorias¹¹⁸.

A formação diversificada de Gordon Tullock moldou significativamente suas contribuições para a escolha pública. Seu treinamento jurídico em Chicago, enraizado na tradição alemã que integrava o treinamento jurídico a uma perspectiva social mais ampla, equipou-o com habilidades forenses que o levaram ao topo de sua profissão e influenciaram sua capacidade de abordar questões econômicas de um ponto de vista até então não explorado academicamente¹¹⁹.

Some-se a isso a experiência de Tullock no serviço diplomático, particularmente na China e na Coreia durante períodos politicamente turbulentos, que lhe forneceu uma visão em primeira mão do funcionamento de governos e burocracias, alimentando seu ceticismo em relação à tomada de decisão política e moldando seu interesse pela dinâmica do poder¹²⁰.

Essas experiências foram ainda mais enriquecidas por sua profunda imersão nas obras de pensadores influentes como Nicolau Maquiavel, Joseph Schumpeter, Karl Popper, Duncan Black e Anthony Downs¹²¹. Os escritos de Machiavelli sobre *realpolitik* e a natureza do poder forneceram uma estrutura para entender o comportamento estratégico em política. As teorias de Schumpeter sobre

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ ROWLEY, Charles K.; HOUSER, Daniel. **The life and times of Gordon Tullock**. Public Choice, v. 152, n. 1/2, The intellectual legacy of Gordon Tullock, p. 3-27, July 2012. Springer. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41483749>>. Acesso em: 08 jan. 2025.

¹¹⁹ Ibid, p. 8.

¹²⁰ Ibid, p. 10.

¹²¹ Ibidem.

a democracia como um processo competitivo, com foco em ganhos de poder e cargos, ressoaram com a visão pragmática de Tullock sobre o comportamento político¹²².

O trabalho de Popper sobre a falsificabilidade e a necessidade de rigor científico reforçou o compromisso de Tullock com uma análise rigorosa dentro da escolha pública. As ideias de Black sobre a teoria da escolha social e a dinâmica da votação majoritária, juntamente com a teoria econômica da democracia de Downs, enfatizando o papel do auto-interesse na tomada de decisão política, forneceram a base para a exploração de Tullock sobre os incentivos e resultados na esfera política¹²³.

A convergência desses diversos antecedentes intelectuais e práticos permitiu que Tullock desafiasse as visões convencionais da política e desenvolvesse ideias inovadoras que lançariam as bases para o campo da escolha pública¹²⁴. Tullock, dentre diversas outras contribuições, questionou a eficácia da votação majoritária, destacando o potencial para ciclos de votação e a incapacidade de atender às preferências das minorias¹²⁵. Ele integrou percepções da economia, ciência política e teoria dos jogos para examinar o comportamento dos atores políticos, burocratas e eleitores, enfatizando o papel do autointeresse e dos incentivos na formação de resultados políticos.

Sua ênfase no uso de métodos rigorosos e falsificáveis para analisar fenômenos políticos solidificou ainda mais sua contribuição para a escolha pública como um campo distinto de estudo¹²⁶. Dentre as várias contribuições teóricas de Tullock, destaca-se, para fins deste trabalho, o desenvolvimento do *rent-seeking*.¹²⁷

Na visão de Gordon Tullock, o conceito de *rent-seeking* refere-se às atividades de indivíduos ou grupos que buscam obter ganhos econômicos através da manipulação ou influência sobre o sistema político ou regulatório, em vez de gerar valor ou riqueza por meio de atividades produtivas. Em outras palavras, trata-se do esforço para obter benefícios econômicos por meio da redistribuição de recursos

¹²² Ibid, p. 11.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibid, p. 13.

¹²⁵ TULLOCK, Gordon. Government failure: a primer in public choice. Rev. version of author's: Government: whose obedient servant? published: London: Institute of Economic Affairs, 2000. p. 39.

¹²⁶ Ibid, p. 41.

¹²⁷ Ibid, p. 43.

existentes, geralmente com o uso de privilégios ou favores concedidos pelo governo, em vez de criar recursos ou bens.

Tullock destacou como o *rent-seeking* pode ocorrer em contextos como subsídios governamentais, concessão de monopólios, barreiras regulatórias ou tarifas de importação. Os agentes envolvidos frequentemente gastam recursos significativos, como dinheiro, tempo e influência política, para assegurar esses privilégios, mas sem produzir um benefício correspondente para a sociedade. Na verdade, esse comportamento pode gerar perdas econômicas, conhecidas como "perdas de Tullock", ao desviar recursos que poderiam ser usados para fins produtivos.

Neste sentido, o *rent-seeking* é problemático porque incentiva comportamentos que beneficiam apenas interesses específicos, ao custo de eficiência econômica e equidade. Tullock ainda argumentava que esses esforços para capturar rendas frequentemente levam à corrupção, distorções de mercado e desperdício de recursos, à redução o bem-estar social geral. Assim, o conceito é uma crítica fundamental à intervenção estatal excessiva e ao uso de políticas públicas como ferramenta instrumentalizada em benefício de poucos.

2.2.2. James M. Buchanan

James M. Buchanan (1919-2013), vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1986, é habitualmente considerado o principal formulador moderno da Teoria da Escolha Pública. Tal qual Tullock, a trajetória intelectual de James M. Buchanan é marcada por um esforço contínuo de integração e inovação teórica, que o posicionou como um dos principais expoentes da economia constitucional e fundador da Teoria da Escolha Pública¹²⁸.

Sua abordagem é profundamente enraizada em uma visão que reconhece o papel central do indivíduo como ator nas decisões coletivas e nas relações com o Estado. Essa perspectiva foi amplamente influenciada pela tradição italiana de finanças públicas¹²⁹, que lhe proporcionou um entendimento diferenciado sobre a

¹²⁸ BUTLER, Eamonn. *Public Choice: A Primer*. Fairfax: Center for the Study of Public Choice, George Mason University, 2005. Disponível em: <https://ccs.in/sites/default/files/2022-08/public-choice-a-primer.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2025. p. 33-35.

¹²⁹ MOURÃO, Gustavo Nunes *Ensaio sobre a obra de James M. Buchanan*. - 2021. 98 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, do Setor de Ciências Sociais Aplicadas. p. 22-27.

alocação de recursos e as relações entre governantes e governados, baseadas em regras claras e no consentimento mútuo¹³⁰.

Knut Wicksell foi outro marco fundamental em sua formação. A ideia de que decisões fiscais devem buscar a unanimidade para assegurar justiça e evitar que as majorias explorem minorias ressoou fortemente em Buchanan¹³¹. Essa preocupação ética com os processos decisórios influenciou diretamente sua proposta de instituições que garantam estabilidade, equidade e promovem a cooperação voluntária ao invés de imposições arbitrárias¹³².

Buchanan também se destacou por sua capacidade de questionar paradigmas estabelecidos, uma influência que teria herdado de Frank Knight, seu mentor na Universidade de Chicago. Knight o inspirou a adotar uma postura crítica e a buscar explicações mais profundas para os fenômenos econômicos, que iam além das simplificações usuais¹³³. Essa inquietude intelectual levou Buchanan a explorar áreas que, até então, eram pouco analisadas pela economia tradicional, como o papel das instituições, a ética das decisões coletivas e os limites do poder estatal¹³⁴.

A influência da Escola Clássica de Economia Política, especialmente de Adam Smith, foi igualmente crucial. Buchanan reconheceu em Smith não apenas o defensor do livre mercado, mas também um precursor das ideias que relacionam economia e instituições¹³⁵. Ele via a análise smithiana da divisão do trabalho e do auto-interesse como pilares fundamentais para compreender a formação e o funcionamento de sistemas econômicos e políticos¹³⁶.

A filosofia do contrato social, por sua vez, forneceu a base normativa para sua obra e os elementos da teoria contratualista forneceram uma ponte entre o

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ MARCIANO, A. How Wicksell Became Important for Buchanan: A Historical Account of a (Relatively) Slow Epiphany. *Journal of Public Finance and Public Choice*, p.1-23 (181-203) <https://doi.org/10.1332/251569119X15709869180845>, Bristol University Press Digital, 2019.

¹³² O próprio autor relata essa influência em diversas obras, inclusive relatando que conheceu por acaso a obra de Wicksell, num excerto em alemão que não havia sido traduzido para o inglês. Cf. BUCHANAN, J. M. Knut Wicksell on Marginal Cost Pricing. *Southern Economic Journal* 18 (2), p.173-178. 1951.

¹³³ BUCHANAN, James M. Better than Plowing. In: *The Logical Foundations of Constitution Of Liberty. The Collected Works of James M. Buchanan. Vol. 1.* Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

¹³⁴ BUCHANAN, James M. *Economics from the Outside In: Better than Plowing and Beyond.* Texas A&M University Economics series, n. 17. College Station: Texas A&M University Press, 2007

¹³⁵ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy.* Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962. p. XVI.

¹³⁶ Ibidem.

cálculo da escolha individual e as decisões de grupos¹³⁷. Buchanan entendia que as instituições só podem ser legítimas se baseadas no consentimento dos indivíduos livres que as compõem¹³⁸.

Por fim, o que distingue Buchanan não é apenas a assimilação dessas influências, mas sua capacidade de reinterpretá-las, adaptá-las e criar um arcabouço teórico original. Ele combinou *insights* econômicos, filosóficos e políticos para desenvolver uma visão que transcende a economia tradicional, posicionando-se como um teórico das regras, das instituições, mas sobretudo das escolhas e decisões¹³⁹.

Em *The Calculus of Consent*, escrito em conjunto com Tullock, ele propôs a análise das regras de decisão coletiva a partir de um “cálculo” que avalia os custos externos impostos a minorias e os custos internos (ou de decisão) que surgem quando se demandam quóruns mais inclusivos.¹⁴⁰ Isso porque, segundo os autores, as pessoas de um modo geral fazem uma análise dos custos marginais, custos de oportunidade e os benefícios marginais de suas escolhas. Contudo, as decisões coletivas, como aquelas feitas pelo governo ou por determinados modelos de burocracias, não são feitas dessa maneira¹⁴¹. Isso se dá por que a decisão pública coletiva é enviesada, no sentido de que é constituída de interesses, e é, por definição, tomada por um coletivo de pessoas que não necessariamente realizam um juízo de custo-benefício da decisão¹⁴².

Some-se a isso a capacidade de imposição das decisões públicas mesmo àqueles que não concordam com a decisão elaborada, de tal forma que uma minoria terá de acatar a decisão por meio da coerção exercida pelo governo¹⁴³. Esse cenário pode levar a uma série de distorções com as quais se insurgem os autores e adeptos dessa teoria.

¹³⁷ MOURÃO, Op. Cit. pp. 30 ss.

¹³⁸ Ibid, p. 51.

¹³⁹ Ibid, p.73.

¹⁴⁰ Cf. BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

¹⁴¹ Ibid, p. 258 ss.

¹⁴² Ibid, pp. 198-199.

¹⁴³ A avaliação da coerção e de cenários em que ela é imposta aparece diversas vezes na obra, por todas: Ibid, p. 89.

2.3. Conceitos Fundamentais

2.3.1. Individualismo Metodológico

A Escolha Pública adota o chamado *individualismo metodológico*, no qual fenômenos políticos são entendidos pela soma e interação dos comportamentos individuais, e não por supostos “interesses coletivos” independentes dos atores.¹⁴⁴ Essa abordagem contrasta com visões que atribuem ao “Estado” uma vontade única. Em vez disso, cada político, eleitor ou burocrata é visto como maximizador de utilidade, seja essa maximização em termos de poder, votos, prestígio, vantagem material ou qualquer outro atributo que ele perceba ser vantajoso para si¹⁴⁵.

O individualismo metodológico não deve ser confundido com o “individualismo”, entendido como uma norma valorativa para organizar a atividade social. No primeiro caso, trata-se de uma abordagem analítica que busca reduzir todas as questões de organização política ao confronto do indivíduo com as alternativas disponíveis e à sua escolha entre elas. A “lógica da escolha” do indivíduo se torna o elemento central da análise da Escola da Escolha Pública, sem a necessidade de tomar uma posição sobre os objetivos finais ou os critérios que deveriam orientar essa escolha. Ou seja, o foco está em como o indivíduo decide, e não nos valores ou fins que orientam suas decisões¹⁴⁶.

O indivíduo como tomador de decisões é afirmado como a principal unidade de análise e teoria. Parte-se do pressuposto de que os valores do indivíduo têm prioridade sobre outros valores (*individual are assumed to be prior*) e que eles são o principal critério para avaliar a adequação de qualquer ação coletiva¹⁴⁷.

2.3.2. Agente Público e Agente Privado

Outro aspecto crucial é que o agente público não é concebido como um servidor benevolente que age espontaneamente pelo bem comum¹⁴⁸. A TEP sublinha que, assim como ocorre nos mercados, o agente estatal reage a incentivos: um político, por exemplo, pode visar à reeleição; um burocrata pode ambicionar

¹⁴⁴ IÓRIO, 2019, p. 14.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. Op. Cit. p. 17.

¹⁴⁷ WESCHLER, Louis F. Public Choice: Methodological Individualism in Politics. *Public Administration Review*, vol. 42, no. 3, 1982, pp. 288–94.

¹⁴⁸ CRAMPTON, Eric; FARRANT, Andrew. Relaxing benevolence: public choice, socialist calculation, and planner self-interest. *Review of Austrian Economics*, v. 19, n. 1, p. 81–93, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11138-006-6095-7>. Acesso em: 8 jan. 2025.

orçamentos maiores; e ambos podem negociar apoios em troca de vantagens. Essa perspectiva de barganha e cálculo de interesses seria uma das explicações do porquê as decisões públicas, por vezes, divergem daquilo que seria considerado eficiente do ponto de vista econômico-social, ou ainda diverso do interesse público¹⁴⁹

Embora essa hipótese possa soar cética, ela fornece ferramentas analíticas para compreender práticas de corrupção, clientelismo e formação de coalizões majoritárias contrárias ao bem comum.¹⁵⁰ A partir desse arcabouço, é possível identificar, *ex ante* ou *ex post*, onde o Estado pode falhar, está falhando ou irá falhar, no modo ineficiente de alocar recursos, pois o desenho das instituições não consegue inibir o comportamento oportunista dos indivíduos¹⁵¹.

Os agentes, tanto públicos como privados, são eminentemente racionais. Isso é, suas decisões são racionais no sentido de que eles são capazes de compreender sua própria escala de utilidade e selecionar entre as ações alternativas aquelas que contribuem para essa maximizar aquilo que entendem por mais benéfico¹⁵².

2.3.3. Focos da Teoria da Escolha Pública

O exame da burocracia e do *rent-seeking* é uma das áreas mais conhecidas da Teoria da Escolha Pública (TEP), ao analisar como orçamentos, bens e serviços públicos podem ser expandidos e direcionados para segmentos sociais específicos e bem-organizados, que conseguem fazer prevalecer seus interesses nas decisões públicas. A análise de Mancur Olson sobre a lógica dos grupos de interesse esclarece por que setores pequenos e organizados exercem uma influência desproporcional no processo político, em contraste com a dificuldade de mobilização de grandes grupos difusos¹⁵³. Por sua vez, no campo regulatório, George Stigler demonstra que a "captura regulatória" não é um fenômeno excepcional, mas uma

¹⁴⁹BERNABEL, Rodolpho Talaisys. Teoria da Escolha Pública: Uma Introdução Crítica. Dissertação de Mestrado, USP, 2009, p. 57.

¹⁵⁰TULLOCK, Op. Cit., p. 26.

¹⁵¹ Cf. MACEY, Jonathan R. Winstar, Bureaucracy and Public Choice. Supreme Court Economic Review, v. 6, p. 173-200, 1998.

¹⁵² WESCHLER, Op. Cit.

¹⁵³ Cf. OLSON, M. The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups. 20. ed. Harvard University Press, 2002.

consequência previsível de agentes regulados que oferecem vantagens aos reguladores.¹⁵⁴

A teoria da captura, desenvolvida por George Stigler, é uma explicação sobre como as agências reguladoras, criadas para supervisionar setores econômicos e proteger o interesse público, frequentemente serviam aos interesses das próprias indústrias que deveriam regular. De acordo com Stigler, a captura regulatória ocorre quando agentes econômicos regulados exercem influência sobre o processo regulatório, manipulando-o de maneira a obter benefícios específicos, como barreiras à entrada de concorrentes, subsídios ou regulamentações que favorecem suas operações¹⁵⁵.

Essa teoria parte da premissa de que os atores econômicos, como empresas e associações de um setor, possuem forte motivação para influenciar as agências reguladoras, pois podem obter vantagens significativas. Esses atores estão dispostos a investir tempo, dinheiro e esforços políticos para moldar as regulamentações em seu benefício¹⁵⁶. Por outro lado, o público em geral, que deveria ser o principal beneficiário das regulações, geralmente enfrenta dificuldades para se organizar e exercer pressão equivalente, devido à dispersão de seus interesses e à falta de incentivos claros para atuar coletivamente.

Stigler argumenta que a captura regulatória não é um desvio ocasional ou anômalo, mas sim uma consequência natural das interações entre agentes reguladores e regulados¹⁵⁷. As agências reguladoras frequentemente dependem de informações fornecidas pelas empresas reguladas para formular políticas, o que cria um ambiente propício para a captura. Além disso, os próprios reguladores podem ser influenciados por promessas de futuros empregos ou benefícios no setor regulado, fenômeno conhecido como *porta giratória*¹⁵⁸.

A teoria da captura oferece uma crítica contundente à ideia de que o governo, por meio da regulação, atua exclusivamente para corrigir falhas de

¹⁵⁴ STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring, 1971.

¹⁵⁵ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: The political economy: Readings in the politics and economics of American public policy. Routledge, 2021. p. 67-81. p. 71.

¹⁵⁶ Ibid, p. 76.

¹⁵⁷ Ibid, p. 78.

