

ISSN - 2319-068X  
Campo Grande/MS  
dezembro/2022

# Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul



Escola Superior de  
Advocacia Pública



**PGE**  
Mato Grosso do Sul

Procuradoria-Geral  
do Estado



Edição nº 18

**REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO  
DE MATO GROSSO DO SUL  
Escola Superior da Advocacia Pública**

Edição n. 18 - Campo Grande-MS, dezembro/2022



ISSN 2319-068X

Revista da PGE/MS	Campo Grande	n. 18	p. 1-121	dez/2022
-------------------	--------------	-------	----------	----------

# REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

## Escola Superior da Advocacia Pública

Avenida Desembargador José Nunes da Cunha, s/n  
Parque dos Poderes, Bloco IV, 79031-310 - Campo Grande-MS  
esap@pge.ms.gov.br

### PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Ana Carolina Ali Garcia

### PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONTENCIOSO

Márcio André Batista de Arruda

### PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONSULTIVO

Ivanildo Silva da Costa

### CORREGEDORA-GERAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Carla Cardoso Nunes da Cunha

### DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Ludmila dos Santos Russi

### COMISSÃO EDITORIAL

**Editora:** Ludmila dos Santos Russi

Caio Gama Mascarenhas

Cristiane da Costa Carvalho

Fábio Jun Capucho

Julizar Barbosa Trindade Junior

Marcela Gaspar Pedrazzoli

Ulisses Schwarz Viana

Vanessa de Mesquita e Sá

**Diagramação:** Cássia Mara Fontoura Rocha

**Design Gráfico (Coordenadoria de Inteligência e Gestão Estratégica):** Guido Brey Júnior

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul

Edição n. 18 (dezembro/2022)

Anual

ISSN 2319-068X

1979-1987 (1-9)

2002-2006 (10-13)

2013 (14)

2020-2022(15-17)

CDU 34(05)

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o entendimento da PGE e/ou da ESAP.

Fica vedada a terceiros a reprodução total ou parcial do conteúdo da Revista da PGE/MS, sem prévia e formal decisão autorizativa da Comissão Editorial, a qual deverá estar embasada em autorização por escrito do autor do trabalho, para fins de repasse do conteúdo.

## Procuradores do Estado - Ativos

1. Adalberto Neves Miranda
2. Adriano Aparecido Arrias de Lima
3. Ana Carolina Ali Garcia
4. Ana Ligia de Paula Zanin
5. Ana Paula Ribeiro Costa
6. André Lopes Carvalho
7. Arlethe Maria de Souza
8. Bruno Cesar dos Santos Pereira
9. Caio Gama Mascarenhas
10. Carla Cardoso Nunes da Cunha
11. Carlo Fabrizio Campanile Braga
12. Christiana Puga De Barcelos
13. Claudia Elaine Novaes Assumpção Paniago
14. Cristiane da Costa Carvalho
15. Cristiane Muller Dantas
16. Daniela Corrêa Basmage
17. Denis Cleiber Miyashiro Castilho
18. Dioghenys Lima Teixeira
19. Doriane Gomes Chamorro
20. Eimar Souza Schröder Rosa
21. Fábio Hilário Martinez De Oliveira
22. Fabio Jun Capucho
23. Fabíola Marquetti Sanches Rahim
24. Felipe de Quadro dos Santos Ramos
25. Felipe Marcelo Gimenez
26. Fernando Rodrigues de Sousa
27. Fernando Cesar Caurim Zanele
28. Filipe Rocha Drummond
29. Gustavo Machado Di Tommaso Bastos
30. Henri Dhoughlas Ramalho
31. Itaneide Cabral Ramos
32. Ivanildo Silva da Costa
33. Jaime Caldeira Jhunyor
34. Jean Santos Pinto
35. João Claudio dos Santos
36. Jordana Pereira Lopes Goulart
37. José Aparecido Barcello de Lima
38. José Wilson Ramos Costa Júnior
39. Jucelino Oliveira da Rocha
40. Judith Amaral Lageano
41. Juliana Nunes Matos Ayres
42. Julizar Barbosa Trindade Junior
43. Kamila Miranda Sena
44. Kaoye Guazina Oshiro
45. Karpov Gomes Silva
46. Kemi Helena Bomor Maro
47. Leandro Pedro de Melo
48. Leonardo da Matta Schaffor Guerra
49. Leonardo Campos Soares da Fonseca
50. Lidiane Cristina Cornaccini Sallesse Lorenzoni
51. Ludmila dos Santos Russi
52. Luis Paulo dos Reis
53. Luiza Iara Borges Daniel
54. Marcela Gaspar Pedrazzoli
55. Marcio Andre Batista de Arruda
56. Marcos Costa Vianna Moog
57. Maria Fernanda Carli de Freitas Müller
58. Maria Sueni de Oliveira
59. Mariana Andrade Vieira
60. Mario Akatsuka Junior
61. Mauricio Montero Martins
62. Natalie Brito Garcia
63. Nathália dos Santos Paes de Barros
64. Nelson Mendes Fontoura Junior
65. Nilton Kiyoshi Kurachi
66. Norton Riffel Camatte
67. Oslei Bega Júnior
68. Pablo Henrique Garcete Schrader
69. Patrícia Figueiredo Teles
70. Paulo Henrique Martins Machado Filho
71. Paulo Cesar Branquinho
72. Pedro Henrique da Silva Mello
73. Priscilla de Siqueira Gomes
74. Rafael Antonio Maua Timoteo
75. Rafael Coldibelli Francisco
76. Rafael Henrique Silva Brasil

- |  |  |
|--|--|
| 77. Rafael Koehler Sanson                          | 90. Sibeles Cristina Boger Feitosa           |
| 78. Rafael Saad Peron                              | 91. Suleimar Sousa Schroder Rosa             |
| 79. Renata Corona Zuconelli                        | 92. Tarcisio Barbosa Farias De Melo          |
| 80. Renato Maia Pereira                            | 93. Thais Gaspar                             |
| 81. Renato Woolley De Carvalho Martins             | 94. Ulisses Schwarz Viana                    |
| 82. Rodrigo Leituga de Carvalho Cavalcante         | 95. Vaneli Fabricio De Jesus                 |
| 83. Rodrigo Campos Zequim                          | 96. Vanessa De Mesquita E Sá                 |
| 84. Rômulo Augustus Sugihara Miranda               | 97. Vinícius Spindola Campelo                |
| 85. Samara Magalhães de Carvalho                   | 98. Virginia Helena Leite Barreira           |
| 86. Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade Silva | 99. Vitor André De Matos Rocha Martinez Vila |
| 87. Senise Freire Chacha                           | 100. Wagner Moreira Garcia                   |
| 88. Sergio Willian Annibal                         | 101. Wilson Maingue Neto                     |
| 89. Shandor Torok Moreira                          |  |

## **Relação dos Procuradores do Estado - Aposentados**

- |  |  |
|--|--|
| 1. Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves | 9. Maria Celeste da Costa e Silva            |
| 2. Elide Rigon                                 | 10. Maria Madalena Santos                    |
| 3. Eurildo Vieira Benjamim                     | 11. Neusa Miranda e Silva                    |
| 4. Francisco de Paula e Silva                  | 12. Regina Lúcia de Almeida e Souza          |
| 5. José Luis de Aquino Amorim                  | 13. Sandra Calligaris Baís                   |
| 6. Lúcia Helena da Silva                       | 14. Sônia Tomás de Oliveira e Silva          |
| 7. Lúcio Henrique Melke Bittar                 | 15. Vera Luísa de Queiroz Rodrigues da Cunha |
| 8. Manuel Ferreira da Costa Moreira            | 16. Waleska Assis de Souza                   |

## **Relação dos Procuradores do Estado - Falecidos**

- |   |                                  |
|---|----------------------------------|
| 1. Acir Pires                           | 6. João Olegário Figueiredo      |
| 2. Alberto Swards Lucchesi              | 7. Nei Juarez Ribas              |
| 3. Candemar Cecílio Fechner Victório    | 8. Olímpio dos Santos Nascimento |
| 4. Francisco Antônio dos Santos e Silva | 9. Ricardo Nascimento Araújo     |
| 5. Jerônimo Olinto de Almeida           |                                  |



# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<i>Ana Carolina Ali Garcia .....</i>	<i>9</i>
<b>ARTIGOS .....</b>	<b>10</b>
CÂMARA ADMINISTRATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: ESPAÇO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSENSUALISMO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA EM MATO GROSSO DO SUL	
<i>Gigliola Lilian Decarli &amp; Lídia Maria Ribas .....</i>	<i>11</i>
O DEVER DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES	
<i>Geraldo Furtado de Araújo Neto .....</i>	<i>27</i>
CONTROLE EXTERNO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: A EXPERIÊNCIA DA ATUAÇÃO DO TCE-MS JUNTO AO CONSÓRCIO CODEVALE	
<i>Haroldo Oliveira de Souza .....</i>	<i>41</i>
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS	
<i>Ynara Moraes Boranga .....</i>	<i>55</i>
MODELO MULTIPORTAS E O DIREITO TRIBUTÁRIO: DA VIABILIDADE E DAS PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL	
<i>Thiago de Freitas Alves Pereira .....</i>	<i>71</i>
PUBLICIDADE VEDADA NO PERÍODO ELEITORAL E A DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO A CADA PLEITO ELEITORAL DE CAMPANHAS CONSTANTES JÁ AUTORIZADAS ANTERIORMENTE PELA JUSTIÇA ELEITORAL	
<i>Fabiola Marquetti Sanches Rahim .....</i>	<i>87</i>
REGIME CONSTITUCIONAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO E OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS	
<i>José Mauricio Conti .....</i>	<i>97</i>
SIGILO E CONFIDENCIALIDADE E APLICAÇÃO DA LGPD AOS MEMBROS DE CONSELHO FISCAL DE COOPERATIVAS	
<i>André Castro Carvalho &amp; Isabel Mazoni Andrade .....</i>	<i>111</i>



Escola Superior da  
Advocacia Pública



**PGE**  
Mato Grosso do Sul

Procuradoria-Geral  
do Estado

# APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul oferta à comunidade jurídica a edição n. 18 de sua revista eletrônica, com o intuito de contribuir ao fomento de novos estudos sobre a aplicabilidade e interpretação das normas jurídicas.

Graças à heterogeneidade profissional dos autores, a edição contempla profícuo debate em artigos que comunicam sobre o dever de controle de convencionalidade pela Administração Pública nas terceirizações; a aplicação do formalismo moderado nos processos licitatórios; a importância da implementação do consensualismo no âmbito administrativo e a arbitragem no direito tributário; o controle externo dos consórcios públicos exercido pelos Tribunais de Contas Estaduais, publicidade vedada no direito eleitoral e a lei geral de proteção dados, entre outros.

A edição conta, ainda, com a contribuição de artigos de autores convidados, a saber, a ex-Procuradora-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, Fabíola Marquetti Sanches Rahim e os professores José Maurício Conti, André Castro Carvalho e Isabel Mazoni Andrade.

Convidamos os leitores a aproveitarem a leitura e a se aprofundarem nos temas abordados.

***Ana Carolina Ali Garcia***  
Procuradora-Geral do Estado



**ESAP**

Mato Grosso do Sul

Escola Superior da  
Advocacia Pública



**PGE**

Mato Grosso do Sul

Procuradoria-Geral  
do Estado

# ARTIGOS

# CÂMARA ADMINISTRATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: ESPAÇO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSENSUALISMO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA EM MATO GROSSO DO SUL

*Gigliola Lilian Decarli<sup>1</sup>*

*Lídia Maria Ribas<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar como a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos se caracteriza como espaço para a implementação do consensualismo no âmbito da Administração Pública Tributária em Mato Grosso do Sul. Será avaliado inicialmente como os meios consensuais de solução de controvérsias contribuem para o desenvolvimento sustentável e o acesso à justiça – considerado como acesso à ordem jurídica justa. Nesse aspecto, serão examinados os instrumentos de solução de conflitos como contributos ao acesso à justiça, considerado como acesso à ordem jurídica justa. A seguir, será averiguado como o consensualismo contribui para o desenvolvimento sustentável e o acesso à justiça. Ao final, será analisada a possibilidade de adoção dos meios consensuais para a solução dos conflitos tributários. Trata-se de um artigo de caráter exploratório que busca, pela técnica da pesquisa bibliográfica e documental, revisar os conceitos e documentos necessários ao atingimento do objetivo proposto.

**Palavras-chave:** solução de conflitos. meios consensuais. acesso à justiça. direitos indisponíveis.

## INTRODUÇÃO

A temática da solução de conflitos tem sido objeto de debates não somente nos fóruns processuais, mas também no âmbito das relações internacionais, tendo, inclusive, sido erigida a Objetivo de Desenvolvimento Sustentável, por meio da Agenda 2030 das Nações Unidas.

O escopo do presente artigo é avaliar como os meios consensuais de solução de controvérsias contribuem para o desenvolvimento sustentável e o acesso à justiça – considerado como acesso à ordem jurídica justa–, valores preconizados no preâmbulo da Constituição Federal. Nesse aspecto, serão examinados os instrumentos de solução de conflitos como contributos ao acesso à justiça, considerado como acesso à ordem jurídica justa. A seguir, será averiguado como o consensualismo contribui para o desenvolvimento sustentável e o acesso à justiça. Ao final, será analisada a possibilidade de adoção dos meios consensuais para a solução dos conflitos tributários e como a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos, instituída no âmbito da Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul, caracteriza-se como espaço para a implemen-

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Auditora Fiscal da receita Estadual de Mato Grosso do Sul. Grupo de Pesquisas CNPq – Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: gldecarli@gmail.com

2 Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da UFMS. Líder do Grupo de Pesquisas Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável e pesquisadora no Grupo de Pesquisas - Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional, ambos do CNPq. Membro da ABDT, da ADPMS, da ABDI e do CEDIS/UNL. E-mail: limaribas@uol.com.br

tação do consensualismo no âmbito da Administração Pública Tributária em Mato Grosso do Sul.

## **1 MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: CAMINHO PARA UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA**

A via judicial tem sido utilizada como principal meio de resolução de conflitos. Em razão, contudo, da incapacidade de o Poder Judiciário dar uma solução adequada às demandas que lhes são apresentadas, diante do excesso de litigiosidade e conseqüente morosidade nas decisões, passou-se a questionar o efetivo acesso à justiça, buscando formas alternativas de pacificação social:

A análise do relatório “justiça em Números” divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra a inefetividade do modelo tradicional de jurisdição na solução dos litígios, pois, em face do puro instrumentalismo, da formalidade e da morosidade do Poder Judiciário, a solução dada na sentença muitas vezes tem função apenas declaratória, impositiva, ineficaz e lenta, resultando em prejuízos para as partes envolvidas, ora pela demora no recebimento dos créditos, ora pelos custos decorrentes da lide, como a incidência de juros moratórios e ônus de sucumbência, ora pelos resultados advindos da demanda para ambas as partes, sendo ainda mais custosa para o administrado. A forma de solução dos conflitos tributários na esfera judicial encontra-se inefetiva em face do aumento crescente das execuções fiscais e da taxa de congestionamento de 87% no ano de 2020 (CNJ, 2021, p. 169).

As causas da litigiosidade são diversas. O Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, após pesquisa realizada, apresentou como conclusões para as causas da litigiosidade:

Os relatórios, de forma sintética, identificaram os seguintes desafios que se colocam para o Judiciário: 1) uma trajetória de judicialização em que vários atores (governo, mídia e advocacia) fomentam o crescimento da litigiosidade; 2) uma conjuntura socioeconômica que colaborou para um crescimento vertiginoso de demandas ligadas ao sistema de crédito no Brasil e 3) um quadro de variados incentivos para a litigação e para a interposição de recursos, o que só reforça a morosidade e o congestionamento do sistema judicial, em um ciclo vicioso e em um contexto em que a cultura de conciliação ainda encontra pouco espaço. (WATANABE, 2019, p. 124).

É necessária, portanto, uma mudança de cultura na sociedade, com a superação da “cultura da sentença” ou “cultura do litígio” e a adoção da “cultura da pacificação” (WATANABE, 2019, p. 113). Nesse sentido, a litigiosidade na esfera tributária caminha em sentido oposto ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Os paradigmas tradicionais devem ser superados diante das novas exigências sociais. Os novos parâmetros constitucionais preveem políticas que garantam a participação dos cidadãos nos centros de poder, e nesse aspecto também na esfera tributária é preciso a construção de um espaço de exercício da cidadania, mormente com a adoção do consensualismo, como se verá nos itens seguintes.

### **1.1 Acesso à ordem jurídica justa: da necessária revisão do conceito de acesso à justiça**

O acesso à justiça é considerado como um princípio constitucional previsto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal previsão constitucional norteia um dos conceitos de acesso à justiça, qual seja, o de acesso ao Poder Judiciário. Há, porém, um conceito amplo de acesso à justiça, que o considera como o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais ao indivíduo (RODRIGUES, 1994). Ape-

sar de difícil definição, a expressão acesso à justiça determina que o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos, face ao princípio da isonomia, e deve produzir resultados individual e socialmente justos (CAPELETTI, 1988).

Nesse sentido, Watanabe esclarece ser necessária uma atualização do conceito de acesso à justiça em face de sua evolução ao longo do tempo:

Desde o início da década de 1980, quando o sistema processual brasileiro passou por grandes e revolucionárias transformações, com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (1984) e a aprovação da Lei da Ação Civil Pública (1985) – com posterior aprovação do Código de Defesa do Consumidor (1990), que trouxe no campo processual grandes inovações, e especial a disciplina mais completa e o aperfeiçoamento das ações coletivas –, o conceito de acesso à justiça passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens, portanto, o acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais amplo e abrange não apenas a esfera judicial, como também a extrajudicial. Instituições como Poupas Tempo e Câmaras de Mediação, desde que bem organizadas e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla (WATANABE, 2019, p. 109-110).

Faz-se necessário, assim, uma ampliação do acesso à justiça, “entendida não apenas como a extensão do acesso ao Judiciário, mas também como ampliação do acesso aos meios alternativos de solução de conflitos” (HESSE *apud* TOLEDO, SANTIAGO, 2019, p. 61).

Diante da necessidade de envolvimento das partes na solução do litígio, buscando-se efetivamente a pacificação social, bem como do uso do meio adequado a cada tipo de conflito, vem-se falando não mais em meios “alternativos” ao judicial, mas integrados a ele, uma vez que cada tipo de controvérsia ensejaria uma forma de solução que lhe seria mais adequada, de modo que haveria um “sistema multipor-tas” (CUNHA *apud* TOLEDO, SANTIAGO, 2019).

[...] o direito de ser atendido pelo Sistema de Justiça, na *acepção ampla que abranja não somente os órgãos do Poder Judiciário* preordenados à solução adjudicada dos conflitos de interesses, como também a todos os órgãos, públicos e privados, dedicados à solução *adequada dos conflitos de interesses, seja pelo critério da adjudicação da solução por um terceiro, seja pelos mecanismos consensuais, em especial a negociação, a conciliação e a mediação, e significa, ainda, direito de acesso à informação e orientação*, não unicamente em relação a um conflito de interesses, como também a problemas jurídicos que estejam impedindo o pleno exercício da cidadania, mesmo que não configurem um conflito de interesses com um terceiro. Essa concepção mais abrangente de acesso à justiça está em perfeita sintonia com os direitos fundamentais individuais e coletivos assegurados pela Carta Política, cujo fundamento maior é a *dignidade humana*, com plena possibilidade de exercício da cidadania (art. 1º, incisos II e III). (WATANABE, 2019, p. 121).

Ao se analisarem os meios adequados de solução de conflitos, estes podem ser heterocompositivos e autocompositivos. Ambos se diferenciam pela pessoa que porá fim à controvérsia. Nos métodos heterocompositivos a solução é adjudicada por um terceiro, como ocorre no judiciário e na arbitragem. Já nos métodos autocompositivos, as partes conflitantes constroem uma solução para o litígio, podendo haver a participação de um terceiro como facilitador do processo, mas sem o poder de decisão quanto ao objeto do conflito.

Chiesi Filho conceitua a heterocomposição como

[...] um método de resolução de conflitos no qual além das partes envolvidas há um terceiro, que

não faz parte da relação conflituosa originária. Esse terceiro é quem decide o conflito, sendo ele escolhido ou aceito pelas partes como ocorre na arbitragem ou exercendo competência ou atribuição legal na hipótese do poder Judiciário (CHIESI FILHO, 2021, p. 34).

Ao tratar dos métodos autocompositivos, o autor esclarece que estes proporcionam às partes a oportunidade de construir uma solução conjunta, consensual, não havendo a presença de um terceiro com a atribuição de solucionar a controvérsia. Os métodos autocompositivos, então, são aqueles em que o conflito é solucionado pelas partes, com ou sem a intervenção de um terceiro facilitador do diálogo, no que se denomina de métodos consensuais de solução de conflitos ou consensualismo (CHIESI FILHO, 2021, p. 40).

## **1.2 Métodos consensuais de solução de conflitos: caminho para uma cultura de pacificação**

Em fazendo o conflito parte das relações humanas, é recomendado que as partes sejam partícipes (corresponsáveis) na construção de uma resolução que seja mais adequada aos seus interesses, buscando a efetividade na solução da controvérsia e com isso pacificação social.

O princípio constitucional da efetividade da prestação jurídica é inaugurado pelo novo modelo processual civil, sendo mister que diante desta nova realidade “o estado busque regular e gerir novas formas de resolução de conflitos pela autocomposição, atendendo ao disposto no preâmbulo constitucional, a partir das quais se tem solução pacífica das controvérsias e uma sociedade participativa, fraterna e democrática” (COSTA, RIBAS, 2017, p. 196/197).

Nesse contexto é importante desapegar-se da visão de que só é possível a resolução de um conflito por um caminho exclusivo ou quando houver intervenção estatal e passar a construir a ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes (2009, p. 75/76).

[...]

Esses mecanismos possíveis [...] colocam-se ao lado da tradicional jurisdição como uma opção que visa vincular o tipo de conflito ao meio de solução apropriado, apresentando-se também como mecanismos de inclusão social, na medida em que as partes se tornam corresponsáveis pela construção de uma resolução mais adequada para suas contendas, e, ainda, de pacificação social, já que um dos objetivos dos mesmos é que as partes aprendam a administrar seus conflitos por meio do diálogo (SALES, RABELO, 2009, p. 76).

O tom adversarial marca as formas heterônomas de solução de conflitos, de modo que na busca por uma cultura de menor litigiosidade e de efetivação do princípio democrático privilegiam-se os meios consensuais, por meio dos quais as partes procuram por si mesmas solucionar a contenda, de modo construído (SALES, RABELO, 2009, p. 76/77).

Considerando o conceito amplo de acesso, nele se enquadram os meios consensuais de resolução de conflitos, dentre os quais os mais conhecidos são a mediação, a conciliação e a negociação direta ou transação.

A mediação é um método consensual de solução de conflitos regulamentado pela lei nº 13.140, de 2015 e previsto no Código de Processo Civil. Constitui-se meio de solução de conflito no qual existe a presença de um terceiro independente às partes que figura como facilitador do diálogo entre elas. Por meio da mediação, objetiva-se conscientizar as partes da importância da gestão de seus próprios problemas, restabelecendo o diálogo, criando uma cultura de autoresponsabilidade e de comunicação pacífica, como

veículo de instrumentalização da Democracia, por meio da horizontalização das relações interpessoais e superação das diferenças, num caminho de superação do conflito pelo consenso, pelo ganhar e ganhar (COSTA, RIBAS, 2017, p. 198).

Outro método de solução de conflitos é a conciliação. Figura prevista no Código de Processo Civil, lei nº 13.105, de 2015, é muito semelhante à mediação, desta diferindo pela presença de um terceiro que apesar de sua imparcialidade tem “competência para aproximar as partes, controlar as negociações, “aparar as arestas”, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens objetivando sempre a resolução do conflito” (SALES, RABELO, 2009, p. 78).

O conciliador deve propiciar um ambiente que facilite a exposição dos reais interesses das partes, evitando o surgimento de uma espiral negativa de barganha posicional, além de ouvir os envolvidos e estimular que um ouça o outro. A chamada escuta ativa, na qual há a demonstração do real interesse pelo que o outro está dizendo, é uma ferramenta importante a ser utilizada por um bom conciliador (CHIESI FILHO, P. 46).

A negociação, por derradeiro, caracteriza-se pela interação, diálogo das partes envolvidas no conflito, na busca de uma solução amigável à questão posta. Na negociação propriamente dita não há um terceiro que intermediará o processo, mas tão somente as partes envolvidas, que buscam um entendimento para a solução do conflito. Ela só tem efetividade se houver condições de diálogo entre as partes, sendo mais comum nos conflitos patrimoniais.

Importante pontuar que quanto mais próximo do aspecto temporal de surgimento do conflito, mais possibilidades de sucesso na negociação, pela existência de um canal de comunicação direto entre os envolvidos:

[...] Nessa etapa, os envolvidos estão em um momento mais próximo do surgimento do conflito de interesses e há uma probabilidade maior de ainda ser possível evitar que surjam novos danos decorrentes da questão originária ou que os danos já existentes sejam agravados.

O canal de diálogo direto em muitas situações ainda existe ou ao menos está menos deteriorado que em momento futuro, já que em muitos casos o transcorrer do tempo faz com quem aumentem as chances de agravamento das situações conflituosas.

É recomendável que ao menos seja realizada, com rapidez, uma tentativa de negociação direta com o propósito de solução da questão, já que em muitas situações o tempo trabalha no sentido contrário ao do aumento das chances de solução entre as partes. (CHIESI FILHO, 2021, p. 41).

A negociação pura geralmente é de mais difícil ocorrência nos conflitos com relevância jurídica, configurando-se como aspecto central dentro dos métodos consensuais, sendo geralmente elemento dos demais métodos autocompositivos, sendo pouco provável que uma mediação ou uma conciliação tenham sucesso sem o componente negocial entre as partes.

Nessa perspectiva de consensualidade devem as relações Administração – Administrado serem revisadas, com a efetivação do direito à participação na esfera administrativa, o que tem importância na realização dos direitos fundamentais, tendo em vista o princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXV da Constituição Federal). A participação administrativa enseja maior publicidade e transparência, maior e melhor informação e conhecimento dos cidadãos sobre as diretrizes dos órgãos administrativos e a criação de efetivos espaços de negociação, na perspectiva da ponderação dos interesses envolvidos e da reciprocidade de concessões.

Outrossim, os métodos consensuais ou autocompositivos trazem maior efetividade à solução

aplicada ao conflito:

De qualquer maneira, verifica-se que a autocomposição, além de mais apropriada para a solução de muitos conflitos, tem uma efetividade maior que a sentença judicial. Conforme pesquisa comentada por Lelis Shéri da Ferraz, 64,8% das sentenças são executadas, ao passo que nos acordos tal índice é de 22,7% (CHIESI FILHO, 2021, p. 50).

É nessa perspectiva que se analisa a possibilidade de adoção de instrumentos não adversariais na Administração Pública Tributária, como forma de acesso à justiça, objetivo de desenvolvimento sustentável, concretização do princípio democrático no âmbito da Administração Pública e efetividade das decisões.

## 2 CONSENSUALISMO COMO CONTRIBUTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E AO ACESSO À JUSTIÇA

O consensualismo pode ser definido como a construção de uma solução dialogada na solução de controvérsias, podendo ser utilizado como sinônimo de meios consensuais de solução de conflitos. Ao se estudar a aplicação do consensualismo na Administração Pública está-se a tratar do que se denomina modernamente de Administração Pública Consertada. Pode-se, assim, verificar a existência de três gêneros de administração pública concertada: a decisão consensual, a execução consensual e a solução de conflitos consensual, conforme tenha por finalidade, respectivamente, a “promoção do interesse público, a realização do interesse público ou a recuperação do interesse público” (MOREIRA NETO, 2003, p. 147).

A consensualidade é, assim, concebida tanto na participação do particular na Administração Pública – ou no exercício da função pública –, quanto na celebração de acordos entre a Administração Pública e o particular para a resolução consensual de conflitos. A consensualidade seria, portanto, uma “nova dimensão da atuação administrativa” (SILVA, 2016, p. 08).

É necessário estabelecer um liame de causalidade entre o consensualismo, ou adoção de soluções pacíficas de conflitos, e o desenvolvimento sustentável, uma vez que a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas foi erigida a Objetivo de Desenvolvimento Sustentável.

O desenvolvimento sustentável possui cinco dimensões, na perspectiva trazida por Ignacy Sachs (1993). Uma das dimensões do desenvolvimento é a sustentabilidade social, também denominada de justiça social ou bem-estar social, segundo a qual

Uma sociedade sustentável supõe que todos os cidadãos tenham o mínimo necessário para uma vida digna e que ninguém absorva bens, recursos naturais e energéticos que sejam prejudiciais a outros. Isso significa erradicar a pobreza e definir o padrão de desigualdade aceitável, delimitando limites mínimos e máximos de acesso a bens materiais. Em resumo, implantar a velha e desejável justiça social (ZEIFERT *et al*, 2020, p. 44).

Além da dimensão social, também a dimensão cultural tem impacto no consensualismo e, por consequência, no desenvolvimento. Como já conceituado, na sustentabilidade cultural, segundo Sachs, está-se

em busca das raízes endógenas dos modelos de modernização e dos sistemas rurais integrados de produção, privilegiando processos de mudança no seio da continuidade cultural e traduzindo o conceito normativo de ecodesenvolvimento em uma pluralidade de soluções particulares, que respeitem as especificidades de cada ecossistema, de cada cultura e de cada local. (SACHS, 1993, p. 27).

Trazendo este conceito para o âmbito das relações interpessoais, é preciso que as questões in-

dividuais das partes sejam consideradas na solução dos litígios, o que está intimamente relacionado à nova visão do acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa:

[...], o conceito de **acesso à justiça** passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir **acesso à ordem jurídica justa**, no sentido de que os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens, portanto, o acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais amplo e abrange não apenas a esfera judicial, como também a extrajudicial. Instituições como Poupa Tempo e Câmaras de Mediação, desde que bem organizadas e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla (WATANABE, 2019, p. 109-110).

Nesse sentido, não há desenvolvimento sem que haja respeito aos direitos fundamentais<sup>3</sup>. Pracucho bem esclarece a interligação entre o acesso à justiça – como acesso à ordem jurídica justa – e o desenvolvimento sustentável:

Já o acesso à justiça, a garantia de direitos e a inclusão mostram-se ainda mais transversais: permeiam toda a Agenda, evidenciando que a transformação do mundo via desenvolvimento sustentável de fato pressupõe a promoção e a defesa dos direitos humanos de todos, sem reservas.

Pode-se ademais afirmar, desse modo, ter sido abraçada a moderna concepção que se convencionou chamar de “acesso à ordem jurídica justa”, a qual há tempos veio a suplantar a estrita – e, por isso, insuficiente – perspectiva do acesso à justiça enquanto mero acesso a órgãos judiciais (WATANABE, 1988, p. 128). Além disso, a ênfase em instituições transparentes e na tomada de decisões participativas e inclusivas denota a interdependência existente entre os direitos humanos, a cidadania e a democracia. De modo que a referência ao “Estado de Direito” (*rule of law*) na meta 16.3, quando lida à luz das demais metas e dos outros objetivos, acaba por aproximar-se mais do conceito de “Estado constitucional democrático”, ou “Estado de direito democrático”, tipologia que, a par de conferir legitimidade ao processo de produção de normas jurídicas, legítima outrossim, via princípio da soberania popular, o próprio exercício [d]o poder político (CANOTILHO, 2003, p. 100). (PRACUCHO, 2020, p. 562).

É nesse mesmo sentido que o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento afirma que sem paz, estabilidade, direitos humanos e governança efetiva – baseada no estado de direito – não é possível alcançar o desenvolvimento sustentável<sup>4</sup>.

Importante salientar que o envolvimento de toda a sociedade na busca pela preservação da paz e respeito aos direitos fundamentais inclui também a participação administrativa. Os efeitos advindos da participação administrativa seriam maior publicidade e transparência, maior e melhor informação e conhecimento dos cidadãos sobre as diretrizes dos órgãos administrativos e a criação de efetivos espaços de negociação, na perspectiva da ponderação dos interesses envolvidos e da reciprocidade de concessões, o que reduziria, como consequência, os conflitos entre administração e administrado.

A construção de instituições sociais responsáveis e inclusivas só é possível dentro da esfera pública, a esfera da ação, do diálogo onde se estabelece os dissensos dialogados e justificados e, principalmente, cria-se os consensos necessários entre grupos de interesses antagônicos. Isso é o que proporciona a maturidade e o fortalecimento das instituições, tornando-as mais eficazes e equidistantes das posições conflitantes para garantir os valores suprapartidários que estabilizam as sociedades e as tornam mais justas e pacíficas. (AMARAL, 2020, 640-641).

3 Conforme esclarece GUERRA FILHO (2017, p. 43), numa dimensão analítica, os direitos fundamentais distinguem-se dos direitos humanos na medida em que os direitos humanos possuem uma dimensão universalista, enquanto os direitos fundamentais estão assentados na ordem jurídica interna. Por isso os direitos humanos são classificados numa dimensão supra-positiva, devido ao seu caráter universalista.

4 Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html>. Acesso em: 16 mai. 2022.

Denota-se, portanto, que os métodos de solução de controvérsias, inobstante serem parte do sistema processual de solução de conflitos, integram-se ao chamado acesso à justiça, denominado modernamente de acesso à ordem jurídica justa. Vislumbra-se estarem os meios consensuais de composição de conflitos em consonância com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, sendo instrumentos a contribuir ao desenvolvimento sustentável e ao acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa.

Como resultado da Conferência da ONU de 2015, foi elaborada uma agenda global para o desenvolvimento sustentável, denominado “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Caracteriza-se tal documento como um plano de ação visando a tornar o mundo mais sustentável e resiliente até 2030. Dentre os 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento estabelecidos neste documento, destaca-se para os fins do presente estudo o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, qual seja, “Paz, Justiça e Instituições eficazes”, o qual tem por escopo promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

É nessa perspectiva que se analisa a possibilidade de adoção de instrumentos não adversariais na Administração Pública Tributária, como forma de acesso à justiça, objetivo de desenvolvimento sustentável, concretização do princípio democrático no âmbito da Administração Pública e efetividade das decisões.

## **2.1 Consensualismo na Administração Pública Tributária**

A dificuldade na aceitação da composição consensual no âmbito da Administração Pública decorre da visão herdada da doutrina francesa arraigada no sistema administrativo brasileiro, tendo-se como objeto central o princípio da indisponibilidade do interesse público, o que não mais se justificaria em face da nova conceituação do interesse público como interesse não mais do governante, mas de toda a sociedade.

Nessa seara, a definição da indisponibilidade do interesse público deve ser revisada. O ordenamento jurídico brasileiro não conceitua o que sejam direitos indisponíveis. Existe uma compreensão de que se trata de uma categoria especial de direitos atrelados ao interesse público, o que os torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis. A indisponibilidade, assim, “seria uma ferramenta de proteção de determinados direitos fundamentais individuais ou coletivos contra lesões ou ameaças de seus titulares ou de terceiros, o que atenderia o interesse público (VENTURI *apud* FANTIN, FREITAS 2016, p. 02).

O conceito de interesse público foi se alterando o longo do tempo. No período absolutista confundia-se com o interesse do rei. Com a revolução francesa, ele ganhou autonomia pela sua inserção dentro dos diplomas legais, que passaram a defini-lo. A evolução do constitucionalismo fez com que as normas constitucionais, antes meramente programáticas, fossem alçadas a regras de eficácia geral, passando então a definir o que seria o interesse público.

Os direitos fundamentais, assim como os instrumentos de participação, tiveram impacto sobre o conceito tradicional de supremacia do interesse público. A supremacia não seria do Estado, tampouco do gênero interesse público sobre quaisquer outros, até porque os direitos fundamentais se sobrepõem a

todos os outros direitos e interesses. As relações entre Estado e sociedade passam, então, de uma relação de supremacia, para uma relação de ponderação.

