

Consensualidade: disputa entre as instituições públicas pelos acordos

É lugar comum que o Estado brasileiro, nos últimos anos, tem investido em mecanismos consensuais de resolução de controvérsias no direito público, os quais vão desde a previsão de desapropriação amigável, no Decreto-Lei nº 3.365/41 (artigo 27 §2º), até as solicitações de solução consensual no TCU (regidas pela IN nº 91/2022 daquele tribunal), passando por acordos substitutivos em processos administrativos sancionadores, acordos de não persecução civil em ações de improbidade administrativa, acordos de leniência, entre tantos outros.

O uso da consensualidade em substituição à lógica da imperatividade, do comando e controle, da adversariedade ou da *puissance publique* pode apresentar externalidades positivas relevantes, como: evitar a judicialização, fortalecer a confiança entre poder público e particulares e fomentar a participação na gestão pública.

Com o passar do tempo, no entanto, emergiram novas questões a propósito da consensualidade, entre todas a seguinte indagação: quem pode celebrar acordos? O tema é relevante se observarmos que houve episódios de competição entre instituições públicas para a autocomposição dos conflitos públicos, o que impulsionou discussões não apenas de ordem formal, sobre competência administrativa, mas também a respeito das dificuldades de coordenação e cooperação entre órgãos e entes da administração pública.

Essa disputa pela consensualidade, por assim dizer, ocorreu, por exemplo, nos acordos de leniência. A Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) atribuiu à CGU a prerrogativa para celebrá-los (artigo 16 §10º). Em certa medida, esse poder é compartilhado com o Ministério da Justiça e a AGU, aos quais compete, em alguns casos, participar do processo de negociação, nos termos do artigo 68 do Decreto nº 11.129/2022 c/c Portaria Conjunta CGU/AGU nº 04/2019. E ainda: considerando que os ilícitos previstos na lei podem dar azo também à responsabilização judicial, há acordos que contam também com a assinatura do Ministério Público, na qualidade de titular da ação, conforme artigos 18 e seguintes da lei c/c Orientação Normativa nº 07/2017 do MPF.

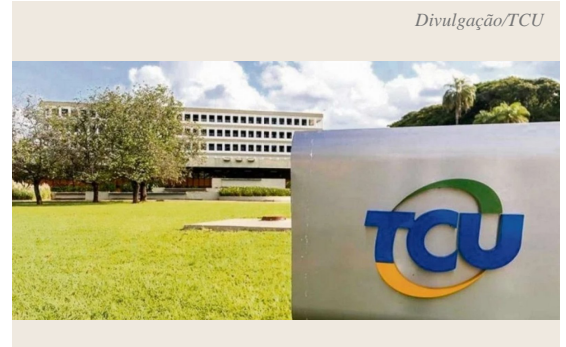
Acordo de cooperação técnica

De largada, portanto, os procedimentos para a celebração de acordos de leniência poderiam depender da atuação conjunta de até cinco atores: o particular envolvido, a CGU, a AGU, o MPF e o Ministério da Justiça.

Tal situação ganhou maiores dificuldades quando o TCU passou a questionar o conteúdo de determinados acordos de leniência[1] [2], o que deu origem a algum nível de competição entre os controladores pelo adágio da consensualidade. Ao final, foi celebrado um acordo de cooperação técnica entre CGU, MPF, AGU, TCU e Ministério da Justiça segmentando os papéis institucionais de cada um e reservando para a corte de contas a função de delimitar o *quantum* do ressarcimento ao erário. [3]

Algo semelhante se sucedeu no universo dos acordos de não persecução civil, a cargo do MP, nas ações de improbidade administrativa. A Lei nº 14.1230/21 alterou a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) para prever, entre outros pontos, a oitiva do respectivo tribunal de contas na quantificação do dano ao erário no curso das dinâmicas de elaboração dos acordos (artigo 17-A §3º).