¹⁵⁸ Cf. LIMA, Iana Alves de; FONSECA, Elize Massard da. Captura ou não captura? Perspectivas analíticas no estudo de políticas regulatórias. **Revista de Administração Pública**, v. 55, p. 625-643, 2021.

mercado e proteger o interesse público. Para Stigler, a regulação muitas vezes serve para atender aos interesses de grupos específicos, criando distorções de mercado e, paradoxalmente, exacerbando as falhas que deveria corrigir. O conceito de captura, originalmente pensado para explicar agências reguladoras, evoluiu para incluir a ideia de que qualquer órgão ou entidade pode ser influenciada por grupos organizados que buscam benefícios particulares¹⁵⁹.

No âmbito constitucional, James M. Buchanan e Gordon Tullock destacam o dilema entre os custos de coordenação (decisão coletiva) e os custos externos (impactos negativos sobre minorias) em diferentes regras de votação. Com a adoção de decisões por maioria simples, os custos de coordenação são reduzidos, mas aumenta o risco de impor perdas significativas a quem discorda. Por outro lado, a exigência de unanimidade protege os indivíduos contra imposições arbitrárias, mas eleva drasticamente os custos de tomada de decisão.¹⁶⁰ A TEP, portanto, propõe critérios para equilibrar essas duas pressões, enfatizando a importância do consentimento e da estrutura institucional como guias para a formulação de leis¹⁶¹.

Neste tópico, foi apresentado um panorama sobre a Teoria da Escolha Pública, desde suas origens, destacando as contribuições de Gordon Tullock e James M. Buchanan. A ênfase no indivíduo como unidade básica de análise, na racionalidade e no papel central dos incentivos ajuda a explicar por que o Estado pode falhar em produzir o bem público e por que determinados grupos ou setores conseguem obter privilégios ou capturar os processos decisórios.

No próximo tópico, o debate sobre falhas de governo será aprofundado, considerando que a TEP, ao ressaltar as motivações privadas de agentes públicos, ilumina fenômenos como clientelismo, ineficiência e mau uso de recursos. Serão exploradas as perspectivas de autores como Gordon Tullock e Peter H. Schuck, que analisam como arranjos institucionais e culturais podem agravar ou mitigar o risco de fracasso estatal.

¹⁵⁹ Cf. WHITEHOUSE, Sheldon. *Captured: The corporate infiltration of American democracy*. The New Press, 2019. Em especial a introdução.

¹⁶⁰ BUCHANAN; TULLOCK, Op. Cit. p. 9.

¹⁶¹ Ibid, p. 11.

2.4. Falhas de governo: definição e “remédios”

A Teoria da Escolha Pública (TEP), ao partir da hipótese de que políticos, burocratas e demais agentes públicos nem sempre agem de modo a melhor satisfazer o interesse coletivo, fornece um arcabouço para compreender por que o Estado pode fracassar na formulação ou na implementação de políticas. Dito de outra forma, há a possibilidade de falha governamental, *government failure*, conceituada como o conjunto de disfunções estatais que resultam em gastos excessivos, ineficácia, captura por grupos organizados ou beneficiamento seletivo de determinados setores, em detrimento de um suposto “bem comum”.¹⁶²

Este capítulo examina, inicialmente, os fundamentos teóricos de tais falhas segundo Gordon Tullock e outros autores associados à Escolha Pública; em seguida, apresenta como Peter H. Schuck descreve, em *Why Government Fails So Often and How It Can Do Better*, as causas estruturais do fracasso governamental e suas sugestões de “remédios” incrementais.¹⁶³ Por fim, avalia-se a interseção entre as reflexões de Schuck e as premissas da TEP, evidenciando pontos de convergência, especialmente na ênfase sobre instituições eficazes e *accountability*, o papel dos incentivos e da cultura organizacional.

2.4.1. Definindo *Government Failure*

Gordon Tullock, um dos fundadores da Teoria da Escolha Pública, foi responsável por elucidar como o Estado pode entrar em colapso funcional ao não se submeter a mecanismos que, no setor privado, induzem a eficiência.¹⁶⁴ Em lugar da concorrência de mercado ou de uma pressão direta do consumidor, os agentes públicos se veem inseridos num arranjo em que o principal objetivo passa a ser a obtenção de recompensas eleitorais, salariais, burocráticas, ou ainda, num sistema de decisões fora do mercado (*nonmarket decision making*), no aumento de sua esfera de influência, sem o devido compromisso com a maximização do bem coletivo¹⁶⁵. Tullock descreve, por exemplo, burocracias empenhadas em ampliar

¹⁶²TULLOCK, Gordon. Op. Cit., p. 19.

¹⁶³SCHUCK, Peter H. *Why Government Fails So Often: And How It Can Do Better*. Princeton: Princeton University Press, 2014. 440 p. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctt5hhqbs>. Acesso em: 10 jan. 2025. p. 369.

¹⁶⁴TULLOCK, Gordon. Op. Cit., p. 57.

¹⁶⁵Ibid, p. 59.

orçamentos e ampliar sua margem de atuação, legisladores que adotam leis setoriais em troca de apoios, agências reguladoras suscetíveis à influência das próprias indústrias que deveriam supervisionar e exercem a regulação como uma barreira mercadológica aos concorrentes destas indústrias¹⁶⁶.

O entendimento de Tullock sobre *government failure* é reforçado por diferentes estudos no campo da Escolha Pública¹⁶⁷. Textos como os de William Niskanen aprofundam a análise acerca de burocracias que tendem a inchar seus recursos sem entregar resultados superiores ao cidadão.¹⁶⁸ George Stigler, por sua vez, mostra que a regulação, pensada originalmente para proteger o consumidor ou o mercado de seus próprios defeitos, frequentemente se inverte em favor do setor regulado, gerando distorções de mercado e monopólios amparados por mecanismos legais e institucionais.¹⁶⁹

No escopo da TEP, a falha de governo se equipara à falha de mercado na medida em que ambas representam resultados subótimos causados pela falta de incentivos ou pela presença de incentivos deturpados¹⁷⁰. Enquanto a falha de mercado se explica por externalidades, monopólios ou informações assimétricas, a falha governamental emerge da natureza imperfeita dos processos políticos e das limitações inerentes à ação coletiva¹⁷¹. Quando as políticas públicas impõem “custos externos” a minorias sem gerar ganhos proporcionais para a coletividade, culminando, dentre outras coisas, em subsídios indevidos, distorções orçamentárias e prestação de serviços de baixa qualidade, elas são interferências do governo que atrapalham o processo produtivo e aumentam os custos de transação.¹⁷²

A racionalidade auto-interessada, vista como fundamento da TEP, permite explicar por que burocratas e políticos adotam escolhas que reforçam seus interesses pessoais ou eleitorais, em detrimento de uma atuação voltada ao conjunto da população. O resultado é um conjunto de políticas mal calibradas, legislações inconsistentes e alocação ineficiente de recursos¹⁷³. Nesse cenário, a discussão

¹⁶⁶ Ibid. p. 43-47.

¹⁶⁷ IÓRIO, 2019, p. 24 - 26.

¹⁶⁸ Ibid, p. 22 - 23.

¹⁶⁹ Ibid, p. 26 - 27.

¹⁷⁰ WINSTON, Clifford. Market failure vs. Government Failure. Brookings Institution Press, 1775 Massachusetts Avenue, N.W. Washington, D.C., 2006. p. 2.

¹⁷¹ Ibid, p.3.

¹⁷² LE GRAND, Julian. *The theory of government failure*. British journal of political science, v. 21, n. 4, p. 423-442, 1991.

¹⁷³ WINSTON, Op. Cit., p.

sobre as falhas de governo não se restringe a uma pequena parcela de más condutas individuais, sejam imorais, ilegais ou ineficientes, mas se estende ao risco sistêmico de se multiplicarem decisões que compõem um padrão de disfunção institucional¹⁷⁴.

Tais críticas tornam-se particularmente relevantes à luz de estudos que, como o de Paul C. Light, apontam para uma “cascata de falhas”, na qual um fracasso governamental se sucede a outro, gerando desconfiança generalizada no setor público.¹⁷⁵ A TEP identifica, nesse processo, a ausência de freios e contrapesos capazes de alinhar o comportamento do agente estatal ao objetivo de eficiência social. Essa percepção lança ponte para a abordagem de Peter H. Schuck, que investiga, de forma mais abrangente, por que mesmo grandes orçamentos e sucessivas tentativas de reformar o governo, ainda que em reformas profundas, não impedem a recorrência de fracassos estatais.¹⁷⁶

2.4.2. Por que o Governo Falha Tanto e Como Melhorar?

Em *Why Government Fails So Often and How It Can Do Better*, Peter H. Schuck argumenta que o fracasso governamental não é fruto apenas de ocasionais desmandos, mas de um padrão sistemático de ineficácia.¹⁷⁷ O autor baseia-se em ampla documentação de casos nos Estados Unidos, abarcando setores variados – saúde, educação, infraestrutura, regulação financeira –, em que o dispêndio de recursos, por parte do governo, não se traduz em resultados condizentes¹⁷⁸.

Schuck revela uma sucessão de iniciativas públicas bem-intencionadas que, por subestimar a complexidade ou ignorar fatores culturais e organizacionais, acabam frustrando expectativas. Ele observa que, muitas vezes, o Estado aposta em soluções de curto prazo, alterando programas de modo frequente ou enxergando problemas de modo unilateral. Assim, a capacidade estatal para resolver problemas é, por vezes, superestimada, e os resultados efetivos estão aquém do que se poderia esperar pelo volume de recursos empregados.

¹⁷⁴ Ibid, p. 19.

¹⁷⁵ LIGHT, Paul C. *A cascade of failures: Why government fails, and how to stop it*. Brookings Institution, July, v. 14, 2014.

¹⁷⁶ SCHUCK, p. 185.

¹⁷⁷ Ibid, p. 161.

¹⁷⁸ Ibid, p. 165.

Para Schuck, tais falhas têm origem em fatores como a complexidade administrativa, o governo, fragmentado em múltiplas agências e órgãos, sofre com sobreposições e contradições internas, o que dificulta um encaminhamento coerente das políticas.¹⁷⁹ A falta de credibilidade e legitimidade também é um desses fatores, reformas e alterações frequentes e sem bases sólidas minam a confiança dos cidadãos na perenidade das soluções oferecidas, resultando em menor adesão.¹⁸⁰

Os já mencionados interesses privados e a captura não poderiam deixar de ser um fator, afinal a presença de grupos bem articulados, que logram influenciar decisores, favorece políticas moldadas a interesses restritos, configurando um desvio de finalidade pública¹⁸¹. Por fim, as informações imperfeitas constituem um outro fator, o governo, não raro, age com dados insuficientes ou defasados, ignorando a dinâmica real do problema que pretende endereçar, o que leva a projetos mal concebidos ou excessivamente onerosos¹⁸².

Este último problema também foi identificado pelo prêmio Nobel de economia, Friedrich Hayek, em seu excerto “O uso do conhecimento na sociedade”¹⁸³. Em linhas gerais, o autor austríaco critica a pretensão dos planejadores centrais (e do governo, de modo geral) de deter todo o conhecimento necessário para a tomada de decisões nas mais diversas searas, inclusive com a substituição, por vezes, a vontade dos indivíduos privados. Hayek argumenta que o conhecimento relevante para a formulação de políticas públicas e econômicas está disperso entre os indivíduos e as comunidades, de tal maneira que é impossível concentrá-lo em uma única entidade ou órgão governamental. Segundo ele, essa limitação intrínseca do governo centralizado inevitavelmente conduz a decisões ineficazes, pois desconsidera os detalhes locais e os aspectos práticos que somente aqueles diretamente envolvidos nas situações específicas possuem¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Ibid, p. 290.

¹⁸⁰ Ibid, p. 182.

¹⁸¹ Ibid, p. 79.

¹⁸² AKTAN, Coşkun Can. Sources of governmental failure and imperfect information as political failure. **International Journal of Economics and Finance Studies**, v. 7, n. 2, p. 42-55, 2015.

¹⁸³ HAYEK, Friedrich A. O uso do conhecimento na sociedade. Tradução de Francisco Silva e Pedro Almeida Jorge. Lisboa: Instituto +Liberdade, 2021. Disponível em: <https://maisliberdade.pt/biblioteca/individualism-and-economic-order/>. Acesso em: 22 dez. 2024.

¹⁸⁴ Ibidem.

Dessa forma, Hayek reforça a importância de estruturas descentralizadas e do mercado como mecanismos capazes de integrar e utilizar melhor o conhecimento disponível na sociedade¹⁸⁵.

Neste sentido, tanto Hayek quanto Shuck sublinham que a cultura interna do setor público e a ausência de coordenação efetiva muitas vezes reforçam os fracassos da administração pública, pois não há clareza de liderança ou responsabilidade distribuída entre agências que disputam recursos e protagonismo.

Diante de um panorama em que frequentemente falham, Schuck propõe uma abordagem incremental, na qual pequenos ajustes, cumulados ao longo do tempo, podem reduzir o índice de fracasso governamental. Schuck argumenta que mudanças incrementais são mais viáveis politicamente e menos suscetíveis ao risco de gerar resultados contrários aos pretendidos¹⁸⁶. O raciocínio de Schuck parece se alinhar à constatação de Paul C. Light acerca da necessidade de “pequenas correções” para interromper uma sucessão de fracassos (“*cascade of failures*”)¹⁸⁷.

Entre os “remédios” sugeridos,¹⁸⁸ destacam-se três, a mudança cultural (*cultural change*)¹⁸⁹, reformas constitucionais (*constitution-level reforms*)¹⁹⁰ e reformas transversais (*cross-cutting reforms*)¹⁹¹. Estas últimas são, na visão do autor, a abordagem mais promissora para lidar com falhas governamentais visto que a alteração cultural é extremamente difícil, improvável e demorado, além do fato da cultura ser influenciada por uma pletera de fatores que podem não ser facilmente manipulados por políticas públicas. Ademais, as reformas constitucionais também são politicamente complicadas visto que constituições, de um modo geral, e a Constituição americana, de modo particular, possuem um processo complexo, geralmente com necessidade de grandes maiorias.

Nesse sentido, Schuck indica várias reformas transversais incrementais pelas quais ele acredita a atuação governamental será mais assertiva. Dentre elas, destacam-se a reformulação de incentivos na administração pública, o autor argumenta que a redução do risco moral é essencial para melhorar os incentivos em

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ LIGHT, Op. Cit, p. 12.

¹⁸⁷ SCHUCK, Op. Cit, p. 370.

¹⁸⁸ Ibid, p. 371.

¹⁸⁹ Apesar de apontar como ponto de alteração, Schuck reconhece que tratar do tema em nível teórico é complexo, em nível prático é ainda mais complexo. SCHUCK, p.374.

¹⁹⁰ Ibid., p. 376.

¹⁹¹ Ibid., p. 379.

programas governamentais. Isso pode ser feito por meio de políticas que incentivem a responsabilidade individual e desencorajem a tomada de riscos excessiva. Nessa mesma abordagem de reformulação de incentivos, o fortalecimento dos esforços de "gestão por objetivos" (MBO), também conhecida como "gestão de desempenho", é crucial para recompensar a eficácia e punir o fracasso em programas governamentais.

Além disso, outro ponto sugerido pelo autor para evitar falhas de governo é o aumento da flexibilidade e credibilidade do governo. O autor argumenta que a inflexibilidade é um grande obstáculo à eficácia do governo, levando à persistência de políticas anacrônicas e à incapacidade de adaptação a novas circunstâncias. Schuck, então, sugere o uso de padrões legais mais abertos e maior discricionariedade para os implementadores de políticas para promover a flexibilidade e a adaptação às mudanças. E arremata ao dizer que o governo pode aumentar sua credibilidade ao reduzir os riscos de fazer negócios com ele, o que incentivaria a cooperação de atores privados e outros níveis de governo. A este processo de aumento da flexibilidade governamental e abertura a interação privada de maneira concertada se dá o nome de "governança colaborativa".

No tópico a seguir será desenvolvida ainda mais a governança colaborativa, com *insights* da Teoria da Escolha Pública, para, em seguida, se fazer uma análise do procedimento da Secretaria de Controle Externo e Solução Consensual e Prevenção de Conflitos à luz do conceito de governança colaborativa.

2.5. Governança Colaborativa

Conforme visto, a governança colaborativa é um dos remédios incrementais previstos por Schuck para resolução de falhas governamentais. O termo "governança colaborativa" pode ser compreendido como a abordagem que enfatiza a cooperação entre diferentes atores, sejam eles governamentais, privados ou da sociedade civil, para alcançar objetivos comuns de forma eficiente e eficaz¹⁹². Schuck, em suas discussões, destaca a importância de criar espaços de diálogo e

¹⁹² SUSSKIND, Lawrence; JEFFREY Cruikshank. *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. New York: Basic Books. 1987.

negociação onde as partes interessadas possam colaborar na formulação e implementação de políticas públicas.¹⁹³

Segundo Schuck, essa forma de governança promove a transparência e a *accountability* e facilita a adaptação e a inovação nas políticas públicas.¹⁹⁴ A governança colaborativa é considerada essencial pelo autor para mitigar conflitos de interesse e para assegurar que as decisões tomadas reflitam um consenso mais amplo, e reduzem assim as chances de falhas governamentais¹⁹⁵.

De maneira ampla, a governança colaborativa abrange o conjunto de interesses diferentes que influenciam a tomada de decisões em determinada política pública¹⁹⁶. Assim, ela pode ser analisada sob o prisma de qualquer um dos poderes constituídos, ou ainda de alguma agência em específico¹⁹⁷.

No Legislativo, a governança colaborativa tende a envolver um amplo espectro de participantes, que geralmente parte de um público difuso que tenta influenciar a formação de uma política determinada até para stakeholders e partidos políticos que pressionam para que a política desenhada atenda seus interesses¹⁹⁸. Já na implementação da política pública pelo Poder Executivo, pode-se mencionar a atuação conjunta do setor privado, do setor público e do terceiro setor (*non-governmental actors*) para a efetivação da política¹⁹⁹. Já no Poder Judiciário, a governança colaborativa pode incluir a solução de conflitos de maneira negociada, a mediação ou outras formas de resolução de disputas²⁰⁰.