É nessa perspectiva que se analisa o princípio da indisponibilidade do interesse público. Decorrente do princípio constitucional republicano, ele orienta a atuação da Administração Pública. Implica reconhecer que os bens públicos pertencem a todos e, por consequência, nenhum agente público poderia deles dispor. Haveria valores, atividades e bens públicos imprescindíveis à atuação do estado, o que os tornaria irrenunciáveis e inalienáveis, dentre os quais se exemplificam a atividade legislativa, o poder de polícia e o território nacional. Trata-se do interesse público primário. Haveria por outro lado, meros interesses pragmáticos da administração que não encontram amparo na legislação. Seriam interesses secundários e, também, ilegítimos.

Para que seja possível a adoção da consensualidade na esfera administrativa é mister verificar se os direitos indisponíveis seriam passíveis de transação, de modo a que se possibilitasse solução consertada de litígios envolvendo a Administração Pública. Para responder tal indagação surgiram três correntes, as quais, analisando o art. 3º da Lei n. 13.140/2015 (lei da mediação), procuram definir o que seriam “direitos indisponíveis que admitam transação”.

Uma corrente, defendida por Romita, Tartuce e Mitiero entende que o direito indisponível não seria passível de transação, contudo, haveria a possibilidade de se transacionar sobre as condições para o exercício desse direito e as vantagens econômicas dele decorrentes. Como exemplo ter-se-ia o direito de visita de menores. Ele é indisponível, mas o modo como será exercitado pode ser transacionado. (COSTA, SANTOS, 2019, p. 219).

Uma segunda corrente, defendida por Delgado, defende a existência de direitos absoluta e relativamente indisponíveis. Assim, os direitos absolutamente indisponíveis não seriam objeto de transação, ao passo que os relativamente indisponíveis poderiam ser transacionados. Como exemplo ter-se-ia o direito à assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), o qual seria absolutamente indisponível. Já a modalidade de salário (se fixo ou variável) seria direito relativamente disponível, passível de negociação entre as partes. (COSTA, SANTOS, 2019, p. 221).

Por fim, uma terceira corrente, defendida por Salles, sustenta que a natureza da indisponibilidade deve ser aferida no caso concreto, podendo ter natureza ora de indisponibilidade material, ora de indisponibilidade normativa e ora de disponibilidade condicionada. A indisponibilidade material qualifica a própria relação entre o titular e o bem. Estaria relacionada aos atributos do bem jurídico tutelado. É o caso do direito à incolumidade física. A indisponibilidade normativa estaria relacionada a uma qualificação decorrente das normas jurídicas, como no caso das normas de competência absoluta. Já a disponibilidade condicionada indicaria a necessidade do cumprimento de condições para a disposição do direito, como no caso da existência de condições para que seja realizada a transferência da titularidade de um bem, como a assinatura do responsável legal quanto a bens de relativamente incapazes (COSTA, SANTOS, 2019, p. 222-224).

O interesse público visto sobre a perspectiva dogmática clássica não admitiria conciliação ou transação. Como assinala Volpi, “de um modo geral, a doutrina e a jurisprudência assinalam que o interesse público, em razão de sua indisponibilidade e supremacia, não admite a conciliação ou transação, exceto se

autorizada por lei” (VOLPI, 2011-2012, p. 48).

Já há diversos diplomas legais admitindo o uso de instrumentos consensuais no âmbito da Administração Pública. A Lei nº 10.259, de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais) admite expressamente a conciliação nas causas em que os entes públicos federais estejam presentes. A lei nº 13.988<sup>5</sup>, de 2020, regulamentou a transação tributária na esfera federal. O art. 32 da lei de mediação (lei nº 13.140, de 2015) trouxe disposições específicas para a aplicação da mediação às pessoas jurídicas de direito público, porém seu art. 38 excluiu sua aplicação das controvérsias envolvendo a Receita Federal e a União. A lei estadual paulista nº 17.293, de 2020, instituiu a transação tributária no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo como modalidade de resolução de litígios. O município de Porto Alegre-RS instituiu, de forma pioneira, meio da lei municipal nº 13.028, de 2022<sup>6</sup>, a mediação no âmbito da Administração Pública Tributária.

Quando se aborda a temática do consensualismo no âmbito da Administração Pública, identificam-se três gêneros de administração pública concertada, a decisão consensual, a execução consensual e a solução de conflitos consensual, conforme tenha por finalidade a “promoção do interesse público, a realização do interesse público ou a recuperação do interesse público” (MOREIRA NETO, 2003, p. 147).

A consensualidade é concebida tanto na participação do particular na Administração Pública ou no exercício da função pública, quanto na celebração de acordos entre a Administração Pública e o particular para a resolução consensual de conflitos, sendo que na solução de conflitos, quando instrumento de realização do interesse público, a Administração coloca de lado as prerrogativas públicas visando à composição harmoniosa dos conflitos. Como exemplos têm-se os Termos de Ajustamento de Conduta. A consensualidade mostra-se, assim, como “nova dimensão da atuação administrativa” (SILVA, 2016, p. 08).

A composição consensual de conflitos tem “importância sócio-política, enquanto via de fomento de civismo, de aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização das relações sócio-econômicas, [...]” (MOREIRA NETO, 2003, p. 154). O consenso, deste modo,

[...] “contribue (sic) para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (Justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2003, p. 145).

Nesse sentido, é mister a superação da concepção clássica do Direito Administrativo, a qual se sustentava na ideia de imperatividade e tinha o ato administrativo, unilateral e autoexecutório, como mecanismo central de atuação do ente público. Segundo Calixto Salomão Filho (*apud* XAVIER, 2012, p. 31), o Direito Administrativo brasileiro não está apto a enxergar o particular como colaborador no processo de desenvolvimento. Nesse novo modelo, passa-se a defender a adoção de instrumentos consensuais na forma de atuação administrativa, os quais garantiriam maior eficácia das regras adotadas, uma vez que decisões tomadas por consenso tendem a ser mais respeitadas que aquelas impostas.

Ao se indagar acerca da possibilidade do uso dos instrumentos consensuais de solução de conflitos na esfera tributária, a justificativa pela negação no seu uso decorre da indisponibilidade do interesse público. Embora o bem jurídico na arrecadação de tributos seja indisponível, outros valores constitucionais

5 Alterada por meio da Lei 14.375, de 2022.

6 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=428526>. Acesso em 17 jun. 2022.

podem justificar que, mediante lei, o estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível (TALAMINI, 2005, p. 05). É o caso, por exemplo, dos institutos da remissão e da anistia.

Citando o entendimento da processualista Grinover, Watanabe aduz:

Em sua incansável tarefa de buscar alternativas à melhoria do ambiente judicial e da efetividade das tutelas jurisdicionais Ada também se dedicou mais recentemente ao estudo das medidas que poderiam ser adotadas para melhora do contencioso fiscal.

Mais especificamente no que tange à adoção de métodos alternativos de solução de controvérsias, Ada defendia que, após a edição da Lei 13.129/15, que alterou a Lei 9.307/96 para permitir expressamente que a administração pública pode solucionar controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis pela via arbitral, haveria arcabouço legislativo suficiente a propiciar solução de controvérsias tributárias mediante arbitragem. [...]. (WATANABE, 2019, p. 116).

Coexiste com o interesse público envolvido no conflito entre estado e particular um interesse público de composição, considerando o novo entendimento doutrinário acerca da indisponibilidade do interesse público. O uso de formas consensuais para a solução de conflitos pelos entes públicos não implica a exclusão dos meios tradicionais, mas de coexistência entre os diversos instrumentos de composição, no que se denominou de “sistema multiportas”.

A Resolução nº 125 do CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, de aplicação a todos os órgãos do poder judiciário, determina a adoção de todos os mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, por meio da mediação e da conciliação, no tratamento adequado dos conflitos de interesses. Ademais, a autocomposição está prevista como princípio orientativo de todo Estado Brasileiro por constar no preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de **uma sociedade** fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso)

Infere-se, pois, que a adoção de mecanismos consensuais na solução de conflitos tributários estaria em consonância com os preceitos constitucionais e legais. Com a previsão legal da mediação (lei nº 13.140, de 2015), da conciliação (Código de Processo Civil – CPC) e da transação (lei nº 13.988, de 2020) nas relações em que o poder público é parte, já se admite tais meios consensuais nos conflitos envolvendo a administração pública. Na seara tributária o uso de métodos autocompositivos, apesar de ainda controverso, começa a ser aceito em algumas esferas, como no âmbito da prefeitura de Porto Alegre. Faz-se necessária, portanto, a superação da relação hierarquizada entre administração e administrado, abandonando-se o paradigma do crime e adotando-se um paradigma de confiança e serviço, considerando a evolução do modelo de administração e as normas internacionais.

## **2.2 Câmara Administrativa de Solução de Conflitos como espaço para a solução pacífica das controvérsias de natureza tributária no Estado de Mato Grosso do Sul**

Foi implementada no estado de Mato Grosso do Sul uma Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC), criada pela Lei Complementar n. 288, de 13 de dezembro de 2021 e regulamentada por meio da Resolução PGE n. 362, de 26.01.2022. Os conflitos a ela submetidos podem ser solucionados

por meio de métodos adequados de soluções de conflitos, como a negociação, a conciliação, a mediação e a transação por adesão. Trata-se de órgão implementado como incentivo à gestão pública consensual, coparticipativa e transparente.

A competência da CASC abrange conflitos que versem sobre direitos disponíveis e sobre direitos indisponíveis que admitam transação, haja ou não pretensão econômica, envolvendo o Estado de Mato Grosso do Sul, suas autarquias e fundações. Uma vez que se admita a mediação e a transação tributária, como explicitado nos capítulos anteriores, e em sendo competência da CASC a solução de conflitos no âmbito do estado, poderia a Câmara ser utilizada como espaço para a solução consensual de conflitos tributários.

Considerando, porém, que os conflitos tributários são regidos por lei própria, a lei estadual nº 2.315, de 2001, pelo princípio da especialidade seria necessária uma alteração legislativa que permitisse a utilização da CASC para a solução desses conflitos, incluindo-se em sua regulamentação a forma como tais conflitos poderiam ser solucionados. Em já havendo a previsão da participação dos servidores estaduais para integrarem a Câmara de Solução de Conflitos, servidores que já integram o processo administrativo tributário poderiam também compor este espaço de solução consensual de controvérsias.

Importante trazer como exemplo de negociação que vem sendo realizada por meio da CASC a realização de acordo direto em precatórios de responsabilidade de pagamento pelo estado de Mato Grosso do Sul inscritos junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, ao Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região ou ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de natureza alimentar ou comum<sup>7</sup>. Tais acordos são feitos no âmbito da Câmara mediante a concessão de descontos aplicados ao valor do precatório, em percentual variável conforme o ano de inscrição na lei orçamentária. Como negociação que é, o acordo direto de precatórios enseja benefício para ambas as partes. O estado acaba por realizar a quitação do precatório com desconto e o credor elimina seu tempo de espera na fila de credores dos precatórios estaduais. No ano de 2017 foram reservados 80 milhões para a quitação desses precatórios por meio de acordos diretos; já no ano de 2022 estão sendo reservados 50 milhões para a mesma finalidade<sup>8</sup>.

O regulamento da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos permite que esta seja um espaço para a solução de litígios entre os cidadãos, aí se incluem os contribuintes, e o estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que isso enseja agilidade e efetividade na solução dos mesmos. A solução destes conflitos dá-se por meio de instrumentos consensuais, os quais foram elencados em rol exemplificativo constante do art. 4º da RESOLUÇÃO/PGE/MS nº 362, de 26 de janeiro de 2022. Os mecanismos adequados consensuais de solução de controvérsias elencados pelo regulamento da CASC são a negociação, a conciliação, a mediação e a transação por adesão.

Uma vez que tais mecanismos podem ser utilizados no âmbito da Câmara para a solução de direitos indisponíveis que admitam a transação, e em sendo os créditos tributários constituídos pelo lançamento direitos indisponíveis que admitem transação, como acima já amplamente explicitado, constitui-se a Câmara de Solução de Litígios espaço onde tais conflitos podem ser solucionados de modo consensual,

<sup>7</sup> Conforme EDITAL/CASC/PGE/MS/Nº 003/2022, de 29 de junho de 2022, publicado na edição nº 10.877 do DOE (Diário Oficial do Estado).

<sup>8</sup> Conforme EDITAL/CASC/PGE/MS/N.º 001/2022, de 27 de maio de 2022, publicado na edição nº 10.845, de 30 de maio de 2022.

em atendimento ao ODS n 16 da Agenda 2030 da ONU e ao indicado no preâmbulo constitucional, que preconiza a solução pacífica de controvérsias.

## CONCLUSÃO

Tradicionalmente o acesso à justiça aperfeiçoava-se apenas por meio do acesso ao poder judiciário, o que modernamente tem sido alargado para o acesso efetivo à instrumentos de solução de conflitos, no que se denominou de sistema multiportas. O acesso à justiça passou, assim, por uma revisão do seu conceito, sendo denominado acesso à ordem jurídica justa, pois o que se visa é a solução efetiva do conflito, através do meio mais adequado.

Diante do aperfeiçoamento do sistema de solução de conflitos e do estabelecimento do ODS nº 16 da Agenda 2030 da ONU, é mister o alargamento do âmbito de aplicação dos meios consensuais de solução de controvérsias para esferas não tradicionais de composição consensual, como aquelas envolvendo a Administração Pública, em especial a Administração Tributária. É nesse sentido que a adoção de meios consensuais contribui para o desenvolvimento sustentável, porque promove sociedades pacíficas e inclusivas, proporcionando, com isso, acesso à justiça efetivamente para todos, o que está em acordo com o estabelecido no texto constitucional, mormente em seu preâmbulo, que preconiza a solução pacífica das controvérsias.

Na esfera tributária, a litigiosidade caminha em sentido oposto ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Os paradigmas tradicionais devem ser superados diante das novas exigências sociais. Os novos parâmetros constitucionais preveem políticas que garantam a participação dos cidadãos nos centros de poder, e nesse aspecto a adoção de meios consensuais na solução de conflitos envolvendo a Administração Pública Tributária e o particular traduz-se em espaço de exercício da cidadania fiscal.

A implementação no estado de Mato Grosso do Sul de uma Câmara Administrativa de Solução de Conflitos com competência para a solução de conflitos envolvendo a Administração Pública e os particulares permite que ela seja utilizada como espaço para a implementação do consensualismo, inclusive no que se refere aos conflitos tributários, no âmbito da Administração Pública em Mato Grosso do Sul.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, R. D. Objetivo de desenvolvimento sustentável n. 16: a promoção do acesso à justiça e de instituições responsáveis e inclusivas como instrumentos de sustentabilidade e paz para a comunidade planetária. *In Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030* [recurso eletrônico] / coordenação: Livia Gaigher Bósio Campello. 1 ed., São Paulo: IDHG, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm).

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm). Acesso em: 18 jan. 2022.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHIESI FILHO, H. **Um novo paradigma de acesso à justiça**: autocomposicao como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual. Belo Horizonte: Editora D/Plácido, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Relatório Analítico e Caderno Infográfico 2021 (ano-base: 2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 16 jun.2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaa2655.pdf>. Acesso em 06 fev. 2022.

COSTA, N. C. A. da, SANTOS, R. B dos. A transação de direitos indisponíveis na mediação. **Revista Direitos UFMS**, Campo Grande, v. 05, n. 1, p. 208-232, jan./jul. 2019. Acesso em: 08 jun. 2020.

COSTA, T. N. G.; RIBAS, L. M.. Inovação na jurisdição Estatal: de Contenciosa para uma Jurisdição Singular, compartilhada, Efetiva, Democrática e Emancipatória. **CONPEDI LAW REVIEW**, v. 3, p. 190-215, 2017.

FANTIN, I.A., FREITAS, F.D. Autocomposição em processos envolvendo a Fazenda Pública. Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2018.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7.ed. São Paulo: SRSEditora, 2017.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei Complementar nº 288, de 13 de dezembro de 2021**. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Lei-Complementar-n-288-2021.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MATO GROSSO DO SUL. **Resolução PGE nº 362, de 26 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/PDF-Resolucao-362-2022-Regulamenta-CASC.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei nº 2.315, de 25 de outubro de 2001**. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/serc/legato.nsf/23b657614c182061042579c80053770d/1b305f1c2f-24343c04256b36006cee98?OpenDocument>. Acesso em: 18 jan. 2022.

MOREIRA NETO, D.F. A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos. **R. Dir. Adm.**, Rio de

Janeiro, n. 221, p. 221: 71-93, jul./set. 2000. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47557/45185/93237>. Acesso em: 17 jun. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda-2030-completo-pt-br-2016.pdf> Acesso em: 10 de novembro de 2021.

NOGUEIRA, J.P., MESSARI, N. **Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTO ALEGRE/RS. **Lei nº 13.028, de 11 de março de 2022**. Disponível em: [https://www.camarapoa.rs.gov.br/draco/processos/137049/Lei\\_13028.pdf](https://www.camarapoa.rs.gov.br/draco/processos/137049/Lei_13028.pdf). Acesso em 17 jun. 2022.

PRACUCHO, D.M. A Agenda 2030 e o Brasil: um diagnóstico com foco no ODS 16 (paz, justiça e instituições eficazes). *In Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030* [recurso eletrônico] / coordenação: Lívia Gaigher Bósio Campello. 1 ed. - São Paulo: IDHG, 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Objetivo 16: Paz, justiça e instituições eficazes**. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html>. Acesso em: 16 mai. 2022.

RODRIGUES, H.V. **Acesso À Justiça No Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SACHS, I. **Estratégias de transição para o século XXI**. Desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Studio Nobel: Fundação do desenvolvimento administrativo, 1993.

SALES, L. M. de M.; RABELO, C. de M. S. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

SÃO PAULO. **Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17293-15.10.2020.html>. Acesso em: 18 jan. 2022.

SILVA, C. S. A consensualidade administrativa e a elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Revista de Formas Consensuais de Solução De Conflitos**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 01-20, Jul/Dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1567>. Acesso em: 08 jun. 2020.

TALAMINI, E. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)**. Disponível em: [www.academia.edu/231461](http://www.academia.edu/231461). Acesso em: 12 jul. 2021.

TOLEDO, A.M., SANTIAGO, M.R. Instrumentos alternativos de solução de conflitos como medidas de sustentabilidade, calcadas na solidariedade social. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 52-72, jan./abr. 2019. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i1.23531. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/23531>. Acesso em: 08 jun. 2020.

WATANABE, K. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos cole-**

tivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

XAVIER, L. F. **Certidão de regularidade fiscal federal: repensando a relação entre Fisco e Contribuinte a partir do paradigma do serviço e da confiança.** Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

ZEIFERT, A.P.B, CENCI, D. G., MANCHINI, A. A justiça social e a agenda 2030: políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades justas e inclusivas. **Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), vol. 8, n. 2, mai-ago 2020. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/issue/view/39>. Acesso em: 08 fev. 2022.

# O DEVER DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES

Geraldo Furtado de Araújo Neto<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo objetiva analisar o controle de convencionalidade e a necessidade de ser realizado pelas autoridades domésticas, em especial sua adoção no que tange à terceirização na Administração Pública. Será abordado o conceito de controle de convencionalidade, sua utilização pelas autoridades domésticas e, ao fim, será analisada a Lei 14.133/2021 à luz da Convenção 94 da OIT. Chegou-se à conclusão que a autoridade doméstica deve realizar o controle de convencionalidade, como modo de evitar a responsabilização do Estado Brasileiro internacionalmente e que o artigo 5º, item 2, da Convenção 94 da OIT é mais protetivo que as normas da Lei de Licitações, exigindo que a autoridade doméstica fiscalize o contrato administrativo, mesmo com retenção de pagamento à empresa prestadora de serviços, como forma de mitigar o risco de dano aos trabalhadores terceirizados.

**Palavras-chave:** Controle de Convencionalidade. Administração Pública. Terceirização.

## INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade é o mecanismo pelo qual se dá a compatibilidade do ordenamento jurídico interno com as normas internacionais de Direitos Humanos.

Inegavelmente, cabe ao Poder Judiciário fazer esse controle, principalmente no modo difuso e ainda que alguma das partes não tenha citado qualquer norma internacional, em vista do princípio *jura novit curia*.

O objetivo desse artigo é averiguar a imperiosidade do controle de convencionalidade no âmbito da Administração Pública e se é um dever de todas as autoridades domésticas que realizam seu ofício observar as normas de Tratados Internacionais nesse particular.

Em um primeiro momento, o artigo abordará o que vem a ser o controle de convencionalidade, sua doutrina e qual o critério de escolha de normas deve nortear o intérprete.

Posteriormente, far-se-á uma análise da obrigação das autoridades estatais em realizar o devido controle de convencionalidade, como forma de proteção dos Direitos Humanos.

No fim, será analisada a Lei 14.133/2021 à luz da Convenção 94 da OIT e a necessidade da Administração Pública em fiscalizar o contrato como maneira de garantir os salários dos trabalhadores que lhe prestam serviços.

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 24ª Região, Mestre em Direitos Humanos pela UFMS, Doutorando em Direito do Trabalho pela USP e Pesquisador do Observatório Brasileiro de IRDRs na Justiça do Trabalho - USP (OBI-JT-USP)

O trabalho terá uma abordagem positivista, tendo como objeto de pesquisa fatos que podem ser rigorosamente observados segundo critérios previamente estabelecidos, uma vez que se averiguará o disposto na Convenção 94 da OIT e demais normas componentes da Constituição da República Federativa do Brasil e legislação ordinária pátria.

O método científico utilizado será o dedutivo, por meio do qual passa-se dos argumentos considerados verdadeiros e inquestionáveis, para chegar a conclusões mais formais e lógicas, de acordo com as premissas estabelecidas.

## **1. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO CRITÉRIO MATERIAL. O PRINCÍPIO *PRO HOMINE*.**

Em um mundo cada vez mais interligado, demanda-se dos países a resolução de questões e problemas de modo comum, como no âmbito do meio ambiente, economia, saúde e Direitos Humanos. Nesse panorama, os Estados se juntam e realizam os mais diversos Tratados, os quais, variavelmente, podem se chocar com as normas internas de um país. É nesse contexto que surge o que vem sendo chamado de controle de convencionalidade.

O tema não é tão novo assim, embora seu conteúdo tenha sido modificado com o tempo pela doutrina. Mazzuoli afirma que antes da popularização e do significado que tomou, autores como André de Carvalho Ramos admitiam esse controle, mas apenas como forma de responsabilização do Estado internacionalmente por violação de Direitos humanos. Logo, o controle de convencionalidade seria o método de impedir que o Parlamento fizesse uma lei violadora de Direitos Humanos previstos em Tratados Internacionais (2018, pp. 118-120).

Hodiernamente, pode-se dizer que o controle de convencionalidade é o mecanismo no qual se afere a compatibilidade do ordenamento jurídico interno com as normas internacionais de Direitos Humanos. Como afirma Azevedo Neto, “Em sentido amplo, o controle de convencionalidade consiste na verificação da conformidade de ato administrativo, legislativo ou judicial com as disposições de tratado internacional de direitos humanos” (2021, p. 31).

Enquanto no controle de constitucionalidade o paradigma de controle é a hierarquia, no qual a Constituição se encontra no topo e a legislação infraconstitucional deve obediência a seus termos, sob pena de invalidade, será visto que o controle de convencionalidade se dá com base em critério material.

Bomfim identifica que foi Valério Mazzuoli quem introduziu a contemporânea ideia de controle no Brasil no sistema difuso, isto é, a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal controlar a convencionalidade do ordenamento jurídico (2017, p. 69)<sup>2</sup>.

Ademais, há a existência do controle concentrado de convencionalidade, quando em causa os tratados de Direitos Humanos “equivalentes” às emendas constitucionais, nos termos do artigo 5º, §3º, da CRFB/88 (MAZZUOLI, 2018, p. 167). Embora valha citar entendimento de que, uma vez incorporados à

<sup>2</sup> Registre-se que o próprio Mazzuoli afirma que o termo “controle de convencionalidade” não foi por ele cunhado. Antes dele, autores como André de Carvalho Ramos admitiam esse controle, mas apenas pelos mecanismos internacionais de apuração do respeito por parte de um Estado de suas obrigações internacionais. Logo, o controle difuso nacional é um pioneirismo do autor, como ele também admite em sua obra (2018, pp. 118-120).

Constituição como se emenda fossem, os Tratados seriam entendidos como “constituição formal”, motivo pelo qual qualquer controle a partir deles seria um verdadeiro controle de constitucionalidade. Nesse sentido é José Afonso da Silva (2006, p. 179).

Isto é, a mera compatibilidade da lei com a CRFB/88 já não é suficiente para salvá-la. Isso porque é necessário também haver compatibilidade com os diversos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Logo, se estiver em desacordo com os tratados de Direitos Humanos a norma pode até ser considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um exame de convencionalidade (MAZZUOLI, 2018, p. 26).

Por tudo isso, o controle de convencionalidade é um instrumento complementar e auxiliar do controle de constitucionalidade (CONCI; GERBER e PEREIRA, 2018, p. 111). Assim, mister que o intérprete do Direito analise uma dupla compatibilidade, primeiro com a CRFB/88, depois com os tratados de Direitos Humanos.

Em relação ao critério de escolha de normas, é tradicional descrever o controle de convencionalidade nos termos do julgamento emblemático do STF no importante RE 466.343-SP.

A questão envolvida consistia na verificação da legalidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que enquanto o artigo 5º, inciso LXII, da CRFB/88<sup>3</sup> possibilita a prisão civil no caso de depositário infiel, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 7º, item 7<sup>4</sup>, apenas admite a prisão civil em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

Nesse caso, houve o reconhecimento pela Suprema Corte brasileira da tese da supralegalidade (pela decisão, a norma da Convenção Americana de Direitos Humanos que não reconhecia a possibilidade da prisão do depositário infiel foi tida como supralegal, com efeito paralisante sobre as normas do Código Civil que dispunham sobre tal prisão)<sup>5</sup>.

Assim, vê-se que a decisão do STF contrariou, na oportunidade, a maioria da doutrina internacionalista que advogava pelo caráter constitucional dos tratados de Direitos Humanos.

Mesmo após a decisão da Suprema Corte brasileira, a maior parte da doutrina internacionalista, principalmente aquela ligada aos Direitos Humanos, mantém os tratados nessas matérias com “status” constitucional. Piovesan é uma autora representativa dessa parte da doutrina, a qual deixa claro que o caráter supralegal se refere apenas aos tratados comuns em vista do disposto no artigo 27 da Convenção de Viena<sup>6</sup>, sendo que nos casos de tratados em Direitos Humanos a CRFB reconhece-lhes a natureza de norma

3 Artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

4 Artigo 7º, item 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

5 EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

6 Artigo 27 da Convenção de Viena, aprovado por meio do Decreto 7.030/2009: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”

constitucional, nos termos do artigo 5º, §2º (2010, pp. 64-68).

De todo modo, foi um avanço ao antigo posicionamento pretoriano, porquanto o STF, que entendia pelo “status” de lei ordinária dessas normas internacionais, avançou para um caráter supralegal, isto é, inferior à CRFB/88, mas superior à lei ordinária.

Contudo, mesmo que se admita o avanço, não é possível afirmar que o STF tenha desenvolvido por completo a matéria, principalmente no que toca ao critério de escolha de norma em caso de conflito entre norma interna e tratado.

Sustenta-se que a decisão do STF tem como importância elucidar a questão da incorporação das normas internacionais no Direito Brasileiro, não se confundindo com o critério de aplicação de tais normas. Assim, um tratado internacional de Direitos Humanos adentra ao ordenamento jurídico na condição de norma supralegal. Não se questiona isso, a partir de agora.

Aliás, esse é o posicionamento de Maués, para quem a decisão do STF foi importante, pois, a partir de agora, não só as leis ordinárias devem obediência aos referidos tratados, mas as normas constitucionais devem ser interpretadas à luz dessas normas internacionais. Ele cita o exemplo da Espanha, onde o Tribunal Constitucional vem entendendo que, embora não tenha “status” constitucional, as normas internacionais de Direitos Humanos servem de parâmetro de interpretação da própria Constituição (2013, p. 08).

Todavia, a decisão não responde algumas questões, como, por exemplo, se a norma supralegal for mais protetiva que a CRFB/88. Não se duvida que seja um caso cerebrino, mas, caso aconteça, o intérprete deveria dar primazia à norma menos protetiva? Não faz muito sentido.

Azevedo Neto afirma que as convenções da OIT (que são tratados internacionais de Direitos Humanos) e demais tratados aplicáveis na seara laboral ostentam natureza supralegal, conforme já decidido pelo STF. Entretanto, esse critério não é suficiente para abarcar todas as situações, já que é possível estarmos diante de uma norma interna mais benéfica. Considerando o princípio *pro homine*, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana, no caso das relações de trabalho, a mais vantajosa ao obreiro (2021, p. 67).

Defende-se a aplicação do princípio *pro homine*, pelo qual deve ser prestigiada a norma que melhor protege um Direito Humano, independentemente da posição hierárquica que ela ocupa na pirâmide normativa.

Esse princípio é extraído do disposto nos artigos 4º, inciso II e 5º, § 2º, da CRFB/88<sup>7</sup>; 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>8</sup>; 29 e 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>9</sup>,

7 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos direitos humanos;”

“Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

8 “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”

9 “Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na

5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>10</sup> e artigo 27 da Convenção de Viena (Direito dos Tratados)<sup>11</sup>.

A aplicação de tal princípio gera efetividade dos Direitos Humanos e isso se dá pelo diálogo entre legislação interna e a externa ratificada. Um Estado não pode se esquivar de uma obrigação internacionalmente assumida com base em razões de incompatibilidade com a ordem jurídica interna (BOMFIM, 2017, p. 46).

Nesse sentido é Mazzuoli:

Dessa forma, com base na própria Constituição Brasileira de 1988, é de se entender que, quando em pauta direitos humanos provenientes de tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Fundamental, o princípio – nascido do labor dos tribunais internacionais de direitos humanos – que dá prevalência sempre à norma mais benéfica ao cidadão (princípio *pro homine*) (2018, p. 152).

Pelo exposto, o controle de convencionalidade com base nos tratados de Direitos Humanos realiza a devida compatibilidade entre as normas internas e externas, dando primazia à regra que melhor favorece o indivíduo ou a vítima objeto de proteção.

## 2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A SER FEITO ADMINISTRATIVAMENTE

Enquanto, academicamente, o controle de convencionalidade ganha espaço nas diversas obras jurídicas, a sua aplicação no âmbito judicial e administrativo ainda é tímida.

Não que se negue a menção às Convenções e Recomendações dos órgãos internacionais em sentenças e acórdãos espalhados pelo país.

No aspecto judicial, vê-se que o uso desses instrumentos internacionais tem sido usado mais como reforço de argumentação (ou seja, quando já se decidiu no plano nacional e se utiliza dos Tratados para dar maior robustez à fundamentação), sendo poucas as vezes em que o Tratado é tido como verdadeira razão de decidir.

---

Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30. Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.”

10 “1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

11 “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

Na esfera trabalhista, isso foi objeto de estudo de Ana Virginia Moreira Gomes e Sarah Linhares Ferreira Gomes, as quais constataram - em pesquisa empírica com Recursos alçados ao C.TST de 2009 a 2019 - que das 600 decisões da Corte que citaram Convenções, mesmo que não ratificadas pelo país, apenas três reconheceram conflitos entre as normas (2019, p. 08), o que indica, mais uma vez, o uso dos instrumentos internacionais como mero reforço.

Ademais, ainda se tem uma visão “soberanista”<sup>12</sup> entranhada no Direito brasileiro, razão pela qual o Brasil já descumpriu reiterados tratados de Direitos Humanos e, por tal motivo, foi condenado em 10 oportunidades<sup>13</sup> pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Paes faz dura crítica nesse sentido:

Observa-se que, no Brasil, há uma resistência de parte da jurisdição em exercer o controle de convencionalidade, mormente quando os exames de convencionalidade e de constitucionalidade apontam em direções opostas com relação à validade da norma em questão. Diante de um conflito aparente nesse nível, a jurisprudência dos tribunais superiores ainda prefere guardar o resultado constitucional, relegando o controle de convencionalidade a segundo plano. No entanto, trata-se de controles distintos em sua natureza e não hierarquizados, e devem ambos ser realizados para que se conclua pela validade de uma norma legislativa interna

(...)

Além disso, no Brasil observa-se ainda pouca interlocução e engajamento institucional por parte de autoridades como as pertencentes ao Executivo e autoridades administrativas ou congressistas, todas responsáveis (e assim devem ser reconhecidas) pela promoção da convencionalidade e respeito à jurisprudência interamericana, em seus respectivos âmbitos de atribuição (2021, pp. 35-35)

Não à toa, não é difícil concluir que há no país uma falta de cultura em Direitos Humanos, que não afeta só o Judiciário, mas todos os Poderes da República. Paes denuncia essa falta de engajamento e compromisso internacional das autoridades da República no Brasil, principalmente Executivo e Legislativo (2021, p. 20).

Mesmo que a CRFB/88 tenha se aberto aos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, §§2º e 3º) e mesmo diante da decisão do STF acima referida, observa-se que a inaplicabilidade dos tratados advém, também, do desconhecimento ou esquecimento da norma internacional, o que é um problema grave<sup>14</sup>.

Além disso, existe uma cultura arraigada de que o controle de convencionalidade deve ser feito apenas no âmbito judicial, o que também é um erro.

Como é sabido, cabe às autoridades públicas o manejo da legislação nacional e internacional para a realização dos mais diversos afazeres estatais, estando envolvidos nessa tarefa, portanto, agentes do Legislativo e do Executivo.

---

12 Expressão cunhada pela subprocuradora-geral da República Anamara Osório, em palestra proferida no curso de Cooperação Internacional em Matéria Cibernética (ESMPU, dezembro de 2020),

13 1. Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 de julho de 2006; 2. Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil, 28 de novembro de 2006; 3. Escher e outros vs. Brasil, 6 de julho de 2009; 4. Garibaldi vs. Brasil, 23 de setembro de 2009; 5. Gomes Lund e outros vs. Brasil, 24 nov. 2010; 6. Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, 20 de outubro de 2016; 7. Favela Nova Brasília vs. Brasil, 16 de fevereiro de 2017; 8. Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil, 5 de fev. de 2018; 9. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, 15 de março de 2018; 10. Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs Brasil, 15 de julho de 2020.

14 Prova disso é o próprio julgamento da ADC 16 e RE 760.931 pelo STF que deixou de analisar a responsabilidade da Administração Pública à luz da Convenção 94 da OIT, tratado internacional de Direitos Humanos Sociais que fala, exclusivamente, das relações de trabalho terceirizado no Poder Público e os direitos desses trabalhadores.

Mazzuoli, em estudo sobre o controle de convencionalidade além do Judiciário, afirma que se todos os tratados de Direitos Humanos guardam nível de norma constitucional no Brasil<sup>15</sup>, forçoso é reconhecer que tanto o Executivo quanto Legislativo devem respeito a esses instrumentos (2018, p. 185).

Uma vez que o controle de convencionalidade é essencial para evitar responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de tratados, mister que os Poderes da República o realizem (MAZZUOLI, 2018, p. 185).

E isso significa, como explica Mazzuoli, não só verificar a compatibilidade das normas internas com os tratados de Direitos Humanos, mas também observar a interpretação dessas normas dada pela jurisprudência internacional (no caso americano, aquela advinda da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou, na particularidade trabalhista, aquela conferida pela OIT e assim sucessivamente) (2018, p. 186).

Até porque, do que adiantaria o Brasil ratificar tratados que pregam a universalidade dos Direitos Humanos se a interpretação levada em conta é apenas a nacional? A tal “universalidade” se perderia no chamado “localismo” das interpretações (RAMOS, 2019, p. 186).

