



SECEXCONSENSO

PREVENÇÃO DE CONFLITOS PELO DIÁLOGO ENTRE AS PARTES



Criada em 2023, a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) tem o papel de contribuir com a construção de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos, valorizando o diálogo entre os órgãos estatais, legitimados para a tomada de decisão, e particulares que se relacionam com o poder público.

Ainda que a criação da unidade se trate de uma inovação, o TCU já vinha executando ações de diálogo e interlocução com gestores e particulares em muitos dos seus processos de trabalho e fiscalizações. Ou seja, a unidade institucionaliza essa estratégia e tem como objetivo discutir, de forma consensual, soluções para problemas estruturantes, que tenham alta materialidade, risco e relevância, com maior celeridade e efetividade em prol do interesse público.

Cabe destacar que o consensualismo já era uma realidade fora do TCU, seja na esfera pública ou privada.

A Câmara de Mediação e de Conciliação da Advocacia-Geral da União foi criada em 2007 (Portaria nº 1.281/2007) e atua por meio de autocomposição na busca da prevenção e solução consensual de conflitos que envolvam órgãos da administração pública federal, autarquias ou fundações federais.

O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso (TCE/MT) criou, em 2022, as chamadas “mesas técnicas”, que são voltadas ao consenso e à eficiência na solução de questões complexas relacionadas à administração pública.



Também na esfera privada é cada vez mais comum a escolha de caminhos alternativos para solução de litígios, a exemplo da mediação, arbitragem, conciliação extrajudicial e de outras modalidades de autocomposição.

Assim, a estratégia de uma unidade consensual é apenas uma opção de um cardápio de possibilidades de soluções adequadas aos conflitos. É aquela em que o Estado decide pelo caminho do diálogo em detrimento da imposição nas relações com o setor privado.

Quais seriam, porém, os motivos dessa crescente autocomposição para a solução de conflitos e controvérsias?

Certamente a demora na entrega de soluções adequadas, o custo processual e a incerteza dos julgamentos, judiciais ou administrativos, estão entre as prováveis causas. Ademais, a experiência tem mostrado que os julgamentos nos moldes tradicionais nem sempre resultam na verdadeira pacificação dos conflitos – aspecto em que a autocomposição veio colaborar.

Assim, o TCU, em boa hora e sintonizado com esse movimento, criou, por meio da Instrução Normativa TCU nº 91/2022, o processo de solução consensual, que se afasta um pouco do modelo tradicional e imperativo, contemplando uma lógica pautada em diálogo, negociação e cooperação. Em vez da busca isolada pela melhor solução, é a construção coletiva e o consenso que conduzem a ela.

O interesse público continua a ser perseguido nas soluções consensuais, porém a solução para problemas contratuais necessariamente deve contar com a convergência do interesse particular do contratado. De outro modo, a solução não seria implementável, já que o contrato é bilateral. Apesar disso, havendo composição de interesses, a decisão integrativa e com maior riqueza de informações tem o potencial de ser implementada de maneira mais tempestiva e eficiente, já que não será combatida por meio de recursos administrativos e até mesmo judiciais.

COMO TEM SIDO A EXPERIÊNCIA NO TCU?

A mencionada IN-TCU nº 91/2022 criou o processo de solução consensual (SSC).

As autoridades legitimadas para pleitear um processo desse tipo são as mesmas previstas para formular consulta ao TCU (artigo 264 do Regimento Interno), a exemplo de Ministros de Estado, com a adição dos dirigentes máximos de agências reguladoras e dos ministros relatores do próprio TCU.

Após manifestação da unidade técnica, a admissibilidade é analisada pelo Ministro Presidente do TCU, considerando, na avaliação, os tradicionais critérios que justificam a movimentação eletiva do TCU: materialidade, risco e relevância do objeto. É prevista uma admissibilidade adicional pelo relator da matéria nos casos de processos em andamento que discutam temas conexos no TCU, desde que não tenham decisão de mérito.