Elinor Ostrom contribuiu significativamente para a compreensão do tema ao enfatizar que a cooperação efetiva entre diferentes atores requer instituições robustas e regras claras que orientem o processo decisório²⁰¹. Ostrom argumenta que, para que a governança colaborativa seja bem-sucedida, é fundamental que os

¹⁹³ SCHUCK, Op. Cit. p. 105.

¹⁹⁴ Idem, p. 325.

¹⁹⁵ Idem, p. 129-130.

¹⁹⁶ DONAHUE John D.; ZECKHAUSER, Richard J. Collaborative Governance: Private Roles for Public Goals in Turbulent Times, 2011.

¹⁹⁷ AMSLER, L. B. Collaborative governance: Integrating management, politics, and law. *Public Administration Review*, v. 76, n. 5, p. 700–711, 2016. p. 5.

¹⁹⁸ BINGHAM, Lisa. Collaborative governance: Emerging practices and the incomplete legal framework for citizen and stakeholder voice. *Missouri Journal of Dispute Resolution*, v. 2009, n. 2, p. 269–326, 2009.

¹⁹⁹ AMSLER, Op. Cit., p. 9.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 100 ss.

participantes compartilhem informações, confiem uns nos outros e estejam comprometidos com a resolução conjunta de problemas²⁰².

Assim, a governança colaborativa pode ser conceituada como um mecanismo que visa reconfigurar as relações entre os diversos atores envolvidos na formulação e implementação de políticas públicas, promovendo uma interação mais inclusiva e efetiva ao longo de todo o processo político-administrativo²⁰³. Fundamentada na participação ativa do público, de partes interessadas e de agentes governamentais, essa abordagem busca superar modelos tradicionais e unilaterais de tomada de decisão, estabelecendo canais de comunicação que favoreçam o diálogo, a deliberação e a cooperação mútua²⁰⁴.

No plano teórico, a governança colaborativa estrutura-se como uma resposta às complexidades do contexto contemporâneo, em que a pluralidade de interesses e a interdependência entre setores demandam estratégias mais integradas e participativas²⁰⁵. Ela transcende a mera consulta popular, incorporando práticas que valorizam tanto a deliberação pública quanto a gestão colaborativa em redes, além de mecanismos de resolução consensual de disputas²⁰⁶. Dessa forma, a governança colaborativa opera como um arcabouço para a construção de soluções compartilhadas, capazes de refletir as demandas e expectativas de uma sociedade cada vez mais diversificada e interconectada²⁰⁷.

A partir desse enfoque, é possível perceber a governança colaborativa não apenas como uma metodologia instrumental, mas como um paradigma que redefine as formas de interação entre o Estado, a sociedade civil e o setor privado²⁰⁸. Ao engajar diferentes vozes e perspectivas, sobretudo em contextos de elevada complexidade e conflitualidade, ela oferece uma alternativa que, contribui para o fortalecimento das instituições e para a promoção de políticas públicas eficazes.

²⁰² Ibid, p. 14.

²⁰³ Ibid, p. 199-200.

²⁰⁴ AGRANOFF, R. Managing collaborative performance: Changing the boundaries of the state?, *Public Performance & Management Review*, v. 29/1, 2005. p. 18-45.

²⁰⁵ COSTA, Ricardo Ribas da. Governança colaborativa: um instrumento de análise da maturidade dos regimes de colaboração entre a sociedade e a administração pública. 2016. Tese de Doutorado. p.22-27

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ VOETS, Joris et al. Collaborative governance. In: **Oxford research encyclopedia of politics**. Oxford University Press, 2021.

Essa posição encontra sustentação na teoria da escolha pública, visto que essa abordagem teórica enfatiza a importância de mecanismos que alinhem os interesses individuais e coletivos em contextos de decisão pública – a própria Elinor Ostrom é uma autora legatária da Teoria da Escolha Pública²⁰⁹. A teoria da escolha pública, ao aplicar ferramentas da economia ao estudo do comportamento político, em primeiro momento, e burocrático, em um segundo momento, reconhece que os agentes envolvidos no processo decisório – sejam eles representantes do Estado, partes interessadas ou cidadãos – tendem a agir de acordo com incentivos racionais que maximizam seus interesses pessoais, naquilo que entendem ser as escolhas racionais.²¹⁰

Nesse sentido, a governança colaborativa é caracterizada como uma resposta institucional às limitações identificadas pela teoria da escolha pública nos modelos tradicionais de tomada de decisão pública. Além disso, ao incorporar diferentes perspectivas e interesses ao longo do continuum de políticas públicas²¹¹, ao ampliar os espaços de participação e deliberação, a governança colaborativa busca mitigar problemas como a captura regulatória, o comportamento oportunista e os custos de transação elevados que frequentemente caracterizam as interações entre o Estado e os diversos atores sociais, inclusive custos de litigância.

Assim, a teoria da escolha pública fornece uma base conceitual robusta para justificar a adoção de práticas colaborativas na formulação e implementação de políticas, ao evidenciar como essas práticas podem aprimorar a eficiência, a legitimidade e a equidade nos processos decisórios públicos, que envolvem a composição de litígios que envolvam políticas públicas.

Tanto a teoria da escolha pública quanto a da governança colaborativa — esta última independente, mas, de certa forma, herdeira da primeira — não se limitam a justificar a análise das interações nos processos decisórios. Elas também

²⁰⁹ TOONEN, Theo. The work of Elinor and Vincent Ostrom. *Transnational Corporations Review*, v. 2, n. 2, p. 57-78, 2010. ISSN 1925-2099. DOI: [10.1080/19186444.2010.11658236](https://doi.org/10.1080/19186444.2010.11658236). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1925209924005503>. Acesso em: 11.01.2025.

²¹⁰ Conforme nos lembra McGinnis, a racionalidade adotada pela Escolha Pública parte do pressuposto que os indivíduos buscam alcançar objetivos, mas o fazem sob as restrições de uma capacidade limitada de processamento cognitivo e de informações, informações incompletas e as sutis influências de predisposições culturais e crenças. Não por outro motivo chama-se de “racionalidade limitada” (bounded rationality).

²¹¹ Cf. BARBAKOFF, Scott. Application of the Public Policy Exception for the Enforcement of Arbitral Awards: There Is No Place Like the Home in Saint Mary Home, Inc. v. Service Employees International Union, District 1199. *VIII. L. Rev.*, v. 43, p. 829, 1998.

servem para apresentar parâmetros de análise institucional. Elinor Ostrom, por exemplo, propõe um método de análise complexa chamado *Institutional Analysis and Development* (IAD), que busca, de maneira extremamente sintética, contribuir para a análise de como as instituições afetam os incentivos individuais e os comportamentos.

A governança colaborativa, assim, oferece uma perspectiva inovadora para tratar das limitações identificadas pela Teoria da Escolha Pública. Ao alinhar interesses diversos por meio de estruturas policêntricas, que muitas vezes competem umas com as outras, incentivos adequados e práticas de deliberação inclusiva, esse modelo busca enfrentar os desafios de governança pública no contexto contemporâneo.

Dessa forma, a governança colaborativa complementa os *insights* da Teoria da Escolha Pública ao propor soluções práticas e normativas para reduzir falhas de governo. Seja na formulação de políticas, na implementação de programas, ou na resolução de conflitos, a governança colaborativa se posiciona como um instrumento essencial para promover eficiência, equidade e legitimidade no processo decisório público.

2.6. Conclusões Parciais

Este capítulo explorou os fundamentos teóricos da Teoria da Escolha Pública, destacando sua relevância para a compreensão do comportamento de agentes públicos e suas implicações para a formulação e implementação de políticas. A partir do conceito de falhas de governo, analisou-se as contribuições de autores como Gordon Tullock e Peter H. Schuck, que identificam os limites institucionais e culturais do Estado e propõem alternativas incrementais para melhorar a eficiência administrativa.

A transição para a governança colaborativa, como abordado no último tópico, representa uma resposta institucional às limitações identificadas pela Teoria da Escolha Pública. Por meio da integração de diferentes perspectivas e interesses, esse modelo busca mitigar problemas como captura regulatória, comportamento oportunista e elevados custos de transação, frequentemente associados às falhas de governo.

As premissas teóricas exploradas neste capítulo fundamentam a análise do procedimento de consensualismo no Tribunal de Contas da União (TCU), a ser descrito no próximo capítulo. O procedimento adotado pelo TCU exemplifica como a teoria da governança colaborativa pode ser aplicada na prática, ao promover soluções consensuais e reduzir os custos associados à resolução de conflitos administrativos. Essa transição teórica para o estudo empírico demonstra como as instituições brasileiras têm incorporado práticas colaborativas para aprimorar sua eficácia e legitimidade.

O capítulo seguinte está dividido em duas partes, a primeira será composta da descrição do procedimento. Uma vez descrito o procedimento, serão analisados casos, à luz das teorias expostas neste capítulo, em que houve acordo e este foi homologado pelo Tribunal de Contas da União. O objetivo é formalizar o argumento de que o procedimento de solução consensual do Tribunal de Contas da União pode servir para corrigir falhas de governo.

3. CONSENSUALISMO NO TCU

O Tribunal de Contas da União tem se destacado no cenário brasileiro ao adotar práticas inovadoras de consensualismo. Esta abordagem baseia-se na criação de espaços de diálogo estruturados, onde as partes podem identificar interesses comuns, discutir alternativas e negociar soluções mutuamente vantajosas. A concretização destas práticas se dá com a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), que foi instituída no Tribunal de Contas da União por meio da Instrução Normativa n.º 91/2022, do dia 22 de dezembro de 2022²¹².

3.1. Fundamentos Legais do Procedimento

Na Instrução Normativa, está previsto o procedimento, bem como há algumas observações importantes a serem feitas sobre os elementos extranormativos que constam no dispositivo, principalmente nos considerandos. É nos considerandos que

se encontra parte da fundamentação normativa que embasa a edição da Instrução Normativa.

A saber, constam nos considerandos da Instrução Normativa a disposição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que trata sobre a possibilidade de utilização da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, e o art. 13, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que prevê que a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção em vez de processos sancionadores.

Esses dispositivos normativos certamente compõem a base fundamental da legalidade e da constitucionalidade da SecexConsenso. Afinal, usando o léxico de Friedrich Muller, o conteúdo mínimo interpretativo dessas normas parece permitir, ou ainda induzir, a criação de um órgão de soluções consensuais e prevenção de conflitos dentro do Tribunal de Contas da União.

A Lei nº 13.140/2015 traz diversos limites, princípios e definições sobre a atividade da mediação e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, balizando a criação de diversos fóruns de consensualismo na administração pública, abarcando, portanto, a SecexConsenso. Neste sentido, a Instrução Normativa n. 91/2022 seria um ato meramente regulamentar, ato secundário.

Ademais, o artigo 13, § 1º, do Decreto nº 9.830/2019 é ainda mais claro ao estabelecer a existência para a administração pública de um dever de preferência a ações de prevenção à processos sancionadores²¹³. O referido decreto foi expedido num contexto de alteração paradigmática da aplicação do direito brasileiro acompanhando uma virada pragmática e consequencialista da legislação²¹⁴.

Apesar de serem esses os dispositivos que constam na instrução normativa, é possível, ao perquirir o ordenamento jurídico brasileiro, encontrar diversas outras fontes normativas que poderiam embasar a instituição da SecexConsenso, bem como perceber uma tendência legislativa em favor do consensualismo envolvendo matérias da administração pública. Dentre os dispositivos que podem embasar a

²¹³ In verbis: “Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas. § 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.”

²¹⁴ MATTOS, Braulio Campos. Os novos dispositivos da LINDB: entre o pragmatismo e o consequencialismo. **Controle de Administração Pública**, p. 124.

nova Secretaria, destacam-se os seguintes: o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e o artigo 3º, §2º do Código de Processo Civil.

O artigo 26 da LINDB estabelece que é possível formalizar um compromisso entre a autoridade administrativa e os interessados, com o objetivo de eliminar irregularidades, resolver incertezas jurídicas ou superar situações contenciosas na aplicação do direito público, inclusive em casos envolvendo a emissão de licenças, desde que sejam respeitados os requisitos legais, como parecer do órgão jurídico competente, consulta pública quando necessária, e a presença de razões de relevante interesse geral. Tal compromisso, arremata o dispositivo, só produzirá efeitos após sua publicação oficial.

À luz desse dispositivo, com o intuito de fornecer parâmetros interpretativos, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA realizou seminário intitulado “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, no qual foram acatados diversos enunciados sobre a interpretação da LINDB, oportunidade em que se aprovou o Enunciado 21²¹⁵ nos seguintes termos: “Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual controvérsias.”

Neste sentido, o artigo 26 da LINDB, buscou conceder maior segurança à atuação administrativa no contexto da autocomposição, pelo que impôs requisitos procedimentais e materiais aos modelos que poderiam existir.

O artigo 3º, §2º do Código de Processo Civil, por seu turno, diz que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos. Como não há palavras inúteis na lei, a expressão “sempre que possível” deve ser interpretada como uma norma imperativa que orienta todos os órgãos estatais, isso inclui tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública²¹⁶.

Ao posicionar-se juridicamente em uma posição ativa, com pretensão em relação à solução do conflito envolvendo a administração pública, e, ao mesmo

²¹⁵ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>.

²¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 08.01.2025.

tempo, ser obrigado a exercer esta posição atendendo necessidade alheia, diz-se que o Estado está em uma situação de poder-dever em relação ao consensualismo, ainda que condicionada à possibilidade, de proceder com a solução consensual. Esta visão de função é apoiada, por exemplo, por Santi Romano ao dizer que “funções (*officia, munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”²¹⁷.

Ora, se é possível identificar um poder-dever estatal na solução consensual de conflitos, e como o TCU é um órgão estatal, logo, a ele também se aplica esse poder-dever. E como ele poderia ser aplicado se não houvesse um corpo normativo-regulamentar prévio que desse suporte jurídico à operacionalização desse poder-dever? Assim, a Instrução Normativa n.º 91/2022, que institui a SecexConsenso, cumpre exatamente esse papel: traduzir o poder-dever abstratamente previsto no ordenamento jurídico em normas procedimentais concretas, de modo que o Tribunal de Contas da União (TCU) atue de forma estruturada e eficiente na promoção de soluções consensuais de conflitos.

Essa normatização prévia é indispensável para assegurar a segurança jurídica, a transparência e a legitimidade da atuação consensual do TCU. Sem ela, o exercício desse poder-dever estaria comprometido, já que careceria de parâmetros claros para regular tanto a atuação dos agentes públicos quanto a interação com os interessados.

Conclui-se, assim, que a existência de um corpo normativo-regulamentar, como a Instrução Normativa n.º 91/2022, é um requisito técnico-administrativo e uma exigência jurídica-funcional para que o TCU possa desempenhar seu papel atuando, quando possível, para privilegiar o consensualismo, em consonância com a ideologia constitucional vigente.

Com base nesse arcabouço normativo e na fundamentação apresentada, a Instrução Normativa n.º 91/2022 estabelece, de forma detalhada, os procedimentos necessários para viabilizar a atuação consensual do Tribunal de Contas da União por meio da SecexConsenso. Essa regulamentação traduz o poder-dever do TCU em diretrizes operacionais ao organizar as etapas e os critérios que devem ser

²¹⁷ ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 396 p.

observados para assegurar a eficácia, a transparência e a legitimidade dos processos de solução consensual. A seguir, serão apresentados os principais aspectos do procedimento normatizado, com suas fases, requisitos e implicações práticas para os agentes públicos e os interessados.

3.2. Critérios de Admissibilidade e Casos Práticos

Logo em seu artigo 1º, a instrução normativa estabelece as diretrizes para a realização de procedimentos voltados à solução consensual de controvérsias e à prevenção de conflitos no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU). Ele determina que tais procedimentos sejam aplicados a controvérsias relevantes e conflitos relacionados a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, desde que estejam dentro da competência do TCU.

De igual maneira, o artigo enfatiza a prevenção de conflitos, buscando antecipar problemas e mitigar riscos antes que se transformem em disputas mais complexas ou judicializadas. Para garantir que essas iniciativas sejam realizadas de forma padronizada, transparente e em conformidade com a legislação, os procedimentos deverão observar as disposições previstas na instrução normativa correspondente.

Algumas perguntas são importantes para entender melhor o artigo. Por exemplo, como são decididos quais são os problemas que podem ser resolvidos de forma consensual no TCU?

O critério utilizado para definir a relevância para fins de seleção de caso de solução consensual é o mesmo para a seleção de objetos e ações de controle. Isto é, estão relacionadas com a importância relativa ou, ainda, com o papel desempenhado por determinada questão, situação ou unidade em um dado contexto, por meio dos quais se consegue parametrizar o interesse coletivo envolvido²¹⁸. O próprio TCU fornece alguns parâmetros que podem fundamentar a relevância de determinado objeto de auditoria e, por consequência, de solução consensual.

²¹⁸ ARAÚJO, Ricardo Henrique Miranda de. Critérios de seletividade: uma abordagem estratégica para maximização de possibilidades do resultado desejável de auditoria governamental. Revista do Tribunal de Contas da União, n.º 125, p. 72–86.

Dentre estes parâmetros estão posicionamentos expressos por parlamentares, especialistas das casas legislativas ou institutos de pesquisa, além de líderes destacados em diversos segmentos da sociedade; enunciados de prioridades apresentados em documentos como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a mensagem do Executivo ao propor o orçamento ao Legislativo, planos setoriais ou declarações públicas de prioridades pelo governo; registros recorrentes de desperdícios, falhas ou descumprimento de normas e procedimentos; e destaque ou visibilidade nos meios de comunicação²¹⁹.

O artigo 2º estabelece que a solicitação de solução consensual no âmbito da Instrução Normativa pode ser realizada por três diferentes atores institucionais: as autoridades previstas no artigo 264 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (TCU)²²⁰, os dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no artigo 2º da Lei nº 13.848/2019²²¹, e os relatores de processos em tramitação no TCU.

A inclusão de autoridades de alto escalão reforça a natureza estratégica do uso da solução consensual²²². Essas autoridades, responsáveis por questões de grande impacto institucional e administrativo, possuem legitimidade e capacidade para suscitar questões que exigem um tratamento dialógico e resolutivo, mitigando potenciais conflitos ou irregularidades na aplicação de normas.