Divulgação/TCU



Spacca

Outro exemplo é o controle de acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras. Em alguns casos, o TCU determinou que minutas de acordos convertendo sanção em investimento fossem previamente submetidas ao seu crivo, o que também denotaria uma tentativa de participação dos órgãos de controle na consensualidade, dessa vez naquela advinda da regulação setorial. [4]

Solicitações de solução consensual

Mais recentemente, o tema voltou à pauta de debates sob uma nova forma: o caso das solicitações de solução consensual no TCU (SSC). Cuida-se de mecanismo de resolução consensual de conflitos envolvendo a administração pública federal que conta com a chancela da corte de contas federal, instituído pela IN nº 91/2022. Neste momento das discussões, o TCU ocupa o *locus* de um dos epicentros da consensualidade como parte na celebração de acordos.

Todavia, a AGU tratou de questionar a ausência de sua intimação prévia no decorrer dos processos de SSC. É que existiram termos de autocomposição frutos de SSC que foram acordados no TCU nos quais houve oitiva da AGU, sobretudo considerando que havia recursos públicos da administração direta envolvidos. [5] Em outras oportunidades, porém, a advocacia pública não teria sido intimada previamente, o que deu azo a questionamentos [6] e, ainda, à edição da Portaria Normativa nº 179/2025, da AGU, que prevê o ingresso de advogados públicos federais em todos os processos de SSC e em uma miríade de etapas processuais, não só na fase de negociações. Em momento subsequente, o TCU atualizou a IN nº 91/2022 para incorporar, além de outras coisas, a participação da AGU como regra geral nos termos de autocomposição.

Esses e outros exemplos nos conduzem à percepção de que existe uma possível disputa de espaços de consensualidade entre diferentes instituições públicas.

Mitigação de questionamentos judiciais

O aumento da participação de órgãos e entes nas resoluções consensuais de conflitos uns dos outros é, de um lado, salutar porque amplia o leque de opiniões qualificadas sobre o tema e ainda mitiga as chances de questionamentos judiciais no futuro. Noutro giro, há dois aspectos negativos nessa dinâmica.

O primeiro é a dificuldade que ela gera para que se chegue a uma proposta final de acordo. Quanto mais agentes públicos fizerem parte da negociação maiores serão os custos de transação para se atingir o consenso. Como ensina Odete Medauar [7], o aumento excessivo da participação gera um fenômeno de *polissinodia*, em referência ao fenômeno pelo qual muitas vozes pretendem ser ouvidas ao mesmo tempo e na mesma proporção. Cria-se um cenário de *paralysis by analysis*, no qual o Estado fica paralisado pela quantidade de informações que devem ser sopesadas e ponderadas, algo que não só atrasa, mas dificulta, obstaculiza a tomada de decisões.

O segundo consiste no fato de que possivelmente haverá um desequilíbrio nas mesas de negociação em prol do Estado. Isso porque, em uma ponta do diálogo, via de regra, figura um particular envolvido, defendendo seus interesses, enquanto, na outra, posicionam-se diferentes agentes públicos das mais diversas instituições, direta ou indiretamente envolvidas, todas voltadas a tentar maximizar os ganhos da administração pública. Sob esse ângulo, institucionaliza-se um descompasso de forças que também tenderá a prejudicar as negociações. [8]

Nesse quadrante, é razoável inferir que existe um ponto ótimo de participação na consensualidade, o qual, se ultrapassado, tenderá a dificultar a negociação. Nesse caso em específico, haverá um *trade-off* entre participação e consensualidade, no qual o aumento do número de sujeitos participantes tenderá a dificultar o diálogo.

Uma possível solução adequada para esse cenário seria se as instituições públicas respeitassem os acordos celebrados umas pelas outras, no lugar de pretender ingressar em todos os processos negociais, sob pena de, no futuro, qualquer acordo depender da anuência de um conjunto enorme de sujeitos, provocando a erosão da consensualidade e a retomada da judicialização excessiva.



Processos de autocomposição

A disputa pela consensualidade só é salutar quando ocorre sob outra silhueta, que seria a proliferação de mesas de negociação. Estamos a nos referir ao fenômeno por meio do qual mais e mais órgãos e entes públicos institucionalizam seus próprios processos de autocomposição.