Instalada a comissão, passa a contar o prazo de 90 dias de trabalho para a busca da solução consensual, prorrogáveis por 30 dias, sendo produzido um relatório da solução consensual, caso haja, após o que o processo passa por oitiva obrigatória do Ministério Público junto ao TCU, com posterior definição do relator, que avalia a questão e a envia para análise do Plenário, que poderá aprovar/homologar o acordo, rejeitar ou mesmo incluir condicionantes para a aprovação – oportunidade na qual os atores externos que tenham participado da comissão precisariam confirmar a intenção de celebrar o acordo nos novos termos.

A implementação do acordo será monitorada pelo TCU, não havendo previsão de aplicação de sanção por descumprimento, sendo esperado que haja celeridade em virtude da participação voluntária na comissão, bem como da convergência de interesses para que a solução consensual seja submetida ao rito de aprovação das instâncias da governança decisória de cada um dos atores. Sendo uma controvérsia contratual, a eventual celebração de um termo aditivo para a implementação passaria a ter previsão de sanção por descumprimento do contrato, nos seus novos termos.

IMPORTÂNCIA DA COMISSÃO

Certamente, um dos aspectos de maior destaque nesse tipo de abordagem é a comissão de solução consensual (art. 7º da IN-TCU nº 91/2022).

Representantes de duas unidades técnicas do TCU (Secex Especializada no tema e SecexConsenso), do órgão ou entidade solicitante, das agências reguladoras respectivas, quando for o caso, e das empresas privadas, caso a controvérsia seja contratual, sentam-se à mesa, semanalmente, para discutir a controvérsia e deliberar sobre o caso em questão.

As primeiras reuniões de cada comissão trazem sempre um certo “ar de surpresa”, já que todos os envolvidos que podem colaborar na solução de um problema complexo estão à mesa de negociação ao mesmo tempo.

Apesar de os auditores da SecexConsenso estarem passando continuamente por intenso treinamento sobre essa nova forma de trabalho, ainda é um desafio a condução dessas comissões. A assimetria de informações, sempre presente nos processos de controle externo, vai sendo mitigada em face de intensas discussões, debates, compartilhamento de experiências e análises de documentos, reuniões bilaterais e outras iniciativas.

A redução da assimetria de informação é condição básica para que a comissão se aprofunde na questão e, quanto mais o debate se intensifica, maiores o delineamento e o aprofundamento. Mais do que ganhar ou perder, importa aprofundar-se no problema, o que diminui o gap de conhecimento técnico e permite construir conjuntamente uma solução que melhor atenda ao interesse público e também preserve o interesse do particular.

Como todos os integrantes atuam na comissão de forma voluntária, o “mediador” precisa atuar com tato na abordagem e aprimorar *soft skills*, diferentemente de um processo administrativo clássico, em que a imperatividade se destaca. Nas comissões, o estímulo para



que os envolvidos se sentem à mesa de negociação e permaneçam nela depende muito da habilidade de quem conduz a discussão.

Por certo que se sentar à mesa para a construção coletiva de soluções exige um amadurecimento não só do TCU, mas também de todos os atores e instituições presentes. São os órgãos e entidades envolvidos que decidem, exercendo o TCU um papel de mediador e homologador da decisão escolhida pelo gestor, o que representa uma profunda inovação na forma de construir e aprimorar as soluções em prol do interesse público.

Além do mais, mesmo que as comissões no TCU já estejam construindo ritos e procedimentos próprios, não há uma formalidade procedimental rígida, ponderando-se a flexibilidade conforme os participantes, a dificuldade do caso concreto, o andamento da discussão, entre outras circunstâncias. Certamente, o engessamento não contribui para a resolução consensual, até porque o protagonismo não é do TCU, mas de todos os participantes das reuniões.

A QUESTÃO DA TEMPESTIVIDADE

A tempestividade é uma das questões-chave das soluções consensuais.

O § 4º do art. 7 da IN TCU nº 91/2022 fixou o prazo de 90 dias para o funcionamento das comissões, cabendo uma prorrogação de 30 dias. Já o Ministério Público junto ao TCU tem 15 dias para manifestação (art. 8º), e o Ministro Relator, 30 dias (art. 10º).

E fácil notar todo um esforço institucional para a entrega de um acordo consensual em um prazo que melhor atenda ao interesse da sociedade.