As agências reguladoras, enquanto autarquias especiais com autonomia técnica e administrativa, são instrumentos fundamentais de regulação e fiscalização

²¹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Manual de auditoria operacional. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058980.PDF>.

²²⁰ In verbis: “Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II – Procurador Geral da República; III – Advogado-Geral da União; IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V – presidentes de tribunais superiores; VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; VII – comandantes das Forças Armadas.”

²²¹ In verbis: “Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).”

²²² DUTRA, Maria Luíza Abinader da Silva. A implementação da consensualidade por meio da IN TCU 91/2022: estudo de caso do Acórdão 1130/2023. [Monografia qualificada em 3º lugar na Categoria Sociedade Civil]. Prêmio Ministro Guilherme Palmeira, Tribunal de Contas da União, 2024.

de setores estratégicos, como energia, saúde e transportes. A inclusão de seus dirigentes máximos como legitimados evidencia o reconhecimento de sua posição como mediadoras e articuladoras no ambiente regulatório. Essa prerrogativa robustece a necessidade de integração entre a fiscalização do TCU e a atuação especializada das agências, de modo que disputas ou dúvidas de cunho regulatório sejam tratadas com enfoque técnico e dialógico. Adicionalmente, a articulação com o TCU garante que os procedimentos regulatórios estejam alinhados às políticas públicas e ao interesse coletivo.

A inclusão dos relatores de processos em tramitação como legitimados a solicitar soluções consensuais induz um novo comportamento dentro do Tribunal de Contas da União, privilegiando uma postura que não se limita à perspectiva estritamente punitiva. Essa abordagem reflete uma mudança paradigmática no controle externo, em que o foco não está exclusivamente na identificação e penalização de irregularidades, e sim na promoção de resoluções que sejam construtivas e orientadas para a melhoria da gestão pública. Por meio dessa prerrogativa, o relator assume um papel mais ativo na busca por soluções negociadas que resguardecem o interesse público e incentivem a adoção de práticas administrativas sem a necessidade de medidas sancionatórias.

O artigo 3º da Instrução Normativa complementa o artigo 2º ao estabelecer os requisitos mínimos que devem ser atendidos na formulação de uma solicitação de solução consensual no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), o quais são importantes para manter a objetividade e a viabilidade da análise da controvérsia pelo Tribunal.

Busca-se criar condições mínimas para que as demandas sejam avaliadas. Tais imposições ocorrem logo no começo do procedimento como forma de otimizar a atuação institucional e os recursos do Tribunal. Com esse espírito, a solicitação deve, necessariamente, conter a indicação detalhada do objeto da controvérsia, especificando aspectos como materialidade (impacto financeiro ou patrimonial), risco (possibilidade de prejuízos ou incertezas) e relevância (importância estratégica da questão), conforme diz o inciso I do artigo 3º.

Há também a necessidade de apresentar pareceres técnico e jurídico que expliquem a controvérsia, identificando as dificuldades concretas na construção de uma solução e embasando o pedido de forma robusta (inciso II do artigo 3º); e, caso

aplicável, a identificação de particulares ou de órgãos e entidades da administração pública que estejam envolvidos na controvérsia (inciso III do artigo 3º). Também é necessário indicar, se for o caso, a existência de processo em tramitação no TCU que trate do mesmo objeto, o que evita duplicidade de esforços e a possibilidade de decisões contraditória (inciso IV do artigo 3º)²²³. Além disso, em situações em que o pedido é formulado por relatores de processos, é obrigatória a manifestação formal de interesse dos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos na controvérsia em buscar uma solução consensual (inciso V do artigo 3º).

Um ponto digno de nota é que, ao redigir a Instrução Normativa, houve um cuidado para que as solicitações de solução consensual feitas por relatores fossem igualmente suficientemente embasadas. Dessa forma, o parágrafo único do artigo 3º atribui à Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) a responsabilidade de, por meio de diligências, providenciar os pareceres técnicos e jurídicos, a indicação das partes envolvidas na controvérsia e sua respectiva manifestação de interesse na solução consensual, quando a solicitação for apresentada por relatores.

O artigo 4º, por seu turno, prevê que as solicitações de solução consensual, mencionadas no artigo 2º da Instrução Normativa, serão formalizadas em processos denominados Solicitação de Solução Consensual (SSC). Esses processos deverão ser encaminhados à Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) para uma análise prévia de admissibilidade. Essa etapa inicial tem como objetivo verificar se os requisitos formais e materiais da solicitação foram cumpridos, assegurando que apenas demandas devidamente fundamentadas e alinhadas aos critérios normativos avancem no procedimento.

O artigo 5º da Instrução Normativa atribui ao Presidente do Tribunal de Contas da União (TCU) a competência para decidir, com base na análise prévia realizada pela SecexConsenso, sobre a admissibilidade das solicitações de solução consensual. Essa decisão deve considerar critérios objetivos e práticos, como a competência do TCU para tratar da matéria em questão, a relevância e a urgência do tema apresentado, o número de processos de Solicitação de Solução Consensual

²²³ Essa preocupação foi exposta no processo SSC 033.038/2023-6, como será visto em páginas posteriores.

(SSC) já em andamento, e a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nesses casos.

Além disso, o § 1º estabelece uma limitação importante, determinando que solicitações relacionadas a matérias já decididas pelo TCU com decisão de mérito não serão admitidas, reforçando o princípio da segurança jurídica e evitando a reabertura de questões já pacificadas. O § 2º complementa, prevendo o arquivamento do processo caso o Presidente decida pela não admissibilidade da solicitação.

Em seguida, o artigo 6º regula os procedimentos aplicáveis às solicitações de solução consensual (SSC) quando o objeto da controvérsia já está sendo tratado em um processo em tramitação no Tribunal de Contas da União (TCU). Nesses casos, a solicitação será analisada em processo próprio, respeitando a análise prévia de admissibilidade da SecexConsenso e a competência do Presidente do Tribunal de decidir sobre a conveniência ou oportunidade da solicitação.

É possível, aqui, fazer um paralelo da previsão no artigo 6º e seus parágrafos com o instituto da prejudicialidade no processo civil, embora com algumas adaptações. No § 1º, encontra-se que a manifestação do Presidente do TCU sobre a admissibilidade da solicitação de solução consensual e a posterior decisão do relator em ratificar ou não essa manifestação criam uma dinâmica de dependência. O relator, ao decidir sobre a ratificação, define se o processo principal será diretamente afetado pela nova solicitação ou se seguirá de forma independente. Essa interação revela a condição de prejudicialidade, em que a aceitação ou rejeição da solicitação consensual interfere diretamente no andamento do processo original.

O § 2º reforça essa lógica ao determinar o sobrestamento das questões relacionadas ao objeto da solicitação de solução consensual no processo principal. Isso significa que, enquanto a Solicitação de Solução Consensual estiver em análise, o processo original não poderá prosseguir nos pontos específicos relacionados ao objeto da Solicitação. Essa medida reconhece que a resolução da SSC é uma condição prévia para a continuidade do exame do processo principal em determinados aspectos, mimetizando o funcionamento da prejudicialidade no processo civil.

Já o § 3º trata do arquivamento do processo de SSC caso o relator não ratifique a manifestação do Presidente. Essa situação reflete outro aspecto da

prejudicialidade: a resolução (ou arquivamento) do processo consensual impacta diretamente o andamento do processo principal. Sem a ratificação, o processo original pode prosseguir sem ser influenciado pela SSC, demonstrando que a conexão entre os dois processos é interrompida quando a prejudicialidade é descartada.

Estes seis artigos iniciais definem os pontos de partida do procedimento. De maneira simplificada, pode-se dizer que são definidos o objetivo e a competência no artigo 1º, a legitimidade ativa dos solicitantes no artigo 2º, os requisitos da solicitação no artigo 3º, o modo de processamento no artigo 4º e a admissibilidade da solicitação nos artigos 5º e 6º.

Até a data de 11 de dezembro de 2024²²⁴, 33 (trinta e três) solicitações de solução consensual haviam sido feitas ao TCU. Destas, apenas 5 não foram admitidas – os processos (i) nº 002.539/2023-3, (ii) 006.313/2023-0, (iii) 035.124/2023-7, (iv) 002.386/2024-0, (v) 033.038/2023-6.

O processo (i) nº 002.539/2023-3 trata de Solicitação de Solução Consensual (SSC) formulada pela Procuradoria-Regional da União da 5ª Região - PRU5R, órgão da Advocacia-Geral da União a respeito de seis atos de aposentadoria já julgados pelo TCU. Em seu parecer prévio, a SecexConsenso recomendou o arquivamento pela parte não ser legitimada, infringido o artigo 2º, e pelo fato de a matéria já ter sido objeto de decisão de mérito da Corte de Contas, o que infringe o artigo 5º, §1º da IN/91. Sob os mesmos fundamentos, o Presidente decidiu pelo arquivamento²²⁵.

Já no processo (ii) 006.313/2023-0, Solicitação de Solução Consensual (SSC) formulada pela Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos de Minas Gerais (FEDERASSANTAS) a respeito do Acórdão 785/2018-Plenário, que tratava da regularidade da aquisição de Dispositivos Médicos Implantáveis (DMI). O Presidente e a SecexConsenso concordaram com o arquivamento sob a constatação de que não havia os requisitos mínimos para o processamento da

²²⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 002.539/2023-3. Gabinete do Presidente. Brasília, 11 mar. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

²²⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 006.313/2023-0. Gabinete do Presidente. Brasília, 14 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

solicitação, o que infringe o artigo 3º, a solicitação foi feita por ente deslegitimado e tratava de matéria que já havia julgamento de mérito no Tribunal.

Por seu turno, o processo (iii) 035.124/2023-7 trata de Solicitação encaminhada pelo Presidente da Comissão de Educação da Câmara dos Deputados, Moses Rodrigues, a respeito de uma parceria firmada entre organização de sociedade civil e o Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania (MDH), sob a égide da Lei 13.019/2014, que deu origem ao Termo de Fomento 918664/2021. O objeto de solução consensual seria a retomada desse Termo de Fomento. Novamente, o Presidente e a SecexConsenso concordaram que não havia o preenchimento dos requisitos presentes nos artigos 2º e 3º, pois não há indicação de que tenha sido discutida e aprovada matéria relativa a esse fomento na Comissão em questão, não havendo qualquer solicitação do Presidente quanto ao mérito da própria solicitação. Por isso, apesar do Presidente de Comissão do Congresso Nacional ser um dos legitimados²²⁶, neste caso, ele foi considerado parte ilegítima para pleitear a solução consensual²²⁷.

Da mesma forma, a solicitação de solução consensual foi considerada instrumento inadequado para a retomada do Termo de Fomento, uma vez que cabe às partes envolvidas buscar soluções para as falhas que levaram à rescisão do Termo e pelo fato de já haver decisão do Poder Judiciário sobre a rescisão. Por fim não foi indicado se haveria ou não processos no TCU sobre a mesma matéria, não foram apresentados os pareceres técnicos e jurídicos envolvendo a solução da controvérsia nem tampouco a manifestação de interesse na solução de órgão ou entidade da administração pública federal envolvida na controvérsia²²⁸.

O processo (iv) 002.386/2024-0, uma Solicitação de Solução Consensual (SSC), foi formulado pela Companhia Docas do Rio de Janeiro (PortosRio), buscando a resolução de um conflito com a empresa Enavi Reparos Navais. A Enavi possui uma dívida de aluguéis e encargos em atraso com a PortosRio, que já foi

²²⁶ Artigo 264 do Regimento Interno do TCU: O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: [...] **IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas**; (grifo nosso)

²²⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 035.124/2023-7. Gabinete do Presidente. Brasília, 25 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

²²⁸ Ibidem.

judicialmente reconhecida e resulta em uma dívida de R\$ 79.628.373,06 (principal) e R\$ 7.962.837,31 (honorários advocatícios).

A Enavi propôs um acordo, através de um Contrato de Confissão e Termo de Renegociação, para pagar apenas R\$ 4 milhões, divididos em R\$ 3,6 milhões para o principal e R\$ 400 mil para os honorários. A PortosRio reconhece que o acordo resolveria uma disputa de mais de 20 anos, mas teme responsabilização por renúncia de receita. A SSC foi rejeitada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) por dois motivos principais: o Diretor-Presidente da PortosRio não era uma autoridade legitimada para formular a solicitação, de acordo com o art. 2º da IN 91/20221. O TCU considerou incabível se manifestar previamente sobre o acordo, pois se trata de um ato administrativo da PortosRio. Adicionalmente, não foram apresentados pareceres técnicos e jurídicos sobre a controvérsia, nem manifestação do Ministério de Portos e Aeroportos sobre o interesse na solução consensual. Diante disso, o processo foi arquivado e a decisão comunicada ao Diretor-Presidente da PortosRio e ao Ministério de Portos e Aeroportos²²⁹.

Por fim, o último caso que foi arquivado por despacho do Presidente até então foi o processo (v) 033.038/2023-6. trata de uma Solicitação de Solução Consensual (SSC) formulada em conjunto pelos Ministros da Advocacia-Geral da União e do Trabalho e Emprego, juntamente com o Procurador-Geral do Trabalho. A SSC visava resolver a questão da destinação de recursos provenientes de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) firmados pelo Ministério Público do Trabalho.

Esses recursos, decorrentes de TAC, não estavam sendo recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, o que motivou a solicitação. A SSC foi analisada pela Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) e, posteriormente, pelo Ministro Bruno Dantas. A decisão final foi de não admitir a solicitação, principalmente pelos seguintes motivos: (i) falta de conveniência e oportunidade, o tema em questão já estava sendo discutido em outro processo (TC 007.597/2018-5), que se encontrava em estágio avançado de análise, inclusive com previsão de ser apreciado pelo Plenário do TCU. A admissão da SSC, nesse contexto, poderia

²²⁹ **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)**. Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 002.386/2024-0. Gabinete do Presidente. Brasília, 2 mar. 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

gerar atrasos e decisões conflitantes, e (ii) a solução consensual proposta pelos solicitantes dependia dos resultados de um grupo de trabalho criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, com previsão de conclusão em dois anos. Esse prazo foi considerado incompatível com a celeridade esperada para as soluções consensuais.

Esses casos ajudam a ilustrar como o Tribunal de Contas da União tem aplicado os critérios previstos nos primeiros artigos da Instrução Normativa 91/2022. Apesar de não haver muitas decisões até o momento, elas evidenciam um padrão de análise que busca assegurar a conformidade com os requisitos de admissibilidade estabelecidos. O rigor na avaliação inicial pode ser interpretado como preocupação do TCU em garantir que as solicitações de solução consensual sejam utilizadas de forma apropriada e eficaz, preservando a integridade das decisões e a coerência institucional.

3.3. Constituição e Dinâmica da Comissão de Solução Consensual (CSC)

Passado o exame dos requisitos iniciais, o processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC) avança para uma nova etapa conduzida pela Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex). Essa etapa é a constituição da Comissão de Solução Consensual (CSC), regulamentada pelo artigo 7º da IN, que é responsável por conduzir os esforços necessários para a elaboração de uma proposta de solução consensual.

A formação da CSC, prevista no § 1º, reflete a busca por um colegiado técnico e representativo à medida em que exige a presença mínima de um servidor da SecexConsenso, que atuará como coordenador; um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria em discussão; e representantes dos órgãos ou entidades públicas que solicitaram a solução consensual ou manifestaram interesse, conforme o disposto no inciso V do artigo 3º da IN. Essa composição busca garantir pluralidade e competência técnica, ao incluir tanto especialistas do TCU quanto representantes das partes diretamente interessadas.

O § 2º permite que, quando necessário, a Segecex autorize a participação de representantes de particulares diretamente envolvidos na controvérsia.

Além disso, o § 3º amplia ainda mais as possibilidades de colaboração, ao permitir que a CSC, por unanimidade de seus membros, convide especialistas na matéria para participar das reuniões como colaboradores, desde que não tenham vínculo direto com a controvérsia. Não é uma invenção recente a possibilidade de especialistas serem chamados para contribuir em lides complexas. Ao fazê-lo, essa previsão reforça o caráter inclusivo e colaborativo do processo, reconhecendo que a contribuição de partes externas pode ser essencial para alcançar uma solução viável e efetiva.

Quanto aos prazos, o § 4º estabelece que a CSC terá um período de 90 dias, contados a partir de sua constituição, para apresentar uma proposta de solução consensual, com a possibilidade de prorrogação por mais 30 dias, a critério do Presidente do TCU. Esse prazo evidencia a preocupação com a celeridade processual, ao mesmo tempo em que reconhece a complexidade das questões tratadas. Caso a CSC não consiga elaborar uma proposta dentro do prazo estipulado, o § 5º determina que a comissão informe o Presidente do TCU, que decidirá pelo arquivamento do processo. Essa previsão assegura que os esforços sejam encerrados de forma objetiva caso não haja perspectivas concretas de solução.

A celeridade expressa nesse procedimento é uma forma de não só garantir que a resolução do conflito será feita em um tempo sensivelmente menor do que as alternativas, como uma tentativa de mitigação de comportamentos oportunistas de qualquer das partes, que se valeria do procedimento apenas para protelar a resolução da por outras vias²³⁰.

Por fim, o § 6º exige que as manifestações das unidades técnicas representadas no TCU contemplem as opiniões do auditor, do diretor e do titular das respectivas unidades. Essa exigência reforça a responsabilidade institucional e individual dos integrantes do TCU, promovendo maior transparência e fundamentação nas deliberações.

Finalizada a fase de negociações dentro dos prazos estabelecidos e havendo concordância de todos os membros externos ao Tribunal de Contas da União (TCU) e de pelo menos uma das unidades representantes do TCU na

²³⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Solução consensual. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/solucao-consensual>. Acesso em: 23 dez. 2024.

Comissão de Solução Consensual (CSC), o processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), que terá um prazo de 15 dias para se manifestar sobre a proposta de solução consensual, conforme disposto no artigo 8º da Instrução Normativa. Este dispositivo sofreu uma alteração pequena, mas de grande relevância. Em sua redação anterior, o texto previa: **“Havendo concordância de todos os membros da CSC com a proposta de solução apresentada**, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU” (grifo nosso).