Assim como é conhecido o controle preventivo de constitucionalidade no Poder Legislativo, esse há de controlar também a convencionalidade da produção normativa doméstica, por meio das Comissões de Constituição e Justiça no Congresso Nacional (MAZZUOLI, 2018, p. 186).

No âmbito do Poder Executivo, há também o papel relevante do controle de convencionalidade preventivo, quando há o veto a projetos de leis que afrontam os Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2018, p. 187).

Do mesmo modo, o administrador público deve pautar-se pela Constituição, leis vigentes e válidas no país, bem como os tratados de Direitos Humanos naquilo que forem mais benéficos aos administrados, conforme princípio *pro homine* (MAZZUOLI, 2018, p. 187).

Nesse mesmo viés é Conci, para quem não somente juízes, mas todas as autoridades públicas devem realizar o controle de convencionalidade, como agentes públicos, legisladores, membros do Ministério Público, o Presidente da República, entre outros (CONCI, 2014, p. 07).

Chaves e Sousa se questionam se o Poder Jurisdicional tem prevalência na defesa das normas internacionais de direitos humanos. Eles entendem que o primeiro passo para responder a essa questão está em destacar que se trata de “prevalência” ou mesmo “protagonismo”, e não “exclusividade”. Para os autores, o direito internacional prega, nessas questões, uma ação conjunta entre Poderes e instituições na proteção dos direitos humanos, não sendo legítimo falar em ações isoladas do Poder Judiciário (2018, p. 94).

Salazar também avalia positivamente a possibilidade de controle de convencionalidade por todos os agentes públicos, ao dizer que

La llamada doctrina del “control de convencionalidad”(24) que se puede conceptualizar como aquella obligación que tiene toda autoridad estatal, en el marco de sus funciones, de evaluar la

15 Mazzuoli ainda defende o “status” de norma constitucional desses tratados, o que comprova, mais uma vez, como escrito acima, que a decisão do STF no RE 466.343-SP contrariou a doutrina internacionalista em sua maioria.

conformidade de la normativa nacional, que aplican en los casos concretos, con los estándares establecidos en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Es decir, contrastar la conformidad del derecho interno con el derecho regional de los derechos humanos (2016, p.71).<sup>16</sup>

Com o mesmo fim, Mazzuoli:

Assim, a Administração Pública de um Estado de Direito (aquele submetido ao direito nacional e internacional) deve respeitar os comandos dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado ao expedir quaisquer atos administrativo e celebrar contratos administrativos, submetendo suas decisões ao crivo de compatibilidade material desses tratados, bem assim (quando tal for possível) da jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do tema” (2018, pp. 187-188)

Outrossim, o controle de convencionalidade por parte do Executivo deve ser dado de ofício, sem necessidade de requerimento do administrado, garantindo a esse o devido processo convencional (MAZZUOLI, 2018, p. 188).

Vale registrar que no emblemático caso *Gelman vs. Uruguay*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que todos os órgãos do Estado devem respeito aos tratados, cabendo aos juízes e outras autoridades o exercício de ofício desse controle:

Quando um Estado e parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados a administração da Justiça em todos os níveis tem a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, interprete ultima da Convenção Americana<sup>17</sup>

Logo, a própria Corte IDH ampliou a obrigação de controle de convencionalidade para todos os órgãos do Estado. Tal controle passa a ser instituto jurídico do Estado e não apenas do Poder Judiciário, espraiando-se para todos os órgãos que participam da Administração da Justiça. Ademais, essa decisão também tem o mérito de servir como “cláusula de barreira”, na medida em que assuntos de Direitos Humanos sejam levados ao plano internacional somente após a manifestação de todos os órgãos internos da administração da Justiça, o que significa economia ao sistema internacional de proteção desses direitos e demanda dos órgãos internos de uma efetiva atuação, à luz das normas internacionais de Direitos Humanos (MAZZUOLI; FARIA e OLIVEIRA, 2020, P. 04).

Nos dizeres de Paes, convém estabelecer que as autoridades e agentes públicos sejam concebidos como órgãos primários de proteção e execução das normas de tratados de Direitos Humanos (2021, p. 35).

Pelo exposto, entende-se que a Administração Pública tem o dever, de ofício, de verificar a compatibilidade das leis e atos administrativos internos em face dos Tratados de Direitos Humanos, bem como aplicar o entendimento das cortes internacionais ou outros intérpretes autênticos das normas internacionais.

16 Tradução livre: A chamada doutrina do controle de convencionalidade, o qual se pode conceituar como aquela obrigação que tem toda autoridade estatal, no exercício de suas funções, de avaliar a conformidade da normativa nacional, que se aplica aos casos concretos, com os padrões estabelecidos na CADH e na jurisprudência da Corte IDH. Isto é, contrastar a conformidade do direito interno com o direito regional dos direitos humanos.

17 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Mérito e Reparaciones, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Serie C, no 221, § 193.

Isso tudo gerará uma rede de proteção<sup>18</sup>, dando efetividade na cristalização dos Direitos Humanos no seio da própria Administração Pública e confiança das autoridades internacionais no cumprimento de obrigações assumidas pelo Estado brasileiro.

### 3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO

Como dito acima, o controle de convencionalidade deve ser realizado pela Administração Pública. Os órgãos do Estado devem evitar que o país venha a sofrer sanções pelo descumprimento de tratados internacionais de Direitos Humanos.

De outro giro, em matéria trabalhista, a OIT é uma organização internacional, dotada de direitos e obrigações próprias. Não é um mero departamento ou órgão da ONU, mas mantém laços de cooperação com ela, sendo parte do “Sistema das Nações Unidas”. A OIT tem como objetivo principal estabelecer padrões internacionais mínimos para as relações trabalhistas, com vistas a promover a justiça social (PORTELA, 2010, p. 376).

A produção da OIT é composta de convenções e recomendações. Aquelas são negociadas dentro da Conferência Internacional do Trabalho (órgão da OIT), sendo aprovadas por voto favorável de dois terços dos delegados presentes. Já as recomendações são propostas de normas ou medidas que podem ser adotadas pelo Estado e não são vinculantes, diferentemente das convenções (PORTELA, 2010 pp. 386-387).

No âmbito internacional trabalhista, a OIT exige o cumprimento das suas Convenções, as quais tratam de Direitos Humanos sociais e, por isso, enquadram-se dentro do conceito de tratados internacionais de direitos humanos que permitem o controle de convencionalidade (AZEVEDO NETO, 2021, p. 26).

Vale frisar que a Convenção 94 da OIT é relativa a cláusulas de trabalho nos contratos de “autoridade pública”. Foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, e que entrou em vigor no plano internacional em 20 de setembro de 1952. No plano interno, ela foi ratificada pelo Congresso por meio do decreto legislativo nº 20 de 18/06/1965, sendo posteriormente editado Decreto Presidencial que autorizava a execução e cumprimento da Convenção em 14/07/1966.

Esse mesmo dispositivo internacional obriga o Estado que a ratificou e que contrata trabalhadores por meio de empresas interpostas a adotar medidas que garantam a fruição do salário do obreiro terceirizado. É o que estabelece o item 2 do art. 5º:

Art.5 [...]

2. Medidas apropriadas serão adotadas, seja pela retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato, seja por qualquer outra maneira, a fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito.

Pelo teor da norma, pode-se falar que o Estado tem a obrigação de zelar pela fruição dos salários dos trabalhadores que lhe prestam serviços, mesmo que seja pela retenção do pagamento feito à empresa contratada.

18 Nesse sentido é Conci, para quem para a ótima interação entre os sistemas interno e externo, exige-se também que se dê um maior diálogo entre as cortes nacionais e internacionais, de modo a uniformizar a rede de proteção dos direitos humanos (CONCI, 2014, p. 04).

Em opinião emitida pela Oficina Internacional do Trabalho em Genebra<sup>19</sup>, de 2008, item 165, sobre a aplicação da Convenção 94, a OIT assim se pronunciou:

En el párrafo 2 del artículo 5 del Convenio se insta a la adopción de medidas apropiadas, incluida la retención de los pagos devengados en virtud de contrato o cualquier otra medida, a fin de que los trabajadores empleados en la ejecución de contratos públicos reciban los salarios que se les adeudan. Esta obligación es independiente de incluir cláusulas de trabajo en los contratos públicos y de cualquier otro recurso de que dispongan los trabajadores que no hayan percibido los salarios debidos. La retención de pagos debe considerarse como garantía adicional para los trabajadores afectados, incluso cuando quede expedita la vía judicial ordinaria para reclamar el pago de los salarios adeudados<sup>20</sup>

Pela opinião emitida, a retenção de pagamento é apenas uma das várias medidas que pode a Administração Pública tomar a fim de diminuir os riscos de “calote” aos trabalhadores terceirizados que lhe prestam serviços.

Como se observou acima, as autoridades públicas devem obediência não só aos tratados de Direitos Humanos, mas também às interpretações sobre eles dadas pela intérprete autônoma. No caso, em se tratando de direitos trabalhistas, a OIT (por meio de seus órgãos competentes) é quem zela pela fiel hermenêutica das suas próprias Convenções.

Registre-se que, hodiernamente, a Lei 14.133/2021<sup>21</sup>, assim dispõe sobre a responsabilidade da Administração Pública:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

(...)

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.

§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Em vista do exposto, visualiza-se que a nova Lei de Licitações cumpre, em parte, o intento da

19 Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_091402.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf). Acesso em 22 de agosto de 2022.

20 Tradução livre: No parágrafo 2 do artigo 5 da Convenção insta-se a adota medidas apropriadas, incluída a retenção dos valores devidos no contrato ou qualquer outra medida, a fim de que os trabalhadores empregados na execução de contratos públicos recebem seus salários. Esta obrigação é independente de incluir cláusulas de trabalho nos contratos públicos ou qualquer outro recurso que disponham os trabalhadores que não perceberam seus salários. A retenção deve considerar-se como garantia adicional para os trabalhadores afetados, inclusive quando utilizada a via judicial para relação dos salários devidos.

21 Vale frisar que o disposto no artigo 191 da mencionada lei autoriza que o órgão público decida em realizar a licitação conforme essa lei ou a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 ou conforme os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, pelo prazo de 2 anos a partir da publicação da novel legislação.

Convenção 94 da OIT no que tange à responsabilidade da Administração Pública, quando dispõe no artigo 121, §3º, inciso IV, a possibilidade de efetuar o pagamento das verbas trabalhistas diretamente aos empregados, deduzido do pagamento devido à empresa contratada.

Contudo, a fim de gerar a exclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos termos do artigo 121, §2º, da Lei 14.133/2021<sup>22</sup>, sugere-se que, diferentemente do que consta na lei nacional (e aqui, já realizando o devido controle de convencionalidade, porquanto a Convenção 94 da OIT nessa parte é mais benéfica ao conjunto de trabalhadores), seja adotada obrigatoriamente (e não facultativamente como afirma a norma brasileira) a cláusula no edital que conste a retenção de pagamento em caso de inadimplemento de parcelas trabalhistas.

E mais: que isso conste não só nos serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, mas também nos serviços não contínuos ou contratados por escopo, isto é, independentemente do tipo. Mais uma vez, em controle de convencionalidade e levando em consideração a norma mais benéfica, entende-se que a norma convencional não restringe a aplicação das medidas preventivas a alguns tipos de contrato. Em matéria de Direitos Humanos e Fundamentais, não há falar em interpretação restritiva.

Pelo contrário, tratando-se de análise de uma norma jurídica, o próprio princípio *pro homine* exige sempre a observância da interpretação mais favorável ou extensiva à dignidade da pessoa humana, que melhor amplie o exercício do direito, que produza as maiores garantias, que tenha menos restrições possíveis ou que imponha maiores condições a uma restrição verificada na norma (CONCI; GERBER e PEREIRA, 2018, p. 107).

Entende-se que independentemente do rumo a ser tomado no Tema 1118 do STF<sup>23</sup>, a aplicação da Convenção 94 da OIT pela Administração Pública, além de evitar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, também evidencia sua boa-fé em ações trabalhistas e elide sua responsabilização subsidiária conforme legislação, na medida em que demonstrará ao Poder Judiciário que fez o máximo possível para evitar o dano aos trabalhadores.

Em decisão paradigmática, a Juíza do Trabalho Mônica Rodrigues Carvalho, em Ação Civil Pública movida pelo MPT requerendo que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes incluísse cláusulas que garantisse salários dos trabalhadores (com base na Convenção 94 da OIT), assim fundamentou:

Ainda que se reconheça que a cláusula contratual do seguro-garantia pactuada pelo réu atenda à finalidade de garantir recursos para pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados da contratante/licitante, e à exceção da cláusula 8.1.3 (f. 204), não se extrai das minutas de contrato juntadas que o réu tenha observado integralmente os preceitos da Convenção 94 da OIT.

Ressalto que a exigência de apresentação à Administração Pública da CNDT – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – pelo licitante apenas afasta eventual irregularidade trabalhista deste, mas não assegura direitos trabalhistas mínimos aos empregados da futura licitante, que irão prestar serviços para a Administração Pública.

Desse modo, condeno a ré a abster-se de celebrar contratos que não contenham cláusulas asse-

22 Dispositivo fruto das decisões vinculantes proferidas pelo STF na ADC 16 e RE 760931, que declarou constitucional o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 e determinou que a responsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplemento de verbas trabalhistas da empresa terceirizadas não é automática, devendo haver prova nos autos de sua *culpa in vigilando*.

23 O STF reconheceu em novembro de 2020 repercussão geral do tema no RE 1298647, em que o Estado de São Paulo questiona decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que lhe impôs a responsabilidade subsidiária por parcelas devidas a um trabalhador contratado por empresa prestadora de serviço. O tema 1118 oriundo dessa afetação ainda está pendente de julgamento pelo STF.

curatórias de direitos trabalhistas dos empregados das contratadas e subcontratadas, previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e legislação afim, e cláusulas sociais de normas coletivas aplicáveis, com previsão de sanções específicas para o caso de descumprimento, à exemplo daquelas previstas no artigo 5º da Convenção, nas contratações relacionadas a obras públicas e à execução ou fornecimento de serviços, as normas previstas na Convenção 94 da OIT, promulgada pelo Decreto 58.818/66<sup>24</sup>.

Ainda, cite-se o artigo 2º, inciso IV, §§1º e 2º da Instrução Normativa nº 06 de 2018, expedida pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para cumprimento da Convenção 94 da OIT, o qual dispõe que, caso não haja comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas pelas empresas terceirizadas<sup>25</sup>, poderá o ente público reter a fatura mensal e, não sendo feita a regularização em 15 dias, realizar o pagamento direto aos trabalhadores.

Logo, observa-se que no âmbito federal o ente público cumpriu com a intenção da Convenção 94 da OIT na medida em que mitigou a possibilidade de danos ao trabalhador.

Por tudo, a Convenção expressa a efetivação das normas sociais por meio das contratações públicas. Logo, pugna-se por um modelo de desenvolvimento que combine competitividade econômica com justiça social. Representa-se, assim, um efetivo instrumento a ser utilizado pelas autoridades estatais para apoiar e sustentar um modelo de sustentabilidade social (ALVES, 2014, p. 117).

É dizer, as autoridades públicas que realizam a licitação e fiscalizam os contratos públicos devem observar as diretrizes da Convenção 94 da OIT. Isso porque elas são mais protetivas no que tange aos trabalhadores, porquanto se exige da Administração medidas eficazes de fruição dos salários para evitar danos aos terceirizados. Ainda que se siga à risca o entendimento dado no RE 466.343-SP e se apegue ao critério hierárquico e não material, é imperativa a aplicação do referido tratado, uma vez que ele se coloca acima das leis licitatórias.

A adoção da Convenção 94 da OIT é o cumprimento, além das obrigações internacionais, dos fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, da CRFB/88) e, pelo lado pragmático, comprova sua boa-fé para extirpar sua responsabilidade subsidiária nos termos do mencionado artigo 121, §2º, da Lei 14.133/2021<sup>26</sup>.

24 3ª Vara do Trabalho de Araraquara. Processo 000543-08.2014.5.15.0151. Juíza Mônica Rodrigues Carvalho. Publicação em 26/01/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-dnit-mpf.pdf>. Acesso em 13 de jan. 2020.

25 Ressalte-se que o inciso IV do artigo 2º da referida Instrução deixa clara a necessidade de comprovação mensal dos salários, contribuições previdenciárias e recolhimentos fundiários (todos por amostragem), por parte da prestadora de serviços, o que torna claro o bom controle feito pelo órgão.

26 Destaque-se que a jurisprudência vem aplicando o disposto no artigo 5º, item 2, da referida Convenção 94 da OIT, como forma de exigir a devida fiscalização da Administração Pública, como a seguir: “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE GESTÃO ENTRE MUNICÍPIO E ENTIDADE PRIVADA. SERVIÇO RELACIONADO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO. CONFIGURAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, IV, DO TST. Configurada a culpa in vigilando, a Administração Pública deve ser responsabilizada subsidiariamente, conforme entendimento perfilhado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (STF). As peculiaridades fáticas que indicam a configuração da culpa in vigilando, sobremodo a ausência de fiscalização adequada da prestação de serviços pelo contratado, fazem atrair a responsabilidade da Administração Pública pelos créditos não adimplidos pelo empregador àquele que trabalhou em seu benefício, nos termos dos arts. 927 e 186 do Código Civil. ANÁLISE PROBATÓRIA. CONVENÇÃO Nº 94 OIT. Malgrado seja permitido no artigo 197 da CRFB a execução indireta dos serviços através de terceiros, a celebração de contrato de gestão na área de saúde não exclui a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas dos trabalhadores, em caso de inadimplemento do real empregador, uma vez que o labor destes se reverteu em favor da própria atividade estatal e o dano trabalhista causado advém da atuação pública, por ter incorrido o tomador dos serviços em culpa in eligendo e in vigilando. Examinando o conjunto probatório à luz do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, conclui-se pela culpa do ente da Administração Pública na fiscalização do contrato, que não reteve os valores da fatura para assegurar o pagamento conforme determina o art. 5º da Convenção nº 94 da OIT, e não adotou as “sanções adequadas” e as “medidas apropriadas” exigidas no Decreto nº 58.818 de 1966 para “permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito”. (TRT-1 - RO: 00113394020155010013 RJ, Relator: GISELLE BONDIM LOPES RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/07/2017, Gabinete da Desembargadora Giselle Bondim Lopes Ribeiro, Data de Publicação: 23/08/2017)”

## CONCLUSÃO

Levando em consideração o que se viu, o controle de convencionalidade é o mecanismo de verificação de compatibilidade entre a legislação nacional e os diversos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo país.

No processo de escolha de normas, o intérprete deve dar primazia à norma que melhor protege o indivíduo, em vista do princípio *pro homine*, que tem lastro em nossa própria legislação e é defendida pela doutrina quando o assunto é Direitos Humanos.

Realizar esse controle pelo critério material não ofende o disposto no paradigmático julgado do RE 466.343-SP, porquanto esse preocupou-se na ocasião com a incorporação das normas internacionais de Direitos Humanos no ordenamento pátrio, além do que, como bem observa Azevedo Neto, não dá conta de todas as situações, como aquelas em que a norma interna é mais protetiva que a norma externa.

Internamente, o controle de convencionalidade cabe, não só ao Judiciário, mas também a todas as autoridades públicas que trabalham com a matéria de Direitos Humanos, incluindo as autoridades administrativas.

Isso é feito não só para evitar condenações do país no âmbito internacional, por descumprimento de tratados de Direitos Humanos, mas também a fim de cumprir o disposto nos artigos constitucionais, como o artigo 1º, III e IV e art. 5º, §§2º e 3º da CRFB/88.

Esse controle de convencionalidade deve ser feito de ofício, sem necessidade de requerimento do administrado. Além do mais, a fim de gerar uma perfeita rede de proteção no que tange aos Direitos Humanos, mister que a autoridade pública também observe a interpretação desses dispositivos internacionais feita pelas Cortes internacionais ou intérpretes autênticas, como é a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Organização Internacional do Trabalho.

Nesse sentido, é necessário que a autoridade administrativa faça o devido controle de convencionalidade da Lei de Licitações com base na Convenção 94 da OIT, em especial o disposto no artigo 5º, item 2, norma mais protetiva que a nacional em matéria de Direitos Humanos.

Com isso, a autoridade administrativa buscará medidas apropriadas para prevenir prejuízo aos seus trabalhadores terceirizados, mesmo que por meio da retenção de pagamentos. Essas medidas devem ser tomadas em quaisquer tipos de contrato e não só naqueles considerados como “serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra”.

Citou-se o caso da IN 06 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a qual dispõe, em seu artigo 2º, inciso IV, §§1º e 2º, que caso não haja comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas pelas empresas terceirizadas, poderá o ente público reter a fatura mensal e, caso não feita a regularização em 15 dias, realizar o pagamento direto aos trabalhadores, sendo esse dispositivo um ótimo exemplo de ato administrativo que aplica a Convenção 94 da OIT.

Assim fazendo, o administrador público também evitará condenação da Administração Pública de forma subsidiária pelo inadimplemento de verbas trabalhistas da empresa prestadora de serviços, conforme já decidido na ADC 16 e RE 760931 do STF e positivado por meio da Lei 14.133/21 no artigo 121, §2º. Isso porque terá o ente administrativo demonstrado esforço em prevenir dano aos obreiros terceirizados.

Nesse diapasão, entende-se que o trabalho conseguiu seu intento, ao demonstrar a necessidade do controle de convencionalidade pelo administrador, como forma de cumprir dispositivos constitucionais,

evitar responsabilização internacional do Estado brasileiro e, no caso da terceirização, mitigar o risco de condenação subsidiária pelo inadimplemento de verbas trabalhistas da prestadora de serviços.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marcos César Amador. **Conteúdo jurídico da cláusula trabalhista nos contratos públicos e a afirmação dos direitos fundamentais no trabalho**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de Convencionalidade em Matéria Trabalhista**. Ed. Venturoli: Brasília, 2021. 1ª ed.

BOMFIM, Brena Késsia Simplício do. **Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O Controle de Convencionalidade e a Autoanálise do Poder Judiciário Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, 2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, p. 363, 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso Pereira. Normas Ius Cogens e Princípio Pro persona. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan Tenno de Farias (orgs.). **Controle de Convencionalidade: Temas aprofundados**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

GOMES, Ana Virgínia Moreira ; GOMES, Sarah Linhares Ferreira . **Análise do Controle de convencionalidade no Âmbito do Tribunal Superior do Trabalho**. Apresentação de Trabalho, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional de convencionalidade das lei**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. Aferição e Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 78, out/dez 2020.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, v. 13, n. 52, 2013.]

PAES, Alan Salvador. Controle de convencionalidade e o papel das autoridades nacionais: estudo comparativo entre Brasil e França. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª ed., 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª ed, 2019.

SALAZAR, Elard R. Bolaños. ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa?. **Administración Pública & Control**. 2016/03/31. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/300007070\\_Puede\\_el\\_control\\_de\\_convencionalidad\\_ser\\_una\\_alternativa\\_ante\\_la\\_prohibicion\\_del\\_control\\_difuso\\_en\\_sede\\_administrativa](https://www.researchgate.net/publication/300007070_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibicion_del_control_difuso_en_sede_administrativa). Acesso em: 02 de set. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

# CONTROLE EXTERNO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: A EXPERIÊNCIA DA ATUAÇÃO DO TCE-MS JUNTO AO CONSÓRCIO CODEVALE

*Haroldo Oliveira de Souza<sup>1</sup>*

## RESUMO

O federalismo e a descentralização do poder para os demais entes da federação além da União tendem a gerar algumas adversidades, entre as quais a competição predatória entre os entes e as dificuldades de gestão encontradas por organismos de menor porte e potencialidades econômicas reduzidas. Como alternativa para esse problema, surgem os consórcios públicos, com a proposta de introduzir formas de cooperação e gestão associada dos recursos entre os entes consorciados. Em outro prisma, temos os Tribunais de Contas com a missão constitucional de prestar auxílio técnico de forma independente e autônoma ao Poder Legislativo no exercício do controle externo da Administração Pública. Isto posto, este artigo tem por objetivo examinar as ações de fiscalização do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul, relacionadas ao Consórcio CODEVALE, avaliando, em especial, a economia gerada nas licitações para registro de preços para a aquisição pública de medicamentos.

**PALAVRAS CHAVE:** federalismo, consórcios públicos, controle externo; Tribunais de Contas;

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Federalismo Brasileiro e os Consórcios Públicos no Arcabouço Jurídico 2. Codevale: Origem e Atuação 3. A Competência dos Tribunais de Contas na Fiscalização dos Consórcios Públicos. 4. A Experiência do TCE-MS na Fiscalização do Consórcio Codevale. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O federalismo no Brasil é algo que perpassa por diversas constituições desde 1891, porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 ganhou novos contornos e expressões, que em seu desdobramento cotidiano geram algumas adversidades como uma competição, muitas das vezes predatória entre os entes da federação e o agravamento das desigualdades entre as regiões brasileiras.

Os consórcios públicos são figuras jurídicas relativamente recentes no arcabouço jurídico brasileiro. Incorporadas ao texto constitucional no contexto de reforma administrativa gerencial, quando se buscava o romper com o modelo de administração burocrática para uma realidade de modernização das

---

<sup>1</sup> Mestrando em Administração Pública (UFMS); Pós Graduado em Direito Público Contemporâneo (EDAMP) e Direito Administrativo (Instituto Elpídio Donizete); MBA em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal (UNINTER); Bacharel em Ciências Contábeis e Análise de Sistemas ambas pela UFMS; Auditor Estadual de Controle Externo e Chefe da Divisão de Fiscalização da Gestão da Saúde do TCE-MS.

estruturas organizacionais e de gestão.

Ao que se refere aos Tribunais de Contas, a Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de competências, colocando a instituição em um patamar diferenciado. O legislador constituinte franqueou aos Tribunais de Contas a função de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo. Não obstante a titularidade do controle externo pertencer àquele poder, não há como contestar que em diversas passagens da Carta de 1988, coube aos Tribunais de Contas o protagonismo na atividade de controlar a Administração Pública. Atualmente, atuações como as do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul - TCE-MS, no caso que será analisado nesse artigo, reforçam o desejo do constituinte: contar com instituições capazes de agregar valor a gestão dos recursos públicos.

Este artigo visa analisar a atuação do Consórcio Codevale e os aspectos intrínsecos da sua operação, que o fazem ostentar resultados expressivos em algumas das suas ações, bem como o papel do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul na sua fiscalização. Para o alcance dos objetivos e contextualização dos aspectos teóricos ligados ao tema, faremos uma discussão acerca do federalismo no Brasil e suas características pós redemocratização, com o advento da Constituição Federal de 1988. Discorreremos também sobre os consórcios públicos, sua introdução no arcabouço jurídico brasileiro e a regulamentação feita por meio do Lei nº 11.107, de abril de 2005.

Na sequência, abordaremos os atributos do Consórcio Codevale como sua origem, região de atuação, documentos de instituição e particularidades que o tornam entidade integrante da Administração Pública indireta dos entes federativos que o compõem.

O controle externo da Administração Pública exercido pelos Tribunais de Contas será debatido em seguida. As competências constitucionais, legais e doutrinárias para a fiscalização dos consórcios públicos serão revisitadas. E, por fim, falaremos da experiência do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul na fiscalização do Consórcio Codevale, a qual contribuiu para o sucesso das iniciativas de realização de licitação para registro de preços para aquisição de medicamentos.

## **1. O FEDERALISMO BRASILEIRO E OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NO ARCABOUÇO JURÍDICO**

O advento da Constituição Federal de 1988 – CF88, conhecida como constituição cidadã, pois revelava os anseios democráticos de uma população recém egressa de um longo período ditatorial, que perdurou por mais de vinte anos, trouxe a redemocratização do país e consigo várias novidades. Inúmeras foram as inovações trazidas pela incipiente Carta. Para os objetivos deste artigo, destacam-se: o federalismo, a descentralização do poder para os demais entes federativos além da União, as formas de cooperação entre os entes federados, a gestão associada de serviços públicos e o controle externo da Administração Pública.

Embora o sistema federal tenha sido introduzido e detalhado desde na Constituição de 1891, este artigo não se propõe a desdobrar a evolução histórica do federalismo no Brasil. Partiremos da CF88, a qual veio com a proposta de ratificar importância do federalismo, atentando para a inclusão da forma federativa de Estado no rol de cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas destinam-se a evitar a alteração da

ordem idealizada pelo constituinte originário por meio de emendas elaboradas pelo constituinte derivado. Essa preocupação corrobora com a ideia de uma valorização do federalismo no Brasil.

O federalismo de três níveis, como o que vemos no Brasil, incorporou os municípios, junto com os Estados como parte integrante do sistema federal. Cada qual como seu Poder Legislativo e, no caso dos Estados e da União, contando com o Poder Judiciário independentes. No arranjo constitucional coube a União o destaque em questões como soberania, relações exteriores, planejamentos e modelagens institucionais de âmbito nacional (MELO, 2013). Aos Estados, coube as competências não expressamente vedadas, como o serviço de gás canalizado e à organização dos municípios<sup>2</sup>. Aos municípios restaram as competências legislativas e executivas para a organização e prestação de serviços públicos no tocante aos interesses locais. Sendo assim, o desenho federal brasileiro refletiu um conceito de autonomia municipal, com pouco controle dos Estados nas questões locais. A despeito do texto constitucional ainda trazer os casos de intervenção da União nos estados e desses nos municípios, a medida é de exceção e restrita a poucas situações, necessitando de aprovação legislativa para ocorrer<sup>3</sup> (BRASIL,1988).

Contudo, o Brasil com suas dimensões continentais, um dos maiores índices de desigualdade do planeta e dificuldades de equalizar a distribuição dos seus recursos, tem essas características duramente refletidas no seu modelo federalista.

Ao analisarmos o Produto Interno Bruto – PIB brasileiro<sup>4</sup>, percebe-se a forma extremamente assimétrica que está distribuída a soma das riquezas produzidas no território nacional. Os cinco estados com maior PIB agrupados, totalizam mais de 60% de toda a produção nacional. Enquanto o mais rico, o Estado de São Paulo, representa sozinho 31% do PIB brasileiro, os treze últimos da lista contribuem com 1% ou menos cada um, para a formação do PIB nacional. O fato demonstra fragilidade econômica, além de enorme dependência das transferências de recursos do topo para a base da pirâmide (BRASIL, 2021).

Essa discrepante realidade leva o modelo de federalismo brasileiro a uma competição predatória entre os entes da federação. Anastasia (2007) explica que a assimetria do federalismo brasileiro enfrenta o desafio de encarar as enormes desigualdades típicas do país, muitas das vezes intensificada pela disputa entre os membros. A autora considera uma ameaça ao regime democrático as duras condições socioeconômicas encontradas em algumas regiões em comparação com outras, afetando negativamente o exercício da democracia. Intimamente ligado com as precárias condições socioeconômicas, estão as condições institucionais, o que leva a duvidar da capacidade dos entes pertencentes às regiões mais desfavorecidas de proverem os cidadãos com os bens e serviços necessários ao exercício dos direitos sociais<sup>5</sup> como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (BRASIL,1988).

Nesse diapasão, com a pretensão de colaborar com a cooperação entre os entes federativos e eliminar a competição predatória, surge a figura dos consórcios públicos. Introduzidos na CF88 por intermédio da Emenda Constitucional nº 19/1998, no contexto da reforma administrativa gerencial (BRA-

2 Art. 25 da Constituição Federal de 1988.

3 Art. 36 da Constituição Federal de 1988.

4 <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>

5 Art. 6º da Constituição Federal de 1988

SIL,1995), os consórcios públicos, ao lado dos convênios de cooperação, serão disciplinados por lei que autorizará a gestão associada de serviços públicos e a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens necessários para a realização dos serviços<sup>6</sup>. Nas palavras de Moreira Neto (1998), o contexto da reforma administrativa pode ser definido pela transição entre a imperatividade e a consensualidade. Borges (2010) também corrobora com a ideia de que o momento foi um marco para o avanço da consensualidade, dentro do fenômeno da utilização dos contratos como forma de cooperação entre diferentes pessoas jurídicas de direito público, chamado pelo autor de era da contratualização da Administração Pública.

Dessa forma, segundo Carvalho Filho (2009), os consórcios públicos são ajustes de cooperação entre pessoas administrativas, entre si ou com particulares, objetivando um determinado fim de interesse público. Apenas no ano de 2005 foi promulgada a regulamentação dos consórcios públicos, que se deu por meio da Lei nº 11.107, de abril 2005, após um lapso de cerca de sete anos da Emenda Constitucional nº 19/1998, que os introduziu no arcabouço jurídico brasileiro.

A Lei nº 11.107/2005 estabelece que os consórcios públicos se constituirão de associações públicas ou pessoas jurídicas de direito privado. No primeiro caso, terão personalidade jurídica de direito público, enquanto estiverem vigentes as leis de ratificação do protocolo de intenções. No segundo caso, a personalidade jurídica será a de direito privado e se dará mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil (BRASIL,2005).

Cumpre-nos ressaltar que as pessoas jurídicas de direito público são aquelas instituídas por norma jurídica, que lhe atribuem suas funções e competências, sendo fundamentalmente regidas pelo direito público. Por outro lado, as pessoas jurídicas de direito privado são regidas de forma predominante pelas regras do direito privado e, no caso das que compõem a Administração Pública, não são necessariamente criadas por lei, apesar de por esta serem autorizadas (MADEIRA, MADEIRA, MADEIRA, 2013).

Outro ponto de destaque acerca da disciplina jurídica dos consórcios públicos constituídos sob a égide do direito público, é o fato de integrarem a administração indireta de todos os entes federados que o compõem. Assim, os consórcios públicos de direito público são novas pessoas jurídicas, com personalidade própria e autonomia, podendo participar de relações jurídicas e praticar atos, em nome próprio ou dos entes consorciados. Independentemente da personalidade jurídica adotada, os consórcios públicos observarão as normas de direito público, em especial, para a realização de licitações, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho CLT<sup>7</sup> (BRASIL,2005).

O doutrinador Marçal Justen Filho (2005) alcunhou os consórcios públicos de autarquias interfederativas, pelo fato de estarem vinculadas instrumentalmente a diversos entes federados, por meio da manifestação da vontade entre as partes e ratificação do protocolo de intenções. Ao passo que, as autarquias comuns estão vinculadas a apenas um ente federativo, e se instrumentalizam por meio de lei específica.

A professora Di Pietro (2005) argumenta no sentido dos consórcios públicos integrarem a Administração Pública indireta, independentemente de sua regra de constituição (se de direito público ou pri-

---

6 Art. 241 da Constituição Federal de 1988.

7 §2º do Art. 6º da Lei nº 11.107/2005.

vado). Para a autora, todos os entes criados pelo poder público para desempenhar funções de Estado devem compor a Administração Pública, cabendo apenas classificá-los como Administração Pública Direta, se desprovidos de personalidade jurídica, ou Administração Pública indireta, caso tenham personalidade jurídica própria. Corroborando com essa mesma linha de pensamento, Medauar e Oliveira (2016) despertaram estranheza face ao tratamento dado aos consórcios públicos de direito privado, pois, segundo os autores, tratam-se de pessoas jurídicas de direito público internos, agregadas para realizar atividades de interesse comum, o que não justificaria a natureza privada.

Por se tratar de um tema com diversos posicionamentos doutrinários e entendimentos, não aprofundaremos nessa discussão, haja vista que o objeto do presente artigo é analisar um consórcio público instituído sob o regime do direito público, registrando apenas que há essa discussão doutrinária acerca do posicionamento dos consórcios públicos de direito privado na Administração Pública brasileira.