Interessante registrar a famosa frase de Rui Barbosa: “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

Para cumprir esse prazo, as reuniões das comissões têm se pautado por um diálogo focado no conhecimento e detalhamento do assunto em questão; normalmente são fixados prazos e tarefas para os participantes a fim de que tragam, nas reuniões seguintes, informações e documentos para a construção coletiva. Eventual protelação ou não cumprimento do acordado pode prejudicar o andamento dos trabalhos e até mesmo inviabilizar a solução da controvérsia.

Ainda sobre a questão da entrega mais tempestiva de uma solução ao cidadão brasileiro, recentemente, o Presidente do TCU, Ministro Bruno Dantas, participou do 26º Congresso Internacional de Direito Constitucional¹ e, no painel Justiça multiportas, consensualidade e processo administrativo sancionador, registrou o seguinte:

1 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o2FBTzITQxc>. Acesso em: 13 nov. 2023.



o que é um acordo que obedece a economicidade? É um acordo que leva em consideração o risco judiciário, **que leva em consideração o tempo que o Estado vai levar até obter aquele bem que deveria ter obtido caso o administrado cumprisse espontaneamente a obrigação que tinha.** Portanto, existe uma porção de variáveis que precisam ser consideradas e não apenas aquele número bruto que é fornecido por uma obrigação que deveria ter sido satisfeita (Dantas, 2023, 1 h 20 min 20 seg).

Ou seja, a economicidade não é uma variável que deve ser analisada isoladamente, mas, sim, em um contexto de análise de risco, a exemplo do judiciário, bem como da tempestividade para que a sociedade possa usufruir dos benefícios pretendidos, ou mesmo minorar os impactos danosos ou diluí-lo no tempo.

Outro ponto que mostra todo o esforço de agilidade na entrega da solução consensual foi a aprovação recente, pelo Plenário do TCU, de questão de ordem proposta pelo Presidente da Casa, de prazo máximo de 7 dias para apreciação dos pedidos de vista em processos de solução consensual.

A construção de uma solução consensual também deve levar à tempestividade na implementação do que foi acordado. Diferentemente do modelo tradicional, em que o Estado impõe uma decisão – que pode ser objeto de sucessivos recursos administrativos e judiciais –, nesse tipo de processo, a construção do acordo é coletiva e dialogada, não cabendo recurso contra acórdão homologatório de solução consensual (artigo 15).

Diante disso, parece-nos haver um natural interesse em implementar rapidamente a solução construída, o que pode provocar um incremento de tempestividade na entrega de serviços públicos adequados ao povo brasileiro.

Vale, por fim, registrar, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que: “a participação dos governados no exercício do poder é um valor fundamental das sociedades modernas”^{2,3}.

2 OECD. **Open Government Review of Brazil: Towards an Integrated Open Government Agenda.** DOI: <https://doi.org/10.1787/3f9009d4-en>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/open-government-review-of-brazil_3f9009d4-en. Acesso em: 30 out. 2023.

3 OECD. **Participação cidadã no Brasil:** envolvimento dos cidadãos e partes interessadas na elaboração de políticas e prestação de serviços. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/4aaef01d-pt/index.html?itemId=/content/component/4aaef01d-pt>. Acesso em: 30 out. 2023.



CASOS CONCRETOS

Hoje a SECEX Consenso conta com 15 processos autuados; em 2 deles já houve julgamento no Plenário do TCU.

Primeiro caso

Em 7 de junho de 2023, houve o julgamento do primeiro caso de solução consensual (TC nº 006.253/2023-7, Acórdão nº 1.130/2023 – Plenário) que chegou ao TCU a pedido do Ministério de Minas e Energia (MME) tratando dos Contratos de Energia de Reserva (CER) do Procedimento de Contratação Simplificada (PCS) 01/2021.

O PCS 01/2021 foi criado para viabilizar a contratação de energia de reserva para garantir o abastecimento durante a crise hídrica de 2021. Naquele período, condições climáticas desfavoráveis resultaram nos piores níveis de armazenamento de água nos reservatórios em mais de 90 anos.

Após a celebração do contrato, houve significativa mudança do cenário hidrológico que acabou por tornar desnecessária a energia termoeletrica contratada, que tem custos bem superiores aos de produção de energia hidroelétrica.