Esse formato conferia às partes, inclusive aos auditores do TCU presentes na negociação, o poder de veto sobre a apreciação do acordo pelo Plenário do Tribunal, o que permitia que um único auditor bloqueasse o prosseguimento do processo²³¹.

Diante dessa incongruência, o Ministro Vital do Rêgo apresentou a Questão de Ordem nº 1, em 13 de março de 2024, apontando a necessidade de alteração da norma. Com a modificação introduzida, ficou estabelecido que, quando os dois auditores presentes na mesa de negociação (o auditor especializado do setor e o representante da SecexConsenso) discordem da proposta, o processo será arquivado. No entanto, se pelo menos um dos auditores concordar, o processo será encaminhado ao MPTCU, cabendo ao Plenário do TCU decidir se o acordo é passível de homologação ou não. Essa alteração retirou o “poder de veto” anteriormente previsto, e garantiu que o Plenário tivesse a palavra final sobre a viabilidade ou não do acordo.

O §6º do artigo 7º, como anteriormente apresentado, reflete outra tentativa de descentralizar e dinamizar a influência de um auditor singular no processo de solução consensual. Ele determina que a manifestação das unidades representantes do TCU na CSC deve incluir as opiniões do auditor, do diretor e do titular das respectivas unidades. Esse mecanismo distribui a responsabilidade e dilui o peso de uma única visão, promovendo um posicionamento institucional que contemple diferentes níveis de análise e expertise técnica.

Por ter sido levantada no iter de um procedimento em andamento, a Questão de Ordem nº 1 também teve de lidar com o desafio de aplicar o direito no tempo.

²³¹ Esse seria o único procedimento dentre todos no TCU em que a opinião singular de um auditor seria sobreposta a de seu órgão máximo, o Plenário.

Para isso, definiu-se que os processos cujo prazo da CSC tivesse expirado antes da aprovação da alteração, e nos quais não se alcançou consenso entre todos os membros da Comissão, seriam encaminhados à Presidência para arquivamento, dando origem à regra de transição prevista no parágrafo único do artigo 8º.

Um dos casos que ilustra essa situação foi uma Solicitação de Solução Consensual (SSC) apresentada pelo Ministro de Minas e Energia ao TCU, relacionada a controvérsias nos Contratos de Energia de Reserva (CER) firmados com a empresa Âmbar Energia S.A. no âmbito do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) 01/2021. O objetivo do procedimento era suprir a demanda emergencial de energia diante da crise hídrica que ameaçava reduzir drasticamente os níveis dos reservatórios. Inicialmente, a CSC elaborou uma minuta de solução consensual conforme as regras antigas da IN. No entanto, após a elaboração da minuta, auditores da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) e da Unidade de Auditoria Especializada em Energia Elétrica e Nuclear (AudElétrica), que representavam o TCU na CSC, reviram sua anuência à proposta. Essa mudança de posição bloqueou a celebração do acordo e levou a uma instrução técnica e sugeriu o arquivamento do processo com base no §5º do artigo 7º da IN.

Contudo, tanto o Diretor quanto o Secretário da SecexConsenso discordaram desse encaminhamento, argumentando que a decisão sobre o arquivamento, nestes casos em que não há concordância, deveria ser submetida ao Plenário²³². Diante desse impasse, o Ministro Vital do Rêgo propôs, antecipando-se, a modificação da norma na Questão de Ordem nº 1, buscando fortalecer a governança decisória do TCU e aumentar a segurança jurídica dos processos. A alteração sedimentou que a manifestação das unidades instrutoras do TCU deve incluir as opiniões de auditores, diretores e titulares das unidades envolvidas, e que, em caso de divergência sobre o acordo proposto entre os representantes do TCU

²³² O trecho inicial da manifestação do Diretor da SecexConsenso deixa evidente sua percepção de que o Plenário deveria ser o órgão a dirimir eventuais dúvidas: “Em extrato, o diretor da unidade, à peça 81, entende que **a despeito da indicação de representantes deste TCU e das entidades envolvidas nas controvérsias para construção de uma solução consensual, a palavra final sobre a proposta de solução cabe a autoridade máxima de cada entidade. No caso deste Tribunal, compete ao Plenário ‘por meio de acórdão, sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC, acatá-la integralmente ou recusá-la’**”. Argumenta-se, ademais, que, construída uma solução que não conte com a aquiescência apenas dos representantes do TCU, não se poderia retirar do Plenário a possibilidade de deliberar sobre o tema, sobretudo porque a proposta já contou com o aval das autoridades competentes dos órgãos interessados” (grifo nosso).

na CSC, o processo deve ser encaminhado ao Plenário para decisão. Essa modificação reforçou a colegialidade e aprimorou a condução dos processos de solução consensual no Tribunal.

Como de praxe nos processos do TCU, o Ministério Público junto ao Tribunal é designado para elaborar uma manifestação a respeito do acordo feito na Comissão de Solução Consensual. Em seguida, nas hipóteses em que for necessário, o procedimento será enviado à Presidência do TCU para que haja o sorteio de relator dentre os Ministros da corte, conforme inteligência do artigo 9º da IN 91/2022.

Em sendo sorteado o relator, este terá trinta dias para submeter a proposta de solução consensual ao Plenário do TCU (artigo 10 da IN 91/2022). No caso de impossibilidade do cumprimento do prazo previsto no caput do artigo, o relator poderá solicitar ao Plenário a extensão do prazo por período igual ou inferior a trinta dias, conforme o §1º do artigo 10. Por fim, ainda em relação a prazos para que a Solicitação seja submetida ao Plenário, caso haja pedido de vista ou adiamento de julgamento de processo de solução consensual, os autos serão reincluídos na pauta da sessão subsequente, para serem julgados (§2º do artigo 10).

Essa previsão cria regra específica sobre o pedido de vista e/ou de adiamento de julgamento nos processos SSC, coerente com a celeridade com a qual o rito de tramitação das Soluções Consensuais no TCU foi pensado. A regra geral é que o julgador, caso peça vista em mesa, profira seu voto na mesma sessão, tão logo se declare apto para proferir o voto, como diz o §1º do artigo 112 do Regimento Interno do TCU. Caso seja um pedido de vista na forma regimental, o julgamento ficará adiado pelo prazo de até vinte dias. Finalizado o prazo, o processo será reincluído em pauta para ser julgado na sessão subsequente, havendo ou não a devolução dos autos (artigo 2º do artigo 112 do RITCU).

O artigo 11 da Instrução Normativa trata da etapa final do processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC) no Tribunal de Contas da União (TCU) e confere ao Plenário a competência para decidir sobre a proposta elaborada pela Comissão de Solução Consensual (CSC). O dispositivo estabelece que o Plenário poderá, por meio de acórdão, acatar integralmente a proposta, recusá-la ou sugerir alterações, sendo essa última uma possibilidade que permite ajustes na busca por uma solução mais adequada ao caso.

Por exemplo, a Solicitação de Solução Consensual, TC 006.448/2023-2, formulada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) tinha por objeto o Contrato nº 002/ANAC/2019 - Centro-Oeste celebrado entre a ANAC e a Concessionária Aeroeste Aeroportos S/A a respeito do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional Marechal Rondon, em Cuiabá (MT). O contrato previa a construção de uma nova pista de pouso e decolagem (PPD) para atender integralmente ao Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC nº 154), que exige um distanciamento mínimo entre a PPD e a pista de táxi. Admitido o procedimento e formada a Comissão por representantes da ANAC, do Ministério de Portos e Aeroportos, da concessionária, da unidade de auditoria especializada, AudRodoviaAviação, e da SecexConsenso, houve a formação de uma minuta de solução consensual. Concluiu-se que a construção da nova PPD não seria necessária, considerando as atuais condições de operação do aeroporto. Estudos indicaram que a capacidade da PPD atual é suficiente para atender a demanda pelos próximos 20 anos.

A proposta foi enviada para o parecer do Ministério Público de Contas e posteriormente ao Plenário, onde foi aceita integralmente.

Por outro lado, o § 1º detalha o procedimento em caso de sugestão de alterações pelo Plenário. Nessa situação, os membros da CSC que representam os órgãos ou entidades externas ao TCU, conforme previsto no inciso III do § 1º do artigo 7º da IN, terão o prazo de 15 dias para manifestarem concordância ou discordância quanto às alterações sugeridas.

O § 2º dispõe que, caso algum membro externo da CSC não concorde com as alterações sugeridas pelo Plenário, o relator será responsável por determinar o arquivamento do processo.

Observe-se como exemplo de aplicação prática deste dispositivo o caso da Malha Paulista, TC 000.853/2023-2. O Acórdão nº 2472/2023 do TCU aprovou a proposta de solução consensual para a alteração do Caderno de Obrigações da Rumo Malha Paulista, mas com a imposição de uma alteração para constar expressamente no Termo de Autocomposição. A alteração imposta foi a inclusão de uma cláusula condicionante no item 4 do Termo de Autocomposição, esclarecendo que o adicional de vantajosidade de R\$ 670 milhões não exclui as obrigações previstas na cláusula 7 do segundo termo aditivo ao contrato de concessão, nem

quita os valores decorrentes do inventário atualizado de ativos e passivos da ferrovia descritos na referida cláusula²³³.

Essa cláusula condicionante foi incluída para garantir que o pagamento do adicional de vantajosidade não fosse interpretado como uma forma de liberar a Rumo Malha Paulista de suas obrigações contratuais. A decisão do TCU determinou que a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), em conjunto com as partes envolvidas, providenciasse a inclusão dessa cláusula no Termo de Autocomposição²³⁴.

Por fim, o § 3º trata especificamente dos casos em que a SSC esteja vinculada a um processo já em tramitação no TCU, conforme previsto no artigo 6º da IN. Nestes casos, após a conclusão do processo de SSC, os autos deverão ser arquivados, e uma cópia do acórdão correspondente deverá ser juntada ao processo original.

Os artigos 12 a 15 da Instrução Normativa detalham as etapas finais e aspectos institucionais relacionados ao procedimento de solução consensual no Tribunal de Contas da União (TCU), abordando a formalização das soluções, o monitoramento de seu cumprimento e a avaliação de sua implementação.

O artigo 12 dispõe que a formalização da solução consensual aprovada pelo Plenário será realizada por meio de um termo, chamado de “Termo de Autocomposição”, que será firmado pelo Presidente do TCU e pelos dirigentes máximos dos órgãos e entidades envolvidos no acordo, conforme o inciso III do § 1º do artigo 7º. Esse termo deve ser formalizado no prazo de até 30 dias após a deliberação final do Plenário. Essa etapa confere validade formal e eficácia jurídica à solução consensual, além de garantir a vinculação das partes ao acordo celebrado.

Na sequência, o artigo 13 prevê que a verificação do cumprimento do termo firmado será realizada por meio de monitoramento, conforme o disposto no artigo 243 do Regimento Interno do TCU²³⁵.

²³³ BRASIL, Tribunal De Contas Da União. Acórdão nº 2472/2023 – TCU – Plenário. Processo TC 000.853/2023-2. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Revisor: Ministro Augusto Nardes. Sessão: 29 de novembro de 2023. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/econsulta/Web/eConsulta/ConsultaPessoa/DetalhaPessoa.faces?cpfOuCnpj=1&numID=02502844000166>. Acesso em: 26 dez. 2024.

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ Art. 243. Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

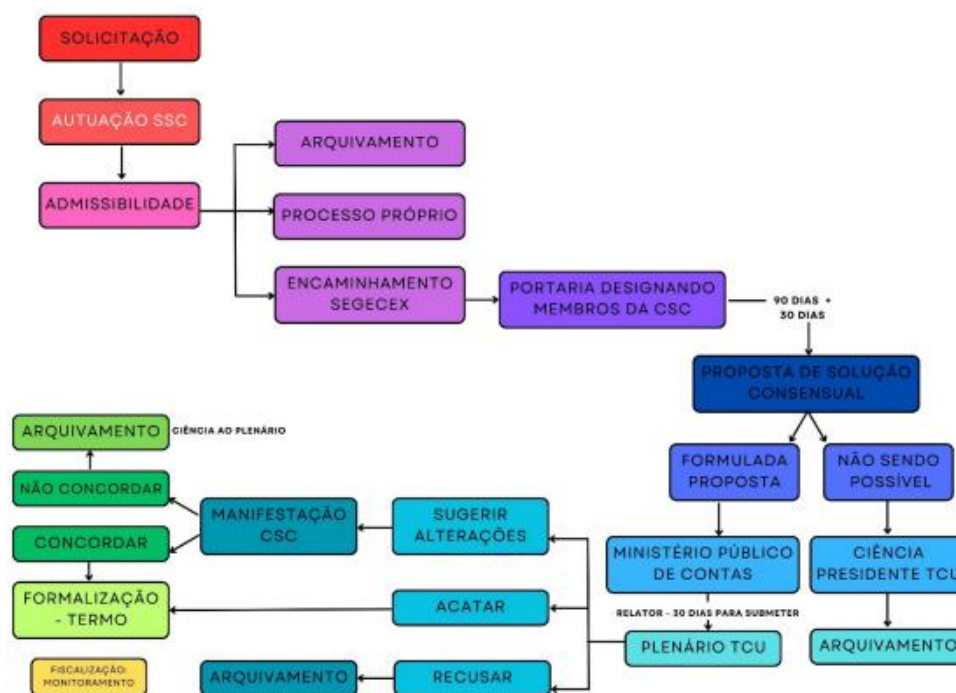
Essa previsão busca assegurar que os compromissos estabelecidos no acordo sejam efetivamente cumpridos e que eventuais descumprimentos possam ser identificados e tratados, promovendo a integridade e a eficácia das soluções consensuais.

Ainda, o artigo 14 institui a Comissão Temporária de Acompanhamento dos Procedimentos de Solução Consensual, com duração de 360 dias a partir da publicação do normativo. O objetivo dessa comissão é acompanhar a implementação dos procedimentos definidos na Instrução Normativa e avaliar os resultados obtidos. A comissão será composta por três ministros designados por portaria da Presidência do TCU, sendo apoiada pela SecexConsenso. Ao final do prazo, a comissão deverá apresentar um relatório contendo uma avaliação das atividades realizadas, além de propor a sua continuidade ou extinção, e sugerir melhorias no procedimento de solução consensual.

Por fim, o artigo 15 estabelece que não caberá recurso das decisões proferidas nos autos de Solicitação de Solução Consensual, em razão da natureza dialógica desses processos. Esse dispositivo reconhece que as decisões nesse âmbito resultam de um processo de construção conjunta entre as partes, elimina a necessidade de revisão por meio de recursos e assegura maior celeridade e estabilidade às soluções consensuais. Por mais óbvio que possa parecer, é importante, contudo, consignar-se que toda e qualquer decisão do Tribunal de Contas da União, inclusive estas de cunho consensual, podem ser levadas e revisadas pelo Poder Judiciário caso alguém haja lesão ou ameaça de lesão a direito. O último artigo traz apenas a cláusula de vigência indicando que a Instrução Normativa 91 entrou em vigor apenas no dia 02 de janeiro de 2023.

A imagem a seguir sintetiza o procedimento de solicitação de solução consensual:

Figura 1 – Fluxograma do procedimento de solução consensual de conflitos



(Kusma, 2024)

3.4. Natureza Jurídica

Apesar do termo “natureza jurídica” ser amplamente utilizado nos meios acadêmicos e judiciais, a definição deste termo acaba sendo esvaída pelo uso irrefletido e recorrente²³⁶. Apenas exemplificando o uso da expressão, ao se pesquisar pelo termo “natureza jurídica”, entre aspas, no google acadêmico, este nos retorna cento e oito mil respostas, duas mil seiscentas e noventa no ano de 2024. Apesar do signficante ser o mesmo, o significado nem sempre é homogêneo.

Vivan Filho, em interessante pesquisa, observou que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul mencionou o termo “natureza jurídica” em 4630 ementas nos anos de 2012 a 2017. No mesmo período, o Superior Tribunal de Justiça utilizou em suas ementas 829 vezes o termo e o Supremo Tribunal Federal, 771 vezes²³⁷. Continuando, o autor apresenta várias definições de natureza jurídica

²³⁶ VIVAN FILHO, G. T. A. "Natureza jurídica": ela está no meio de nós?. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/64840>. Acesso em: 30 dez. 2024.

²³⁷ Ibidem.

utilizadas por autores proeminentes no direito, por exemplo, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, determinar a natureza jurídica seria encontrar as normas que disciplinam determinada situação; já para Francisco Amaral seria o estabelecimento de posições do conceito no sistema jurídico de tal modo a integrar direito subjetivos a categorias dogmaticamente estabelecidas²³⁸.

Identificando, pois, uma dificuldade na definição ex ante da natureza jurídica pelo fato desta ser construída a partir de jogos de linguagem, no léxico de Wittgenstein, Vivan Filho tratou de identificar as regras desse jogo para, então, identificar critérios comuns de unam os sentidos de natureza jurídica, naquilo que se chama de semelhança por família²³⁹.

Nesse sentido, o autor identifica quatro grupos de natureza jurídica na prática judicial, especificamente em casos de direito penal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Ele utiliza esses grupos para analisar como a natureza jurídica é utilizada na fundamentação de decisões judiciais. Para o primeiro grupo, a natureza jurídica é extraída da literalidade do texto de fontes normativas para fundamentar consequências não previstas por ele. A estrutura argumentativa é: "de acordo com o texto legal, x (não) tem a mesma natureza de y, logo, (não) pode ter as mesmas consequências". Um exemplo, trazido pelo autor, é o seguinte: pelo fato da inabilitação de dirigir não constar no rol de penas restritivas de direitos, no artigo 43 do Código Penal, aquela na possui a natureza desta.

Já o segundo grupo pauta a natureza jurídica pela decisão com base no que as cortes superiores têm decidido. A estrutura argumentativa é: "como, para a corte superior, x tem a natureza de y, tem os efeitos de y". Um exemplo é a decisão de que empregados da OAB podem cometer crime de peculato, com base no entendimento do STF de que a OAB tem natureza de autarquia especial.