Por exemplo, se antes havia doses de consensualidade em diversos órgãos de controle, agora o TCU incorporou o dele, por intermédio da SSC. Na AGU, foi constituída a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, pelo Decreto nº 12.091/24, que também instituiu a “Rede Federal de Mediação e Negociação — Resolve, destinada a organizar, promover e aperfeiçoar o uso da autocomposição de conflitos por meio da mediação e da negociação como ferramentas de gestão e de melhoria da execução de políticas públicas” (artigo 1º). Pode-se fazer referência, ainda, à Câmara de Negociação e Solução de Controvérsias, incorporada pela ANTT, “com a finalidade de conduzir os procedimentos de negociação para a prevenção e solução consensual de controvérsias envolvendo a Agência e as entidades reguladas, relativas à gestão de contratos de concessão, permissão e arrendamento” (artigo 1º).

Iniciativas como essas tem o potencial de gerar um efeito dominó, criando incentivos para que outras instituições adotem seus próprios instrumentos e espaços de consensualidade, para além da adoção dos clássicos mecanismos de comando e controle, já costumeiros.

A existência de várias mesas de negociação é uma outra faceta da disputa pela consensualidade e que parece ser mais adequada para satisfazer as demandas por autocomposição de conflitos. No entanto, ela depende da coordenação e cooperação interinstitucionais, de modo que um órgão ou ente não se sobreponha ao outro, mas sim que se respeitem mutuamente, em um esforço de autocontenção mesmo quando se discorde do acordo alheio. A consensualidade, portanto, tem como pressupostos a horizontalidade, a alteridade e a deferência, sem os quais termina-se por criar um ambiente de desconfiança que, ao final, nada mais é do que outra vestimenta para a lógica da adversariedade: o conflito travestido de consenso, se assim podemos chamar. [9]

Em um aforisma: consensualidade é diálogo, que é antípoda ao conflito. E ela não será aperfeiçoada pela competição entre instituições públicas na primazia das negociações, mas sim pela correta coordenação administrativa, respeitando-se os acordos alheios e evitando o controle umas pelas outras.

[1] Vide GONÇALVES, Marcelo Augusto Puzone. Tribunal de Contas da União: o Controle Externo e os Acordos de Leniência. Dissertação de Mestrado, FGV-SP, São Paulo, 2022, pp. 34 e ss.

[2] Citem-se também as INs nº 74/2015 e 83/2018, que a sucedeu, ambas já revogadas, mas que representam um momento em que, ao regulamentar as próprias competências, previa um amplo controle dos procedimentos de celebração de acordos de leniência.

[3] BRASIL. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), 2020.

[4] ROGOGINSKY, Felipe Salathé. Controle e Consensualidade: o Controle de Acordos Substitutivos por Tribunais de Contas. In: Fernando Leal; José Vicente Santos de Mendonça. (Org.). Transformações do Direito Administrativo: Debates e Estudos Empíricos em Direito Administrativo e Regulatório. 01ed.: FGV-RJ, 2022, p. 01-500.

[5] Entre todos, confira-se: TCU, Plenário, Relator: Min. Jonathan de Jesus, Acórdão nº 2485, Processo nº 036.366/2023-4, j. 27/11/2024.

[6] Vide TCU, Plenário, Relator: Min. Vital do Rêgo, Acórdão nº 2472/2023, Processo nº 000.853/2023-2, j. 29/11/2023.

[7] MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução, 3ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 299.

[8] Sobre o desequilíbrio de forças nas mesas de negociação entre Poder Público e particular, confira-se: CYRINO, André Rodrigues; ROGOGINSKY, Felipe Salathé. Consensualidade Abusiva no Direito Administrativo. Revista Estudos Institucionais, v. 10.



[9] A propósito do desvio de finalidade na consensualidade, confira-se: CYRINO, André Rodrigues; ROGOGINSKY, Felipe Salathé. Consensualidade Abusiva no Direito Administrativo. Revista Estudos Institucionais, v. 10.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-nov-29/a-disputa-pela-consensualidade-reflexoes-sobre-a-competicao-entre-instituicoes-publicas-pela-celebracao-de-acordos/>