Apesar disso, a Karpowership Brasil Energia Ltda. (KPS) montou a sua operação com a interligação de quatro navios geradores no sistema elétrico nacional, permitindo a geração de energia termoeletrica off shore. Houve atraso na operação das usinas e há processos administrativos discutindo possíveis excludentes de responsabilidade pelos atrasos que podem acarretar multas ou mesmo a perda do contrato.

Diante das controvérsias contratuais, a KPS ingressou em juízo e, desde então, vinha gerando energia com base em uma liminar.

Considerando-se que a KPS estava de fato gerando energia termoeletrica e recebendo por essa geração em valores bastante superiores aos que, com base no novo cenário, o consumidor poderia pagar, acordo permitiu redução significativa da geração pelo período de julho a dezembro de 2023, com benefício dos gastos dos cidadãos na ordem de R\$ 579 milhões, somente para o ano de 2023, estando em discussão ainda o período de 2024 e o de 2025.

Importante destacar a sempre presente assimetria de informações nos processos negociais. Não há clareza do que motivou a concordância da empresa em reduzir o seu faturamento em R\$ 579 milhões; por outro lado, é possível que o gás não utilizado na operação seja comercializado em outro país e confira lucro até mesmo superior ao que a companhia teria no Brasil.

O processo, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, foi aprovado por unanimidade pelo Plenário da Corte de Contas e recebeu parecer favorável da Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas, Dra. Cristina Machado.

A viabilização do acordo foi possível a partir da participação efetiva do MME e da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e, ainda, da Advocacia-Geral da União, por meio da



Consultoria Jurídica do MME, da Procuradoria Federal junto à Aneel, da empresa contratada, KPS, além das secretarias do TCU.

Segundo caso

Já em 30 de agosto, o Plenário do TCU aprovou o segundo caso de solução consensual para o setor de energia elétrica, com estimativa de que a decisão tenha gerado economia de mais de R\$ 224 milhões na conta de energia dos consumidores até 2025.

O requerimento de solução consensual também foi apresentado pelo Ministro de Minas e Energia, Alexandre Silveira, e envolve a mesma contratação de usinas para geração de energia emergencial, diante do cenário de escassez de água ocorrido em 2021.

Durante o julgamento⁴, o relator, Ministro Benjamin Zymler, destacou:

esse é o segundo processo de solicitação de solução consensual que nós apreciamos, e ele é sui generis. Muito provavelmente, cada um desses processos terá suas peculiaridades e exigirá do TCU um nível de avaliação diferenciado, que exige uma expertise que nossas equipes foram assimilando ao longo do tempo com sua atuação em diversos âmbitos da prestação de serviços públicos na área de infraestrutura.

Já para o presidente Bruno Dantas, o consensualismo traz mais clareza ao TCU sobre os efeitos concretos das ações: “quando o TCU participa da mediação, o sentimento que nós temos é que as questões em jogo ficam muito mais claras. A assimetria de informação diminui e, com isso, nós temos uma chance maior e melhor de enxergar a economicidade do acordo feito”.

No caso do Grupo BTG, por um lado, não havia apontamento de inadimplência – eis que o grupo pagou multas por atraso da ordem de R\$ 224 milhões –, tampouco havia arbitragem ou judicialização acerca de qualquer controvérsia, estando o grupo adimplente em relação à contratação.

Por outro lado, buscando melhor atender ao interesse público, a comissão de solução consensual conseguiu formular proposta para que as usinas do grupo BTG parassem de gerar energia de modo 100% inflexível e passassem a ficar disponíveis para geração em caso de necessidade.

Tal solução só foi possível com condições de contorno que garantissem também respeito ao interesse do particular contratado e adimplente, a exemplo da não imputação dos custos do desfazimento da operação para o particular, como os mais de R\$ 400 milhões para rescisão do contrato inflexível de fornecimento de gás.

A solução contou com parecer favorável de Júlio Marcelo de Oliveira, procurador do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), e foi relatada pelo Ministro Benjamin Zymler.

4 ACORDO de solução consensual no setor de energia elétrica deve gerar economia de R\$ 224 milhões. **Portal do TCU**, Brasília, 20 out 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acordo-de-solucao-consensual-no-setor-de-energia-eletrica-deve-gerar-economia-de-r-224-milhoes.htm>. Acesso em: 14 nov. 2023.