No entendimento do grupo três, a natureza jurídica como diferença entre dois institutos é inferida por meio dos efeitos diferentes que eles possuem, o que impede que um seja considerado como o outro. A estrutura argumentativa é: "como x tem efeitos diversos de y, não tem a mesma natureza e, portanto, não pode ter uma de suas outras consequências". Os exemplos dados são vários, dentre eles: no empréstimo de ações, quem toma emprestado não necessita devolver aquelas

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem.

mesmas ações, logo, não possui a natureza do mútuo, e, por consequência, a alienação das ações emprestadas não é crime de apropriação indébita²⁴⁰.

Por último, para o grupo quatro, a natureza jurídica é assimilada à finalidade do instituto. Um exemplo desse grupo é a decisão de que o crime de dispensa de licitação é um crime formal, pois sua finalidade é proteger a igualdade de condições na contratação pública, e não apenas o patrimônio público²⁴¹.

É importante observar que, para o autor, a natureza jurídica não é algo que se descobre, mas sim algo que se decide, e essa decisão deve ser fundamentada, tal como os grupos identificados acima são pautados por fundamentações diferentes. Reconhecendo que os grupos identificados acima não exaurem os sentidos utilizáveis do termo “natureza jurídica”, é argumentado que a simples alegação de que algo possui determinada natureza jurídica sem apresentar razões para tal é considerada insuficiente e problemática²⁴².

Sobre essa perspectiva, a definição de natureza jurídica assume uma dimensão prática e funcional, que transcende a mera categorização abstrata e exige um esforço argumentativo coerente e consistente.

A seguir, à luz dos conceitos apresentados anteriormente, buscar-se-á argumentar a respeito da natureza jurídica da atuação do TCU nos casos da SecexConsenso e a respeito da natureza jurídica da decisão. Isso é importante pois permite identificar os limites e as possibilidades dessa atuação e das decisões dela decorrentes no ordenamento, bem como identificar os efeitos práticos e jurídicos que essa atuação pode gerar para os administrados e para a administração pública.

3.4.1. Natureza jurídica da atuação do TCU nos procedimentos de solução consensual

Definir a natureza jurídica da atuação do TCU nos procedimentos de solução consensual é importante pois influencia nos limites e nas possibilidades de desempenho durante o procedimento.

A controvérsia em relação à natureza jurídica já foi inclusive levantada no curso de diversos processos de solução consensual, dentre os quais destaca-se o

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² Ibidem.

TC 006.248/2023-3, em que o Procurador junto ao TCU, Júlio Marcelo de Oliveira, exprimiu parecer no sentido que não se pode aceitar que a atuação dos auditores de controle externo em processos de solução consensual se limite à função de mediadores, cuja tarefa seria apenas auxiliar as partes diretamente envolvidas a alcançarem uma solução negociada. Esse papel não corresponde, nem poderia corresponder, à função do controle externo, cuja missão e dignidade são conferidas pela Constituição ²⁴³. Mesmo em procedimentos de solução consensual, segundo o Procurador, a atuação dos auditores e demais agentes do processo no TCU deve continuar voltada à fiscalização dos atos e contratos da administração pública, assegurando a observância dos princípios consagrados no artigo 37 da Constituição²⁴⁴.

Diante dessa questão, primeiramente serão descritos e analisados os modelos de atuação estatal mais comuns na resolução de crises jurídicas para, por fim, chegar-se a um argumento sólido a respeito de qual a natureza jurídica da atuação do TCU nos procedimentos de solução consensual.

O primeiro modo de atuação mais comum na resolução de lides é, naturalmente, o exercício da jurisdição. Esta pode ser entendida como a atuação do Estado que via a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, onde se resolve definitivamente a crise jurídica²⁴⁵. Neste sentido, a jurisdição possui uma série de características principais tais como o caráter substitutivo, a lide, a inércia e a definitividade.

O caráter substitutivo (característica da substitutividade da jurisdição) se refere à substituição da vontade das partes pela vontade da lei no caso concreto. Com algumas exceções, como no caso de ações constitutivas necessárias, a substitutividade é majoritariamente entendida como um dos pilares da jurisdição. Outro pilar é a lide, tradicionalmente descrita por Carnelutti como o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. A inércia, por sua vez, atribui à jurisdição caráter passivo, no sentido de que o representante jurisdicional não

²⁴³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Processo TC 006.248/2023-3 – Acordo de Solução Consensual com a Ambar Energia*. Parecer do Procurador junto ao Tribunal de Contas, Júlio Marcelo de Oliveira. Brasília, 2023. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2024/04/tcu-acordo-ambar-energia.pdf>.

²⁴⁴ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

²⁴⁵ Ibid.

poderá iniciar um processo de ofício, sendo tarefa do interessado fazê-lo. A última característica da jurisdição é a definitividade, que implica que a decisão que solucionou o conflito deverá ser derradeira, formando o que se chama de coisa julgada material.

Ao atuar no processo de solução consensual, o TCU não substitui a vontade das partes pela vontade da lei, aplicando-a a um caso concreto, não age como um julgador²⁴⁶. Também não está atuando como julgador numa ação constitutiva necessária, na qual seria responsável por criar, extinguir ou modificar direitos ou situações jurídicas mediante decisão com força vinculante²⁴⁷. Em vez disso, busca-se criar um espaço institucional para que as partes envolvidas na controvérsia possam dialogar e construir soluções que atendam aos interesses públicos e estejam em conformidade com os princípios legais e administrativos. Some-se a isso o fato de que a decisão que advém do final do procedimento não forma coisa julgada material, à medida em que não é possível se falar em preclusão da matéria discutida e acordada no procedimento²⁴⁸.

Assim, forçoso concluir que a atuação do TCU nos procedimentos de solução não é jurisdicional. Isso não deve causar espécie pois nem todas as decisões e atos do Tribunal de Contas, conforme visto quando tratadas suas competências, são jurisdicionais²⁴⁹.

Ademais, descartando a atuação jurisdicional, é importante analisar a forma pela qual o procedimento de arbitragem, que é um substituto jurisdicional, permite a lide seja resolvida. Na arbitragem, os conflitantes buscam uma terceira pessoa, sobre a qual depositam confiança, para ela resolva a lide. É um método heterocompositivo de resolução de conflitos no qual a decisão é impositiva, isto é, independe da vontade das partes.

Num juízo comparativo, tal qual feito anteriormente, vemos que o procedimento de solução consensual possui natureza jurídica de arbitragem por não possuir suas características essenciais. Nessa senda, utilizando-se do modelo argumentativo do grupo três, como a arbitragem exige que o árbitro realize a

²⁴⁶ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 59.

²⁴⁷ Ibid., p. 60.

²⁴⁸ JACOBY FERNANDES, Op Cit.

²⁴⁹ Pensemos na função de fiscalização e registro.

substituição da vontade das partes e o TCU não atua desta maneira, logo, estes possuem naturezas jurídicas diferentes.

Cabe ainda analisar a conciliação e mediação. Após a instituição da política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, houve um forte estímulo a soluções autocompositivas, soluções dadas pelas partes. Tanto a conciliação quanto a mediação são formas de solução de conflito em que há um terceiro atuando num processo negocial com a função de auxiliar as partes para que estas cheguem a uma solução.

A diferença entre ambos pode ser constatada doutrinária e legalmente. Doutrinariamente, o conciliador possui uma participação mais ativa no processo de negociação, auxiliando diretamente as partes a chegarem a um acordo. Ele pode, em muitos casos, atuar como um facilitador que orienta e propõe alternativas, embora sem impor sua vontade, sempre respeitando a autonomia das partes. Em contrapartida, o mediador tem, em regra, um papel mais neutro e menos interventivo, buscando criar um ambiente de diálogo onde as partes possam, por si mesmas, identificar os pontos de convergência e construir soluções conjuntas, com menos influência direta sobre o resultado.

Legalmente, essa distinção também é refletida nos dispositivos normativos que regulam os métodos de solução consensual. Por exemplo, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) enfatiza o caráter autodeterminante da mediação, enquanto o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, ao tratar da conciliação e mediação nos artigos 165 a 175, reconhece as particularidades de cada instituto, estabelecendo o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio (§2º do artigo 165 do Código de Processo Civil). Já o mediador atuará preferencialmente nos casos em que já houver vínculo entre as partes, visando o restabelecimento da comunicação para que haja a identificação pelas próprias partes de soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Essa diferenciação serve, em princípio, para definir qual método é mais adequado dependendo da natureza do conflito e do grau de complexidade envolvido. Em situações mais objetivas, em que o litígio envolve questões técnicas ou direitos claramente delimitados, a conciliação pode ser mais eficiente, pois permite que o conciliador proponha alternativas viáveis. Já em conflitos mais subjetivos, que

demandam um entendimento mais profundo das relações entre as partes, a mediação pode ser preferida, devido ao seu enfoque na reconstrução de vínculos e na busca de soluções personalizadas²⁵⁰.

João Forni identifica traços de similaridade do procedimento do TCU com a mediação, com a conciliação e com a arbitragem²⁵¹. Isso porque os auditores que compõem a Comissão de Solução Consensual não atuam somente facilitando o relacionamento entre as partes, antes, eles intervêm e propõem alterações no acordo que está sendo debatido. Isso aproxima a atuação do TCU com a conciliação²⁵². Por outro lado, as partes envolvidas na controvérsia já possuem um relacionamento anterior e um interesse comum em resolver a controvérsia, caso contrário não estariam na mesa de negociação, o que aproxima o procedimento da mediação e, portanto, a atuação do TCU como mediadores²⁵³. Com relação à arbitragem, o único aspecto que o autor identifica como comum é a necessidade de que os agentes envolvidos sejam persuadidos quanto à relevância dos argumentos apresentados, a fim de que uma solução consensual possa ser estabelecida.

Por fim, Forni arremata dizendo que o TCU atua como mediador ativo com ascendência deliberativa sobre a pertinência e aperfeiçoamento do acordo²⁵⁴, identificando a hibridez como elemento central da natureza jurídica da atuação do TCU, onde há traços de mediação, conciliação e arbitragem, com prevalência do primeiro.

Essa ideia da hibridez pode ser reconstruída na estrutura argumentativa da forma dos institutos – por haver elementos necessários para a configuração da mediação, da conciliação e da arbitragem, mas por não haver elementos suficientes para sua compatibilização, é possível, logicamente, identificar uma natureza jurídica híbrida, ainda que haja a prevalência da mediação.

Some-se a isso o fato de que o próprio TCU já delimitou em algumas oportunidades que sua atuação nesses procedimentos de solução consensual se

²⁵⁰ FORNI, João Paulo Gualberto. *A consensualidade no TCU: fundamentos teóricos, enquadramento jurídico, oportunidades de aperfeiçoamento e riscos associados*. Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2024. p. 23.

²⁵¹ Ibid, p. 22.

²⁵² Ibid, p. 33.

²⁵³ Ibid, p. 21.

²⁵⁴ Ibid, p. 22.

trata de uma “mediação técnica”²⁵⁵. Assim, o Tribunal corrobora com a tese de que o procedimento é predominantemente de mediação. Cabe, agora, entender o que significa qualificar tal mediação como “técnica”.

Qualificar a mediação como “técnica” implica reconhecer que a atuação do TCU vai além da mera facilitação de diálogo entre as partes, incorporando uma abordagem fundamentada em expertise técnico-jurídica²⁵⁶. Nesse sentido, a atuação técnica se diferencia por agregar um elevado nível de conhecimento especializado à construção da solução, especialmente em matérias que envolvem a interpretação de normas e situações altamente complexos, análise de impacto econômico e avaliação de políticas públicas²⁵⁷. Os auditores que participam da Comissão de Solução Consensual (CSC) desempenham um papel essencial ao oferecer subsídios técnicos que ajudam as partes a entenderem melhor, por exemplo, os limites normativos, as possibilidades de ajuste e as consequências práticas das soluções propostas.

Segundo consta em acórdãos do TCU, essa qualificação também reflete o compromisso do TCU com a legalidade/juridicidade e o interesse público. Ao mesmo tempo em que facilita o entendimento entre as partes, o Tribunal assegura que as soluções consensuais respeitem os princípios e as regras que regem a Administração Pública.

3.4.2. Natureza Jurídica do Termo de Autocomposição

O Termo de Autocomposição é o documento que materializa a solução consensual discutida na CSC e apresentada ao Plenário do TCU para a homologação. Ele é, portanto, fruto da negociação das partes envolvidas e da anuência e concordância por parte dos auditores especializados, da Secretaria responsável pelo tema no Tribunal e pela SecexConsenso, e deve ser submetido à homologação do Plenário como condição de eficácia.

²⁵⁵ Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em: 02.01.2024. p. 122.

²⁵⁶ Ibid, p. 204 e seguintes.

²⁵⁷ Ibidem.

É importante salientar que não há impedimento para celebração de acordos de solução consensual fora do trâmite do TCU. Contudo, nestes casos, tal como já ocorre com outros acordos (vide o acordo de leniência)²⁵⁸, os processos de controle externo em tramitação na Corte de Contas cujo teor seja tratado no âmbito da negociação não serão arquivados por perda de objeto, e os agentes públicos envolvidos no acordo e os presentes na estrutura decisória de governança das partes envolvidas estarão sujeitos à responsabilização em processos de controle externo pelas decisões tomadas nos procedimentos negociais.

O Ministro Benjamin Zymler afirmou, em seu voto no acórdão 597/2024, que a ausência de subscrição, pelo TCU, da proposta de resolução consensual apresentada pelas partes, não tem o condão de impedir que as partes optem pela formulação do acordo, fora do TCU. Isso porque caso o Poder Concedente e os demais envolvidos, com o devido endosso e análise de seus corpos técnicos e jurídicos, cheguem à conclusão de que o acordo é viável e juridicamente possível, o juízo de arquivamento por parte do TCU não representa apreciação *ex-ante* de ilegalidade e/ou de inoportunidade da negociação²⁵⁹.

De tal maneira que a diferença entre termos de autocomposição firmados pelo rito do TCU, com homologação do Plenário, e acordos administrativos firmados fora da governança da Corte, além de questões formais, parece residir na possibilidade, no segundo caso, de atuação de controle externo sobre o mesmo objeto pactuado e, também, eventual responsabilização dos atores envolvidos na negociação. Essa conclusão é corroborada, por exemplo, os tópicos 1.3 e 1.4 do Termo de Autocomposição do primeiro caso da Secex Consenso²⁶⁰.

Tendo sido feita essa diferenciação, cabe mostrar o que e como TCU tem manifestado a respeito da natureza jurídica do Termos de Autocomposição. De

²⁵⁸ Cf. DA SILVA MITRE, Mariana Leite. Aspectos polêmicos do acordo de leniência e suas repercussões no ordenamento jurídico. São Paulo: Simplíssimo, 2021. Capítulo 1.

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 597/2024 - Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Processo nº 006.248/2023-3. Tipo de processo: Solicitação de Solução Consensual (SSC). Brasília, DF: TCU, 2024.

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

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

maneira estruturada, tanto as Secretarias quanto o Plenário se referem ao Termo de Autocomposição como um negócio jurídico.

Observe-se, como exemplo, o Acórdão 1797/2023-Penário do Tribunal de Contas da União (TCU), que trata de uma solicitação de solução consensual para controvérsias relativas aos Contratos de Energia de Reserva (CER) firmados no âmbito do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) 01/2021. O PCS foi realizado em 2021 em caráter emergencial devido à crise hídrica que assolava o país, com o objetivo de aumentar a potência instalada no sistema elétrico brasileiro e evitar o desabastecimento.

Após a realização do certame e a assinatura dos contratos, o cenário hidrológico brasileiro apresentou melhora, o que diminuiu o risco de desabastecimento e reduziu o preço da energia no mercado de curto prazo. Diante dessa nova conjuntura, a manutenção dos contratos firmados no âmbito do PCS 01/2021, que previam a geração de energia termelétrica a um custo mais elevado, passou a ser questionada em termos de economicidade.

O TCU, por meio do Acórdão 2.699/2022-Plenário, determinou ao Ministério de Minas e Energia (MME) que avaliasse as vantagens e desvantagens da manutenção, rescisão ou renegociação dos contratos, considerando o impacto tarifário e a segurança energética.

A tentativa de rescisão amigável dos contratos, conduzida pelo MME por meio da Portaria MME nº 55/2022, não obteve sucesso. Diante disso, o MME propôs a solução consensual junto ao TCU, buscando a revisão dos contratos de forma a reduzir os custos para os consumidores sem comprometer a segurança energética.

A solução consensual proposta, e homologada pelo TCU por meio do Acórdão 1797/2023, prevê a eliminação da geração inflexível das usinas, ou seja, as usinas não serão mais obrigadas a gerar energia continuamente, mas apenas quando despachadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). Em contrapartida, para garantir a disponibilidade das usinas e compensar os custos relacionados ao desfazimento da estrutura de fornecimento de gás, haverá um aumento na parcela da remuneração fixa (RFdemais) paga às empresas.

Para mitigar o risco de aumento de custos em caso de despacho das usinas, a remuneração pela energia gerada será baseada no Preço de Liquidação das

Diferenças (PLD), que é o valor que remunera a Conta de Energia de Reserva (Coner) quando a energia é vendida no Mercado de Curto Prazo (MCP).

O TCU, ao analisar a proposta de solução consensual, reconheceu os benefícios para os consumidores, com uma redução estimada de R\$ 224,5 milhões nas contas de luz, e a segurança jurídica proporcionada pelo acordo. A Corte também destacou a importância do caráter excepcional do controle concomitante exercido nesse caso, que visa conferir estabilidade à manifestação de vontades e segurança jurídica ao negócio.

De maneira simplificada, o Acórdão 1797/2023 do TCU homologa um acordo que visa a reduzir o custo da energia para os consumidores, por meio da eliminação da geração inflexível das usinas termelétricas contratadas no âmbito do PCS 01/2021. O acordo, em tese, garante a disponibilidade das usinas para o sistema elétrico, mediante o pagamento de uma remuneração fixa ajustada, e a remuneração pela energia gerada será baseada no PLD, protegendo os consumidores de eventual aumento de custos.