Em termos práticos e operacionais, os consórcios podem atuar em um universo bem amplo de serviços públicos. De maneira geral, cabe aos consórcios o mesmo rol de competências comuns à União, estados, municípios e ao Distrito Federal, conforme dispostas no art. 23 da CF88. Nesse sentido, a Lei nº 11.107/2005 não restringiu os objetivos, tampouco estabeleceu um rol taxativo, cabendo aos entes consorciados acordarem, observando os limites constitucionais<sup>8</sup>. Por conseguinte, temos uma ampla gama de exemplos de áreas de atuação dos consórcios públicos, desde as mais elementares como saúde, educação, assistência social até a proteção do meio ambiente, por meio da gestão de resíduos sólidos.

Os consórcios e outras formas de cooperação são incentivados<sup>9</sup> pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, regulamentada pela Lei nº 12.305, de agosto de 2010. Importante frisar também que o referido normativo prioriza os consórcios públicos na obtenção de incentivos do governo federal, desde que constituídos na forma da Lei nº 11.107/2005 e tenham por objetivo viabilizar e descentralizar a prestação de serviços que envolvam resíduos sólidos<sup>10</sup> (BRASIL,2010).

## 2. CODEVALE: ORIGEM E ATUAÇÃO

O Consórcio Público de Desenvolvimento do Vale do Ivinhema – Codevale é um consórcio público, com personalidade jurídica de direito público, fundado no ano de 2011. Constituído pela união de onze municípios localizados na região denominada de Vale do Ivinhema, região sudeste do Estado do Mato Grosso do Sul, que faz divisa com os Estados de São Paulo e Paraná. Juntos, os municípios possuem uma população de mais de 143.000 habitantes<sup>11</sup>, uma extensão territorial<sup>12</sup> de 29.530 km<sup>2</sup> e uma densidade demográfica<sup>13</sup> de 4,87 hab/km<sup>2</sup>. Os municípios que compõem o consórcio são: Anaurilândia, Angélica, Bataguassu, Batayporã, Brasilândia, Ivinhema, Nova Andradina, Novo Horizonte do Sul, Santa Rita do Pardo e Taquarussu (CODEVALE,2022).

8 Art. 2º da Lei nº 11.107/2005.

9 Inciso XIX do Art. 8º da Lei nº 12.305/2010

10 Art. 45 da Lei nº 12.305/2010

11 <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ms/panorama>

12 <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ms/panorama>

13 <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ms/panorama>

Em primeiro de julho do ano de 2010, em reunião plenária na cidade de Nova Andradina, foi subscrita a Carta de Intenções, primeiro documento do que mais tarde seria o Consórcio Codevale. Na Carta de Intenções, 10 prefeitos municipais manifestaram coletivamente a intenção de formar um consórcio público de direito público, com o objetivo de encontrar soluções comuns aos problemas enfrentados pelos municípios, entre os quais a gestão da área da saúde, incluindo a implementação de um Hospital Regional, a gestão dos resíduos sólidos e o transporte escolar (MATO GROSSO DO SUL, 2010a).

O protocolo de intenções para constituição do Consórcio Codevale foi assinado ainda no ano de 2010 e definiu a organização e funcionamento, os objetivos, as competências, a gestão administrativa a gestão econômica e financeira, dentre outros detalhes operacionais. Ficou estabelecido também, conforme disciplina do §1º da Cláusula Segunda do acordo, que apenas seria considerado admitindo no Consórcio o ente subscritor do Protocolo de Intenções que o ratificasse por meio de lei municipal (MATO GROSSO DO SUL, 2010b). Sendo assim, a constituição do Consórcio Codevale se deu apenas após a ratificação do protocolo de intenções, perante as câmaras municipais, por meio de lei, que se deu por meios dos normativos dispostos no Quadro 1, abaixo:

**Quadro 1 – Lei municipais que ratificaram o Protocolo de Intenções**

<b>Município</b>	<b>Lei Municipal de Ratificação</b>
Anaurilândia	Lei nº 539 de 01/09/2011 <sup>14</sup>
Angélica	Lei nº 856, de 15/03/2011 <sup>15</sup>
Bataguassu	Lei nº 1.833, de 20/05/2011 <sup>16</sup>
Batayporã	Lei nº 866, de 15/12/2010 <sup>17</sup>
Brasilândia	Lei nº 2.371, de 29/12/2010 <sup>18</sup>
Ivinhema	Lei nº 1.146, de 25/03/2011 <sup>19</sup>
Nova Andradina	Lei nº 958, de 24/03/2011 <sup>20</sup>
Novo Horizonte do Sul	Lei nº 372, de 12/04/2011 <sup>21</sup>
Santa Rita do Pardo	Lei nº 1.029, de 22/03/2011 <sup>22</sup>
Taquarussu	Lei nº 340, de 18/06/2011 <sup>23</sup>

**Fonte:** elaborado pelo próprio autor com dados do Portal do Consórcio Codevale.

Isto posto, o Consórcio Codevale nasce com o objetivo de executar ações intermunicipais, promovendo o uso compartilhado de recursos humanos e financeiros, sendo, portanto, definido como multifinalitário. Dentre as principais ações desenvolvidas pelo consórcio estão as certificações para comercialização de produtos de origem animal, serviços de apoio ao enfrentamento da pandemia causada pelo

14 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_349150fb819841939ba44393518727cb.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_349150fb819841939ba44393518727cb.pdf)

15 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_c3b9aca160f04032a544bebb25192b32.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_c3b9aca160f04032a544bebb25192b32.pdf)

16 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_e753741ab3e848c09b06a1b9a4c13fb6.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_e753741ab3e848c09b06a1b9a4c13fb6.pdf)

17 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_e9ed4f8aa0a94727a7aec7165cea901.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_e9ed4f8aa0a94727a7aec7165cea901.pdf)

18 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_1a656741163743cd8ed4385b5c1f52f0.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_1a656741163743cd8ed4385b5c1f52f0.pdf)

19 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_67ade00abcba4637be7570ecbb4c0257.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_67ade00abcba4637be7570ecbb4c0257.pdf)

20 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_f63c92f03e144b82a036111ab63adee4.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_f63c92f03e144b82a036111ab63adee4.pdf)

21 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_89690d294b1a413e918471cf018acf34.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_89690d294b1a413e918471cf018acf34.pdf)

22 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_74a15328fb994e999d6c47b8983c6fe1.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_74a15328fb994e999d6c47b8983c6fe1.pdf)

23 [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_783a20f1c4e843e6987d3534e7b9bf07.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_783a20f1c4e843e6987d3534e7b9bf07.pdf)

Coronavírus<sup>24</sup>, serviços de atendimento de animais de pequeno porte com unidade móvel percorrendo os entes consorciados<sup>25</sup>. Na área de meio ambiente o consórcio possui trabalhos relacionados com a gestão de resíduos sólidos<sup>26</sup> e também na parte de obras relacionadas com pavimento asfáltico.

Porém os destaques da atuação do Consórcio Codevale, os quais trouxeram resultados econômicos expressivos, foram as licitações para registro de preços para aquisição de medicamentos de forma cooperada entre os consorciados e o serviço de Inspeção Municipal vinculado ao consórcio. Do primeiro falaremos em tópico específico, logo abaixo.

Com relação ao segundo, qual seja, o serviço de Inspeção Municipal, o Decreto n° 10.032, de 1° de outubro de 2019, dispôs sobre as competências dos consórcios públicos, formados por municípios no âmbito do Sistema Brasileiro de Inspeção de Produtos de Origem Animal – SISBI (BRASIL, 2019). O normativo concedeu aos consórcios públicos formados por municípios a possibilidade de solicitar a equivalência com os Serviços de Inspeção Municipal individualizados por município. Para obter a referida equivalência é necessário comprovar que têm condições de avaliar a qualidade e a inocuidade dos produtos de origem animal com a mesma eficiência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento -MAPA (BRASIL, 2017).

Dessarte, Consórcio Codevale conseguiu a equivalência do SISB no ano de 2012, por meio da Portaria n° 150, novembro de 2012 do MAPA, proporcionado aos municípios consorciados a transferência da gestão, execução e coordenação do Sistema de Inspeção Municipais. A equivalência gerou os seguintes desdobramentos: diminuição de custos para os entes; possibilidade de contratações conjuntas de insumos e serviços; ampliação do programa de combate ao comércio informal de produtos de origem animal; padronização de procedimentos de inspeção e fiscalização. Ademais, em destaque, temos o aumento de emprego e renda com o desenvolvimento da indústria agropecuária local, com o conseqüente incremento da arrecadação tributária (CODEVALE, 2022).

### **3. A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAL DE CONTAS NA FISCALIZAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS**

A CF88, dentre as suas inúmeras inovações, trouxe novos conceitos, atores e atribuições para os órgãos e entidades relacionadas ao controle da Administração Pública. Uma das instituições mais festejadas e valorizadas foram as que compõem o chamado sistema Tribunal de Contas, representado pelo Tribunal de Contas da União-TCU, no âmbito federal e pelos Tribunais de Contas Estaduais, no âmbito estadual e, no caso de alguns municípios, os Tribunais de Contas Municipais.

A grande novidade trazida pelo então incipiente texto constitucional foi atribuir ao Poder Legislativo, em conjunto com os Tribunais e Contas, o exercício do controle externo da Administração Pública. A titularidade do controle externo coube ao Poder Legislativo e o papel de exercer o auxílio técnico foi atribuído ao Tribunais de Contas. Tal auxílio, frise-se, não pressupõe relação de subordinação entre

24 <https://www.codevale.com.br/respiradores>

25 <https://www.assomasul.org.br/noticias/codevale-inaugura-castram%C3%B3vel-em-bataguassu>

26 <https://www.assomasul.org.br/noticias/imasul-emite-licen%C3%A7a-ambiental-para-codevale-instalar-aterro-sanit%C3%A1rio>

as entidades, haja vista que foi conferida aos Tribunais de Contas autonomia orçamentária, financeira e administrativa. Para Britto (2010), dentre todas as instituições públicas, nenhuma foi tão generosamente contemplada pela CF88 como os Tribunais de Contas.

Segundo Luiz Henrique Lima (2015), não existe democracia sem controle, todo agente detentor de parcelado poder estatal tem sua atividade sujeita a múltiplos controles. Dessa forma, a fiscalização orçamentária, contábil, financeira, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercido pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais nos âmbitos federal, estadual e municipal respectivamente, mediante controle externo e também pelo sistema de controle interno de cada poder<sup>27</sup> (BRASIL,1988).

Ademais, todas as pessoas, tanto as físicas quanto as jurídicas, independentemente de sua natureza pública ou privada, desde que administrem ou guardem, arrecadem ou gerenciem recursos públicos, prestarão contas ao controle externo<sup>28</sup>(BRASIL,1988).

O controle externo acima referido será exercido com o auxílio técnico dos Tribunais de Contas que nesse caso específico atuará com base na disciplina do inciso II do artigo 71 da CF88, que dispõe que lhe competirá julgar as contas de todos os administradores e demais responsáveis por recursos públicos. Este é um dos fundamentos que colocam os consórcios públicos no rol de jurisdicionados dos respectivo Tribunal de Contas relacionado com os entes consorciados. Também podemos incluir na fundamentação para a fiscalização dos consórcios públicos, a possibilidade de realizar por iniciativa própria inspeções e auditorias sem prejuízo da aplicação de sanções previstas em lei para os casos de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, bem como assinatura de prazo para adoção de providências para o fiel cumprimento da lei. Os comandos foram replicados por meio dos incisos II, IV, VIII e IX do artigo 75 da Constituição Estadual do Mato Grosso do Sul, conferindo as supracitadas competências ao TCE-MS, no tocante ao Consórcio Codevale.

Portanto, o Consórcio Codevale, na condição de pessoa jurídica de direito público, integrante das administrações indiretas dos entes consorciados, quais sejam os onze municípios do estado de Mato Grosso do Sul que o compõem; e pelo fato de administrar recursos públicos, torna-se, naturalmente, uma entidade jurisdicionada ao TCE-MS, conforme podemos constatar no ato normativo que publicou o Resultado do Sorteio das Listas de Unidades Jurisdicionadas para os exercícios de 2021 e 2022 do TCE-MS (MATO GROSSO DO SUL, 2020).

Estando o Consórcio Codevale na condição de entidade jurisdicionada, o TCE-MS ainda pode atuar com base nas funções definidas por Lima (2019), quais sejam: (i) fiscalizadora, com ações relativas ao exame e a realização de ações de controle externo nas operações de natureza contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial do consórcio; (ii) informativa, quando divulga para a sociedade os resultados de suas fiscalizações, mediante a publicação de matérias na internet; (iii) sancionadora, aplicando as sanções previstas em lei, como a multa por irregularidade, descumprimento de determinação ou obstrução de auditorias e inspeções; (iv) ouvidora, nas ocasiões em que recebem de-

<sup>27</sup> Art. 70 da Constituição Federal de 1988.

<sup>28</sup> Parágrafo Único do Art. 70 da Constituição Federal de 1988.

núncias de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, ou representações de feitas por autoridades legitimadas; e por fim (v) corretiva, assinando prazo para adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, nos casos de ilegalidade comprovada e sustando a execução de ato impugnado.

Zymler e Almeida (2008) ainda acrescentam a função pedagógica ao rol dos Tribunais de Contas, que apesar de não estar prevista no texto constitucional, consiste em uma atuação didática direcionada para a orientação, com vistas a ampliar a efetividade de sua atuação, função está que foi exercida pelo TCE-MS, no que diz respeito a atuação junto ao Consórcio Codevale.

#### 4. A EXPERIÊNCIA DO TCE-MS NA FISCALIZAÇÃO DO CONSÓRCIO CODEVALE

Já na carta de intenções para a formação do Consórcio Codevale, houve inclusão do termo ganho (ou economia) de escala, quando os compromitentes admitem incluir outros municípios da região para o enfrentamento dos problemas, nas ocasiões onde haja necessidade de mais volume de recursos, como por exemplo, nos casos dos Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, e outros que apontem para as condições de desenvolvimento regional e demais políticas públicas (MATO GROSSO DO SUL, 2010a).

Ganho ou economia de escala é um conceito econômico, que Sandroni (2014) define como a produção de bens em larga escala visando reduções significativas de custos médios. Isso significa dizer que é a possibilidade de redução do custo médio de um produto por meio do aumento da quantidade de unidades produzidas, ideia já muito explorada na economia de um modo geral. Com base nesse conceito é possível que empresas ofereçam descontos progressivos a medida que aumenta a demanda pelo produto.

Intimamente relacionado com os princípios da economicidade e eficiência da Administração Pública, o ganho de escala é algo esperado nas aquisições públicas, haja vista que o Estado (em sentido amplo) é um dos maiores compradores do Brasil, e suas compras, em regra, possuem escala e volume significativos.

Nesse contexto e partindo dessas premissas, o Consórcio CODEVALE assumiu a incumbência de realizar as licitações para registrar os preços para futuras aquisições de medicamentos de todos os entes consorciados. No ano de 2019, foi realizada a primeira iniciativa nesse sentido. O total a ser registrado era de 594 itens e o orçamento estimado para a licitação foi de mais de R\$ 47 milhões de reais. Após a ação fiscalizatória do TCE-MS, em sede de controle prévio<sup>2930</sup> (MATO GROSSO DO SUL, 2018), por meio de um rigoroso processo metodológico baseado na doutrina<sup>3132</sup>, concluiu-se que haviam oportunidades de melhoria na pesquisa de preços realizada. O consórcio foi orientado a refazê-la com base nos parâmetros indicados pelo TCE-MS, no exercício de sua função pedagógica. A pesquisa de preços foi refeita e a lici-

29 Documentação Prévia Protocolo nº 2001691

30 Capítulo III – Das Contratações Públicas, Seção I – Do Controle Prévio – Resolução TCE nº 88/2018

31 DE SOUZA, Haroldo Oliveira; CABRAL, Dafne Reichel. Pesquisa de Preços na Aquisição Pública de Medicamentos. Cadernos, [S.l.], v. 1, n. 6, p. 72-92, dez. 2020. ISSN 2595-2412. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/121>. Acesso em: 14 set. 2022.

32 Cartilha de Aquisição de Medicamentos do TCE-MS, disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal-services/files/arquivo/nome/16394/ce4a0e6c6f6f98e91483622822274b56.pdf>

tação seguiu seu fluxo. Os valores finais adjudicados e registrados em ata foram os constantes do Quadro 2, abaixo:

**Quadro 2 – Processo Licitatório nº 11/2019 do Pregão Eletrônico nº2/2019 – CODEVALE**

<b>PROCESSO LICITATÓRIO Nº 11/2019 DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2/2019 – CODEVALE</b>	
Quantidade total de itens	594
Quantidade de itens exitosos	513
Quantidade de Itens fracassados (motivos alheios ao preço)	81
Quantidade de Itens desertos	0
Orçamento estimado no edital	R\$ 47.125.840,81
Valor homologado no Pregão	R\$ 17.649.602,86
Economia gerada	R\$ 29.476.237,95
Valor estimado dos itens desertos/fracassados	R\$ 2.683.682,28
Percentual de economia	62,5%

Fonte: elaborado pelo autor com base no Portal da Transparência

No ano seguinte, 2020, o TCE-MS consolidou seu entendimento sobre o tema por meio da solução de consulta<sup>33</sup> formalizada por meio do Parecer nº 6/2020<sup>34</sup>. Cabe lembrar que a resposta do Tribunal à consulta formulada tem caráter normativo e constitui prejudgado da tese, mas não dos fatos ou casos concretos (MATO GROSSO DO SUL, 2012).

Novamente, no ano de 2022, o consórcio CODEVALE procedeu com uma licitação para registrar os preços para as aquisições de medicamentos. Realizou o mesmo procedimento de enviar ao TCE-MS a prévia da fase preparatória antes da publicação do edital e, mais uma vez, o processo<sup>35</sup> passou por fiscalização que resultou na identificação de oportunidades de melhoria na pesquisa de preços. Dessa vez, os valores finais adjudicados e registrados em ata foram os constantes da Quadro 3, abaixo:

**Quadro 3 – Processo Licitatório nº 26/2022 do Pregão Eletrônico nº 01/2022 – CODEVALE**

<b>PROCESSO LICITATÓRIO Nº 26/2022 DO PREGÃO ELETRÔNICO 01/2022– CODEVALE</b>	
Quantidade total de itens	528
Quantidade de itens exitosos	485
Quantidade de Itens fracassados (motivos alheios ao preço)	29
Quantidade de Itens desertos	14
Orçamento estimado no edital	R\$ 91.701.741,39
Valor homologado no Pregão	R\$ 39.295.430,06
Economia gerada	R\$ 52.406.041,33
Valor estimado dos itens desertos/fracassados	R\$ 2.873.385,39
Percentual de economia	57,14%

Fonte: elaborado pelo autor com base no Portal da Transparência

Conforme podemos observar ao analisar os números, houve uma expressiva economia de recursos públicos, na ordem de mais de R\$ 80 milhões, apenas nos dois casos narrados. A aplicação do

33 Art. 79 Lei Complementar nº 160/2012.

34 <http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfs/viewer.html?name=PAC00%20-%206-2020.pdf&file=/Jurisprudencia/document?documentType=cmis:document&objectId=ec9eebf4-1941-43c7-a889-b22ab341a7c0>

35 Processo TC/4782/2022

binômio ganho de escala, gerado pelas características inerentes aos consórcios públicos - cooperação e união de forças - junto com uma atuação efetiva, metódica e coordenada do TCE-MS, trouxe significativos resultados capazes de agregar valor para a Administração Pública.

## CONCLUSÕES

O presente artigo teve por escopo examinar algumas novidades trazidas pela Constituição Federal de 1988, em especial aspectos do federalismo e os desdobramentos da descentralização do poder entre os entes federados. Ademais, tratou-se das nuances dos consórcios públicos enquanto entidades públicas capazes de promover formas de gestão associada e cooperada, buscando eliminar a competição predatória e gerar valor a partir a atuação conjunta dos entes consorciados.

Foi apresentado o caso do Consórcio Público de Desenvolvimento do Vale do Ivinhema – Codevale, uma experiência de onze municípios da região sudeste do Estado de Mato Grosso do Sul que vem logrando êxito em algumas das ações que vem realizando.

Abordou-se também algumas características do controle externo da Administração Pública, com ênfase na atuação dos Tribunais de Contas do Brasil e nas competências específicas no tocante a fiscalização dos consórcios públicos. Por fim, foi destacado o papel do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul na fiscalização do Consórcio Codevale, com as ações que geraram mais de R\$ 80 milhões de economia aos cofres públicos.

Necessidades praticamente infinitas, recursos reconhecidamente escassos para atender a todas as demandas. Essa é a realidade da Administração Pública brasileira. Como encontrar a solução para essa difícil equação? A resposta é tão ampla e complexa quanto o problema, e a solução não será de nenhuma forma simples. Os consórcios públicos surgem no arcabouço jurídico brasileiro como bons candidatos a, no mínimo, tentar encontrar soluções para alguns entraves, dado que se utilizam de conceitos já consagrados em outras ciências, tais como a ganhos de escala e gestão cooperada. A atuação e os resultados obtidos pelo Consórcio Codevale, uma associação de pequenos municípios do Estado do Mato Grosso do Sul, nos levam a acreditar que a cooperação pode amenizar alguns aspectos inerentes as regiões menos providas de recursos.

Sob outra perspectiva, o enfoque dado a geração de benefícios à sociedade com a sua atuação, coloca o Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul na vanguarda. A vultosa economia gerada em apenas dois processos demonstra o quanto o sistema Tribunais de Contas pode contribuir para o aperfeiçoamento da gestão pública e o atendimento das necessidades da sociedade, real destinatária dos bens e serviços oferecidos pela Administração Pública.

Como sugestão de trabalhos futuros, sugere-se estudos no sentido de instituir em Mato Grosso do Sul um consórcio público maior e mais abrangente que o Codevale, para centralizar as aquisições públicas de medicamentos e demais insumos para a saúde, considerando ser uma área de alta criticidade, relevância para a população, o alto volume de recursos envolvidos e o elevado poderio econômico da indústria farmacêutica e de insumos, que podem deixar reféns e vulneráveis os gestores de entes de menor porte. Com isso, mais entes municipais e o próprio Estado de Mato Grosso do Sul possam se valer dos ganhos da

gestão associada e da economia de escala em maiores níveis. E do mesmo modo, também sejam realizados estudos semelhantes para consorciar municípios de outros estados da federação. E com um processo de sinergia e cooperação nacional, se consiga regular o mercado de medicamentos e insumos para a saúde, obter compras vantajosas e aperfeiçoar a gestão dos recursos públicos.

## REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Fátima. Federação e relações intergovernamentais. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (Orgs.). Sistema político brasileiro: uma introdução. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.

BORGES, Alice Gonzalez. “Consórcios Públicos – problemática de sua institucionalização”. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ, maio/2010, p. 458.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 set 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.032/2019, de 1º de outubro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10032.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10032.htm). Acesso em: 14 set 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Produto Interno Bruto - PIB. Brasília,DF. Ministério da Economia,2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 14 set 2022.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm). Acesso em: 14 set 2022.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm). Acesso em: 14 set 2022.

BRASIL. Ministério da Administração federal e da Reforma do Estado (MARE). Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, nov./1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em 08/09/2022.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Portaria nº 150, novembro de 2012 Disponível em: <https://www.in.gov.br/servicos/diario-oficial-da-uniao>. Acesso em: 14 set 2022.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Conheça o Sistema Brasileiro de Inspeção de Produtos de Origem Animal (SISBI-POA), fev/2017. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/suasa/sisbi>. Acesso em 16/09/2022.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres. O regime jurídico do ministério público de contas. Palestra proferida na Cerimônia de Entrega da Medalha do Mérito Luís Eduardo Magalhães, TCM-BA, 2010. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/>. Acesso em: 31 jul 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consórcios Públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CODEVALE. Consórcio Público de Desenvolvimento do Vale do Ivinhema, 2022. Disponível em: <https://www.codevale.com.br/quemsomos>. Acesso em: 16 set. 2022.

DE SOUZA, Haroldo Oliveira; CABRAL, Dafne Reichel. Pesquisa de Preços na Aquisição Pública de Medicamentos. **Cadernos**, [S.l.], v. 1, n. 6, p. 72-92, dez. 2020. ISSN 2595-2412. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/121>. Acesso em: 14 set. 2022

JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer elaborado pelo Professor Doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos. 2005. Disponível na internet via: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/527/520>. Acesso em: 13 set. 2022

LIMA, Luiz Henrique, Controle externo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2015.

LIMA, Luiz Henrique, Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MADEIRA, C. G.; MADEIRA, J. C.; MADEIRA, L. E. CONSÓRCIO PÚBLICO: uma análise do instrumento da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, [S. l.], v. 8, p. 509–520, 2013. DOI: 10.5902/198136948366. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8366>. Acesso em: 12 set. 2022.

MATO GROSSO DO SUL. CODEVALE. Carta de Intenções – Formação de Consórcio Público de Direito Público – Nova Andradina-MS, de 1 de agosto de 2010a. Disponível em: [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_a54c6bba7aae42caadb2979b90167a85.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_a54c6bba7aae42caadb2979b90167a85.pdf). Acesso em: 16 set 2022.

MATO GROSSO DO SUL. CODEVALE. Protocolo de Intenções para a constituição do Consórcio Público de Desenvolvimento do Vale do Ivinhema - CODEVALE, de 10 de novembro de 2010b. Disponível em: [https://www.codevale.com.br/\\_files/ugd/eabb3c\\_d606e640fa334ab19765139eac22e51a.pdf](https://www.codevale.com.br/_files/ugd/eabb3c_d606e640fa334ab19765139eac22e51a.pdf). Acesso em: 16 set 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/0a67c456bc566b8a04257e590063f1fd/df-de24a4767ddcbf04257e4b006c0233?OpenDocument>. Acesso em: 14 set 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Lei complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/porta/admin/db/legislacaoServicoConsulta/272.pdf>. Acesso em: 14 set 2022.

MATOGROSSODO SUL. T.C.E. Cartilha de Aquisição de Medicamentos do TCE-MS. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/porta-services/files/arquivo/nome/16394/ce4a0e6c6f6f98e91483622822274b56.pdf>. Acesso em: 14 set 2022.

MATO GROSSO DO SUL. T.C.E. Resolução nº 88, de 3 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portalservices/files/arquivo/nome/18522/25edc7810826a88ebb17b19adaa87258.pdf>. Acesso em: 14 set 2022.

MATO GROSSO DO SUL. T.C.E. Resultado do Sorteio das Listas de Unidades Jurisdicionadas para os exercícios de 2021 e 2022, 2020. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portal-services/files/arquivo/nome/16065/d3b9a29a89b6c136003aa9d2a5cab811.pdf> Acesso em: 14 set 2022.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Consórcios Públicos: comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Álisson José Maia. Gestão associada de serviços públicos no Brasil: federalismo cooperativo, Administração Pública e direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito), 172 fls., 2013. Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12814>. Acesso em: 09 set 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Administração pública gerencial”. Revista de Direito. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998, p. 43.

ZYMMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 144

# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

*Ynara Moraes Boranga<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo busca realizar o exame da aplicação do princípio do formalismo moderado no âmbito dos processos licitatórios à luz da legislação vigente e sob a ótica dos princípios gerais constitucionais e dos princípios específicos relacionados ao campo do direito administrativo, em especial, dos previstos na norma geral de licitações. Para elaboração do presente artigo adotou-se a metodologia dedutiva, que é fruto de uma pesquisa bibliográfica e documental, exploratória, qualitativa, que se propõe a analisar a evolução legislativa e o comportamento dos Tribunais Superiores e Tribunais de Contas quanto ao tema abordado. Diante das informações coletadas pode-se concluir que o princípio do formalismo moderado, que já permeava as decisões dos tribunais judiciais e das cortes de contas, previsto de forma implícita na Lei Federal 8.666/93, foi definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei Federal nº 14.133/2021. O princípio do formalismo moderado deve guardar conformidade com o complexo normativo que rege as relações jurídicas e o direito administrativo, com o objetivo precípuo de privilegiar o interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito administrativo. Princípios. Formalismo moderado. Processo licitatório.

## INTRODUÇÃO

Os processos de aquisição de bens, compras, obras, serviços, inclusive de publicidade, alienações e locações são regidos por normas gerais instituídas pela União Federal, vinculando todos os entes federados<sup>2</sup> ante sua competência legislativa privativa conferida pelo art. 22, inciso XXVII<sup>3</sup> da Constituição Federal.

Vigora atualmente em nosso ordenamento jurídico dois diplomas normativos que regulamentam o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e instituem normas gerais de licitações e contratos da

1 Advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Metropolitana e Aprovação PGE. Assessora Jurídica na Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, lotada na Procuradoria de Assuntos Administrativos. e-mail: ynaraboranga@gmail.com

2 Relevadas as discussões doutrinárias sobre as disposições que se aplicam unicamente à Administração Pública Federal por não se tratar de norma de caráter geral.

3 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Administração Pública e disciplinam analiticamente a matéria, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Contudo, é necessário esclarecer que a eficácia da Lei Federal nº 8.666/1993 fica adstrita ao prazo de 02 (dois) anos, contados da publicação da nova lei de licitações (Lei Federal nº 14.133/2021)<sup>4</sup>, uma vez que a novel legislação, nos seus arts. 191 e 193<sup>5</sup>, faculta à Administração Pública a escolha do diploma que irá regular as contratações públicas neste período, sendo certo que após o decurso deste prazo, a Lei Federal nº 14.133/2021 passará a regular todas as contratações públicas, respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, CF).

Registre-se, ainda, que ao longo do tempo, houve a edição de leis esparsas versando sobre determinadas temáticas relacionadas à licitação, tais como a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/2002), Lei dos contratos de publicidade (Lei Federal nº 12.121/2010), Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei Federal nº 12.462/2011), Lei das Estatais (Lei Federal nº 13.303/2016).

Outrossim, vale mencionar que aos entes federados compete regulamentar a matéria no âmbito de suas competências e de acordo com a particularidade enfrentada no seu espectro de atuação, atentando-se às limitações estabelecidas pelas normas gerais, eis que a matéria não foi totalmente esgotada pelas leis acima citadas.

O presente artigo visa discorrer, à luz das disposições da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e da “nova lei de licitações” (Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021), sobre a necessidade de flexibilizar, no âmbito das contratações públicas, certas regras editalícias de cunho formal, adotando-se a hermenêutica constitucional que estabelece a ponderação de princípios, especialmente no que tange à fase de habilitação, nela inserida a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista.

## **1. DOS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA LICITAÇÃO QUE IMPORTAM À ANÁLISE DA TEMÁTICA PROPOSTA**

A atuação da Administração Pública é norteada pelos princípios basilares contemplados expressamente no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e submete-se também à observância de princípios implícitos que decorrem da CF, como princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, da efetividade, da adequação, da lealdade ou boa-fé processual e da cooperação.

Como fonte normativa central, que orienta todo o ordenamento jurídico, os princípios cons-

<sup>4</sup> Publicada em de 1º de abril de 2021 no DOU - Edição extra-F.

<sup>5</sup> Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

titucionais se estendem, por lógica, a todos os processos administrativos instaurados pela Administração Pública, inclusive os licitatórios.

Ocorre que, em razão das particularidades inerentes a estes processos, a Lei Federal nº 8.666/1993 subordina o procedimento licitatório às regras, diretrizes e princípios específicos, estes últimos enumerados de forma não taxativa no art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (nosso grifo)

Seguindo a mesma lógica constitucional, extrai-se do conjunto normativo que regula os processos licitatórios, um extenso rol de princípios específicos, *e.g.* princípio da indistinção (art. 3º, §1º, inc. I), princípio do sigilo da proposta (art. 43, §1), vedação à oferta de vantagens não isonômicas (art. 44, §2º), princípio da adjudicação compulsória (art. 50), todos previstos na Lei Federal nº 8.666/93.

Digno de nota as inovações trazidas pela *nova lei de licitações* (Lei Federal nº 14.133/1993) que, destinando título especial aos princípios, inclui expressamente os princípios do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade, além de orientar pela observância do disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Por evidente não se pretende esgotar no presente trabalho, sem desconsiderar seu relevo e importância, a análise de todos os princípios e os desdobramentos que advém de sua aplicação nos procedimentos licitatórios, porquanto infundável a atuação do operador do direito quanto a esta temática. Portanto, faz-se um recorte para tratar especificamente e de forma breve acerca dos princípios indispensáveis à compressão da celeuma que se pretende abordar, dando destaque ao princípio do formalismo moderado, objeto central deste estudo, que será tratado em tópico destacado dos demais princípios.

### 1.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, norteador de toda conduta dos agentes da administração, prescreve que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. De forma diversa do que ocorre no âmbito das relações privadas, onde é possível fazer tudo o que a lei não veda, no campo do direito administrativo, a Administração Pública somente poder atuar onde haja lei que a autoriza.

### 1.2. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Nos procedimentos licitatórios, além da vinculação à lei, as partes envolvidas encontram-se vinculadas às regras previstas no instrumento convocatório. Por esta razão cumpre à Administração prever de forma clara e objetiva as regras que irão conduzir o processo de escolha do fornecedor.

Há certa discricionariedade conferida à Administração Pública na elaboração das regras editalícias, como a especificação do objeto, as condições de execução, as condições de pagamento, etc. Esta liberdade na escolha dos requisitos e regras na fase prévia da licitação encontram alguns limites e parâmetros legais que não dispensam observância, como bem pontua JUSTEN FILHO<sup>6</sup>:

(...) uma vez realizada as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa.

### 1.3. Princípio do julgamento objetivo

A atuação da administração pública, deve, sempre que possível, ser pautada por regras e critérios objetivos, inclusive como forma de homenagear o princípio da impessoalidade e, em última análise, do princípio da isonomia. Por esta razão, a Lei 8.666/93 buscou retirar do administrador a subjetividade das escolhas no âmbito das licitações públicas ao prescrever no art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com o princípio do julgamento objetivo.

Na Nova Lei de Licitações, Lei Federal nº 14.133/2021, o referido princípio encontra-se expressamente previsto no art. 5º.

Nas palavras de Lucas Rocha Furtado<sup>7</sup> “o julgamento objetivo significa, ademais, além de os critérios serem objetivos, que eles devem estar previamente definidos no edital. Não seria possível, por exemplo, querer a comissão de licitação, durante a realização do certame, escolher novos critérios não previstos no edital para julgar as propostas apresentadas.”.

Nessa linha, eis o que prescreve o art. 44 da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

### 1.4. Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração

Conforme se extrai da leitura do art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, a licitação destina-se a garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Na nova lei de licitação, a vantajosidade é prevista no rol de objetivos do processo licitatório (art. 11, inc. I).

Esta vantajosidade pode ser aferida tanto pela perspectiva econômica quanto pelo atingimento de outros objetivos de valores distintos, que também refletem o interesse público. A exemplo, é possível que o a vantajosidade recaia sobre o grau de sustentabilidade ecológica apresentada pela proposta.

Ao tratar acerca da conceituação da vantajosidade JUSTEN FILHO<sup>8</sup> elucida:

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execu-

6 JUSTEN FILHO. MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. 18ª edição, rev., atual., ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 110.

7 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos: 8.ED.*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1300>. Acesso em: 16 de novembro de 2022. p. 50.

8 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 94.

ção do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”

## 1.5. Princípio da razoabilidade

Conforme preleciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup>, razoabilidade é:

“a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhece-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade.”

A aferição desta razoabilidade, na atividade administrativa, é conferida especialmente aos agentes públicos no exercício de sua competência, sendo vedado ao juiz se imiscuir na vontade da Administração, substituindo o juízo de valor conferido na situação *in concreto* pelo seu próprio, sob pena de infringir o princípio da separação dos poderes (CF, Art. 2º).

Não se está aqui a tratar das situações em que há inobservância dos parâmetros e requisitos legalmente impostos, pois nestes casos estaríamos diante de violação ao princípio da legalidade.<sup>10</sup>

Como antecipado no prefácio deste tópico, para melhor disposição do tema, as considerações acerca do formalismo mitigado serão tratadas em tópico distinto, sendo necessário que se faça um recorte para tratar da teoria do sopesamento dos princípios.