Logo ao tratar do mérito do acordo, o Ministro Relator, Benjamin Zymler, expressou dizendo que levado o *negócio jurídico* – referindo-se ao Termo de Autocomposição – ao exame da Corte de Contas, tendo em vista que ele é subscrito por jurisdicionados que possuem o dever de prestar contas, o TCU exerce um juízo de juridicidade amplo, havendo a ratificação da legalidade tanto do objeto da negociação, da motivação, em termos de conveniência e oportunidade.

O negócio jurídico, originalmente concebido no âmbito do Direito Civil, foi gradualmente incorporado ao Direito Público à medida que se intensificou a intercambialidade de conceitos e a aplicação dos princípios e estruturas jurídicas entre esses dois ramos do direito. Neste sentido, torna-se importante avaliar tanto o instituto original quanto sua adaptação.

Classicamente, o negócio jurídico é definido como fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites pré-determinados, o poder de escolha da categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas.

Há dois elementos centrais definidores do negócio jurídico civilista: a definição da produção de efeitos jurídicos e as declarações de vontade. Contudo,

desde as primeiras décadas do século XX, houve resistência por parte da doutrina e dos aplicadores do direito em reconhecer que seria cabível se falar em negócio jurídico administrativo, em que uma das partes estivesse sujeita ao regime jurídico administrativo. Parte da doutrina, ao admitir a existência de negócios jurídicos administrativos, os limitava a situações em que o Estado esteja atuando como um particular, sem poder de império. A doutrina majoritária italiana, por exemplo, concordava com essa tese de que o negócio jurídico administrativo é a operação de que participa o Estado e o particular, lado a lado, em que se despe, o primeiro, do *ius imperii* ou *puissance publique* de que dispõe, para adotar esquemas do direito comum, ao celebrar acordos com o particular²⁶¹

No Brasil, José Cretella Júnior é um dos defensores da limitação do negócio jurídico administrativo às situações em que o Estado atua como particular, visto que nestas situações, a situação jurídica estatal não seria a de utilização de prerrogativas de poder público, mas sim de sujeição às normas de direito público²⁶². Nas outras situações, a vontade do agente público é subjugada pela finalidade pública. O administrador, embora possua vontade própria, estaria vinculado ao interesse público, que deve ser a força motriz de suas ações. A vontade individual, portanto, assume um papel secundário, sendo suplantada pela busca pelo bem comum²⁶³.

A doutrina mais moderna, contudo, diverge alegando que essa é uma representação superada do conceito de interesse público e que, em verdade, a manifestação de vontade institucional-administrativa pode ser formalizada em diferentes níveis, constitucional, legal ou infralegal, e que apesar de eventuais condicionantes ou efeitos impostos *ex lege*, há espaços para transigência da finalidade, e, por fim, a gradação das margens de negociação é um importante calibrador da adequação dos desenhos de solução dos conflitos administrativos²⁶⁴.

Gustavo Binenbojm, argumentando em prol da possibilidade da transação e consenso da Administração pública reforça a ideia de que não há supremacia geral em favor do Estado, nem dever geral de sujeição dos sujeitos privados, mas um

²⁶¹ ZANOBINI, Guido. Corso di diritto amministrativo. 6. ed. 1950. v. 1.

²⁶² JÚNIOR, José Cretella. Negócio jurídico administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 164, p. 29-49, 1986.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ MEGNA, Bruno Lopes. Políticas de solução de conflitos administrativos: adequação e racionalidade. 2023. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. doi:10.11606/T.2.2023.tde-29062023-155043. Acesso em: 03.01.2024.

plexo variável de conformações possíveis entre posições individuais e coletivas, que fazem das prerrogativas públicas um variado instrumental a serviço da realização coordenada das finalidades públicas²⁶⁵.

A visão, capitaneada pelo Ministro Benjamin Zymler e expressa nos acórdãos mencionados, de que a natureza jurídica do Termo de Autocomposição é a de negócio jurídico administrativo parece, portanto, encontrar azo doutrinário nas mais modernas teorias de direito administrativo.

Apesar de escasso o conteúdo doutrinário especificamente sobre a “natureza jurídica do Termo de Autocomposição”, João Forni se debruça sobre o tema em monografia agraciada em segundo lugar no Prêmio Guilherme Palmeira, sendo este o único artigo acadêmico encontrado em que consta especificamente a discussão. Nesse trabalho, o autor argumenta que o procedimento gera um *acordo extrajudicial* quando há negociações bem-sucedidas, mas que a natureza jurídica do Termo de Autocomposição tem maior aproximação com acordos substitutivos de sanção quando há o arquivamento de processos no próprio TCU e a homologação da redução de valores de multas que teriam sido aplicadas pelas agências reguladoras participantes das negociações.

De maneira sintética, Forni afirma que a natureza jurídica do Termo varia conforme o objeto que o compõem²⁶⁶. Essa observação expande o âmbito de investigação a respeito da natureza jurídica a tal ponto que a definição mais precisa dependeria de argumentação específica para cada Termo de Autocomposição celebrado. Isso porque é possível, teoricamente, aventar disposições extremamente diferentes a depender do que estiver sendo debatido nas negociações e o objetivo com o qual o Termo é constituído, de tal modo que a definição da natureza jurídica enquanto negócio jurídico subsiste em um espectro flexível, sujeito às peculiaridades do caso concreto. Essa flexibilidade necessita abarcar elementos variados, de direito público e de direito privado, evidenciando a necessidade de uma análise contextual e integrativa para delimitar seu enquadramento jurídico e seus efeitos práticos.

²⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, v. 3, n. 3, set./dez.2020

²⁶⁶ FORNI, Op. Cit., p. 28.

3.5. ANÁLISE DE CASO: A SOLUÇÃO CONSENSUAL DA KARPOWERSHIP

3.5.1. Síntese do caso

O caso em questão refere-se a uma Solicitação de Solução Consensual (SSC) submetida ao Tribunal de Contas da União (TCU) pelo Ministro de Minas e Energia, Alexandre Silveira, com o objetivo de solucionar controvérsias relativas a Contratos de Energia de Reserva (CER) firmados com a Karpowership Brasil Energia Ltda. (KPS) através do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) 01/2021.

A gênese do problema reside na crise hídrica enfrentada pelo Brasil em 2020 e 2021, que culminou na implementação do PCS 01/2021, um mecanismo emergencial para ampliar a oferta de energia e mitigar o risco de desabastecimento. A KPS sagrou-se vencedora do certame com a proposta de implantação de quatro usinas termelétricas offshore, totalizando 560 MW de potência e fornecendo 1,264 TWh de energia anualmente em regime de inflexibilidade, ou seja, com geração mínima obrigatória.

Entretanto, a conjuntura sofreu uma reviravolta em 2022 com a recuperação dos reservatórios, atenuando o risco de déficit energético e suscitando questionamentos acerca da viabilidade econômica da manutenção dos contratos firmados no âmbito do PCS 01/2021, cujos preços se mostravam substancialmente mais elevados. Em paralelo, a KPS incorreu em atrasos na entrada em operação das usinas, o que ensejou a aplicação de multas pela Aneel e a abertura de processos de rescisão contratual.

Nesse ínterim, o TCU, em resposta a uma representação que questionava a economicidade do PCS 01/2021, emitiu o Acórdão 2.699/2022-Plenário, determinando que o MME realizasse uma avaliação criteriosa dos contratos, sopesando as vantagens e desvantagens de sua manutenção, rescisão ou renegociação. O TCU enfatizou a necessidade de considerar o impacto nas tarifas de energia e a segurança do suprimento energético.

Em consonância com a decisão do TCU, o MME editou a Portaria 55/2022, que previa a possibilidade de rescisão amigável para as empresas adimplentes com o prazo de entrega das usinas e a rescisão unilateral, com aplicação de multas, para

as empresas inadimplentes, como era o caso da KPS. Todavia, a Portaria não obteve a adesão esperada e os custos do PCS continuaram a impactar os consumidores.

Face à complexidade do cenário, o MME optou por submeter ao TCU uma SSC, buscando uma solução negociada com a KPS para os contratos. A SSC visava a alteração amigável dos contratos, compatibilizando sua execução com a nova realidade do sistema elétrico e minimizando os impactos tarifários para os consumidores.

A Solicitação de Solução Consensual foi admitida e foi constituída uma Comissão de Solução Consensual (CSC), composta por representantes do TCU, MME, Aneel e KPS. A CSC, após uma série de reuniões e análises, elaborou um Termo de Autocomposição. Este Termo engloba os seguintes pontos-chave: redução da geração inflexível das usinas da KPS entre 1º de julho e 31 de dezembro de 2023. Essa medida, fundamental para aliviar os custos para os consumidores, resultaria em uma economia estimada em R\$ 579 milhões no período. A redução da inflexibilidade seria total para as usinas Porsud I, Porsud II e Karkey 019, enquanto a usina Karkey 013 manteria uma geração inflexível de 29 MW médios mensais, a fim de atender aos requisitos técnicos mínimos de operação Alteração da base de contabilização da energia gerada para mensal, em vez de horária.

A mudança visa a conferir maior flexibilidade operacional à KPS, sem comprometer a segurança do sistema. Manutenção da eficácia das outorgas e das garantias físicas das usinas. Essa cláusula assegura a segurança jurídica para a KPS e a continuidade da disponibilidade de potência para o Sistema Interligado Nacional (SIN). Suspensão, durante a vigência do acordo, dos processos administrativos em trâmite na Aneel, relativos à aplicação de multas e à rescisão dos contratos, bem como do Mandado de Segurança impetrado pela KPS contra a Aneel. O objetivo é concentrar os esforços na busca por uma solução definitiva para as controvérsias.

O Termo de Autocomposição foi submetido à apreciação do TCU e obteve parecer favorável do Ministério Público junto ao TCU. O TCU, reconhecendo os benefícios do acordo para os consumidores e a necessidade de se alcançar uma solução célere e segura para o impasse, homologou o Termo por meio do Acórdão nº 1130/2023-TCU-Plenário, autorizando o Presidente do TCU a assiná-lo.

3.5.2. Identificação dos elementos teóricos no caso

A análise do caso sob a perspectiva das teorias da escolha pública e da governança colaborativa oferece uma visão aprofundada sobre como essas abordagens podem explicar os problemas enfrentados e justificar as soluções adotadas. Particularmente, a interação entre os atores públicos e privados, as decisões tomadas sob condições de incerteza e a criação de mecanismos colaborativos para resolver disputas demonstram a aplicação prática desses conceitos.

A crise hídrica de 2020 e 2021 revelou uma falha de governo na gestão de contratos emergenciais de energia e, a rigor, no próprio mercado de energia. Esse problema ilustra uma clássica falha de governo, que ocorre quando a ação estatal, ainda que bem-intencionada, gera ineficiências ou resultados adversos devido à falta de flexibilidade, coordenação ou previsibilidade.

O panorama da atuação estatal era o seguinte: tinha-se a previsão de uma seca histórica e o que afetaria o custo da produção de energia. Essa afetação gerou, nos gestores, o temor de que o preço da energia tivesse uma forte alta e afetasse negativamente a economia, pressionando famílias e indústrias consumidoras de energia elétrica, além de impulsionar o aumento da inflação. Ressalte-se: esse cenário todo ocorreu meses antes da eleição. Nessa senda, o governo buscou intervir na economia aumentando a oferta de energia por meio desses contratos advindos do Processo de Contratação Simplificado (PCS) 1/2021.

No caso analisado, é possível identificar quatro cenários distintos baseados na interação entre a decisão do governo de intervir ou não no mercado de energia e a condição climática, particularmente a recuperação ou não dos níveis dos reservatórios devido às chuvas. No primeiro cenário, que efetivamente ocorreu, o governo decide intervir adotando medidas emergenciais, como o Procedimento de Contratação Simplificada (PCS) 01/2021, e ocorre uma recuperação das chuvas que normaliza os níveis dos reservatórios. No segundo cenário, o governo intervém por meio do PCS 01/2021, mas as chuvas não retornam, e os reservatórios continuam em níveis críticos. No terceiro cenário, o governo opta por não intervir, e as chuvas retornam, normalizando os níveis dos reservatórios. Por fim, no quarto cenário, o governo não intervém, e as chuvas não retornam, mantendo os reservatórios em

níveis críticos. Os integrantes do governo, diante dessa situação, entendendo que, para os objetivos que eles tinham, não haveria possibilidade do mercado se autorregular, decidiram tentar consertar o problema, o que posteriormente veio a configurar uma falha de governo.

A falha de governo se tornou evidente quando, em 2022, a recuperação dos reservatórios e a melhora do cenário energético reduziram a necessidade de geração térmica contratada a custos elevados. No entanto, os contratos permaneceram ativos, o que impôs, em princípio, um impacto significativo aos consumidores.

É possível que seja levantada a objeção à configuração dessa falha de governo, argumentando que, em situações de incerteza extrema, como a previsão de uma seca histórica e suas potenciais consequências sobre a economia, a intervenção estatal se justificaria como uma medida preventiva para evitar um cenário mais grave.

No entanto, a configuração de falha de governo não está necessariamente ligada à decisão de intervir em si, mas sim à forma como essa intervenção foi conduzida. A rigidez contratual, por exemplo, impediu que o governo ajustasse a estratégia ao novo contexto, resultando em potenciais custos desnecessários para os consumidores. Além disso, é interessante notar que o planejamento estatal do setor elétrico, neste caso, também falhou, afinal não se dispôs de estratégias alternativas ou ainda preventivas em relação a

Diante desse cenário, a submissão de uma Solicitação de Solução Consensual (SSC) ao Tribunal de Contas da União (TCU) emerge como resposta estratégica para corrigir a falha de governo e alinhar os interesses e as expectativas. A solução foi admitida pelo Presidente do TCU após análise favorável da SecexConsenso. A Comissão de Solução Consensual, composta por representantes do Ministério de Minas e Energia (MME), Aneel, TCU e KPS, foi estruturada para negociar um Termo de Autocomposição que equilibrasse as necessidades do sistema elétrico com a redução de custos aos consumidores e a segurança jurídica para a empresa.

Essa abordagem evidencia como a governança colaborativa pode ser utilizada como um mecanismo corretivo para falhas de governo. O procedimento de solução consensual do TCU desempenhou um papel central nesse processo, ao

demonstrar como instrumentos institucionais podem ser mobilizados para lidar com os desafios da gestão pública, compartilhar expectativas e corrigir falhas de governo. O procedimento funciona como um canal para integrar diferentes atores, fomentar a negociação e garantir que os interesses coletivos sejam priorizados.

O Termo de Autocomposição aprovado incluiu medidas como a redução da geração inflexível, a alteração da base de contabilização da energia para mensal e a suspensão de processos administrativos e judiciais durante a vigência do acordo, resultando em uma economia significativa para os consumidores.

A utilização da SecexConsenso neste contexto revela seu potencial como instrumento para resolver falhas de governo. Por meio de um processo estruturado de negociação, conseguiu-se reunir informações técnicas, promover diálogo entre as partes e facilitar uma solução que integrasse os diversos interesses. Isso contrasta com a abordagem tradicional, baseada em decisões unilaterais, que frequentemente enfrenta resistência e judicialização.

Portanto, o caso demonstra como mecanismos de governança colaborativa, como o procedimento de solução consensual, podem ser incorporados para resolver falhas de governo de forma eficiente e legítima. Essa abordagem corrige problemas existentes e cria precedentes institucionais que aumentam a resiliência do Estado frente a situações de incerteza e complexidade.

Em última análise, ao integrar a escolha pública e a governança colaborativa, o caso do PCS 01/2021 demonstra a importância de instrumentos inovadores para aprimorar a gestão pública e garantir melhores resultados para a sociedade, em outras palavras, contribuem para o aumento do bem estar geral.

3.6. Conclusão Parcial

O capítulo abordou o procedimento do consensualismo no Tribunal de Contas da União (TCU), detalhando o papel da SecexConsenso, como instrumento institucional pioneiro na promoção de soluções consensuais no âmbito da Administração Pública Federal. Ao explorar os fundamentos normativos, os critérios de admissibilidade e a dinâmica do procedimento de solução consensual, ficou evidente que o TCU internalizou a lógica pragmática que passou a permear a

legislação brasileira contemporânea, e inovou ao criar uma estrutura processual robusta, pautada pela governança colaborativa e pela mediação técnica.

A análise da natureza jurídica da atuação do TCU e do Termo de Autocomposição revelou a complexidade desse modelo, que combina características de mediação, conciliação e negociação administrativa, destacando a natureza híbrida do procedimento, com prevalência da mediação, e a natureza jurídica de negócio jurídico administrativo do Termo de Autocomposição. Essa abordagem reforça o papel do TCU como um ente que não só fiscaliza, como contribui a solução de conflitos, inclusive aqueles caracterizados como falhas de governo.

A análise de casos práticos, como o da Karpowership, ilustrou como o modelo de solução consensual pode corrigir falhas de governo e reduzir custos econômicos e sociais, promovendo maior eficiência e legitimidade no exercício das funções públicas. A atuação conjunta entre órgãos de controle, agentes públicos e particulares, mediada pelo TCU, demonstrou que é possível alcançar resultados concretos que beneficiam diretamente a sociedade.

Em suma, o consensualismo no TCU representa uma resposta institucional inovadora que é compatível com que a doutrina trata como modelo de governança colaborativa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se a uma análise do consensualismo no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), com especial atenção às inovações institucionais introduzidas pela criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) e à regulamentação trazida pela Instrução Normativa nº 91/2022. A abordagem proposta visou compreender as bases normativas, operacionais e práticas desse modelo, bem como explorar seus impactos no aprimoramento da governança pública no Brasil.

Ao longo do estudo, partiu-se de um exame das teorias da escolha pública e da governança colaborativa, que fornecem o arcabouço teórico para entender tanto as limitações da ação estatal quanto as possibilidades de transformação institucional. A escolha pública revelou-se essencial para a compreensão das falhas de governo, das motivações individuais de agentes públicos e da interação entre interesses privados e coletivos. Já a governança colaborativa, por sua vez, emergiu como uma abordagem contemporânea que privilegia o diálogo e a cooperação entre os diversos atores sociais, proporcionando um modelo mais participativo, inclusivo e eficiente de formulação e implementação de políticas públicas.