## 2. DA TEORIA DO SOPESAMENTO DOS PRINCÍPIOS

Para darmos seguimento ao desenvolvimento deste estudo e entendermos a ideia que antecede aplicação do princípio do formalismo moderado nos processos administrativo licitatórios, é relevante tratarmos acerca da ponderação dos princípios.

Para tanto, adotaremos como premissa a concepção de Robert Alexy<sup>11</sup> que entende que o conceito de direito deve relacionar três elementos necessários: o da *legalidade conforme o ordenamento*, o da *eficácia social* e o da *correção material*.

O aprofundamento destes elementos extrapolam o objeto do presente artigo, todavia, sobreleva esclarecer que a partir de sua conjugação que se origina o conceito de princípios elaborado por Robert Ale-

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.07.2009**. 4ª ed. ver. e atual. – Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2009. p 41.

<sup>10</sup> Sobre o assunto, vale trazer as observações de José dos Santos Carvalho Filho (op cit. p.41), que fazendo um contraponto à posição que entende que a “razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e a decisões administrativas” conforme sustenta Lucia Valle Figueiredo, aduz: “parece-nos que a falta da referida congruência *viola, na verdade, o princípio da legalidade*, porque, no caso, ou há vício nas razões impulsionadores da vontade, ou vício estará no objeto desta. A falta de razoabilidade, na hipótese, é puro reflexo da inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta. Por outro lado, quando a falta de razoabilidade se calca em situação a qual o administrador tenha em mira algum interesse particular violado estará sendo princípio da moralidade, ou da impessoalidade (...)”.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2020. p. 16.

xy, que orienta os debates no âmbito da Teoria dos Princípios e que estabelece ditames à atuação do juiz (e no nosso caso, dos agentes da Administração Pública) além de ser adotado por grande parte dos juristas e ordinariamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nos fundamentos de suas decisões<sup>12</sup>. Nas palavras de ALEXY<sup>13</sup>:

A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. **Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordem, proíbem ou autorizam a fazer algo de forma definitiva.** Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “**mandados definitivos**”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, **os princípios são mandados de otimização.** Como tais, **são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas.** Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente por princípios opostos. **Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação de princípios.** (nosso grifo)

Diante destes conceitos, considerando que o objeto do estudo é adoção do princípio do formalismo mitigado em situações jurídica que possuem delimitações legais positivadas, antes de prosseguir, faz-se necessário mencionar alguns pontos que, na visão pós-positivista do direito, distinguem as regras jurídicas dos princípios.

Na linha de raciocínio já traçada, representada pelas palavras de ALEXY, as regras jurídicas são mandados definitivos que exprimem uma prescrição que apenas admitem sua aplicação pelo critério do tudo-ou-nada, ou seja, ou serão aplicadas, ou não. E em caso de eventual conflito entre normas, haverá a prevalência de uma sobre a outra, tornando a primeira inválida, salvo, é claro, nos casos em que uma regra excepciona a outra.

Por outro lado, os princípios, por se tratarem de mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas, apresentam um grau de imposição apenas *prima facie*, tendo em vista que poderão ser superadas por outros princípios, caracterizando-se, em regra, como não absolutas.

Assim, diante da colisão entre princípios, deverá ser conferida uma valoração a cada postulado, atribuindo-se peso de acordo com o caso concreto, sem que com isso haja a invalidação de um princípio em detrimento do outro e sem que se esgote o núcleo essencial daquele de menor peso relativo.

Esta lógica é bem explanada pelo ilustre professor e constitucionalista, Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>14</sup> que assim expõe:

Destarte, em face de uma **colisão** entre **princípios**, o valor decisório será dado a um princípio que tenha, naquele caso concreto, **maior peso relativo**, sem que isso signifique **invalidação** daquele compreendido como de peso menor. Para Alexy, nesses termos, teríamos que observar a **lei da ponderação**: “Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior

12 Como exemplo, cita-se os seguintes julgados: ADI 4923 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 08/11/2017; RE 363889 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 02/06/2011; RE 638491 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 17/05/2017 ADI 2034 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 20/06/2018.

13 ALEXY, Robert. op. cit., p. 85.

14 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11º ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 258.

deve ser importância da satisfação do outro”. Em face de outro caso, portanto, o peso dos princípios poderá se redistribuído de maneira diversa, pois nenhum princípio goza antecipadamente de primazia (precedência incondicionada) sobre os demais. (grifos no original)

Passamos então para o objeto principal do presente estudo, o princípio do formalismo mitigado.

### 3. DO FORMALISMO MODERADO

Não se pode negar que o formalismo constitui importante medida de segurança e previsibilidade dos atos e contribui para garantir o devido processo legal e o cumprimento dos direitos do particular e dos interesses da administração.

No entanto, deve-se ter em mente que o processo administrativo, em especial o licitatório, não representa um fim em si mesmo, mas um meio para o atendimento das necessidades públicas. Neste sentido, o professor Adilson Dallari<sup>15</sup> esclarece que “a licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho<sup>16</sup> leciona que:

Não se desconhece que no direito público é fundamental o princípio da solenidade dos atos, mas as formas têm que ser vistas como meio para alcançar determinado fim. Portanto, insistimos em que se tem por criticável qualquer exagero formal por parte do administrador. Se a forma simples é bastante para resguardar os direitos do interessado, não há nenhuma razão de torná-la complexa. Cuida-se, pois, de conciliar a segurança dos indivíduos com a simplicidade das formas.

Aqui, vale fazer um pequeno recorte. É sabido que na atuação do judiciário há historicamente um certo apego ao formalismo. Há, inclusive, robusta crítica à denominada jurisprudência defensiva, frequentemente utilizada pelos Tribunais Superiores, que consiste na valorização dos requisitos formais em desfavor do direito discutido.

Nesta seara, com o advento da Lei Federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), o legislador se ocupou em trazer uma nova perspectiva do direito, com o intuito de privilegiar o conteúdo em detrimento da forma, adotando o princípio da primazia da decisão de mérito como norte a autorizar a sanabilidade de atos, a exemplo dos seguintes dispositivos, extraídos da referida Lei: art. 4º, art. 6º, art. 932, parágrafo único, art. 933, art. 938, §§1º, 2º e 4º, art. 1.007, §§2º e 4º, art. 1.017, §3º, art. 1.029, §3º.

Não obstante se reconheça subsistir distinções entre os processos judiciais e processos administrativos, estas diferenças apenas evidenciam que o princípio do formalismo moderado tem estreita afinidade com procedimentos administrativos.

Discorrendo sobre o assunto Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>17</sup> pontua:

No entanto, não se pode negar a existência de diferenças sensíveis entre o processo judicial e o administrativo. Se assim não fosse, bastaria aplicar aos processos administrativos as normas constan-

15 DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 209

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. op cit. p. 77.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *In Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo*. Disponível em: <https://portal.tce.go.gov.br/documents/20181/89526/Princ%C3%ADpios%20do%20processo%20judicial%20no%20administrativo/d73b9b0f-853b-44ed-bc91-73854bb9bb13>. Acesso em: 16/11/2022.

tes do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal (no caso de processos sancionadores). Assim é que o formalismo, presente nas duas modalidades de processo, é muito menos rigoroso nos processos administrativos, onde alguns falam em informalismo e outros preferem falar em formalismo moderado.

Diante deste raciocínio que se entende que o princípio da formalidade não pode ser utilizado como barreira à concretização da finalidade dos atos e tampouco pode ser exigido quando dispensável, em especial, nos processos administrativo. É neste sentido que se orienta o TCU:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo **princípio do formalismo moderado**, que **prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.** (Acórdão 357/2015-Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 04/03/2015) (nosso grifo)

Acolhendo essa visão mais moderada acerca do formalismo, a Lei Federal nº 8.666/93 prevê a possibilidade de a comissão de licitação (ou autoridade superior) promover diligências que se destinem a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedando a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. Conforme se extrai da redação dispositivo:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a **promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.** (nosso grifo)

A esse propósito, empresta-se das palavras do *i.* administrativista Marçal Justen Filho<sup>18</sup> que, tecendo comentários sobre o art. 43 da Lei Federal nº 8.666/93, discorre sobre o tema nos seguintes termos:

**As diligências e esclarecimentos consistem em atividades desenvolvidas diretamente pela autoridade julgadora, destinadas a eliminar imprecisões e confirmar dados contidos na documentação apresentada pelo licitante.** Envolve na prática de ato administrativo, consistente em verificação de situação fática, requerimento de informações perante outras autoridades públicas, confirmação da veracidade de documentos e assim por diante. **A diligência é uma providência para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante a habilitação,** seja quanto ao próprio conteúdo da proposta (nosso grifo)

Na evolução legislativa da matéria, a nova lei de licitações (Lei. 14.133/2021) consagrou expressamente o formalismo moderado ao prever, no inciso II, do art. 12, que o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo. Vejamos:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

Neste caso, em um possível conflito de princípios, a opção do legislador foi o de privilegiar o

18 JUSTEN FILHO. MARÇAL. op. cit., p. 1011.

formalismo moderado - e o princípio da vantajosidade - em detrimento do princípio da segurança jurídica.

Tecendo comentários acerca da nova disposição legal que veio a positivizar o formalismo moderado, Irene Patrícia Diom Nohara<sup>19</sup> pontua:

Está superada, do ponto de vista da hermenêutica, a ideia jusnaturalista do *bouche de la loi* (Montesquieu), que via no intérprete uma espécie de autômato de um sentido único extraído do texto normativo. A textura aberta da linguagem rechaça a certeza ou a precisão absoluta na interpretação, sendo os princípios parâmetros relevantes, mas também variáveis, de aplicação da lei.

**No caso da licitação, a exigência de formalismo deve ser sopesada diante das características do caso concreto, em virtude dos princípios da igualdade e da competitividade, para que a Administração consiga alcançar o objetivo de seleção da proposta mais vantajosa.** (nosso grifo)

Aliás, na mesma linha do sobredito art. 43 da Lei Federal nº 8.666/93, o art. 64 da Lei Federal nº 14.133/21 contempla a possibilidade de complementação de informações e atualização de documentos, bem como autoriza que, durante a análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação saneie ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, evidenciando uma vontade legislativa de prezar pela verdade material ao rigorismo formal. Vejamos:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

A autorização legal que permite a correção de erros formais representa uma evolução louvável que permite que os verdadeiros fins do procedimento licitatório sejam atingidos.

O princípio analisado permeia o novo diploma normativo em diversos outros dispositivos, *e.g.*, menciona-se os incisos IV e V do já citado art. 12 da Lei Federal nº 14.133/2021 e do art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021, que estabelece um rol de hipóteses que acarretam na desclassificação das propostas apresentadas no procedimento licitatório, contudo afasta-se do rigorismo formal. Acerca deste último, discorre-se.

A primeira hipótese, prevista no inciso I, do art. 59 dispõe que as propostas que contenham vícios insanáveis serão desclassificadas. Destaca-se o termo “insanáveis” para demonstrar que o espírito da nova lei é o de submeter o procedimento administrativo ao filtro do formalismo moderado, reprovando somente os atos que contenham vícios graves, que não possam ser sanados e que porventura possam comprometer a isonomia do certame.

O rigorismo formal é rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência, que privilegiam a atuação voltada à concretização do interesse público. Sob esse aspecto, passando para a análise de uma situação

<sup>19</sup> NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada*. - 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021 RL-1.6.

hipotética, vivenciada na praxe administrativa, a inabilitação da empresa licitante por mera irregularidade formal não deve prevalecer quando não afetar a objetividade e efetividade de sua proposta.

Ademais, não se pode olvidar que a atuação da Administração Pública, no âmbito das licitações públicas, deve ser norteadas pelos princípios insculpidos no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 e na Lei Federal nº 14.133/2021, em seu art. 5º, razão pela qual o apego e excesso ao formalismo em detrimento de sua finalidade acaba por contrariar o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

O Tribunal de Contas da União tem asseverado, nas decisões que versam sobre desclassificação e inabilitação de empresas em processos administrativos, que devem prevalecer os princípios da ampliação da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa em detrimento do formalismo, quando se verificar falha formal, que poderia ser sanada mediante diligência, considerando irregular a desclassificação de licitante. Vejamos:

(...) 12. Como bem salientado pela Selog, a decisão dos Correios de desclassificar a proposta da ora representante **privilegiou o formalismo em detrimento dos princípios da ampliação da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa. Com efeito, a oferta da Lotus DF Serviços e Logística Eireli, caso aceita, representaria uma economia de R\$ 469.332,85 anuais, podendo atingir R\$ 2.346.664,25 ao longo de cinco anos, período máximo prorrogável.**

13. Além disso, reputei, ainda em juízo de cognição sumária, que tanto o Regulamento de Licitações e Contratações dos Correios quanto o instrumento convocatório permitiriam a promoção das diligências pertinentes com vistas a suprir a lacuna verificada na documentação apresentada pela representante, sem a necessidade de desclassificar, de imediato, sua proposta, notadamente mais vantajosa para os cofres da empresa pública:

Regulamento de Licitações e Contratações (Peça 13, p. 17):

“8.4. Das Generalidades

(...)

8.4.4. **A qualquer tempo poderá haver o saneamento de vícios, quando não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.**”

Edital (Peça 3, p. 27):

“14.3. **É facultado ao Pregoeiro ou autoridade superior:**

a) **efetuar, em qualquer fase da licitação, consultas ou promover diligências com vistas a esclarecer ou complementar a instrução do processo;**

b) relevar erros formais ou simples omissões em quaisquer documentos, para fins de classificação e habilitação da licitante, desde que sejam irrelevantes, não firam o entendimento da proposta e o ato não acarrete violação aos princípios básicos da licitação;

c) **convocar as licitantes para quaisquer esclarecimentos porventura necessários ao atendimento de suas propostas.**

14.4. O desatendimento de exigências formais não essenciais não importará no afastamento da licitante, desde que seja possível a aferição da sua qualificação e a exata compreensão da sua proposta.

14.5. As normas que disciplinam este Pregão serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre as licitantes, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.”

14. Embora, os precedentes colacionados pela unidade técnica se refiram a certames regidos pela Lei 8.666/1993, e não pela Lei 13.303/2016, como se verifica neste feito, deles se extrai, nos termos assinalados pela própria Selog, o posicionamento deste Tribunal no sentido de ser indevida

a inabilitação de licitante em decorrência de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, consoante ilustram os seguintes fragmentos:

Acórdão 3.340/2015 – Plenário (Rel. Ministro Bruno Dantas):

“Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).”

Acórdão 918/2014 – Plenário (Rel. Ministro Aroldo Cedraz):

“A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU.”

Acórdão 2.873/2014 – Plenário (Rel. Ministro Augusto Sherman):

“Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes.”

[...]

5. A análise preliminar da documentação acostada revelou indícios de que a representante teve sua proposta desclassificada indevidamente, por não ter apresentado a declaração prevista no subitem 7.6, alínea a.6, do edital regulador da disputa, de que os documentos encaminhados por meio do Sistema Licitações-e seriam autênticos aos originais, falha formal que poderia ser sanada mediante diligência. (TCU. Acórdão n. 1920/2020-Plenário. Data da sessão: 22.07.2020)

Inclusive, o TCU vem conferindo uma interpretação ampla ao art. 43, §3º da Lei Federal nº 8.666/1993, entendendo pela mitigação do formalismo ainda que diante da própria ausência do documento. Desta forma, convém destacar um excerto dos fundamentos lançados pelo Ministro Relator Augusto Sherman no Relatório de Auditoria TC-002.147/2011-4:

Entende-se o respeito à vinculação ao edital não deve superar os objetivos maiores da licitação, consistentes na ampla concorrência e na seleção da proposta mais vantajosa, sobretudo porque as falhas cometidas pelas referidas empresas, a princípio, não provocaram qualquer reflexo em suas propostas, e sua aceitação não feriria a isonomia entre os concorrentes e não teria qualquer efeito indesejável na execução do contrato, somente caracterizando excesso de formalismo em detrimento da competitividade do certame. (TCU. 002.147/2011-4. Relato: Augusto Sherman, j. 06.12.2011)

Não é outro senão este o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que em diversas oportunidades adotou como causa de decidir o *formalismo moderado*. Senão, vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. DOCUMENTO DECLARADO SEM AUTENTICAÇÃO. FORMALISMO EXACERBADO. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior possui entendimento de que não pode a administração pública descumprir as normas legais, em estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 41 da Lei n. 8.666/1993. Todavia, o Poder Judiciário pode interpretar as cláusulas necessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar da concorrência possíveis proponentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.620.661/SC, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 3/8/2017, DJe de 9/8/2017.)

No julgado abaixo colacionado, o Superior Tribunal de Justiça sustenta que omissões ou defeitos irrelevantes não devem constituir óbice à classificação da proposta que melhor atende ao interesse público. No caso, o STJ decidiu que a ausência de indicação por extenso do valor da proposta constitui mera irregularidade passível de ser sanada:

“Se o valor da proposta, na hipótese, foi perfeitamente compreendido, em sua inteireza, pela Comissão Especial (e que se presume de alto nível intelectual e técnico), a ponto de, ao primeiro exame, classificar o Consórcio impetrante, a ausência de consignação de quantia por extenso constitui mera imperfeição, balda que não influencia na decisão do órgão julgador (Comissão Especial) que teve a ideia e percepção precisa e indiscutível do quantum oferecido.

**O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.** (STJ, MS 5.418/DF, 1.<sup>a</sup> Seção, j. 25.03.1998, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998.) (nosso grifo)

Neste outro julgado, o STJ afastou o rigorismo formal na fase de habilitação do processo licitatório, optando pela primazia da finalidade ao apreciar os documentos comprobatórios da capacidade econômico-financeira da empresa licitante. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA E VENTILAÇÃO DOMICILIAR PARA PACIENTES NO ESTADO DE SANTA CATARINA. COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LICITANTE VENCEDORA. NÃO EXIBIÇÃO DO BALANÇO PATRIMONIAL DEVIDAMENTE AUTENTICADO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. EQUIPAMENTOS INDICADOS PELA PRIMEIRA COLOCADA NO CERTAME PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS LICITADOS. INCOMPATIBILIDADE TÉCNICA COM AS ESPECIFICAÇÕES EDITALÍCIAS DOS OBJETOS LICITADOS. OCORRÊNCIA.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra suposto ato coator atribuído ao Secretário de Estado da Saúde de Santa Catarina, consistente na indevida habilitação da primeira colocada no Pregão Presencial n. 1511/2018, lançado pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina para a contratação dos serviços de oxigenoterapia e ventilação domiciliar. Alega-se que a proposta vencedora seria incompatível com as especificações técnicas dos objetos licitados e, ainda, que não haveria comprovação da qualificação econômico-financeira, ante a não apresentação do balanço patrimonial devidamente autenticado.

2. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que, “nos termos do art. 41 da Lei 8.666/93, ‘A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’” (MS 17.361/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 1/8/2012).

3. A despeito da necessária vinculação aos instrumentos convocatórios, “rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir à interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º)” (REsp 797.170/MT, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 7/11/2006). Nesse mesmo sentido:

AgInt no REsp 1.620.661/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 9/8/2017.

4. “A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licita-

ções (art. 31, inc. I), para fins de habilitação” (REsp 402.711/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 19/8/2002).

5. Caso concreto em que, a despeito da não apresentação da cópia autenticada do balanço patrimonial pela licitante vencedora, sua capacidade econômico-financeira foi comprovada por meios diversos, como expressamente reconhecido pela Administração.

6. Ao contrário do que restou consignado no acórdão recorrido, a questão envolvendo o atendimento, ou não, das especificações técnicas dos produtos licitados não se restringe a uma simples questão formal, pois versa sobre a própria essência da licitação em foco.

7. No que concerne ao aparelho Bilevel Complexo, nenhum reparo há de ser feito no acórdão recorrido, na medida em que, como consignado pelo Tribunal de origem, é irrelevante perquirir se a utilização do recurso flex - funcionalidade não especificada no edital do certame - reduziria, ou não, a performance ali exigida.

8. O edital é claro ao exigir que o concentrador portátil tenha capacidade de fornecer até 6 (seis) doses pulsos/minuto de oxigênio e que possua autonomia mínima de 2 (duas) horas em fluxo intermitente - trata-se de exigências mínimas a serem atendidas, de forma concomitante.

9. O Concentrador Portátil Philip SimplyGo, ofertado pela licitante vencedora, não atende aos requisitos mínimos do edital do certame, uma vez que, conforme seu respectivo manual técnico, o equipamento funciona por intervalo superior a duas horas apenas nos modos de até 3 (três) doses pulsos/minuto de oxigênio e ocorre a diminuição da autonomia para 1,7 horas, 1,3 horas e 1,3 horas nos modos 4 (quatro), 5 (cinco) e 6 (seis) doses pulsos/minuto de oxigênio.

10. São irrelevantes os pareceres técnicos oriundos da Secretaria de Estado da Saúde que, genericamente, atestaram que o Concentrador Portátil Philip SimplyGo atende ao edital. Com efeito, sopesando-se o conjunto probatório dos autos, e diante da contradição observada entre o manual técnico do produto e o referido parecer técnico fornecido pela própria Administração, parece razoável e prudente que prevaleça o primeiro em detrimento do segundo, uma vez que ninguém melhor que o próprio fabricante para definir quais são os limites de seu produto.

11. Da mesma forma, despiciendas se revelam para o deslinde da controvérsia as ponderações assentadas no acórdão recorrido, no sentido de que “o aparelho era anteriormente fornecido sem queixa técnica e supria de maneira eficaz as necessidades dos pacientes” (fl. 2.239), haja vista que não se está questionando se tais aparelhos atenderam, ou não, às especificações de seu respectivo e anterior edital (cujas cláusulas nem sequer vieram reveladas nestes autos). Em rigor, o que se busca, no âmbito do Pregão objeto do presente writ, é saber se a licitante vencedora efetivamente atendeu aos requisitos mínimos impostos para o fornecimento dos produtos licitados.

12. Uma vez que a licitante que apresentou o menor preço global não atendeu às especificações técnicas dos produtos licitados, não poderia ter sido habilitada no pregão em tela, muito menos ser declarada vencedora, a teor do que dispõe o edital do certame, em seus itens 6.7 (“A proposta deverá obedecer rigorosamente às especificações constantes do Anexo 1, parte integrante deste edital, sob pena de desclassificação do item em desacordo”) e 7.2.3 (“Será desclassificada a proposta da licitante que: [...] Não atender às especificações mínimas dos produtos/serviços, exigidas neste Edital”).

13. Recurso ordinário provido em parte, a fim de reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança para reconhecer, no âmbito do inquinado Pregão Presencial n. 1.511/2018, a nulidade da decisão que habilitou e classificou a licitante AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., tanto quanto a invalidade dos efeitos que, em desdobramento, dela tenham decorrido, devendo-se, a tempo e modo, retomar o curso do aludido pregão, nos exatos termos previstos no art. 4º, inc. XVI, da Lei n. 10.520/02. (RMS n. 62.150/SC, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 21/6/2021.) (nosso grifo)

Esta linha de raciocínio que orienta os Tribunais de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça expressa uma verdadeira ponderação de princípio, uma vez que estabelece no caso em concreto um

maior peso ao princípio do formalismo moderado, bem como ao princípio da razoabilidade em detrimento ao princípio da legalidade, ao da vinculação ao instrumento convocatório e ao do julgamento objetivo. Além disso, acaba por privilegiar, via de regra, o princípio da proposta mais vantajosa para a Administração.

Contudo, não se pode admitir que as correções de falhas formais causem danos a terceiros ou sejam empregadas para favorecer determinado competidor em prejuízo dos demais, sob pena de ferir o princípio da isonomia e da impessoalidade.

A este propósito, as lições de Lucas Rocha Furtado<sup>20</sup>:

A possibilidade de serem superadas falhas processuais que não tenham causado dano a terceiros ou de serem conhecidos recursos administrativos intempestivos em razão da relevância da matéria tratada são exemplos de aplicação aos processos administrativos do princípio do formalismo moderado.

(...) A possibilidade de mitigação do formalismo nos processos concorrenciais não pode ser utilizada, todavia, para favorecer determinado competidor em detrimento dos demais, fato que importaria em quebra de outro princípio, o da isonomia.

O juízo de valor acerca de quais princípios e regras devem preponderar no caso concreto recaem, notadamente, sobre o grau de importância do documento exigido, se de natureza substancial ou de exigência meramente formal, acessória ou irrelevante. Assim, caberá à Administração Pública avaliar em cada caso concreto o potencial prejuízo aos demais licitantes ou aos interesses públicos e a finalidade que se busca naquele ato ou procedimento administrativo.

## CONCLUSÃO

Diante de todo narrado é que se pode concluir que o princípio do formalismo moderado manifesta uma busca pela verdade real, no intento de privilegiar a finalidade em detrimento do rigorismo formal, contudo, tal princípio não pode ser adotado isoladamente, devendo ser entendido como um elemento de um complexo normativo a ser sopesado pelo operador do direito em relação aos demais princípios que regem o direito público, em especial - alinhando ao objeto deste estudo - com os princípios que norteiam as licitações públicas.

O procedimento licitatório deve ser visualizado como meio para atingimento de uma finalidade pública primária e não como fonte de privilégio de determinados agentes que se revelam mais preparados para cumprir o edital, mas não necessariamente o objeto do certame.

Nitidamente, a Lei Federal nº 14.133/2021 veio trazer uma nova perspectiva ao princípio do formalismo moderado, previsto de forma implícita ante a tímida previsão do art. 43, §3º da Lei Federal nº 8.666/93, demonstrando a evolução legislativa da matéria e a conformidade com o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JUSTEN FILHO. MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*

20 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 8ª Edição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1300>. Acesso em: 16 de novembro 2022. P. 1039-1040.

– 18º edição, rev., atual., ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 8º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1300>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.07.2009. 4ª ed. ver. e atual. – Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2009.

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 11º ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. Disponível em: <https://portal.tce.go.gov.br/documents/20181/89526/Princ%C3%ADpios%20do%20processo%20judicial%20no%20administrativo/d73b9b0f-853b-44ed-bc91-73854bb9bb13>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

NOHARA. Irene Patrícia Diom. Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada – 1º ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm) Acesso em: 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em: 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 939/2010. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de julgamento 04/03/2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/> Acesso em: 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1920/2020. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de julgamento 22.07.2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/> Acesso em: 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 5.418/DF 1º seção. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Sessão de julgamento 25.03.1998. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 16 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 797.170/MT 1º turma. Relator: Ministra Denise Arruda. Sessão de julgamento 17.10.2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 16 de novembro de 2022.

# MODELO MULTIORTAS E O DIREITO TRIBUTÁRIO: DA VIABILIDADE E DAS PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

*Thiago de Freitas Alves Pereira<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a viabilidade e a aplicabilidade da arbitragem tributária no Brasil. Para tanto, crucial esclarecer a importância atual da discussão em torno do fenômeno da desjudicialização e desenvolver a noção do sistema multiportas, ressaltando a imprescindibilidade de sua implementação aos conflitos fiscais. Quanto ao instituto da arbitragem, após breve introdução, se aprofundará nas discussões e no histórico de sua aplicação no âmbito do Poder Público. Em seguida, será aprofundado o debate a respeito da (in)disponibilidade do crédito tributário e exposto o panorama atual da arbitragem tributária no Brasil, com breve análise dos projetos e anteprojetos de lei existentes e as possibilidades que deles derivam. O estudo se desenvolve por meio de pesquisas bibliográficas no seio das doutrinas especializadas no tema, além de análise legislativa, de projetos de lei e jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desjudicialização. Modelo multiportas. Arbitragem tributária. Interesse Público. Disponibilidade. Crédito Tributário.

## INTRODUÇÃO

A crise de confiança e de efetividade do poder judiciário brasileiro, aliada ao atual anseio social por maior participação, consensualidade e eficiência, converge para a ascensão de novas formas/modelos de resolução, e de prevenção de conflitos.

Tais alternativas, porém, pressupõem uma nova perspectiva da função jurisdicional do Estado, que, resgatando seu objetivo primordial de pacificação social, passa a ter um foco maior na solução efetiva das controvérsias, ressignificando a noção da justiça pública estatal como única “porta” disponível.

Este contexto impulsiona o movimento geral de desjudicialização, que, por sua vez, favorece o desenvolvimento do denominado *modelo multiportas*, que nada mais é do que a abertura do ordenamento jurídico para métodos adequados de resolução de conflitos, que representam novas formas de distribuição de justiça.

Tais instrumentos se mostram alinhados a uma moderna função judicial no Estado de Direito, legitimada pela releitura da essência do direito fundamental de acesso à justiça, que se harmoniza com o

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado da Bahia, com atuação na Procuradoria Fiscal. Graduado pela Universidade Federal de Uberlândia e Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Considerando que os entes públicos representam alguns dos maiores litigantes do país<sup>2</sup>, o desenvolvimento do modelo multiportas na Administração Pública se torna imprescindível. Além disso, considerando a crise do próprio contencioso tributário, é necessária uma mudança brusca de paradigma, que viabilize o aperfeiçoamento do acesso à justiça fiscal e aprimore o modelo de arrecadação/recuperação de tributos, desmistificando o uso de novas tecnologias jurídicas no âmbito das relações fiscais.

Neste sentido, nos últimos anos vem ganhando maior abrangência as discussões em torno da arbitragem tributária no Brasil, o que se intensificou com a positivação da possibilidade do uso da arbitragem pelo Poder Público e com a difusão da experiência aparentemente exitosa de Portugal com o instituto criado pelo Decreto-Lei nº 10/2011<sup>3</sup>.

Todavia, conforme se verá adiante, a despeito das auspiciosas discussões, o caminho para a implementação da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro ainda é desafiador, haja vista que, além dos obstáculos comumente impostos ao uso dos meios alternativos de resolução de conflitos pela Fazenda Pública, existem desafios inerentes ao próprio regime jurídico fiscal, como, por exemplo, o debate em torno da (in)disponibilidade do crédito tributário.

É este o panorama que o presente artigo se propõe a explorar, na pretensão de fomentar as discussões em torno da arbitragem em matéria fiscal (e da abertura do direito tributário em geral para o sistema multiportas), sobretudo nos ambientes de efetiva prática tributária (escritórios de advocacia, Advocacia Pública, fazendários e todos os atores em geral que participam do processo fiscal), o que se faz na esperança de contribuir com o aprimoramento do acesso à justiça fiscal e tendo como norte o anseio por maior pacificação e harmonia social.

Para tanto, seguiu-se o método lógico-dedutivo, mediante pesquisa de natureza qualitativa, com a finalidade descritiva e exploratória.

## 1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DA ARBITRAGEM E DA JUSTIÇA MULTIPORTAS.

O professor Carlos Alberto Carmona assim conceitua a arbitragem:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através de uma intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.<sup>4</sup>

Conforme conceituação, nota-se que a arbitragem é um instrumento de solução de conflitos,

2 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. “100 MAIORES LITIGANTES 2011”. 2012. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 29 abr. 2022.

3 PORTUGAL. Ministério das Finanças e da Administração Pública. **Decreto-Lei nº 10/2011. Regula, no uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária.** Diário da República I Série, n. 14/2011, 20 jan. 2011. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/280904>. Acesso em: 27 abr. 2022.

4 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à lei no. 9.307/96.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 31.

heterocompositivo, alternativo à justiça estatal, que vem se expandindo, dentre outros motivos, pela ineficiência do Estado em sua missão pacificadora.

Este déficit criado pelo Estado, somado às constantes e aceleradas transformações da sociedade, que demandam cada vez mais agilidade, participação, consenso e efetividade, abrem espaço para a ascensão dos chamados *equivalentes jurisdicionais*, que na brilhante reflexão da Prof. Ada Pellegrini Grinover, embora sejam extrajudiciais, não devem ser considerados uma justiça privada mas uma justiça pública não-estatal, tendo em vista que se inserem no espectro geral da política judiciária e de acesso à justiça<sup>5</sup>.

Neste ponto, se faz pertinente rememorar trecho do preâmbulo da Constituição Federal, que destaca a “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Ora, sendo o Estado brasileiro comprometido constitucionalmente com a solução pacífica das controvérsias, a busca por justiça e por pacificação deve abarcar todos os meios possíveis, desde que legítimos, eficientes e justos, sendo irrelevante que o alcance de tal desiderato se dê dentro ou fora do aparato estatal, mas sendo desejável que esteja albergado no amplo escopo da política judiciária.

Não à toa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem, nos últimos anos, fomentando fortemente a implementação efetiva destas ferramentas, tendo sido a Resolução CNJ nº 125/2010 (Política Judiciária Nacional dos meios adequados de solução de conflitos) pioneira e um verdadeiro marco regulatório para a introdução da justiça multiportas no Brasil.

Neste contexto, o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015 - Lei nº 13.105/2015) deu seguimento ao fortalecimento da consensualidade, ao dedicar diversos dispositivos aos métodos de solução consensual de conflitos, inserindo-os, inclusive, no Capítulo I do Título único do Livro I da Parte Geral dentre as Normas Fundamentais do Processo Civil.

Além de estar dentre as normas fundamentais do processo civil, a arbitragem foi prevista, de forma estratégica, em parágrafo integrante do comando normativo que prevê o postulado da inafastabilidade da jurisdição (art. 3º, caput e §1º do CPC/2015), pondo cabo, de uma vez por todas, às alegações de incompatibilidade entre aquele instituto e este princípio fundamental.

E ainda, os parágrafos segundo e terceiro, também do art. 3º do CPC/2015, estabeleceram o dever de estímulo do uso dos métodos de solução consensual por todos os sujeitos do processo, e o dever do Estado em promovê-los. Já o art. 359, por sua vez, menciona expressamente a arbitragem como exemplo de método adequado de resolução de controvérsias.

Portanto, a rigor, o Digesto Processual Civil criou o dever legal público de incentivar e promover a arbitragem, além dos outros métodos consensuais.

Importante não olvidar que o Estado, em sentido *lato*, assume diversos papéis ou funções no exercício da atividade jurisdicional, podendo funcionar, por exemplo, como estado-juiz, como ente político

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, 2007. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada\\_Pellegrini\\_Grinover.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf). Acesso em: 27 abr. 2022.

responsável pela política judiciária ou como parte litigante. Isto posto, se pode perceber que o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a atividade legislativa recente e as já mencionadas Recomendações do CNJ, vem consolidando o *dever* do Estado, em todas as suas acepções, inclusive como parte, de promover a justiça multiportas.

No tocante a arbitragem, especificamente, embora a Lei nº 9.307/1996 já tenha completado mais de 25 (vinte e cinco) anos, foi através das alterações promovidas em 2015 que se consolidou a possibilidade da arbitralidade pública e se ampliaram os debates em torno da arbitragem tributária.

## 2. DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Nesta linha intelectual, conforme destacado, em 2015, a Lei nº 13.129 incluiu os parágrafos primeiro e segundo ao art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Assim, após anos de debates doutrinários e de incerteza jurisprudencial sobre a possibilidade do Poder Público se submeter à via arbitral, positivou-se o que, aparentemente vinha sendo a tendência contemporânea, inclusive no direito comparado<sup>6</sup>. E apesar de se tratar de evolução legislativa recente, Marcelo Escobar<sup>7</sup> destaca que a sujeição do Poder Público à arbitragem se mistura com a própria história do país, desde o seu descobrimento.

Em interessante cronologia fático-normativa, o autor menciona diversos diplomas legais em que foi prevista a arbitragem, dos quais destaca-se as Ordenações Filipinas, a Constituição de 1824, o Código Comercial de 1850<sup>8</sup> e o Regulamento das Alfândegas (Decreto nº 2.647/1860), que inclusive possibilitava a arbitragem para três matérias tributárias específicas<sup>9</sup>.

Ao longo do estudo, Escobar narra episódios em que o Brasil se sujeitou à arbitragem internacional ao longo do século XIX, como no caso da guerra entre Brasil e Paraguai, além de interessante episódio de arbitragem, iniciada em 1919, entre os Estados de Mato Grosso e Goiás, envolvendo discussão territorial<sup>10</sup>.

Do contexto histórico, se nota uma ampla utilização da arbitragem pela Administração Pública, com previsão expressa nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, tradição que restou enfraquecida com os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, sobretudo porque o último condicionava os efeitos do laudo arbitral à homologação judicial.

Dando continuidade ao estudo, o autor lista, cronologicamente, vasta legislação esparsa que

6 ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem e Administração Pública: um panorama global**. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n. 1, p. 01-31, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p01-31>. Acesso em: 01 set. 2022

7 ESCOBAR, Marcel Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 98.

8 *Ibid.*, p. 76-102.

9 *Ibid.*, p. 107.

10 *Ibid.*, p. 96-131.

acabou por resgatar o prestígio do uso da arbitragem pelo Poder Público, das quais destacam-se a Lei Federal nº 5662/71 (BNDES), a Lei RJ nº 1481/89 (Concessões de Serviços e Obras Públicas no Rio de Janeiro), a Lei SP nº 7835/92 (Concessões de Obras e Serviços Públicos em São Paulo), a Lei Federal nº 8987/95 (Concessões), a Lei Federal nº 9478/97 (Petróleo), a Lei Federal 10.233/01 (Concessão de Transporte), e recentemente, a pioneira Lei Mineira de Arbitragem na Administração Pública nº 19.477/11, dentre outras<sup>11</sup>.

Interessante frisar que na preparação da Copa do Mundo de 2014, diversas obras foram realizadas e vários contratos entabulados, tendo os Estados do RJ, MG, PE, BA e RN previsto expressamente a arbitragem para eventuais controvérsias na execução dos contratos<sup>12</sup>.

Entretanto, apesar da rica história do uso da arbitragem na Administração Pública, parte da doutrina tradicional administrativista sempre foi resistente ao uso do instituto em âmbito público, como o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup>, para o qual qualquer causa ou interesse que gravita em torno dos serviços públicos de maneira ampla, assim como os conflitos que deles derivem, só poderiam ser decididos pelo Poder Judiciário<sup>14</sup>.

Neste sentido, cumpre esclarecer que os obstáculos impostos para deslegitimar a arbitragem pelo Poder Público costumam estar ligados ao princípio da legalidade, da inafastabilidade da jurisdição e da indisponibilidade do interesse público.

Quanto à legalidade, a introdução do §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), em tese, pôs fim à discussão<sup>15</sup>. Ainda que se tenha optado por um conteúdo normativo enxuto, com caráter de generalidade, a norma esclarece a licitude da convenção de arbitragem e aponta a autoridade competente para sua celebração, evitando invadir a autonomia dos entes federativos, que possuem competência para estabelecer seu regramento administrativo-procedimental.

No que tange a inafastabilidade da jurisdição, há um aparente movimento de ressignificação do princípio insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que vem afastando o suposto monopólio da jurisdição estatal e modernizando a concepção do direito de acesso à justiça<sup>16</sup>. Neste diapasão, entende-se que a Carta Magna estabeleceu uma garantia fundamental do indivíduo em desfavor do legislador, vedando que este simplesmente proíba o cidadão de acessar o judiciário para proteger seus direitos, *não se tratando, por outro lado, de uma cláusula de universalidade da justiça estatal judiciária*<sup>17</sup>.

Aliás, como dito, é exatamente esta a válvula de abertura do modelo multiportas, que tem por

11 *Ibid.*, p. 131-156.

12 *Ibid.*, p. 197-207.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2014. p. 734.

14 Vale mencionar, no mesmo sentido, a Professora Lúcia Valle Figueiredo. VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

15 Quanto à arbitragem tributária, especificamente, há discussão na própria doutrina especializada quanto à necessidade de lei específica para a sua efetiva aplicação.

16 Neste sentido, AI nº 52.181/GB (famoso “Caso Lage”). STF. 14/11/1973. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>. Acesso em: 29 abr. 2022 e REsp 904.813-PR. STJ. 20/10/2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200600381112&dt\\_publicacao=28/02/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012). Acesso em: 29 abr. 2022.

17 Ver, neste sentido, SE nº 5206 AgR. STF. 12/12/2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 29 abr. 2022.

base o direito de acesso à justiça, em sua essência, como o direito de buscar a resolução efetiva dos conflitos da forma mais adequada ao caso concreto, se valendo de outras portas, dentro ou fora da justiça estatal.

Com relação à indisponibilidade do interesse público, é sabido que este tema gerou intensos debates nas últimas décadas a respeito da diferenciação entre interesses públicos primários, indisponíveis e secundários (derivados ou fazendários), disponíveis<sup>18</sup>.

Diversos autores vêm aprofundando e ressignificando os paradigmas a respeito da clássica distinção entre interesses públicos primários e secundários em suas obras, dentre as quais destacam-se: *Mutações do Direito Administrativo*<sup>19</sup>, *Interesse Público e Subsidiariedade*<sup>20</sup> e a *Teoria Geral do Direito Administrativo como Sistema*<sup>21</sup>.

Embora os debates atuais venham se aprofundando e sofisticando a referida classificação<sup>22</sup>, é certo que a Lei nº 9307/1996, ao permitir o uso da arbitragem pela Fazenda Pública para direitos patrimoniais disponíveis, adotou como válida a mencionada classificação, afastando a ideia da absoluta indisponibilidade do interesse público e reconhecendo a existência de direitos, em âmbito público, disponíveis e, por corolário, arbitráveis<sup>23</sup>.

É válido, portanto, o raciocínio de que os conflitos e impasses gerados no âmbito dos interesses públicos secundários, fazendários ou derivados, ao menos em tese, segundo a Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/1996), são passíveis de resolução pela via arbitral.

Parte da doutrina, porém, pondera acerca da divisão entre interesses públicos primários e secundários, sob o fundamento de que os interesses públicos derivados sempre devem ter como finalidade, necessariamente, a melhor consecução dos próprios interesses públicos primários, o que atrairia certa dificuldade para a identificação mais precisa dos direitos e interesses que, de fato, seriam disponíveis<sup>24</sup>. Por esse motivo, se pode concluir que o debate atual evoluiu do *se* - é possível a via arbitral - para *o que* pode ser objeto da arbitralidade pública.

À esta altura, a também clássica definição de atos de gestão e atos de império tem grande utilidade<sup>25</sup>, posto que, no caso dos primeiros, a Administração Pública atua como se particular fosse, ou seja, seriam interesses, em regra, transacionáveis, contratualizáveis, e, portanto, disponíveis.

Trazendo estas ideias para a realidade da arbitragem, Carlos Henrique Machado é assertivo ao

18 Reflexões modernas a respeito da clássica distinção entre interesse público primário e secundário podem ser encontradas em obras como: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

20 GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

21 SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2003.

22 O tema é extremamente rico e demandaria um estudo específico e apartado. Podemos mencionar, ainda, artigo do Professor Gustavo Binenbojm. BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 1, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>. Acesso em: 29 abr. 2022.

23 Já há muito, o saudoso mestre Pontes de Miranda afirmava que o Estado pode figurar como particular em suas avenças, ocasião em que não se aplica o rigor do regime de direito público: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 319.

24 MELLO, *op. cit.*, p. 67.

25 MOREIRA NETO, *op. cit.* p. 279.

destacar que “a questão da patrimonialidade, que caracteriza os direitos disponíveis arbitráveis, possui uma relação com os interesses cujo objeto se reveste de algum conteúdo econômico ou expressão monetária”<sup>26</sup>. Em posição que a esta se complementa, Marcelo Ricardo Escobar entende que, referente à Administração Pública, “nos casos em que tem permissão para contratar, tem também a faculdade de submeter as controvérsias advindas dos objetos contratados à arbitragem”<sup>27</sup>.

Logo, seriam arbitráveis os direitos e interesses públicos que tenham conteúdo econômico/patrimonial e para os quais seja permitida a via consensual.

Neste ponto, cumpre destacar que algumas das grandes vantagens da arbitragem seriam: a celeridade, a tecnicidade das decisões, a flexibilidade dos procedimentos, a maior participação das partes e o menor grau de beligerância. Tais características estão em perfeita sintonia com a finalidade precípua do modelo multiportas, que é a busca por harmonia social e facilitação do acesso à justiça (que pressupõe solução em tempo razoável).

Assim, a análise que se pode extrair é a de que o acesso a decisões justas, técnicas e céleres, ainda que eventualmente desfavoráveis ao Poder Público, se alinha muito mais ao interesse da coletividade do que a defesa incessante e irracional de interesses patrimoniais ilegítimos.

A própria ascensão da Análise Econômica do Direito vem inserindo importantes noções de eficiência econômica, custos de transação, racionalidade e análise de externalidades, que proporcionam maior concretude ao princípio constitucional da eficiência, ressignificando os postulados derivados da ideia da indisponibilidade do interesse público<sup>28</sup>.

Ora, pode até haver interesse de igual envergadura, mas aparentemente não há interesse público primário maior do que a confiança de que a Administração Pública será eficiente, de que agirá conforme o Direito, e mais, de que o fará cumprir.

É este o intuito da inserção da arbitragem pública na *práxis* jurídica, permitir que, para situações adequadas, se abra uma “nova porta” de acesso à justiça, complementar, alternativa e harmônica à porta da justiça estatal, viabilizando que determinados conflitos se resolvam por meio de decisões (potencialmente) técnicas e céleres, o que se alinha ao princípio constitucional da eficiência e ainda pode contribuir com o desafogamento do judiciário, circunstância que, a longo prazo, tende a possibilitar o aprimoramento da própria entrega jurisdicional.

A arbitragem é, portanto, um pilar importante do movimento de desjudicialização e de ascensão do sistema multiportas em âmbito público, que se coaduna com a modernização da estrutura e do funcionamento da Administração Pública, que cada vez mais se aproxima dos atores privados e dos hodiernos conceitos de gestão, governança e eficiência.

Pertinente mencionar que, ainda em 2011 (antes, portanto, da alteração na Lei de Arbitragem), o Estado de Minas Gerais, de forma pioneira, editou a Lei nº 19.477/2011, que “Dispõe sobre a adoção do

26 MACHADO, Carlos Henrique. **Modelo multiportas no direito tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 127.

27 ESCOBAR, *op. cit.*, p. 92.

28 CALIENDO, Paulo. **Direitos Fundamentais, Direito Tributário e análise econômica do Direito**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 3, n. 7, p. 203-222, 30 jun. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/df.v3i7.486>. Acesso em: 29 abr. 2022.

juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte”.

Disruptiva, a lei acabou consolidando a arbitralidade subjetiva do Estado mineiro, definindo os procedimentos e os requisitos necessários para a sujeição do ente público à arbitragem, destacando-se a obrigatoriedade de “órgão arbitral institucional” (art. 4º) e a possibilidade de instauração, sempre voluntária e vinculada a um contrato, por meio de cláusula ou compromisso arbitral (art. 8º).

Verifica-se ainda a existência do Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, cujo objetivo foi estabelecer regras procedimentais para a adoção da arbitragem envolvendo aquele ente público, o que teve por origem estudos realizados por Grupo de Trabalho criado no âmbito de sua Procuradoria-Geral do Estado (PGE). Vale destacar o parágrafo único do art. 1º, “Entende-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários”.

Outro ente que regulamentou o uso da arbitragem foi o Estado de São Paulo, por meio do Decreto nº 64.356/2019, em que, como no Rio de Janeiro, se atribuiu importantes funções à PGE, como a possibilidade de o Procurador Geral celebrar compromisso arbitral, aprovar a seleção de árbitros, além da criação da Assistência de Arbitragens na estrutura do contencioso daquele órgão<sup>29</sup>.

A nível federal, o que se tem notícia é a criação do Núcleo Especializado de Arbitragem (NEA) no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Portaria AGU nº 320/2019, que regulamentou a atuação da Instituição no assessoramento jurídico e contencioso arbitral quando a União figurar como parte ou interessada.

Por fim, importante mencionar a existência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), criada inicialmente para solução de controvérsias entre os órgãos federais, mas cujo campo de atuação foi ampliado, para incluir potenciais conflitos entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados e dos Municípios. Após análise pormenorizada dos diversos atos normativos federais, Marcelo Ricardo Escobar chega à conclusão de que “...a arbitragem foi prevista no âmbito do CCAF, mas a sua operacionalização ainda carece de regulamentação”<sup>30</sup>, e ainda, de que “... há a possibilidade de arbitramento de questões tributárias no âmbito do CCAF...”<sup>31</sup>.

Por tudo que foi dito até aqui, é seguro afirmar que a arbitragem envolvendo a Administração Pública é uma realidade em expansão, tratando-se de alternativa alinhada às tendências contemporâneas do Direito Administrativo e do Direito Processual, o que vem abrindo cada vez mais espaço para as discussões em torno da viabilidade e aplicabilidade da arbitragem também em matéria tributária.

### 3. A QUESTÃO DA (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Como visto, o §1º, do art. 1º, da Lei de Arbitragem (Lei 9307/1996), condiciona a arbitragem da Fazenda Pública aos “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Portanto, a análise da via-

29 Em atualização da pesquisa, constatamos que o Estado do RS também regulamentou a arbitragem, por meio do Decreto nº 55.996/2021.

30 ESCOBAR, *op. cit.*, p. 261.

31 *Ibid.*, p. 254.

bilidade da arbitragem tributária passa, necessariamente, pela seguinte pergunta: o crédito tributário é um direito patrimonial disponível?

Embora possa soar estranho, é provável que a resposta seja positiva<sup>32</sup>.

O crédito tributário, em regra, representa um direito patrimonial, de interesse público secundário, cuja finalidade é fornecer meios para que o Estado, em sentido amplo, tenha condições financeiras de atender aos interesses (primários) da coletividade<sup>33</sup>. Já a sua disponibilidade, em si, é premissa tomada pelo Sistema Tributário Nacional, ao prever a possibilidade, por exemplo, de isenção, remissão, anistia, parcelamento e transação.

O que é necessário compreender é que, a referida disponibilidade não recai diretamente sobre a autoridade administrativa ou qualquer agente público, para que de forma discricionária, a seu bel prazer, disponha do crédito público, mas à legislação tributária, que se conformando à Carta Magna e às normas gerais de direito tributário, especialmente ao princípio da isonomia e da capacidade contributiva, poderá, atendidas as condições impostas pelo Sistema Tributário Nacional, prever situações e instrumentos em que haja margem para disposição racional e justificável do crédito tributário.

Logo, o crédito tributário é disponível, o que não significa que o agente público possa dele dispor, livre e indiscriminadamente.

Ora, na prática, conforme esclarecido, já se reconhece e se legitima a disponibilidade do crédito tributário por diversos institutos existentes e consagrados, como o parcelamento, a transação tributária e outros benefícios fiscais que implicam, inclusive, em renúncia de receita. Tais instrumentos, porém, devem estar em conformidade com os princípios e garantias fundamentais, sobretudo a isonomia, a impessoalidade, a moralidade, e até mesmo a proporcionalidade.

Portanto, há margem de disponibilidade do crédito tributário, residindo o desafio na dificuldade de se estabelecer as condições e limites que possibilitem encontrar o ponto ótimo (ou equilíbrio) entre perseguir a eficiência (implementando, por exemplo, a arbitragem), sem se descuidar dos outros princípios e garantias fundamentais.

Por outro lado, como se sabe, o Código Tributário Nacional, em seu art. 3º, estabelece que o tributo deve ser cobrado “...mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Todavia, ao que parece, eventual indisponibilidade decorrente de tal dispositivo, recai exclusivamente sobre a atividade de cobrança, sobre o *iter* tributário, ou seja, identificada a ocorrência do fato gerador, surge a obrigação tributária, que é formalizada pelo lançamento e constitui o crédito tributário, o que culmina com a inscrição em dívida ativa (percorridos outros atos do procedimento administrativo fiscal) e com o início da cobrança, administrativa (por meio do protesto, por exemplo) e/ou judicial (por meio da execução fiscal)<sup>34</sup>.

Assim, a ideia do dispositivo, presumidamente, seria afastar a discricionariedade do agente público quanto ao fluxo procedimental que deve se desenvolver com o surgimento da obrigação tributária

32 Neste sentido: TORRES, Heleno. **Princípios da segurança jurídica e transação em matérias tributária. Os limites da revisão administrativas dos acordos tributários.** In: TORRES, Heleno. *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 300-301 e RÓDRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Justiça multiportas e advocacia pública** 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 36.

33 MENDONÇA, Priscila Faricelli. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 82.

34 TORRES, *op. cit.*, p. 300.

e que culmina com a atividade de cobrança.

À esta altura, vale destacar que até mesmo a vinculatividade das fases do procedimento de cobrança vem sendo relativizada, tendo em vista que, atualmente, é comum que as legislações dos municípios e estados prevejam, por exemplo, um valor mínimo para inscrição em dívida ativa e ajuizamento da execução fiscal.

À título de demonstração, se pode citar a Lei Baiana nº 13.279/2017, que autoriza o não ajuizamento de execuções fiscais abaixo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e prevê a possibilidade de o Procurador do Estado desistir de execuções fiscais, independentemente do valor, em diversas hipóteses e atendidas condições específicas, sem renúncia do crédito tributário.

Retorna-se, neste ponto, a frisar que, o fato de o crédito tributário ser *disponível*, não quer dizer que ele pode ser *disposto* pelo agente público, indiscriminadamente.

Aliás, no caso da arbitragem tributária, embora se exija que os direitos sejam disponíveis, o seu uso não implica em disposição do crédito tributário. Muito pelo contrário, o que se pretende é o acesso a decisões técnicas e céleres que, para casos adequados, aprimorem a relação Fisco/contribuintes, permitindo soluções mais dialógicas, e em menor tempo, do que as disponíveis na atividade jurisdicional, facilitando a própria recuperação de ativos fiscais quando a decisão for favorável ao Fisco, dada a definitividade, celeridade e provável maior voluntariedade no cumprimento da decisão arbitral.

Assim, não se estará dispondo do crédito tributário, mas apenas se submetendo, em situações específicas, à decisão de terceiro imparcial, necessariamente qualificado para tanto, que resolverá a lide, com base no direito, com definitividade.

Deste modo, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, ao que tudo indica não há qualquer vedação no ordenamento jurídico nacional para que a arbitragem em matéria tributária seja levada a efeito, sendo importante o debate para que sejam delineados os contornos e os limites do instituto.

#### **4. DO PANORAMA ATUAL DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL.**

É pública e notória a crise pela qual passa o contencioso fiscal brasileiro, seja pelo enorme acervo das ações tributárias, seja pelo seu alto índice de congestionamento.<sup>35</sup>

Atento à esta realidade, o CNJ vem fomentando, nos últimos anos, a consolidação do uso dos meios adequados de resolução de conflitos em matéria tributária, o que culminou com a publicação da recente Resolução nº 120, de 28 de outubro de 2021, em que o órgão “Recomenda o tratamento adequado de conflitos de natureza tributária, quando possível pela via da autocomposição, e dá outras providências”.

Na referida Resolução, o CNJ incluiu a arbitragem no “microsistema normativo de métodos adequados de tratamento de conflitos”, tendo recomendado expressamente o seu uso pelos magistrados para as demandas em curso (art. 1º, §1º, II, da Resolução CNJ nº 120/2021).

Como se nota, muito mais do que juridicamente viável, a arbitragem fiscal vem se tornando

<sup>35</sup> O relatório Justiça em Números 2021 indica a existência de 26,8 milhões de execuções fiscais tramitando no âmbito do Poder Judiciário e uma taxa de congestionamento de 87,3%. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

uma realidade cada vez mais iminente no ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica a ampliação e qualificação do debate em torno de sua aplicabilidade.

A rigor, ao que se pode observar, seria despicienda a aprovação de uma lei geral nacional que permita, especificamente, o uso da arbitragem tributária, sendo, em tese, possível sua utilização a partir da cláusula geral constante do art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem (Lei 9307/1996)<sup>36</sup>.

Para Escobar, desnecessária a previsão em norma geral, pois “Sistemicamente temos a inequívoca equiparação da sentença arbitral à hipótese prevista no art. 156, X, do CTN, pois, tanto a LBA (art. 31), quanto o CPC (515, inciso VII), equiparam a sentença arbitral ao título executivo judicial, ou seja, à decisão judicial transitada em julgado.”<sup>37</sup>. Nesta linha de raciocínio, dado o status legal atribuído à sentença arbitral, defensável a possibilidade de implementação da arbitragem tributária a partir da legislação existente.

Por outro lado, é possível presumir que a previsão em lei específica traria mais segurança jurídica, tanto aos representantes da Fazenda Pública, quanto aos particulares, dando mais robustez ao uso do instituto<sup>38</sup>.

Neste sentido, cumpre destacar a existência do Projeto de Lei Complementar nº 469/2009<sup>39</sup>, cujo objeto inclui alterar o CTN para prever expressamente a arbitragem tributária, incluindo-a dentre as hipóteses de extinção do crédito tributário.

Curioso notar que o referido Projeto foi proposto ainda em 2009, muito antes de se intensificarem os debates em torno da arbitragem em matéria fiscal, o que talvez seja um dos motivos pelos quais, embora tenha sido aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços da Câmara dos Deputados (CDEIC), não tenha evoluído adequadamente, estando na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) desde 2011. Desejável, porém, que o projeto tramite em paralelo às outras proposições existentes, de modo a possibilitar um regramento racional e homogêneo.

A despeito da existência do referido projeto, uma alternativa capaz de dar imediata aplicabilidade à arbitragem tributária, com segurança jurídica para os atores envolvidos, é a regulamentação diretamente pelos próprios entes tributantes, com base na competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da CF/88).

Tratar-se-iam, portanto, de normas administrativas procedimentais, internas, que poderiam detalhar as competências e as hipóteses aplicáveis, sempre com a necessária observância das regras já positivadas na Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), sem invasão da competência federal para legislar em matéria processual. Tal solução, aliás, vem sendo utilizada pelos entes federativos no âmbito da arbitragem pública em geral, conforme os mencionados atos normativos dos estados de MG, RJ e SP.

Neste ponto, vale mencionar o precedente do Tribunal de Justiça de SP, na Ação Declaratória

36 Neste sentido: ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. **Viabilização da arbitragem tributária por ato administrativo**. In: ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. Estudos de arbitragem e transação tributária. São Paulo: Almedina, 2021. p. 169-192.

37 ESCOBAR, Marcel Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017.

38 Nesta linha de pensamento: MASCITTO, Andrea. **Requisitos institucionais para a arbitragem entre Fisco e Contribuintes no Brasil: Necessidade de norma geral**. In: MASCITTO, Andrea. Arbitragem Tributária: Desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

39 PLP 469/2009, Projeto de Lei Complementar, (Brasil). Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431262](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431262). Acesso em: 29 abr. 2022.

de Inconstitucionalidade de nº 2212809-43.2019.8.26.0000, que, ao apreciar lei municipal de Ribeirão Preto, de iniciativa parlamentar, alçou a arbitragem como meio preferencial de solução de controvérsias tributárias, mas declarou o dispositivo inconstitucional, por vício de iniciativa<sup>40</sup>. Embora o acórdão tenha declarado a inconstitucionalidade formal, tomou como premissa a legitimidade do instituto, mesmo em âmbito fiscal, passando a analisar a competência com base na Lei de Arbitragem, chegando o Relator Des. Renato Sartorelli a destacar a importância deste meio de solução de conflitos.

Também em âmbito local, verifica-se a existência do Projeto de Lei nº 531/2020, de autoria do deputado estadual Xuxu Dal Molin, em que se pretende instituir a arbitragem tributária no Estado do Mato Grosso<sup>41</sup>.

A nível nacional, ressalvado o já mencionado PLP nº 469/2009, atualmente existem 2 (dois) projetos de lei em trâmite no Senado Federal sobre o tema.

O primeiro é o PL nº 4257/2019, de autoria do Sen. Antonio Anastasia, em que se propõe a arbitragem para hipóteses em que já ajuizada a execução fiscal<sup>42</sup>, tendo como grande mérito, a inserção definitiva das discussões sobre o tema no Congresso Nacional, o que proporcionou, inclusive, a realização de Audiências Públicas, aprofundando o debate.

Por outro lado, por se restringir à fase judicial do contencioso e exigir a garantia da execução fiscal, o projeto limitou bastante a utilização do instituto, o que é, de certa forma, até compreensível, haja vista que o objetivo central da proposta é a de realizar alterações pontuais na Lei de Execução de Fiscal (LEF - Lei nº 6830/1980), de modo a modernizar e aperfeiçoar a recuperação fiscal, prevendo a possibilidade de execução extrajudicial/administrativa da dívida ativa e opção do contribuinte pela via arbitral para julgamento dos Embargos à Execução.

A despeito dos méritos atribuíveis, o modelo de fato restringe demasiadamente a arbitragem tributária, sendo ainda criticado por representar uma alternativa cujo foco central não foi uma aproximação da relação Fisco/contribuintes, tendo sido, aparentemente, uma tentativa de acelerar a recuperação dos créditos fiscais.

A proposta está em estágio avançado no Senado, tendo sido proposto substitutivo pelo Sen. Tasso Jereissati, com alguns aprimoramentos, como a previsão de suspensão da execução fiscal em caso de opção pelo juízo arbitral e o reforço da restrição do controle judicial.

A segunda proposição diz respeito ao PL nº 4468/2020, de lavra da Sen. Daniella Ribeiro, e sugere a implantação de uma arbitragem especial tributária para resolver possíveis conflitos anteriores à constituição do crédito tributário<sup>43</sup>. A ideia geral foi criar uma arbitragem especial, por lei ordinária específica, apartada da Lei de Arbitragem, com procedimentos próprios, como uma espécie de modelo de contencioso tributário limitado ao momento anterior à constituição do crédito fiscal.

40 ADI nº 2212809-43.2019.8.26.0000. TJSP. 13/05/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;-jsessionid=37DC6F6C5193CBA384636D24596FFD42.cjsg2>. Acesso em: 29 abr. 2022.

41 Projeto de lei nº 531/2020 Dep. Xuxu Dal Molin - Protocolo nº 3754/2020 - Processo nº 831/2020. ALMT. Disponível em: [www.al.mt.gov.br/proposicao/cpdoc/80652/visualizar](http://www.al.mt.gov.br/proposicao/cpdoc/80652/visualizar). Acesso em: 29 abr. 2022.

42 Projeto de Lei nº 4257, de 2019. Senado Federal. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914). Acesso em: 29 abr. 2022.

43 Projeto de Lei nº 4468, de 2020. Senado Federal.. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536). Acesso em: 29 abr. 2022.

Também acabou restringindo bastante o instrumento, pois a finalidade seria apenas a de prevenção de eventuais conflitos sobre matérias de fato. Por outro lado, teve o cuidado de afastar da via arbitral discussões sobre constitucionalidade, lei em tese e vedou decisões contrárias aos precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC/2015.

O projeto estabelece regras procedimentais, regulando o compromisso arbitral, a escolha dos árbitros, os requisitos da decisão e as restritas possibilidades de controle judicial. Entretanto, a proposição acaba desvinculando a arbitragem especial tributária do regramento geral da arbitragem, não havendo qualquer remissão à Lei 9.307/1996, que, categoricamente, deveria ser mantida como fonte primária.

Tal proposição encontra-se em fase inicial de tramitação, mas assim como o anterior, segue o rito abreviado, podendo ser aprovado com o mero exame das Comissões.

Como destacado brevemente, ambos os projetos têm suas vantagens e desvantagens, sendo desejável que sejam apensados para discussão e análise conjunta, sobretudo para ampliar o escopo material da arbitragem tributária, que parece ser útil não só na fase anterior à constituição do crédito tributário, mas em todos os momentos, desde a fiscalização, para dirimir questões de fato e de interpretação dos elementos da hipótese de incidência tributária, até o momento do contencioso fiscal.

Exatamente nesta linha de raciocínio, foi divulgado, recentemente, no dia 06/09/2022, o Relatório Final da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que dinamizem, unifiquem e modernizem o processo administrativo e tributário nacional, instituída pelo Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal n. 01/2022<sup>44</sup>.

A referida Comissão foi presidida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, tendo sido subdividida em duas subcomissões, a do Processo Administrativo e a do Processo Tributário, tendo esta última abordado a arbitragem tributária de forma ampla.

Na primeira parte do Relatório, foram sugeridas “normas gerais de prevenção de litígios, consensualidade e processo administrativo em matéria tributária”, dentre as quais se propõe a alteração do CTN, para incluir a instauração da arbitragem tributária como causa de suspensão do crédito tributário e da sentença arbitral como causa de sua extinção, além da inclusão de um novo dispositivo, com a seguinte redação:

Art. 171-A. A Lei autorizará a arbitragem para, prioritariamente, promover a prevenção do litígio e, subsidiariamente, a resolução no contencioso administrativo e jurisdicional de controvérsias tributárias.

Parágrafo único. A sentença arbitral será vinculante e produzirá os mesmos efeitos que a decisão judicial.

Já na segunda parte do referido Relatório, a subcomissão propõe um “anteprojeto de lei ordinária de arbitragem em matéria tributária e aduaneira”, que regulamenta a arbitragem fiscal de forma abrangente, em 11 (onze) capítulos, no intuito de autorizar amplamente a submissão de controvérsias tributárias à arbitragem, como mais uma porta para a solução de conflitos, por meio de norma geral, de caráter nacional, aplicável a todos os entes públicos.

Como pontos de destaque, mencionou-se a assertiva escolha pela aplicação subsidiária da Lei

<sup>44</sup> Relatório Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9198204&ts=1662471328151&disposition=inline>. Acesso em: 15 set. 2022.

de Arbitragem, preservada como fonte primária, além da garantia da consensualidade/voluntariedade como pilar da arbitralidade.

Além disso, optou-se por possibilitar a arbitragem em qualquer fase da existência do crédito público, desde a ciência do auto de infração até a sua judicialização. Por outro lado, previu-se relevantes vedações, como o julgamento por equidade e da discussão relativa à controle de constitucionalidade e de lei em tese.

Ressalta-se, ainda, a imposição de observância dos precedentes obrigatórios, sobretudo do art. 927 do CPC/2015, e a previsão de pagamento, em caso de condenação do ente público, por precatório ou via compensação.

O recente Relatório foi capaz de consolidar os aspectos sensíveis e os pontos de consenso do debate a respeito da arbitragem tributária, inclusive absorvendo o que há de mais positivo nos projetos de lei existentes.

Embora ainda exista um caminho longo a ser trilhado, sobretudo no Congresso Nacional, as referidas proposições, sem dúvida, representam um salto positivo na perspectiva do instituto, tornando iminente a sua implementação, razão pela qual deverá a Advocacia Pública estar preparada para assumir o protagonismo em sua concretização legítima.

Portanto, da análise dos anteprojetos e projetos de lei existentes a respeito da arbitragem tributária, resta claro o amadurecimento do debate, o que refletiu na amplitude e na sofisticação das proposições, tornando cada vez mais iminente a regulamentação efetiva do instituto, que pode representar uma evolução relevante no acesso à justiça fiscal, um meio verdadeiramente adequado de solução de controvérsias e um avanço real na modernização da recuperação fiscal.

## CONCLUSÃO

A justiça multiportas vem se consolidando de forma gradativa no ordenamento jurídico brasileiro, por iniciativas diversas, tanto do Conselho Nacional de Justiça, como do Poder Legislativo, o que vem proporcionando uma ressignificação do direito de acesso à justiça.

Dada a realidade da atividade jurisdicional no país, que tem um Poder Judiciário extremamente assoberbado, num contexto de crescimento de demandas repetitivas e um ambiente de cultura altamente demandista, é fundamental que o desenvolvimento dos meios adequados de solução de controvérsias tenham a Administração Pública como um dos elementos centrais, seja no incentivo, seja na efetiva participação, como parte litigante, sendo o contencioso tributário um dos pontos cruciais da necessária mudança de paradigma rumo à desjudicialização.

Um dos modernos e possíveis instrumentos do sistema multiportas em âmbito tributário é justamente a arbitragem, cujas discussões se intensificaram com a positivação de sua possibilidade no âmbito do Poder Público, para direitos patrimoniais disponíveis.

No que tange a arbitralidade tributária, a disponibilidade do crédito fiscal vem sendo mais bem

compreendida, tratando-se de obstáculo já superado, na prática, pela evolução normativa de outros instrumentos, como a transação tributária.

Embora a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9307/1996), em tese, possa alicerçar, por si só, a aplicação da arbitragem tributária, diversos projetos de lei vêm sendo propostos, com diferentes modelos, mas sempre com o objetivo de tentar atribuir maior segurança jurídica à sua utilização.

Com a evolução do tema, o recente Relatório elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal n. 01/2022 apresentou propostas de alteração do Código Tributário Nacional e proposição de anteprojeto de lei amplo, de caráter nacional, que foi capaz de consolidar os pontos positivos dos projetos anteriores e sistematizar os aspectos de consenso das discussões, trazendo grande concretude à perspectiva da arbitragem tributária e aproximando a sua regulamentação da realidade.

É certo que o trabalho da Comissão de Juristas proporcionará a otimização dos debates - que deve contar com o protagonismo da Advocacia Pública - e pavimentará o caminho para uma alternativa que, além de trazer maior segurança jurídica, possibilite que a arbitralidade em matéria fiscal auxilie efetivamente no aprimoramento da relação entre os contribuintes e o Fisco, sendo mais um instrumento de pacificação social, de ampliação do acesso à justiça tributária e de racionalização da recuperação fiscal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem e Administração Pública: um panorama global**. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n. 1, p. 01-31, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p01-31>. Acesso em: 01 set. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 1, 23 jan. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CALIENDO, Paulo. **Direitos Fundamentais, Direito Tributário e análise econômica do Direito**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 3, n. 7, p. 203-222, 30 jun. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v3i7.486>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à lei no. 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. **Viabilização da arbitragem tributária por ato administrativo**. In: ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. Estudos de arbitragem e transação tributária. São Paulo: Almedina, 2021.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil)**. Revista Brasileira de Direito

Constitucional, n. RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, 2007. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada\\_Pellegrini\\_Grinover.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf). Acesso em: 27 abr. 2022.

MACHADO, Carlos Henrique. **Modelo multiportas no direito tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

MASCITTO, Andrea. **Requisitos institucionais para a arbitragem entre Fisco e Contribuintes no Brasil: Necessidade de norma geral**. In: MASCITTO, Andrea. Arbitragem Tributária: Desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, Priscila Faricelli. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 475 p. ISBN 9798571475952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Justiça multiportas e advocacia pública** 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. **La teoria general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2003.

TORRES, Heleno. **Princípios da segurança jurídica e transação em matérias tributária. Os limites da revisão administrativas dos acordos tributários**. In: TORRES, Heleno. Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

**PUBLICIDADE VEDADA NO PERÍODO ELEITORAL E A  
DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO A CADA PLEITO  
ELEITORAL DE CAMPANHAS CONSTANTES JÁ AUTORIZADAS  
ANTERIORMENTE PELA JUSTIÇA ELEITORAL**

**PROHIBITED ADVERTISING IN THE ELECTORAL PERIOD  
AND THE NO NEED FOR AUTHORIZATION TO EVERY  
ELECTORAL CLAIM OF CONSTANT CAMPAIGNS ALREADY  
AUTHORIZED PREVIOUSLY BY ELECTORAL JUSTICE**

*Fabiola Marquetti Sanches Rahim<sup>1</sup>.*

**RESUMO**

O presente Artigo tem por escopo estudar a publicidade institucional vedada no período eleitoral, no sentido de demonstrar que as campanhas regulares e de calendário pré-fixado que já se submeteram à análise da Justiça Eleitoral, não precisam ser submetidas a cada eleição à nova aprovação, pois é preciso conformar os objetivos da Lei 9.504/1997 aos princípios constitucionais da Administração Pública da economicidade, publicidade e eficiência e o princípio constitucional de direito à informação. O desenvolvimento está direcionado à solução de 3 questões: a motivação da vedação e bens protegidos; a evolução social e a interpretação da norma eleitoral; e a necessidade de adequação da norma à realidade da Administração Pública e da Justiça Eleitoral de maneira a otimizar os trabalhos realmente essenciais durante o pleito eleitoral. Trata-se de um Artigo construído através do método de pesquisa bibliográfico, por meio de Leis, normas, doutrinas e artigos vinculados ao tema escolhido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Eleições 1; Direito Eleitoral 2; Publicidade 3; Vedação 4; Eficiência 5.