No contexto do TCU, essas bases teóricas foram instrumentalizadas de maneira singular por meio do procedimento de solução consensual, que se destaca por incorporar práticas estruturadas de negociação mediada. A análise demonstrou que o consensualismo aplicado no âmbito do Tribunal de Contas da União vai além de um simples mecanismo de resolução de conflitos: trata-se de um modelo que reconfigura as relações entre os atores públicos e privados, e promove a eficiência administrativa, ao tempo em que é capaz de reduzir os custos de transação e litigância.

A regulamentação, por meio da Instrução Normativa nº 91/2022, foi apresentada como um marco normativo fundamental para garantir a transparência, a segurança jurídica e a eficiência das soluções consensuais. Ao descrever as etapas do procedimento, desde a admissibilidade até a homologação pelo Plenário, o trabalho evidenciou a clareza e a objetividade com que o TCU estruturou o rito, possibilitando que as soluções consensuais sejam conduzidas de maneira técnica, imparcial e eficaz.

A análise de casos práticos, como o da Karpowership e de outros procedimentos submetidos à SecexConsenso, demonstrou a capacidade transformadora do consensualismo. Por meio de exemplos concretos, foi possível observar como o modelo contribui para mitigar falhas de governo, reduzir custos públicos e evitar judicializações desnecessárias, além de promover maior celeridade na resolução de controvérsias administrativas. Os casos também ilustraram a flexibilidade e a adaptabilidade do modelo, que permite atender a diferentes tipos de controvérsias e demandas, respeitando a complexidade e a singularidade de cada situação.

A discussão sobre a natureza jurídica da atuação do TCU, no contexto do consensualismo, também se revelou central para compreender os limites e as possibilidades desse modelo. Concluiu-se que a atuação do Tribunal, nesse âmbito, é predominantemente de mediação técnica, incorporando elementos de conciliação e negociação, mas sem adotar a lógica impositiva típica da jurisdição ou da arbitragem. Essa atuação híbrida reflete a busca por um equilíbrio entre a preservação da legalidade e a promoção de soluções que atendam ao interesse público de forma pragmática e resolutiva.

O trabalho evidenciou, ainda, que o Termo de Autocomposição, fruto do procedimento de solução consensual, possui natureza jurídica de negócio jurídico administrativo, o que reforça sua legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Essa conclusão, sustentada por doutrina contemporânea e por acórdãos do próprio TCU, destaca o papel inovador desse instrumento na promoção de consensos que respeitem os princípios da Administração Pública e que contribuam para a boa governança.

Dessa forma, a atuação do TCU, no campo do consensualismo, demonstra ser uma resposta institucional inovadora e promissora frente aos desafios da Administração Pública contemporânea. Ao priorizar a cooperação, o diálogo e a eficiência, o modelo se alinha aos valores constitucionais de transparência, *accountability* e eficiência, mostrando-se apto a enfrentar as complexidades de um ambiente institucional e social cada vez mais interdependente.

Em última análise, o trabalho conclui que o procedimento de solução consensual no TCU, capitaneado pela SecexConsenso, representa uma revolução

silenciosa na forma como as controvérsias administrativas são tratadas no Brasil. Mais do que um mecanismo técnico, trata-se de uma abordagem que repensa o papel do Tribunal de Contas da União, e transforma-o em uma ferramenta ativa para a prevenção de conflitos, a promoção da governança pública eficiente e apta a resolver falhas de governo. Esse modelo, ainda em consolidação, possui um grande potencial de alterar a dinâmica institucional brasileira, pelo que se faz indispensável a continuidade das pesquisas que investiguem suas aplicações, limitações e possibilidades de aperfeiçoamento.

Referências

AGRANOFF, R. Managing collaborative performance: Changing the boundaries of the state?, *Public Performance & Management Review*, v. 29/1, 2005. p. 18-45.

AKTAN, Coşkun Can. Sources of governmental failure and imperfect information as political failure. *International Journal of Economics and Finance Studies*, v. 7, n. 2, p. 42-55, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul./set. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, jul./set. 2001.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa. *Revista de contratos públicos*. Belo Horizonte, ano, v. 6, p. 175-197, 2008.

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Do controle à cooperação: análise da competência pedagógica dos Tribunais de Contas como meio de aprimoramento da gestão pública. Dissertação de Mestrado, Curso de Mestrado em Administração Pública, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 37ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

BARBAKOFF, Scott. Application of the Public Policy Exception for the Enforcement of Arbitral Awards: There Is No Place Like the Home in Saint Mary Home, Inc. v. Service Employees International Union, District 1199. **VIII. L. Rev.**, v. 43, p. 829, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2017,

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência da estrutura administrativa de 1967. O que resta da ditadura : a exceção brasileira. Tradução . São Paulo: Boitempo, 2021. Acesso em: 09 jan. 2025.

BERNABEL, Rodolpho Talaisys. Teoria da Escolha Pública: Uma Introdução Crítica. Dissertação de Mestrado, USP, 2009.

BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 239, p. 1–32, 2005. DOI: 10.12660/rda.v239.2005.43855. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855>. Acesso em: 15 dez. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ*, v. 3, n. 3, set./dez.2020

BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo: Entre Justificação E Operacionalização. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, 9(3), 2023,774–782. <https://doi.org/10.21783/rei.v9i3.785>.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. 3ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. O interesse público. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

BORGES, A.. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 53, p. 159–179, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 15, p. 1-23, 2007.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 5 jun. 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BRASIL. Exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 5 jun. 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 17 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 22 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 36369 AgR. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma. Julgamento: 17 maio 2019. Publicação: 29 maio 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404580/false>. Acesso em: 07 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 597/2024 - Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Processo: 006.248/2023-3. Tipo de processo: Solicitação de Solução Consensual (SSC). Data da sessão: 03 abr. 2024. Número da ata: 12/2024 - Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Solu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Consensual.TIOPROCESSO%2520/%2520%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOI%2520NT%2520desc/9>. Acesso em: 09 jan. 2025.

BRESSER-PEREIRA, L. C.. Reforma gerencial e legitimação do estado social. *Revista de Administração Pública*, v. 51, n. 1, p. 147–156, jan. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de administração pública*, v. 34, n. 4, p. 7 a 26-7 a 26, 2000.

BUCHANAN, James M. Better than Plowing. In: *The Logical Foundations of Constitution Of Liberty. The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

BUCHANAN, James M. Economics from the Outside In: Better than Plowing and Beyond. Texas A&M University Economics series, n. 17. College Station: Texas A&M University Press, 2007

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

BUGARIN, Bento José. Evolução do controle externo no Brasil. *Revista do TCU*, n. 87, p. 224-238, 2001.

BUGARIN, Bento José. O controle externo no Brasil: evolução, características e perspectivas. *Revista do TCU*, n. 86, p. 338-352, 2000.

BUTLER, Eamonn. *Public Choice: A Primer*. Fairfax: Center for the Study of Public Choice, George Mason University, 2005. Disponível em: <https://ccs.in/sites/default/files/2022-08/public-choice-a-primer.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2025.

CABRAL, Flávio Garcia O conteúdo jurídico da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 43. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4702770/mod_resource/content/1/COMPARATO_Ensaio_sobre_o_juizo_de_constitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2024.

CONTI, José Maurício; MOUTINHO, Donato Volkers; NASCIMENTO, Leandro Maciel. Controle da Administração Pública no Brasil. São Paulo: Bluncher, 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: Revista de processo. 2012.

COSTA, Ricardo Ribas da Governança colaborativa: um instrumento de análise da maturidade dos regimes de colaboração entre a sociedade e a administração pública / Ricardo Ribas da Costa. – 2016.

CRAMPTON, Eric; FARRANT, Andrew. Relaxing benevolence: public choice, socialist calculation, and planner self-interest. Review of Austrian Economics, v. 19, n. 1, p. 81–93, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11138-006-6095-7>. Acesso em: 8 jan. 2025.

CRISTÓVAM, J. S. da S. O direito administrativo no divã do estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 21, n. 27, p. 195–228, 2014. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v21i27.101. Disponível em: <https://revista.esmesec.org.br/re/article/view/101>. Acesso em: 17 dez. 2024.

CUNHA, Lucas; CASONATO, Lucas. A Escola da Virgínia na visão de autores brasileiros: uma introdução à Teoria da Escolha Pública.

DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. A evolução do controle externo e o Tribunal de Contas da União nos 30 anos da Constituição de 1988 de 1988. In: 30 Anos da Constituição Brasileira. Brasília: Editora Forense, 2018.

DE ALMEIDA, Carlos Wellington Leite. Controle externo e técnicas de mediação: a busca de soluções com foco no interesse público. Revista do TCU, n. 98, p. 45-54, 2003.

DE MENDONÇA, J. V. S. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 265, p. 179–198, 2014. DOI: 10.12660/rda.v265.2014.18916. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/18916>. Acesso em: 15 dez. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1943- Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 37. ed., rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado, v. 5, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DONAHUE John D.; ZECKHAUSER, Richard J. Collaborative Governance: Private Roles for Public Goals.

FONTES, Grazielly dos Anjos; FONTES, Karolina dos Anjos. O princípio da eficiência administrativa e a teoria dos custos dos direitos fundamentais: a atuação estatal diante da limitação de recursos financeiros. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, SP, 04 a 07 nov. 2009.

FORNI, João Paulo Gualberto. *A consensualidade no TCU*: fundamentos teóricos, enquadramento jurídico, oportunidades de aperfeiçoamento e riscos associados. Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2024.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p.19.

FURATDO, Lucas Rocha. Princípios Gerais do Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 5ª Edição Revista e Atualizada. Editora Fórum, 2016.

G1. Com sistema isolado, energia de Roraima custa quase R\$ 5 milhões por dia. 27 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/09/27/com-sistema-isolado-energia-de-roraima-custa-quase-r-5-milhoes-por-dia.ghtml>. Acesso em: 9 jan. 2025.

GALLO, Carlos Artur; LOPA, Danielle Bento Pires. Ruptura ou Continuidade? Um estudo sobre a legalidade autoritária da ditadura e seu impacto no estado de direito brasileiro. História, Rio Grande, v. 13, n. 1, 2022

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, ed. Saraiva, 5ª ed., São Paulo, 2000.

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público / Daniel Wunder Hachem;. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAYEK, Friedrich A. O uso do conhecimento na sociedade. Tradução de Francisco Silva e Pedro Almeida Jorge. Lisboa: Instituto +Liberdade, 2021. Disponível em: <https://maisliberdade.pt/biblioteca/individualism-and-economic-order/>. Acesso em: 22 dez. 2024.

IANNOTTA, Lúcio. Principio di Legalità e Amministrazione di Risultato , in Amministrazione e legalità - Fonti normativi e ordinamento (Atti Del convegno , macerata 21 e 22 maggio 1999) Giuffrè Editore , Milano, 2000,pp 45 apud ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. Cit.

INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA. Disponível em: <https://iesgo.tcu.gov.br/>. Acesso em: 03 jan. 2025.

IÓRIO, Márcio. Teoria Jurídica da Regulação: entre Escolha Pública e Captura, 2019.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. Competência dos tribunais de contas. In: Tribunais De Contas Do Brasil Coleção Jacoby de Direito Público. V. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JÚNIOR, José Cretella. Negócio jurídico administrativo. Revista de Direito Administrativo, v. 164, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

KUSMA, Tais Fernanda. Soluções Consensuais No Âmbito Do Tribunal De Contas Da União: SecexConsenso e a Instrução Normativa n. 91/2022. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, [S. l.], v. 10, n. 19, p. 119–135, 2024. Disponível em: <https://www.revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/162>.

LE GRAND, Julian. The theory of government failure. British journal of political science, v. 21, n. 4, 1991.

LIGHT, Paul C. A cascade of failures: Why government fails, and how to stop it. Brookings Institution, July, v. 14, 2014.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. Revista do Serviço Público, v. 49, n. 2, 1998.

LIMA, Iana Alves de; FONSECA, Elize Massard da. Captura ou não captura? Perspectivas analíticas no estudo de políticas regulatórias. Revista de Administração Pública, v. 55, p. 625-643, 2021.

MACEY, Jonathan R. Winstar, Bureaucracy and Public Choice. Supreme Court Economic Review, v. 6, p. 173-200, 1998.

MARCIANO, A. How Wicksell Became Important for Buchanan: A Historical Account of a (Relatively) Slow Epiphany. Journal of Public Finance and Public Choice, p.1-23 (181-203) <https://doi.org/10.1332/251569119X15709869180845>, Bristol University Press Digital, 2019.

MARTINS, Simone et al. Transparência, accountability e governança pública. Administração Pública e Gestão Social, v. 10, n. 4, 2018.

MATTOS, Braulio Campos. Os novos dispositivos da LINDB: entre o pragmatismo e o consequencialismo. Controle de Administração Pública, p. 124.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19995-19996-1-PB.pdf>.

MAYER, Otto. Deutsches Verwaltungsrecht, 3ª ed., 1924.

MEGNA, Bruno Lopes. Políticas de solução de conflitos administrativos: adequação e racionalidade. 2023. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. doi:10.11606/T.2.2023.tde-29062023-155043. Acesso em: 03.01.2024.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 51, n. 2, p. 105-118, abr./jun. 2000.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto. Avaliação da Administração Pública: Eficiência, Eficácia e Efetividade. FUNDAP, 1990.

MOURÃO, Gustavo Nunes Ensaio sobre a obra de James M. Buchanan. - 2021. 98 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, do Setor de Ciências Sociais Aplicadas.

NASCIMENTO, Darlam do. Dimensões do discurso: análise do Discurso do TCU Frente às Prestações de Contas da Presidência da República (1988-2019). 2020.

OSTROM, Elinor. Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 100 ss.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Available from: Grupo Almedina, Grupo Almedina, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em: 02.01.2024.

PESSOA, Robertônio Santos. O Direito Administrativo Brasileiro Antes Da Constituição De 1988: A Consolidação De Uma Escola Nacional. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, [S. l.], v. 28, n. 1, p. 20, 2022. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/1095>. Acesso em: 15 dez. 2024.

ROWLEY, Charles K.; HOUSER, Daniel. The life and times of Gordon Tullock. Public Choice, v. 152, n. 1/2, The intellectual legacy of Gordon Tullock, p. 3-27, July 2012. Springer. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41483749>>.

SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controles estatal e social da administração pública. Revista do TCU, n. 94, p. 13-47, 2002.

SCAPIN, Romano. A Expedição De Provimentos Provisórios Pelos Tribunais De Contas: Das “Medidas Cautelares” à Técnica Antecipatória no Controle Externo Brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/150244>.

SCHUCK, Peter H. *Why Government Fails So Often: And How It Can Do Better*. Princeton: Princeton University Press, 2014. 440 p. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctt5hhqbs>. Acesso em: 10 jan. 2025.

STIGLER, G. The Theory of Economic Regulation. Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 1, 1971.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring, 1971.

SUSSKIND, Lawrence; JEFFREY Cruikshank. Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes. New York: Basic Books. 1987.

TEIXEIRA, Larissa Solek. **O dever de motivação expressa do ato administrativo discricionário**. 2001. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

TOONEN, Theo. The work of Elinor and Vincent Ostrom. Transnational Corporations Review, v. 2, n. 2, p. 57-78, 2010. ISSN 1925-2099. DOI: 10.1080/19186444.2010.11658236. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1925209924005503>. Acesso em: 11.01.2025.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre conclusão das comunicações processuais – Processo nº 033.038/2023-6. Secretaria-Geral de Controle Externo. Brasília, 14 dez. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 002.539/2023-3. Gabinete do Presidente. Brasília, 11 mar. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 006.313/2023-0. Gabinete do Presidente. Brasília, 14 abr.

2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 035.124/2023-7. Gabinete do Presidente. Brasília, 25 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Despacho sobre Solicitação de Solução Consensual – Processo nº 002.386/2024-0. Gabinete do Presidente. Brasília, 2 mar. 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 22 dez. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Manual de auditoria operacional. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058980.PDF>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Solução consensual. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/solucao-consensual>. Acesso em: 23 dez. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2472/2023 – TCU – Plenário. Processo TC 000.853/2023-2. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Revisor: Ministro Augusto Nardes. Sessão: 29 de novembro de 2023. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/econsulta/Web/eConsulta/ConsultaPessoa/DetalhaPessoa.faces?cpfOuCnpj=1&numID=02502844000166>. Acesso em: 26 dez. 2024.

TULLOCK, G.; SELDON, A.; BRADY, G. Government Failure: A Primer in Public Choice. Washington, D.C.: Cato Institute, 2002.

TULLOCK, Gordon. Government failure: a primer in public choice. Rev. version of author's: Government: whose obedient servant? Published: London : Institute of Economic Affairs, 2000.

VIDAL, Victor Luna. Direito administrativo e pós-positivismo: uma releitura crítica. Revista Vianna Sapiens, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 26, 2019. DOI: 10.31994/rvs.v10i1.531. Disponível em: <https://viannasapiens.emnuvens.com.br/revista/article/view/531>. Acesso em: 15 dez. 2024.

VIEIRA, Elder Leonardo. Abreu; LELIS, Davi Augusto Santana de. A Reforma Administrativa Brasileira De 1967 E O Autoritarismo Da Ditadura Civil-Militar: O Que A Democracia Tem A Dizer. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 38, n. 2, p. 56–73, 2022.

VIVAN FILHO, G. T. A. "Natureza jurídica": ela está no meio de nós?. Res Severa Verum Gaudium, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/64840>. Acesso em: 30 dez. 2024.

VOETS, Joris et al. Collaborative governance. In: Oxford research encyclopedia of politics. Oxford University Press, 2021.

WESCHLER, Louis F. Public Choice: Methodological Individualism in Politics. *Public Administration Review*, vol. 42, no. 3, 1982, pp. 288–94.

WHITEHOUSE, Sheldon. *Captured: The corporate infiltration of American democracy*. The New Press, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3ªed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6. ed. 1950. v. 1.

ZATELLO, Gustavo *Direito Administrativo, Estado Interventor e Técnica: uma Biografia Jurídica de Hely Lopes Meirelles (1917-1990)* / Gustavo Zatelli; orientador Ailton L. Cerqueira Leite Seelaender. -- Brasília, 2022.