**ABSTRACT**

The purpose of this Article is to study advertising banned in the electoral period, in order to demonstrate that regular campaigns and a fixed schedule which have already been submitted to the analysis of the Electoral Justice, do not need to be submitted to each election for new approval, as it is necessary to conform the objectives of Law 9.504 to the constitutional principles of Public Administration of economy, publicity and efficiency and the constitutional principle of the right to information. The development is directed to the solution of 3 questions: The motivation of the fence and protected goods; social evolution and the interpretation of electoral norms; and the need to adapt the rule to the reality of public administra-

<sup>1</sup> **RAHIM, Fabiola Marquetti Sanches.** Pós-graduada em Regime Próprio de Previdência e Pós-graduada em Direito Eleitoral da Faculdade ISNTED. Ex-Promotora de Justiça do Mato Grosso (2004). Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul (2005-presente). Procuradora-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (2019-2022).

tion and electoral justice in order to optimize the really essential works during the electoral election. It is an Article constructed using the bibliographic search method, through Laws, norms, doctrines and articles linked to the chosen theme.

**KEYWORDS:** *Elections 1; Electoral Law 2; Advertising 3; Sealing 4; Efficiency 5.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Propaganda ou publicidade política. 1.1 Propaganda ou publicidade institucional em período eleitoral e suas vedações. 2. Princípios da Administração Pública aplicados em face à Lei n.º 9.504/97. 3. A desnecessária autorização, a cada pleito eleitoral, de campanhas constantes, autorizadas anteriormente pela própria Justiça Eleitoral. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito Eleitoral é um dos ramos que sofrem constantes modificações, especialmente quanto às regras que regem o funcionamento do processo eleitoral. Basicamente, a cada dois anos, já se espera que haja alterações. As constantes mudanças não atingem somente os candidatos, mas também o Estado e a Administração Pública. Desse modo, visando alcançar o objetivo pretendido no presente estudo, utilizar-se-ão três títulos com temas conexos para trazer a visão pretendida por esta Autora.

No **primeiro** título, adentrar-se-á na temática “propaganda ou publicidade institucional ou governamental em período eleitoral”, trazendo a concepção legal e a posição dos tribunais quanto a sua aplicação. No **segundo**, far-se-á uma análise hermenêutica sobre os princípios constitucionais da administração pública aplicados à Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições).

E, por fim, no **terceiro** e último, pretende-se fazer uma análise sobre a aplicação dos princípios da administração pública à publicidade institucional, demonstrando, face às vedações contidas no Art. 73 da Lei nº 9.504/97, a desnecessidade de autorização a cada pleito eleitoral de campanhas constantes já autorizadas anteriormente pela Justiça Eleitoral.

## 1. PROPAGANDA OU PUBLICIDADE POLÍTICA

A propaganda política é a atividade associada à propagação, à divulgação de ideias políticas e partidárias com o intuito de influenciar o pensamento, a opinião e o comportamento do eleitor. A publicidade relaciona-se mais à MARCA, que no direito eleitoral representa o candidato ou partido. É a construção e promoção de sua imagem.

No âmbito do direito eleitoral, esses conceitos tornam-se um só, sendo aplicados de maneira simultânea na qual um está atrelado ao outro.

A atividade política é conduzida pela paixão e emoção. Estranho seria se fosse diferente. As propagandas eleitorais ganham maior dimensão quando são empregados mecanismos passionais, sejam eles positivos ou negativos, o que é plenamente compatível com o regime democrático. (ABREU. 2018,

p.25). A **publicidade política** divide-se em eleitoral, partidária e institucional ou governamental, sendo esta última o objeto do nosso estudo.

A **propaganda ou publicidade institucional** encontra-se consignada no § 1º, art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece que a publicidade institucional deve servir ao interesse geral, à utilidade pública e ao interesse comum da sociedade, não podendo ser desvirtuada para atender interesses individuais de agentes, públicos ou políticos, nem servir para fins de promoção política de candidatos.

Para José de Andrade (2014, p.283), a propaganda institucional ou governamental é aquela destinada a divulgar os atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais ou das respectivas entidades da administração indireta.

Nesse mesmo sentido, destaca-se que “*a propaganda oficial realizada de acordo com o modelo proposto pelo texto constitucional (artigo 37, §1º, da CF/88) é de suma importância para a concretização do princípio da publicidade e do próprio controle social*” (PINHEIRO. 2018, p. 313) da administração pública e de sua atividade político-administrativa, não sendo, no entanto, admitidos desvios ou excessos para atingir à finalidade distinta em benefício de seus agentes.

Tal afirmação é confirmada no julgado a seguir:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO E RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL DOS AGRAVADOS. PROVIMENTO. CONDUTA VEDADA. INOCORRÊNCIA. CARÁTER INFORMATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. **1. A divulgação de caráter informativo, com intuito de esclarecer a população acerca de transtornos decorrentes da execução de obras públicas, não configura conduta vedada. 2.** Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 52264 - Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Pub. DJE 236, 11.12.2013, P. 63) (**grifamos**)

Verifica-se, conforme julgado acima, que a publicidade realizada em respeito aos limites constitucionais da moralidade, imparcialidade e legalidade é permitida mesmo em período tido como eleitoral. Em se tratando de período não eleitoral, é permitida desde que, na publicidade realizada por agentes públicos, esteja presente notório caráter informativo, educativo e orientador.

## **1.1 PROPAGANDA OU PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM PERÍODO ELEITORAL E SUAS VEDAÇÕES**

Conforme já mencionado, a propaganda institucional ou governamental tem como fundamento basilar o § 1º do Art. 37 da Magna Carta Federal, a qual estabelece que a publicidade institucional tem por escopo “*divulgar os atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta*” (ANDRADE. 2014, p.283), de forma imparcial, transparente e com o intuito de manter a população informada sobre atos e programas de governo, não podendo, em nenhuma hipótese, caracterizar promoção pessoal, haja vista sua essência possuir caráter educativo, informativo e de orientação social, não sendo admitida, pela normativa constitucional e pela legislação específica vigente, nenhuma forma de desvio quanto a sua finalidade.

Visando cumprir essa perspectiva, especialmente em período “eleitoral”, a Lei das Eleições tra-

ça determinados limites, dentre eles a vedação de qualquer modalidade de publicidade institucional entre os três meses anteriores ao pleito até o fim das eleições.

Claro que a toda regra sempre há exceção, que na presente situação admite-se em “*casos excepcionais de grave e urgente necessidade pública devidamente reconhecida pela Justiça Eleitoral*”, bem como ao se tratar de “*gastos com a publicidade oficial, estabelecendo seus limites no primeiro semestre do ano eleitoral*” (PINHEIRO. 2018, p. 313), na divulgação de atos parlamentares inerentes ao exercício do cargo em que se encontra ativo e na publicação de atos oficiais.

Nesse condão, vale destacar que, na propaganda institucional, não pode, de nenhuma forma, constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, estando as vedações relacionadas à publicidade institucional insculpidas no Art. 73, VI, “b” e “c” da Lei n.º 9.504/97<sup>2</sup>.

Como já mencionado, durante o período eleitoral existem peculiaridades e limitações que precisam ser observadas, uma vez que as limitações impostas pela legislação específica, em especial pela Lei n.º 9.504/1997, têm por escopo garantir equidade e isonomia na disputa, dando aos candidatos igualdade de condições e direitos.

Um dos principais aspectos que deve ser respeitado na publicidade institucional é o direito do acesso às informações e a transparência dos atos e gastos públicos, estando estes diretamente vinculados ao acompanhamento e controle da administração pública.

Nesse sentido, Igor Pereira Pinheiro (2018, p.314) ensina que a propaganda oficial que não tenha em seu escopo “as características propostas pela Constituição Federal (a-educativa; b-informativa; c-orientação social) configura ilícito cível (improbidade administrativa) e deve ser reprimida na esfera judicial competente (Justiça Comum).”

Sobre os limites de atuação dos entes governamentais e da publicidade institucional, os Tribunais Pátrios vêm acompanhando o seguinte entendimento:

A publicidade institucional de caráter meramente informativo acerca de obras, serviços e projetos governamentais, **sem qualquer menção a eleição futura, pedido de voto ou promoção pessoal de agentes públicos, não configura conduta vedada ou abuso do poder político.** (Recurso Especial Eleitoral n.º 504871, Acórdão de 26.11.2013, Relator Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Pub. 26.02.2020). (grifamos)

Ou ainda:

**Não configura abuso de poder político, nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.504/97, a veiculação, em período anterior ao registro de candidaturas, de mensagem do chefe do Poder Executivo, ocupando reduzido espaço de impresso publicitário institucional, cujo texto, composto apenas**

2 Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

.....

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

**de expressões genéricas, impessoais e sem menção depreciativa ou promocional de pessoas, não faz qualquer referência ao processo eleitoral que se avizinha e não contém, o seu original, símbolos ou cores partidárias que, objetivamente, possam ser caracterizados como autopromoção do mandatário.** (Recurso Eleitoral nº 123146, Acórdão nº 123146 de 26.09.2013, Relator Artur Cortez Bonifácio, Pub. 01.10.2013). (**grifamos**)

Assim, sobre esse aspecto, é possível verificar, interpretando o disposto na Lei nº 9.504/1997 e conforme julgados acima, que a publicidade, se utilizada de forma correta e com fundamento nos princípios constitucionais, seguindo as finalidades estabelecidas pelo § 1º, Art. 37 da Magna Carta de 1988, não contém nenhuma forma de vedação ou ilicitude; no entanto o desvirtuamento ou transformação de publicidade institucional em promoção pessoal configurará abuso de autoridade, respondendo o agente nos termos da legislação pertinente.

## 2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICADOS À LEI N.º 9.504/1997.

A República Federativa do Brasil é um estado democrático de direito que se funda sobre a égide da soberania popular, sendo a participação do povo elemento essencial de sua composição. A soberania é exercida pelo povo através do sufrágio universal, do voto que elege seus representantes perante a União, os Estados e os Municípios.

O princípio democrático tem como base o atendimento aos anseios da população, o respeito à Carta Magna e a garantia à segurança e à execução dos direitos fundamentais dos cidadãos. A administração pública rege-se com base na hermenêutica dos princípios constitucionais e infraconstitucionais consignados no ordenamento jurídico pátrio, destacando-se como pilares os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, publicidade, transparência e economicidade.

O **princípio da legalidade** “*está abrangido na concepção de democracia republicana*” (CARVALHO. 2020, p.69), na supremacia da Constituição, estando toda a atividade da administração pública vinculada aos fundamentos e limites impostos pela legislação pátria.

O **princípio da impessoalidade** nos atos do agente público visa preservar o direito à igualdade e/ou isonomia de condições e tratamentos, ou seja, assegurar uma atuação imparcial em benefício da coletividade.

Corroborando com esse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) assevera em sua obra que todos devem ser tratados pela Administração Pública de forma isonômica e sem qualquer tipo de favoritismo, simpatia e animosidade políticas ou ideológicas, bem como sem nenhuma forma de perseguição (política, ideológica ou religiosa).

Verifica-se, **ainda**, que a constituição atrela o princípio da impessoalidade ao princípio da finalidade, entendendo esta última como bem voltado ao interesse social da coletividade.

Para o Prof.º Matheus Carvalho (2020, p.73), a impessoalidade “*deve ser enxergada também sob a ótica do agente*”, principalmente aos que atuam na frente política. Assim, quando o agente ou servidor age, o Estado a que ele representa também age e, por isso, responde pelos atos praticados por aquele.

O agente não atua em nome próprio, mas em nome do Estado.

Caso admitida a realização de propaganda pessoal, estar-se-ia atribuindo a conduta estatal ao próprio agente político, e não o contrário, o que não se pode admitir em nossa forma de governo, uma vez que o agente pratica o ato investido de múnus público para o exercício fim da atividade estatal. (CARVALHO. 2020.73-74)

Nesse contexto, corolário dos princípios da impessoalidade e publicidade, o art.37, § 1º da Constituição Federal, impede o uso da máquina pública para promoção pessoal dos agentes.

O **princípio da moralidade** visa assegurar a boa-fé da conduta no exercício dos atos de administração pública, exige lealdade e honestidade por parte do agente público, fiel cumprimento das leis, bem como dos preceitos constitucionais instituídos pela Lei Maior.

A **transparência** e a **publicidade** dos atos da administração pública andam de mãos dadas. Veja-se, perante a normativa pátria “*a administração não age em nome próprio e por isso nada mais justo que o maior interessado – o cidadão – tenha acesso ao que acontece com seus direitos*” (CARVALHO. 2020, p.76).

Nesse ponto, faz-se importante rememorar que a soberania nacional é elemento predominante no Estado Democrática de Direito, ou seja, o cidadão e a vontade do povo vêm em primeiro lugar, e é este que elege àqueles que irão representá-lo perante os Poderes Executivo e Legislativo.

Além da transparência, a publicidade vincula-se também ao preceito constitucional de eficácia dos atos administrativos, “*definindo que, mesmo depois de expedidos regularmente, estes atos não produzem efeitos em relação à sociedade antes de garantida sua publicidade*” (CARVALHO. 2020, p.77).

Por fim, ressalta-se os princípios da **economicidade e eficiência**, que têm por escopo garantir uma atuação qualitativa e eficiente da administração pública a um baixo custo. Mais resultados e menos desperdício, priorizando os recursos para as necessidades da população.

Como se pode observar pela presente abordagem, os princípios acima citados encontram-se diretamente atrelados aos atos institucionais do Poder Público, conectando-se com as normas que regem o direito e o processo eleitoral.

### **3. A DESNECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO, A CADA PLEITO ELEITORAL, DE CAMPANHAS CONSTANTES, AUTORIZADAS ANTERIORMENTE PELA PRÓPRIA JUSTIÇA ELEITORAL**

Nas últimas décadas, muitas foram as evoluções nos ramos do Direito Administrativo, Constitucional e Eleitoral, de modo a adequar-se à evolução da sociedade, otimizar as necessidades e buscar a eficiência da estrutura pública.

Conforme fora estudado no título 2 do presente Artigo, os princípios constitucionais administrativos são de observância e acatamento nacional obrigatório a todos, sejam cidadãos, empresas ou órgãos pertencentes à administração pública em todas as esferas.

Esses princípios aplicam-se também às eleições e ao período compreendido como eleitoral, essencialmente quando se trata de atribuições administrativas da justiça eleitoral, e assim, ao interpretar a Lei nº 9.504/1997 com os princípios da Administração Pública de forma conjunta, verifica-se ser possível aproveitar campanhas e programas cuja publicidade já fora autorizada em pleitos anteriores.

A interpretação de aproveitamento das decisões autorizativas de veiculação de publicidade institucional no período eleitoral vedado encontra amparo nos princípios da economicidade, imparcialidade e eficiência, sendo plenamente possível em nosso ordenamento jurídico, desde que os fundamentos de sua concessão não se alterem, de modo a se tornar uma ação necessária para otimizar os trabalhos realmente essenciais durante o pleito eleitoral.

É sabido que a justiça eleitoral tem natureza diversa da comum, pois não é apenas responsável pela atuação jurisdicional, não se restringe a dizer o direito quando demandada, mas tem, para além desse múnus, a importante função administrativa de regular e gerir o processo eleitoral, a exemplo do controle e gestão do cadastro de eleitores e organização do processo eleitoral.

Nessa linha de atuação da justiça eleitoral, está o exercício do poder de polícia pelos magistrados eleitorais, cujo plexo normativo está disciplinado no Direito Administrativo.

Dentro dessa atribuição, enquadra-se o poder fiscalizatório da publicidade pública no período vedado. A função exercida pela justiça eleitoral nessa hipótese é apenas de autoridade administrativa, pois é prévia e não resolve demanda jurídica, mas apenas estabelece se a publicidade pretendida de veiculação se enquadra, ou não, nas exceções legais. Exercício típico, portanto, de fiscalização, inserido no poder de gestão do processo eleitoral.

É por essa razão que se defende a aplicação dos princípios da eficiência e economicidade ao procedimento de autorização de veiculação de publicidade. O exercício da função administrativa do poder de polícia no processo eleitoral atrai os princípios da Administração Pública, pois se está a produzir atos típicos de gestão de bem e de recursos públicos.

Sob essa perspectiva, defende-se que campanhas publicitárias regulares, como de vacinação, combate ao câncer e violência contra a mulher, quando já devidamente autorizadas em pleitos eleitorais anteriores, dispensam nova apreciação pela justiça eleitoral, devendo-se aproveitar a decisão anterior em homenagem aos princípios da eficiência e economicidade.

Além dos princípios constitucionais supramencionados, à luz da hermenêutica tem-se também o princípio do *ubi eadem ratio, ibi idem ius*, do atim, e significa que onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito.

Veja-se que este princípio abarca todos os demais, fazendo uma junção simbiótica que se aplica em perfeita consonância à matéria estudada, uma vez que se busca, com a estabilidade da decisão eleitoral já proferida pelo mesmo objeto, uma certa segurança jurídica, de modo a garantir o direito sem novo enfrentamento de demanda desnecessária, que tem um custo, contribui para o atraso na análise realmente imprescindível dos processos nesse período e desgasta sem razão o funcionamento da justiça eleitoral com o retrabalho, algo extremamente improdutivo, ineficiente, além de antieconômico.

A aplicação do princípio *ubi eadem ratio ibi idem jus* já está sendo reconhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme julgado abaixo:

[...] Embora circunscrito o objeto da ADI 5617 à distribuição dos recursos partidários que veio a ser fixada por meio da Lei nº 13.165/2015, os fundamentos então esposados transcendem o decidido naquela hipótese, considerada, em especial, a premissa de que “a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que lhes permita alcançar a igualdade de resultados”. Aplicável, sem dúvida, a mesma diretriz hermenêutica; “*ubi eadem ratio ibi idem jus*”, vale dizer, onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito. [...] (TSE – Recurso Eleitoral 0600252-18.2018.6.00.0000, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE, Tomo 163, Data 15/08/2018)

Ademais, o disposto no artigo 96-B da Lei 9.504/97, introduzido pela Lei nº 13.165/2015, (que altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina) expressa o intuito de a justiça eleitoral racionalizar as demandas e uniformizar o direito, estendendo os efeitos de uma decisão para as demais que tenham o mesmo objeto, em uma clara demonstração da evolução do direito eleitoral consentânea com os princípios aqui defendidos, Veja-se o dinamismo do texto legal:

**“Art. 96-B. Serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira.**

§ 1º O ajuizamento de ação eleitoral por candidato ou partido político não impede ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão ainda não transitou em julgado, será ela apensada ao processo anterior na instância em que ele se encontrar, figurando a parte como litisconsorte no feito principal.

§ 3º **Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas.”**

Apesar de ainda não haver julgado especificamente sobre a matéria de publicidade ou propaganda institucional em período eleitoral, o conceito do *ubi eadem ratio ibi idem jus* já se faz presente, o que indica uma tendência a ser seguida pelos Tribunais Eleitorais.

Assim, ainda que no exercício de atividade administrativa do juiz eleitoral defende-se que campanhas publicitárias regulares, quando já autorizadas em pleitos eleitorais anteriores, dispensam nova apreciação pela justiça eleitoral, devendo-se aproveitar a decisão anterior em homenagem também à racionalidade e uniformidade das decisões judiciais, nos termos do art. 96-B da Lei 9.504/97 e do princípio *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, diante do estudo realizado, ter-se prontamente alcançado o objetivo pretendido com a realização do presente Artigo, qual seja, o de demonstrar juridicamente a possibilidade e a viabilidade de aproveitamento de decisões favoráveis proferidas pela Justiça Eleitoral em pleitos anteriores sobre

publicidade institucional de entes públicos.

Essa possibilidade surge com a interpretação da Lei nº 9.504/97 à luz da Constituição Federal e dos princípios que regem a administração pública e seus atos, sendo viável e plenamente possível, uma vez que, em similaridade a precedentes jurisprudenciais, essa ação economizaria tempo do serviço público, otimizando as ações para outras vertentes em prol da sociedade.

O referido aproveitamento é sustentado, como já dito anteriormente, tendo como limites e parâmetros a diretriz constitucional de eficiência da administração pública, ou seja, com a inalterabilidade do quadro fático entre os pleitos eleitorais inexistente causa de justificação para uma nova “autorização” eleitoral.

Conforme trazido no último título, recentes inovações na hermenêutica constitucional e no texto da Lei 9.504/97, com a introdução do art. 96-B pela Lei n 13.165/2015, permitem que a segurança da decisão proferida sobre o mesmo direito seja mantida e aproveitada em casos análogos, garantindo assim a legalidade, economicidade, imparcialidade e eficiência dos atos realizados pela Administração Pública, inclusive durante período eleitoral.

O *ubi eadem ratio ibi idem jus* apresenta-se em frente aos Tribunais como princípio que sela a justiça e a segurança das decisões, garantindo que sobre as mesmas razões e fundamentos sejam aplicados o mesmo direito, o que coaduna com a tese apresentada no presente estudo sobre a “desnecessidade de autorização a cada pleito eleitoral de campanhas constantes já autorizadas anteriormente pela Justiça eleitoral”.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Lenine Póvoas de. **Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 15-29.

ANDRADE NETO, José de. **Propaganda política**. In: ÁVALO, Alexandre et al. (Coord.). **O novo Direito Eleitoral brasileiro: manual de Direito Eleitoral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.229-326.

BRASIL. **Código Eleitoral – Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm). Acesso em 01/09/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 31/03/2020.

BRASIL. **Lei Complementar Federal nº 64, de 18 de maio de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em 01/09/2020.

BRASIL. **Lei das Eleições – Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em 03/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/>

[codigo-eleitoral/leis-ordinarias/lei-no-13-165-de-29-de-setembro-de-2015](https://www.tse.jus.br/codigo-eleitoral/leis-ordinarias/lei-no-13-165-de-29-de-setembro-de-2015). Acesso em 04/09/2020.

BRASIL. TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Eleitoral 0600252-18.2018.6.00.0000, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE, Tomo 163, Data 15/08/2018.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>. Acesso em 06/10/2020.

BRASIL. TSE-Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 504871, Acórdão de 26.11.2013, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, DJE, Tomo 40, Data 26.02.2020, página 38.** Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113734373/recurso-especial-eleitoral-respe-504871-am>. Acesso em 03/09/2020.

BRASIL. TRE.RN – Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. **RECURSO ELEITORAL nº 123146, Acórdão nº 123146 de 26.09.2013, Relator(a) ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO, DJE 01.10.2013, Página 03/04.** Disponível em: <http://www.tre-rn.jus.br/imprensa/noticias-tre-rn/2012/Dezembro/juiz-artur-cortez-toma-posses-como-membro-titular-da-corte-eleitoral-do-rio-grande-do-norte>. Acesso em 03/09/2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 7ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPO-DIVM, 2020. 1280 p.

CASTILHOS, Ângelo Soares. **O poder de polícia a partir das Resoluções 2020 do Tribunal Superior Eleitoral.** Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/322926/o-poder-de-policia-a-partir-das-resolucoes-2020-do-tribunal-superior-eleitoral>. Acesso em 03/12/2020.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional.** 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPO-DIVM, 2020. 196 p.

FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Constitucional Eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. 575 p.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: JusPO-DIVM, 2020. 976 p.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral: aspectos teóricos e práticos.** – 2. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018. 426 p.

## REGIME CONSTITUCIONAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO E OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS\*

*José Mauricio Conti<sup>1</sup>*

O objetivo deste texto é trazer noções bastante simples e enxutas sobre alguns temas de orçamentos públicos, de forma a permitir que os não iniciados possam conhecer várias das mais importantes questões discutidas, a fim de que possam delas tomar conhecimento, ainda que de forma superficial. Uma forma de colaborar para difundir e despertar o interesse em assuntos extremamente relevantes e ainda pouco explorados, e que cada vez mais tem ocupado a agenda nacional.

### 1. ORÇAMENTO PÚBLICO. NOÇÕES E CONCEITOS.

O orçamento público é, indiscutivelmente, a “lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição”, por ser “a que mais influencia o destino da coletividade”; como colocou, em poucas palavras e notável precisão, o Ministro Carlos Ayres Brito, no paradigmático julgamento da ADI 4.048.<sup>2</sup>

Mas o que é o orçamento público?

São muitos os conceitos. Para o professor Geraldo Ataliba, “O orçamento é a estimativa global de todas as entradas e todas as saídas de dinheiro dos cofres públicos”, na forma de “uma lei, que autoriza o governo a receber certos recursos e a efetivar determinadas despesas”.<sup>3</sup>

O professor João Ricardo Catarino, da Universidade de Lisboa, traz a definição segundo a qual “o orçamento do Estado pode ser entendido como o instrumento financeiro aprovado pela Assembleia da República sob proposta do Governo, pelo qual se procede a uma detalhada descrição da receita e da despesa pública previstas para um determinado ano económico, que comporta uma autorização com a força de lei conferida aos órgãos próprios da administração financeira, para a cobrança das receitas e realização das despesas previstas e estimadas”.<sup>4</sup>

O orçamento é verdadeiramente o núcleo do Direito Financeiro. E há muito deixou de ser uma peça meramente contábil para ser um instrumento fundamental de controle, gestão e planejamento da administração pública.

\* Artigo publicado em Cadernos Jurídicos, ano 21, n. 54, abril-junho/2020, p. 65-78. Disponível em: [https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i.5\\_regime\\_constitucional.pdf?d=637312994762042353](https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i.5_regime_constitucional.pdf?d=637312994762042353). Acessado em: 07/12/2022.

1 Graduado em Direito e em Economia pela USP. Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Financeiro pela USP. Professor de Direito Financeiro da USP.

2 Min. Carlos Brito, STF, Tribunal Pleno, ADI 4.048-MC/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.5.2008.

3 Geraldo ATALIBA, Apontamento de Ciência das Finanças (1969).

4 João Ricardo Catarino, *Finanças Públicas e Direito Financeiro* (2014).

E é nessa perspectiva que será analisado, iniciando-se pela indispensável compreensão de sua natureza jurídica, para então abordarmos seu regime jurídico, e em seguida seus princípios mais relevantes.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO: A POLÊMICA SUPERADA.

A natureza jurídica do orçamento público é uma antiga e tormentosa questão no âmbito do Direito Financeiro, mas que hoje é possível reputá-la superada.

Persistiu na doutrina a controvérsia sobre a natureza jurídica do orçamento: seria uma “lei meramente formal” ou “material”? Teria natureza autorizativa ou impositiva?

Paul Laband, professor de diversas unidades alemãs, destacando-se as Universidades de Heidelberg e Berlim, foi o principal mentor da tese que o orçamento seria uma lei formal, com caráter meramente autorizativo. Ele diz que seria uma insensatez considerar que o Governo está obrigado a executar *todas* as receitas e despesas previstas na lei orçamentária, podendo haver circunstâncias políticas, econômicas ou fiscais que desaconselhem eventual realização de determinadas despesas. Criou então a tese da bipartição do conceito de lei: a submissão do orçamento ao Parlamento apenas da lei orçamentária a característica de lei forma. Mas por ela não se caracterizar como normal geral e abstrata, sua substância é a de ato administrativo – incapaz de criar direitos subjetivos para terceiros.<sup>5</sup>

Léon DUGUIT, professor de direito público na Faculdade de Direito da Universidade de Bordeaux, considerava, por sua vez, que a lei orçamentária seria apenas um ato administrativo em relação às despesas, e uma lei formal em relação às receitas, por ser condição de eficácia para a cobrança de tributos.<sup>6</sup>

Gaston JÈZE, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, por sua vez, entendia a lei de orçamento como ato-condição tanto em relação tanto à despesa, como em relação às receitas.<sup>7</sup>

O foco do debate então passou a se concentrar na natureza jurídica material do orçamento com a seguinte questão: O orçamento é de cumprimento obrigatório? A lei orçamentária tem caráter meramente autorizativo ou impositivo?

Ainda hoje perdura esse debate entre os estudiosos do Direito Financeiro, e o que se constata na prática é que a Administração Pública trata e considera a lei orçamentária como sendo uma lei meramente formal, com caráter autorizativo.

Mas é no sentido diametralmente oposto que caminha majoritariamente a doutrina, considerando e reconhecendo a natureza impositiva da lei orçamentária. Nessa linha estão os professores Regis de Oliveira e Heleno Torres, da USP; e José Marcos Domingues de Oliveira e Marcus Abraham, da UERJ. Já me posicionei várias vezes no sentido de dizer que tem natureza impositiva. Na corrente minoritária, o peso de um dos maiores juristas do Direito Financeiro brasileiro, professor Ricardo Lobo Torres, da UERJ.

Mas essas divergências sobre a natureza jurídica do orçamento hoje podem ser tidas por su-

5 Paul LABAND, *Il diritto del bilancio* (2007)

6 Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel* (1921).

7 Gaston JÈZE, *Traité de Science des Finances* (1910).

peradas. Novas interpretações surgiram que permitem melhor compreender as normas orçamentárias e a exata dimensão da sua natureza jurídica.

As normas de planejamento, nas quais se insere hoje a lei orçamentária, são instrumentos essenciais para permitir que o Estado atinja seus objetivos, cumprindo suas obrigações de maneira eficiente, eficaz e efetiva, e somente com a observância e o cumprimento das normas de planejamento na sua integralidade é que se consegue atingir concretamente os objetivos do Estado, viabilizando a implementação e a consequente fruição dos direitos fundamentais.

O professor Eros Grau já havia indicado a direção a seguir quando, em seus estudos sobre o planejamento econômico, identificou as chamadas *normas-objetivo*, que não definem conduta nem organização, mas fixam objetivos, por meio das quais o Estado se compromete, nas palavras dele, a “*alcançar um certo resultado de caráter econômico*, e o Direito passa a ser um instrumento de governo, atuando para “a implementação de políticas”. As normas-objetivo definem *obrigações de resultado* e não de *meios*, ficando “a opção pelos meios a serem adotados para o alcance dos resultados pelos destinatários das referidas normas”. E sua plena eficácia jurídica se evidencia pelos fins nelas definidos.<sup>8</sup>

Mais recentemente, dois textos aperfeiçoaram ainda mais essa interpretação, e deixam no passado essa discussão, permitindo compreender com precisão a natureza jurídica da lei orçamentária: “Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária”, de Rodrigo Oliveira de Faria, e “Orçamento público: uma visão analítica” de Celso de Barros Correia Neto.

Nos trabalhos apresentados, esses autores estudam a natureza jurídica do orçamento, e inovam na análise do tema, estabelecendo com grande acuidade e precisão a interpretação que se compatibiliza com as modernas funções do orçamento.

Celso de Barros Correia Neto, analisando o processo de positivação do gasto público a partir da Constituição Federal, considera que a lei orçamentária trata de recursos – que são os meios – e dos fins aos quais eles devem ser destinados, defendendo a *obrigatoriedade dos objetivos* estabelecidos na lei orçamentária e a *facultatividade no emprego dos recursos* previstos. Segundo ele, “A realização do programa é obrigatória, o gasto não. O gasto público pode ser necessário ou não para que se realize o programa positivado, mas não será, em si mesmo, posto em termos obrigatórios na lei orçamentária. O orçamento traça planos ou objetivos, que obrigatoriamente devem ser cumpridos, e oferece recursos para lográ-los, mas a despesa pública não é um fim em si mesma; ela é meio para a concretização das finalidades atribuídas o Estado.”<sup>9</sup>

Rodrigo Faria deixa claro que se deve reconhecer serem as leis orçamentárias compostas de um complexo de comandos. As leis orçamentárias contêm uma pluralidade normativa, conjugando concomitantemente comandos de autorizações, proibições e determinações, que devem ser analisadas na sua integralidade para que se possa avaliar a sua natureza jurídica, não sendo possível se circunscrever tão somente à dotação orçamentária, que, analisada isoladamente, pode dar uma conotação de que tenha caráter meramente autorizativo, como um valor que existe para se usado se quiser. Ele destaca que “o principal núcleo obrigatório das leis orçamentárias são os seus *fins*. Os *fins* orientam a estruturação das leis orçamentárias e lhes conferem direção e sentido, de modo que o administrador público fica *vinculado ao alcance*

8 Eros GRAU, *Notas sobre a noção de norma-objetivo* (1978)

9 Celso CORREIA Neto, *Orçamento público: uma visão analítica* (2008).

*dos objetivos e metas fixados, devendo envidar os esforços necessários*” para cumprir as tarefas que lhe foram cometidas. Exemplo no caso da LDO, assumem esse objetivos a forma de *metas fiscais*, e na LOA de *objetivos programáticos*. Havendo metas a serem alcançadas, como no exemplo da LDO, “*existe um nítido viés de obrigação ou esforço a ser despendido pelos órgãos arrecadadores no intuito de alcance dos objetivos anteriormente fixados*”. E ele então chama a atenção para o fato de que, diz ele, “o descumprimento da Lei de Orçamento não se revela por aspectos formais ou de meras divergências entre previsões e execução, pois tais aspectos *não dão conta do alcance das finalidades pretendidas pela execução do Orçamento*”, devendo eventual descumprimento ser constatado pelos “programas que não alcançaram as finalidades a que se propunham, pelo descumprimento das metas fiscais que orientavam a lei orçamentária, e pelos resultados não alcançados”. Tendo em vista ser claro que os objetivos e metas da lei de orçamento são obrigatórios, vinculando a Administração Pública ao seu alcance, *há que se reconhecer a natureza material da lei orçamentária e seu caráter impositivo*.

A fixação de objetivos e metas a serem obrigatoriamente perseguidos pela Administração Pública é própria de *todas* as leis que integram o sistema de planejamento orçamentário. Por essa razão, é preciso reconhecer nelas *a natureza de leis materiais com caráter impositivo*, não havendo que se falar em diplomas normativos de caráter meramente formal no âmbito das normas de planejamento orçamentário.<sup>10</sup>

Gabriel Lochagin, professor de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto, em sua obra intitulada “A execução do orçamento público – flexibilidade e orçamento impositivo”, ao tratar do orçamento impositivo, sintetiza: “O orçamento impositivo, portanto, não seria uma inovação constitucional, mas uma efetivação concreta e específica de seus contornos mais fundamentais, levando a valorização do planejamento e da decisão político-legislativa no campo orçamentário”.<sup>11</sup>

Feitas essas considerações, passamos ao regime jurídico das leis orçamentárias, iniciando com alguns breves apontamentos sobre o chamado ciclo orçamentário, destacando as principais questões.

### **3. REGIME JURÍDICO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CICLO ORÇAMENTÁRIO. PRINCIPAIS QUESTÕES.**

O orçamento tem um papel central no equilíbrio dos Poderes. Em seu regime jurídico, nota-se uma clara preocupação na distribuição dos poderes, evitando a concentração de modo a fazer com que aquele que venha ter primazia na gestão dos recursos públicos consiga se sobrepor aos demais.

Em nosso sistema jurídico orçamentário, construiu-se um ciclo orçamentário em que as atribuições alternam-se entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, assegurando-se garantias especiais para o Poder Judiciário e os órgãos e instituições independentes, como o Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas e universidades. Com isso estabelecendo um regime que tenta promover o equilíbrio possível em uma relação que nunca deixou de ser tensa e delicada. Mesmo assim, “a predominância do Poder Executivo no quadro da separação de poderes tem se mostrado uma tônica do constitucionalismo pátrio, ocasionando em evidente desequilíbrio entre a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, em

<sup>10</sup> Rodrigo FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária* (2009)

<sup>11</sup> Gabriel LOCHAGIN, *A execução do orçamento público* (2016).

consequente prejuízo ao Estado Democrático de Direito”.<sup>12</sup>

E é o que se poderá constatar pela análise do ciclo orçamentário, compreendido pelas fases de elaboração e execução orçamentárias, às quais darei destaque a algumas das principais questões, e também a fase de fiscalização orçamentária, que não será abordada nesse breve texto.

### 3.1. Elaboração orçamentária

A elaboração da elaboração da lei orçamentária tem um processo especial, dotado de um rito próprio, em razão das especificidades da lei orçamentária, especialmente em decorrência dessa sua periodicidade anual, do seu restrito prazo de vigência e dessa divisão e compartilhamento de poderes.

Serão destacados alguns aspectos mais relevantes.

Essa fase de elaboração da lei orçamentária pode ser dividida em duas grandes fases: a primeira delas, que chamo de *fase administrativa*, que ocorre sob comando do Poder Executivo. E a segunda, a *fase legislativa*, quando ela é submetida à apreciação do Poder Legislativo.<sup>13</sup>

#### 3.1.1. Fase administrativa e a iniciativa legislativa

Nessa primeira fase administrativa, destaco duas questões relacionadas à iniciativa legislativa. A iniciativa legislativa das leis orçamentárias, como se sabe, é expressa na Constituição e atribuída ao Poder Executivo. No entanto, é importante observar que há exceção e regime jurídico próprio para que se respeite a autonomia financeira e aos órgãos independentes que é conferido Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria, demonstrando a importância que essa fase para fazer valer o princípio da separação de poderes e respeito à autonomia dos órgãos e instituições independentes.

Um segundo destaque refere-se a uma das maiores perplexidades no mundo do Direito, no tema da iniciativa legislativa em matéria financeira: o *cumprimento de uma norma que não existe*.<sup>14</sup> A previsão de que existe iniciativa legislativa privativa matéria *financeira*, para todas as questões financeiras, era um dispositivo expresso na Constituição anterior (art. 60 da CF 1967 e 57 da Emenda 1/69). Esse texto desapareceu da atual Constituição, mas isso não impediu de que essa norma continue sendo respeitada em todo o país até hoje, apesar de não mais constar do ordenamento jurídico. Poderia ter sido uma construção jurisprudencial? Não. Em 1992 o STF, em acórdão bem elaborado, o relator, Ministro Celso de Mello, disse claramente que essa norma não existe mais no ordenamento jurídico e portanto não há que ser cumprida (ADI 724). Mas em regra todos os Poderes Legislativos de todos os entes da federação têm a sua iniciativa tolhida inutilmente. Não têm iniciativa para assuntos que envolvam despesas, assuntos tributários, assuntos de benefícios fiscais e outros, desnecessariamente.

Não há como registrar uma perplexidade em que, num país que tem a fama de “leis que não pegam”, nós termos uma lei que desapareceu do ordenamento e continua sendo cumprida com o máximo rigor.

<sup>12</sup> Alexandra DALLAVERDE, *As relações ente os poderes na gestão das finanças públicas* (2013).

<sup>13</sup> José Mauricio CONTI, *Autonomia financeira do Poder Judiciário* (2006).

<sup>14</sup> Para o qual chamei a atenção em artigo (*Iniciativa legislativa em matéria financeira*) publicado na coletânea *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro* (2011).

A fase seguinte, denominada de fase legislativa, corresponde àquela em que a proposta orçamentária é entregue ao Poder Legislativo para sua apreciação, cabendo destacar a questão das emendas parlamentares.

### ***3.1.2. Fase legislativa. As emendas parlamentares e a ínfima participação do Poder Legislativo na elaboração da peça orçamentária. Poder Executivo: o Senhor do Orçamento***

O orçamento, lei como é, deveria ter ampla participação do Poder Legislativo, onde a voz da população estaria presente de forma mais efetiva.

Mas a legislação, a rigidez das despesas públicas e a prática do processo orçamentário reservou verdadeiras “migalhas” ao Parlamento. Impedido de dispor sobre despesas de pessoal, serviço da dívida e transferências constitucionais, conforme dispõe o art. 166, 3º da CF, já não lhes sobra muita coisa. Mas a prática consolidada de se instituir a chamada “cota parlamentar”, que reservou nunca mais de 1% do orçamento para que os parlamentares possam fazer emendas, hoje foi constitucionalizada pela chamada “emenda do orçamento impositivo” (EC 86/2015), que fixou um “teto” de 1,2% da RCL – receita corrente líquida, dando a verdadeira dimensão da participação do Poder Legislativo na elaboração da peça orçamentária, que é praticamente 1% do orçamento, montante que subiu em razão das outras emendas constitucionais que se seguiram e voltaram a regular o tema (EC 100, 102 e 105) Os outros aproximados 99% ficam a cargo do Poder Executivo.

Essa participação, somada ao mínimo comparecimento que se observa nas audiências públicas obrigatórias que são realizadas para aprovar as leis orçamentárias, mostram o elevadíssimo déficit democrático que hoje existe na elaboração da lei orçamentária.

Feitos esses breves apontamento, passa-se a abordar a execução orçamentária, fase em que o orçamento aprovado vai se tornar realidade. As políticas públicas vão se transformar em necessidades atendidas da população.

## **3.2. Execução orçamentária.**

Uma fase comandada por disposição constitucional pelo Poder Executivo, e nesse ponto o grande destaque cabe à flexibilidade orçamentária. Flexibilidade que, nas palavras do prof. José Afonso da Silva, eleva-se à condição de verdadeiro princípio orçamentário.<sup>15</sup>

### ***3.2.1. Flexibilidade orçamentária. O Poder Executivo e a “chave do cofre”***

O Poder Executivo, comandante da execução orçamentária, responsável por controlar o fluxo de receitas e despesas, tem os instrumentos de flexibilidade orçamentária à sua disposição. Isso o torna o detentor da “chave do cofre”, e o verdadeiro “senhor do orçamento”.

Destacam-se dois principais instrumentos de flexibilidade orçamentária. O principal deles é a margem de remanejamento, uma autorização prevista no art. 7º da Lei 4320/64, que permite conferir ao Poder Executivo a possibilidade de abrir de créditos suplementares sem autorização parlamentar, nos

<sup>15</sup> José Afonso da Silva, *Orçamento-programa no Brasil* (1973)

limites estabelecidos. Um instrumento útil e necessário, se usado corretamente, o que não se tem observado, verificando-se muitos abusos na grande e esmagadora maioria dos entes federados. Há notícias de Municípios em que se chegou a ponto de conceder o inacreditável percentual de 100%, transformando a lei orçamentária em verdadeiro decreto orçamentário.<sup>16</sup>

Um outro instrumento muito mal utilizado é o *contingenciamento*, em que, ao se procederem às limitações de empenho, freando os gastos na execução orçamentária, sem critérios objetivos, em desacordo com que determina a LRF, permite que o Poder Executivo aloque os recursos da forma que lhe aprovar, fazendo desse instrumento uma já conhecida e deplorável “moeda de troca” de favores com o Parlamento, e que parece não ter cessado, apesar da aprovação da emenda impropriamente denominada de “orçamento impositivo”.

A flexibilidade orçamentária, como já tive oportunidade de escrever por mais de uma vez, limita-se a fazer cumprir fielmente o orçamento, do modo como aprovado pelo Poder Legislativo, com as imprescindíveis alterações que se fizerem necessárias ao longo do exercício financeiro, mas sem descaracterizá-lo e sem fazer dele uma peça de ficção.<sup>17</sup>

#### 4. PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

É conhecida a complexa dificuldade na conceituação de princípios, sua exata dimensão, alcance e delimitação. A brevidade desse texto não permite entrar nessa discussão, não obstante a elevada importância, sob pena de se afastar da discussão de fundo de Direito Financeiro, que é o conteúdo desses princípios.

Por essa razão, far-se-á referência ao que a doutrina tem usualmente mencionado como sendo princípios orçamentários, especialmente aqueles que tem uma dimensão de importância mais significativa.

##### 4.1. Legalidade

Sem *lei*, entendida como ato aprovado pelo Poder Legislativo, não há orçamento público. A legalidade é o princípio fundamental que rege o orçamento público. Somente a aprovação pelo Parlamento lhe dá legitimação democrática, o que é fundamental em se tratando da lei mais importante depois da Constituição.

Positivado na Constituição em diversos dispositivos, a legalidade orçamentária é um princípio que exige uma interpretação diferenciada em face das peculiaridades dessa lei, pois, no que tange à receita pública, por exemplo, ela não é uma norma apta a disciplinar a atividade financeira do Estado, pois que apenas estabelece um limite global das despesas a serem autorizadas pelo legislador.

Já no tocante às despesas, a legalidade expressa sua força em matéria orçamentária, uma vez que não se admite gasto público sem lei que o autorize, sendo a lei orçamentária o veículo por excelência dessa autorização, e o descumprimento pode inclusive caracterizar crime.

<sup>16</sup> Rogério Sandoli de OLIVEIRA. Créditos adicionais. In CONTI, José Mauricio (Coord). *Orçamentos públicos*. A Lei 4.320 comentada (2019).

<sup>17</sup> José Mauricio CONTI, *Autonomia financeira do Poder Judiciário* (2006).

Estamos, no entanto, diante de uma legalidade que tem sido mitigada ao ponto de se questionar sua verdadeira função, em face de uma alargada flexibilidade, como se vê da já citada delegação voluntária pelo Poder Legislativo de autorizações para alterações na legislação orçamentária, de tal forma que desnaturalizam a legalidade e fazem da lei orçamentária um verdadeiro decreto. Autorizações estas que precisam ser reconhecidas como inconstitucionais.<sup>18</sup>

#### 4.2. Universalidade e unidade

Os princípios da universalidade e unidade podem ser tratados em conjunto, pois esses tradicionais princípios são duas faces de uma mesma moeda.

Previstos na própria Lei 4320/64, em seu artigo 2º, 3º, 5º e 6º, e também no 165, § 5º, esses princípios preconizam que todas as receitas e despesas devem constar de um único documento; o primeiro princípio enfatizando a abrangência do orçamento e o segundo a sua unicidade documental.

Ambos denotam a preocupação com a necessidade de clareza, precisão e transparência do orçamento, e mesmo da chamada “sinceridade orçamentária”, uma vez que o orçamento não poderá cumprir suas funções essenciais se estiver disperso em vários documentos sem nenhuma uniformidade.

Horácio Corti, professor de Direito Financeiro da Universidade de Buenos Aires, aponta que somente a reunião de todas as autorizações orçamentárias em um documento único, acompanhada de uma única estimativa de receitas, “é que permite comparar as situações, analisar as prioridades e decidir racionalmente sobre a renda pública, sobre a forma de obtê-la e sobre o conjunto de gastos públicos”.<sup>19</sup>

Outro professor argentino, Giuliani Fonrouge, em sua clássica obra de direito financeiro, enfatiza que esses princípios permitem apreciar se o orçamento está equilibrado, dificultando a ocultação de gastos, favorecendo a transparência e sendo condição para o exercício do controle parlamentar, permitindo assim que a sociedade possa participar do debate sobre as políticas públicas e o financiamento de programas que garantem o financiamento dos programas que garantam direitos fundamentais, que não seria possível se constassem de documentos esparsos e atomizados, tirando a confiabilidade das informações.<sup>20</sup>

No mesmo sentido a clássica obra de Direito Financeiro, “Finances Publiques”, dos professores Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassan e Jean Pierre Lassale, segundo os quais a contabilização em documentos paralelos e dispersos, não levados em conjunto ao conhecimento dos responsáveis pelo controle, camufla o déficit. Um orçamento não unificado induz o parlamentar a erro, sendo sua unificação fundamental para a clareza, para a sinceridade e para possibilitar o debate público.<sup>21</sup>

Marcus Abraham, professor de Direito Financeiro da UERJ, no seu *Curso de Direito Financeiro*, enfatiza que “todos os valores, independentemente de sua espécie, natureza, procedência ou destinação, deverão estar contidos no orçamento”, que deve prever “as despesas pelo seu valor total bruto, sem deduções ou exclusões, a fim de oferecer ao Poder Legislativo uma exata demonstração das despesas nele autorizadas”.<sup>22</sup>

18 Como já defendi no livro *Autonomia Financeira do Poder Judiciário* (2006).

19 Horácio CORTI, *Derecho constitucional presupuestario* (2007).

20 Carlos M. GIULIANI FONROUGE, *Derecho financiero* (1993).

21 BOUVIER, ESCLASSAN e LASSALE, *Finances publiques* (2013).

22 Marcus ABRAHAM, *Curso de Direito Financeiro Brasileiro* (2015).

Esses princípios são relevantes. O Brasil teve problemas, até a década de 1980, com a multiplicidade documental em matéria orçamentária, em razão de operações financeiras envolvendo o Tesouro e o Banco Central, por meio do Banco do Brasil, que conseguia recursos junto ao Banco Central por meio da chamada conta-movimento, já extinta em 1986, que era registrada no denominado “orçamento monetário”, e também por operações com empresas estatais que não eram registradas no Orçamento-Geral da União. Um problema que, como se pode notar por fatos recentes envolvendo o BNDES, ainda não foi ainda inteiramente superado apesar da nova redação constitucional.<sup>23</sup>

### 4.3. Anualidade e periodicidade

O princípio da anualidade orçamentária está também expresso no art. 2º da Lei 4320/64, complementado pelo art. 34, que expressa o exercício financeiro coincidente com o ano civil, e a doutrina brasileira é praticamente unânime em elencá-la como um dos princípios orçamentários.

Esse período anual é largamente utilizado. René Stourm, em sua obra *O orçamento*, de 1912, considera esse período como o mais adequado, por ser o máximo de tempo razoável para o Parlamento autorizar os gastos, e o mínimo de tempo necessário para os governantes executarem o orçamento.<sup>24</sup>

O professor Ricardo Lobo Torres, em seu consagrado *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, no vol. V, que trata do orçamento, diz: “o princípio da anualidade orçamentária sinaliza no sentido de que o Legislativo deve exercer o controle político sobre o Executivo pela renovação anual da permissão para a cobrança dos tributos e realização dos gastos, sendo inconcebível a perpetuidade ou a permanência da autorização para a gestão financeira”<sup>25</sup>, destacando os dois elementos essenciais do orçamento público: limitação no tempo a autorização legislativa, que deve ser periodicamente renovada, o que também é enfatizado por José Augusto Moreira de Carvalho no texto *O orçamento a partir de seus princípios*.<sup>26</sup>

Alguns autores preferem referir-se a este princípio como sendo da *periodicidade*, ou seja, necessidade de autorização legislativa periódica sobre as receitas e despesas públicas que, historicamente, se consolidou no período anual. É o caso, para citar autores nacionais, de José Afonso da Silva e Kiyoshi Harada.

No entanto, esse princípio da anualidade, como já tive oportunidade de escrever<sup>27</sup>, não mais se coaduna com as necessidades da moderna administração pública, cuja atividade é contínua, e cada vez mais exigem-se instrumentos que permitam a adaptação da anualidade aos novos tempos. Mecanismos como os *restos a pagar*, criados para essa adaptação, já estão se tornando insuficientes e tornando o seu uso deturpado, criando verdadeiros “orçamentos paralelos” que turvam a visão das contas públicas; e também os conhecidos *gastos apressados em final de exercício*, que estão desperdiçando os tão escassos recursos públicos.

É sabido que obras de infraestrutura, contratos de longo prazo, e as principais políticas públi-

23 Este fato é descrito com muita propriedade por Gabriel Lochagin, no seu texto *A Unificação dos Orçamentos Públicos pela Constituição de 1988*, publicado na já citada coletânea *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro* [CONTI e SCAFF (coords), 2011].

24 René STOURM, *Le budget* (1912).

25 Ricardo Lobo TORRES, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário* (2008).

26 Que integra a já citada coletânea *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro* [CONTI e SCAFF (coords), 2011].

27 CONTI, José Mauricio. *Planejamento orçamentário da administração pública* (2020).

cas, raramente se adaptam a esse período de nosso exercício financeiro, e a falta de instrumentos orçamentários que permitam acolhê-los tem gerado insegurança jurídica em matéria financeira, causando prejuízos à administração pública e transtornos à sociedade.

O sistema brasileiro de planejamento orçamentário, com o PPA e a LDO, ainda não consegue cumprir esse papel. Instrumentos como o planejamento deslizando, recomendado pelos estudos da OCDE, já foram de forma incipiente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, materializado, por exemplo, no anexo de metas fiscais da LDO, com previsões trienais renovadas anualmente, mas ainda não conseguiram se impor como normas eficazes. Outros instrumentos, como as dotações “carry-over”, que permitem o “carregamento” de dotações para o exercício financeiro subsequente, ainda não estão clara e expressamente acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico.

O princípio da anualidade precisa ser revisto, ou então melhor interpretado. Nesse sentido é correta a posição de considerar adequada a expressão *periodicidade*, mantendo a ideia de autorizações periódicas para a atividade financeira do Estado, mas sem a rigidez da anualidade.

Fala-se até mesmo em reconhecer a plurianualidade. Para Regis de Oliveira, “já não se pode mais tratar a anualidade como princípio”, porque a própria periodicidade do orçamento com a previsão do plano plurianual, já estaria superada.<sup>28</sup> Não é desarrazoado argumentar que a anualidade orçamentária não foi incorporada pela Constituição de 1988 como um princípio, mas tão somente como um prazo de vigência da lei orçamentária anual, que é uma das leis que compõem o sistema orçamentário.

Embora nós tenhamos uma lei orçamentária anual, concretizando essa anualidade orçamentária, é necessário considerar que as leis orçamentárias compõem um sistema, para o qual o ordenamento jurídico exige um dever de compatibilidade das leis anuais como a LDO e LOA com o plano plurianual (PPA), indicando, em algum grau, a possível superação da anualidade orçamentária na qualidade de princípio.

A evolução em direção à plurianualidade fica bem evidenciada no direito francês, como descreve o Professor Michel Bouvier em texto próprio denominado a *Programação plurianual e equilíbrio das finanças públicas: a condição do sucesso*.<sup>29</sup>

#### 4.4. Exclusividade

A exclusividade consta expressamente da atual Constituição, ao dizer, em seu art. 165, § 8º, que “A lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa”, e visa limitar o conteúdo da lei orçamentária tão somente aos dispositivos que lhe são próprios. Ela já consta de nossa Constituição desde a reforma constitucional de 1926, que modificou a Constituição de 1891, como ressaltado pelo prof. Aliomar Baleeiro em sua clássica obra *Uma introdução à Ciência das Finanças*.<sup>30</sup>

O orçamento público já foi, em face principalmente de seu processo legislativo periódico e acelerado, utilizado como meio para a inserção de dispositivos não relacionados a seu conteúdo específico, criando as chamadas “caudas orçamentárias”, ou os “orçamentos rabilongos”, chegando ao ponto de nele

28 Regis de OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro* (2013).

29 Michel BOUVIER, *Programmation pluriannuelle et équilibre des finances publiques: les conditions du succès* (2008).

30 Aliomar BALEEIRO, *Uma introdução à Ciência das Finanças* (2015).

incluir temas relacionados ao extinto “desquite”, como mencionou o prof. José Afonso da Silva, no seu clássico “Orçamento-Programa”.<sup>31</sup>

Esse problema em parte foi superado, hoje pouco nele se fala, exceto eventualmente em esparsos casos de entes subnacionais que não os cumprem, porque no Brasil hoje, em regra, se cumpre o princípio da exclusividade orçamentária.

Outra grande questão se põe aos juristas em face do princípio da exclusividade: em face dessa nova conformação do sistema orçamentário, a exclusividade deve ser aplicada apenas e tão somente para a lei orçamentária anual? A resposta é negativa. Uma interpretação não literal leva facilmente à conclusão de que, para se compatibilizar as funções da lei orçamentária com o moderno sistema orçamentário, em que ela se insere no contexto de um sistema de planejamento orçamentário, composto também pelo PPA – plano plurianual e LDO – lei de diretrizes orçamentárias, há que se ampliar a abrangência do princípio, estendendo-o também a essas leis.

Nesse sentido o raciocínio do professor Weder de Oliveira é cristalino e preciso, e está exposto na obra “Lei de Diretrizes Orçamentárias: gênese, funcionalidade e constitucionalidade – retomando as origens”. Diz o autor, em síntese, que as leis orçamentárias têm funções constitucionais próprias e específicas, que permitem conferir ao PPA e à LDO a estatura de “leis reforçadas”, conforme construção do direito português, destacando especificamente os juristas Carlos Blanco de Moraes e Jorge Miranda, o que lhes dá supremacia sobre as demais. Forma-se assim um todo lógico e coerente de planejamento orçamentário da administração pública por essa tríade PPA-LDO-LOA. Para isso, exige-se o rigoroso respeito por esses diplomas normativos de dispor sobre as funções que lhes são próprias. Assim sendo, o princípio da exclusividade estende-se às demais leis orçamentárias, que devem tão somente tratar das matérias que lhes são próprias, em razão da função específica que a Constituição lhes definiu dentro do sistema orçamentário. Não se pode admitir, assim, por exemplo, que a LDO, como tem ocorrido com grande frequência, que supra as lacunas da Lei 4320 e disponha sobre temas que não lhe são próprios, como regramentos detalhados de execução orçamentária.<sup>32</sup>

Essa nova conformação constitucional nos permite sugerir uma nova denominação para esse princípio, que deveria se chamar “princípio da conformidade funcional”, ou seja, o conteúdo das leis de planejamento orçamentário deve guardar conformidade com as funções específicas previstas para elas na Constituição, o que soa muito mais adequado em razão da função que cada lei desempenha no sistema. E, ainda, esse princípio abrangeria a própria noção de exclusividade, mas seria ontologicamente mais coerente com a ideia de sistema.

#### 4.5. Não vinculação

O princípio da não vinculação, também conhecido como não-afetação, previsto no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal, já constava das Constituições de 1967, art. 75, e no art. 62 da EC 1/1969, e nessa época aplicava-se a *tributos*, tendo ficado restrito aos *impostos* pela redação da atual Constituição. Embora não seja clara a origem desse princípio, Henry Laufenburger, na França, menciona que a origem

<sup>31</sup> José Afonso da Silva, *Orçamento-programa no Brasil* (1973).

<sup>32</sup> Weder de OLIVEIRA, *Gênese, funcionalidade e constitucionalidade da lei de diretrizes orçamentárias* (2017).

dele está no art. 33 da Lei de 31 de maio de 1862, em sua obra *Tratado de Economia e Legislação Financeira - o Orçamento e o Tesouro*.<sup>33</sup>

É atualmente um dos princípios mais debatidos e questionados no âmbito do Direito Financeiro, pois seu conteúdo envolve os limites da discricionariedade na alocação dos recursos públicos. É visto com bons olhos pelo Executivo, que deseja ampliar sua liberdade na alocação dos recursos, questão que já foi debatida por Sebastião de Sant’anna e Silva na obra *Os princípios orçamentários*, de 1962.<sup>34</sup> Luis Trotabas e Jean-Marie Cotteret, no clássico livro sobre direito orçamentário, trataram detalhadamente do tema, e já mencionavam o princípio como um meio mais cômodo de se garantir a independência de alguns serviços e órgãos públicos.<sup>35</sup>

Mas para entender o princípio da não vinculação, é imprescindível a definição jurídica do conceito de *vinculação*. Esse tema é tratado exaustivamente e com proficiência na obra “Vinculação de receitas públicas”, de André Castro Carvalho. Nela, o autor deixa claro que “As vinculações de receitas são positivadas por instrumentos constitucionais ou legislativos de forma alheia à lei orçamentária, e são utilizadas para individualizar uma fonte e destinação mediante o estabelecimento de um *elo jurídico* entre receitas e escopos predeterminados”.

É importante destacar que as vinculações de receitas não se confundem com as despesas mínimas obrigatórias. Como bem explica André Carvalho, “O fator preponderante é, justamente, a obrigatoriedade no gasto. A despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao gasto no exercício financeiro, diferentemente da vinculação. Esta, por outro lado, apenas estabelece o elo normativo entre uma fonte e destino”.<sup>36</sup> Por essa razão é que despesas mínimas obrigatórias, tais como saúde e educação, são impropriamente mencionadas como sendo vinculações.

O fato é que hoje se vê um embate; um lado estão fomentadores das vinculações como sendo a grande solução; de outro, os que pedem as desvinculações, como se tem visto ocorrer há mais de uma década em nossa Constituição, com as desvinculações aprovadas por emendas Constitucionais sucessivas. Lembro o que já escrevi já há algum tempo: “as vinculações não são a panaceia dos problemas, não são boas ou ruins: o que importa é o uso que se faz delas”.<sup>37</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2015.

ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

33 Henry LAUFENBURGER, *Traité d’économie et de législation financières* (1968).

34 Sebastião de Santana e SILVA, *Os princípios orçamentários* (1962).

35 TROTABAS e COTTERET, *Droit budgétaire et comptabilité publique* (1995).

36 André Castro CARVALHO, *Vinculação de receitas públicas* (2010).

37 *Vinculações não são a panaceia dos problemas*. In CONTI, *Levando o Direito Financeiro sério* (2019).

BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Marie-Christine; LASSALE, Jean-Pierre. *Finances publiques*. 12. ed. Paris: LGDJ, 2013.

BOUVIER, Michel. Programmation pluriannuelle et équilibre des finances publiques: les conditions du succès. *Revue Française de Finances Publiques – RFFP*, n. 103, p. 1-5, 2008.

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CATARINO, João Ricardo. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a sério – a luta continua*. São Paulo: Blucher-Conjur, 2019.

CONTI, José Mauricio (Coord.). *Orçamentos Públicos. A lei 4.320 comentada*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CONTI, José Mauricio. *Planejamento orçamentário da administração pública*. São Paulo: Blucher, 2020 (no prelo)

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.). *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORREIA NETO, Celso B. *Orçamento público: uma visão analítica*. II Prêmio SOF de Monografias – 2008. Brasília: ESAF, 2008.

CORTI, Horácio G. *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

DALLAVERDE, Alexsandra. *As relações ente os poderes na gestão das finanças públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Deuxième Édition. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1921.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho financiero*. 5ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a noção de norma-objetivo. *Revista de Direito Público*, n. 71, São Paulo, RT, ano XVII, p. 137-152, jul./set. 1984.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 25ª ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2016

JÈZE, Gaston. *Traité de Science des Finances*. Le budget. Paris: V. Giard & E. Brière, 1910.

LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Milano: Giuffrè, 2007. Tradução do original escrito em 1871.

LAUFENBURGER, Henry. *Traité d'économie et de législation financières*. Budget et Tresor. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1968.

LOCHAGIN, Gabriel L. *A execução do orçamento público*. Flexibilidade e orçamento impositivo. São Paulo: Blucher, 2016.

OLIVEIRA, Regis F. *Curso de Direito Financeiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Weder de. *Gênese, funcionalidade e constitucionalidade da lei de diretrizes orçamentárias*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: RT, 1973.

SILVA, Sebastião de Santana e. *Os princípios orçamentários*. Rio de Janeiro: FGV, 1962.

TORRES, Heleno T. *Direito Constitucional Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. V: O orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TROTABAS, Louis; COTTERET, Jean-Marie. *Droit budgétaire et comptabilité publique*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 1995.

# SIGILO E CONFIDENCIALIDADE E APLICAÇÃO DA LGPD AOS MEMBROS DE CONSELHO FISCAL DE COOPERATIVAS

*André Castro Carvalho<sup>1</sup>*

*Isabel Mazoni Andrade<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 ou “LGPD”) tem como objetivo disciplinar o tratamento de dados pessoais. Dentre os princípios norteadores da LGPD estão a transparência ao titular a respeito do tratamento de seus dados, a segurança por meio da adoção de medidas aptas a proteger os dados e a prevenção por meio de mecanismos preventivos de segurança e proteção.

A observância aos princípios da LGPD deve passar pela adoção de uma multiplicidade de medidas por parte das organizações para fins de adequação aos princípios e demais regras da Lei Geral de Proteção de Dados. E isso não é diferente com as sociedades cooperativas, na sua qualidade de agentes de tratamento de dados pessoais.

Muito embora um projeto de adequação à LGPD siga uma linha mestra de medidas, naturalmente que tais medidas devem ser adequadas à realidade de cada organização. E, em cada organização, tais medidas devem, por sua vez, serem adequadas às características próprias de cada uma delas. Em outras palavras, em se tratando da LGPD, não existe receita de bolo, não se pode falar que “one size fits all”.

Diante deste contexto, o objetivo deste trabalho é analisar se os membros do conselho fiscal de cooperativas são obrigados a firmar modelo padrão de termos de confidencialidade. Em outras palavras, é inerente às funções fiscalizatórias dos membros do conselho fiscal manter a confidencialidade das informações e, portanto, estariam estes profissionais dispensados de firmar este tipo de documentos? Indo um pouco além, firmar esse tipo de documento impactaria negativamente na sua liberdade funcional? Se a resposta a estas questões for afirmativa, seria correto então afirmar que não se pode requerer tal tipo de compromisso do conselheiro fiscal de se obrigar a confidencialidade de determinadas informações inerentes à sua função fiscalizatória?

Responder a estas questões é o intuito deste trabalho.

1 Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, teve sua tese de doutorado recebido o Prêmio CAPES de Tese 2014 como a melhor tese de doutorado de Direito no Brasil em 2013. Realizou estudos em nível de pós-doutorado no Massachusetts Institute of Technology - MIT (em 2016) e na Faculdade de Direito da USP (2017-2018). Co-coordenador do Manual de Compliance (3. ed. – Ed. Forense) e coautor do livro Cultura Organizacional em Compliance (Ed. Thomson Reuters) e Gestão de Risco e Compliance (Ed. Senac). É professor de pós-graduação e educação executiva em diversas escolas de negócios. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial.

2 LL.M. pela University of Texas at Austin, Pós Graduação em Direito Societário pela FGV e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Compliance pela FGV e Insper. Professora convidada em Compliance e Privacidade e Proteção de Dados da FEA-USP, IBMEC e Unifor. Coautora de capítulo de livros e artigos de revistas especializadas em Compliance e Privacidade e Proteção de Dados. Certificações internacionais CCEP-I da Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE) e PDPF (Privacy & Data Protection Foundation) da EXIN.

## 1. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que institui o regime jurídico das sociedades cooperativas (doravante referida como “Lei do Cooperativismo”), prevê em seu artigo 3º que:

Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Conforme previsto em seu artigo 4º, as cooperativas são sociedades de natureza civil - compostas por pessoas que se unem para o exercício de uma atividade econômica - constituídas para prestar serviços aos seus associados. A respeito do artigo 4º, Waldirio Bulgarelli<sup>3</sup>, comenta que:

As cooperativas são constituídas pelos associados, com necessidades comuns, que criam uma empresa de natureza econômica, porém não lucrativa, destinada a lhes prestar serviços, ajustando-se assim à definição da Aliança Cooperativa Internacional, pela qual as cooperativas são consideradas associações de pessoas que criam uma empresa para satisfazer às necessidades comuns.

Ou seja, a figura de uma cooperativa aproxima-se de uma sociedade por ações, com a diferença é que enquanto a sociedade visa ao lucro, as cooperativas não: elas existem para atender aos interesses dos cooperados. A partir dessa constatação, é natural que muito da racionalidade sobre institutos das sociedades empresariais, em especial as limitadas e S/As, também possa se aplicar, de maneira análoga, às cooperativas. Dentro dessa linha de integração do direito por analogia, além de manual de boas práticas elaborado especificamente para cooperativas, vale destacar, também, as regras de governança corporativa que possam ser aplicadas a ambas as estruturas, ambos os quais serão abordados mais adiante.<sup>4</sup>

## 2. O CONSELHO FISCAL NA LEI DO COOPERATIVISMO E NO ESTATUTO

Em seu art. 56, a Lei do Cooperativismo atribui ao conselho fiscal o dever de fiscalizar, assídua e minuciosamente, a sociedade cooperativa. Ela também determina que a eleição dos membros do conselho fiscal cabe à assembleia geral (Art. 44, III), sendo esta constituída por seus cooperados. Prevê, ainda, que o estatuto da cooperativa deverá indicar o modo de administração e fiscalização, estabelecer os respectivos órgãos e definir suas atribuições e poderes (Art. 21, V).

Logo, um membro do conselho fiscal é eleito pelos cooperados para representá-los no que se refere à fiscalização da cooperativa, e se trata de posição crucial que permite que, por meio de um sistema de mútuo controle, haja um equilíbrio na relação agente-principal (cooperados-gestão) e a redução do chamado “conflito de agência”<sup>5</sup>.

Uma das características de um conselho fiscal é a “liberdade de ação individual”<sup>6</sup> dos seus

3 BULGARELLI, Waldirio. As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 178-179.

4 FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz Jr. Introdução ao Estudo do Direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 297: “A doutrina afirma que a primeira [interpretação extensiva] se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador. Já na segunda [analogia], o intérprete toma de uma norma e aplica-a um caso para o qual não havia preceito nenhum, pressupondo uma semelhança entre os casos”.

5 VENTURINI, Otávio; CARVALHO, André Castro. A governança corporativa no conselho de administração das estatais: apontamentos a partir das diretrizes da OCDE e da Lei Federal nº 13.303/16. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP. Belo Horizonte. a. 16. n. 16. jan./abr. 2018, p. 77.

6 Cf. SILVA, Edson Cordeiro. Governança corporativa nas empresas: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiro de administração e fiscal, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 141.

respectivos membros, o que o difere do conselho de administração. Essa ação individual é premissa para exercício da sua função ínsita, que é a de fiscalizar; caso se exigisse atuação colegiada, isso seria uma interferência desarrazoada na ampla liberdade de fiscalizar que o membro deve ter.

### **3. O CONSELHO FISCAL NA LEI DAS S/A**

Conforme se depreende do art. 163 da Lei das S/A, compete ao conselho fiscal fiscalizar os atos dos administradores à luz de deveres legais e estatutários destes, opinar sobre relatórios anuais e determinadas propostas dos órgãos da administração à assembleia geral, realizar análises de demonstrações financeiras, convocar assembleias sob algumas circunstâncias, denunciar aos órgãos da administração e, se estes não tomarem providências, à assembleia geral, erros, fraudes ou crime que descobrirem e sugerir ações a serem tomadas.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 163 são expressos quanto às obrigações dos órgãos de administração na apresentação de documentos solicitados pelo conselho fiscal, respectivamente, nos seguintes termos:

Art. 163. Compete ao conselho fiscal:

[...]

§ 1º Os órgãos de administração são obrigados, através de comunicação por escrito, a colocar à disposição dos membros em exercício do conselho fiscal, dentro de 10 (dez) dias, cópias das atas de suas reuniões e, dentro de 15 (quinze) dias do seu recebimento, cópias dos balancetes e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente e, quando houver, dos relatórios de execução de orçamentos.

§ 2º O conselho fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, desde que relativas à sua função fiscalizadora, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais.

Nota-se que quando pretendeu exigir alguma formalidade em torno da disponibilidade de documentos pelos órgãos da administração, a Lei das S/A o fez apenas no parágrafo 1º do art. 163, acima, ao exigir “comunicação por escrito” por parte dos membros do conselho fiscal, não tendo exigido, por outro lado, qualquer outro tipo de formalidade.

Por conseguinte, entende-se que o exercício do poder de fiscalização é amplo e irrestrito sempre quando este tiver como objetivo o benefício da organização. Caberá à administração o ônus da prova caso entenda que o exercício deste poder esteja sendo tergiversado para fins pessoais ou outros com o fito de prejudicar a organização.

Feita a análise acerca das previsões legais, vejamos o que dispõem as boas práticas de governança corporativa em relação aos conselhos fiscais.

### **4. O CONSELHO FISCAL CONFORME AS BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA DE MERCADO, INCLUINDO O SETOR DE COOPERATIVAS**

#### **4.1. O Guia de Orientação para o Conselho Fiscal do IBGC (“Guia”)**

O Guia, um dos Cadernos de Governança elaborados pelo Instituto Brasileiro de Governança

Corporativa (“IBGC”), aborda esse órgão à luz da legislação brasileira e das boas práticas de governança. Ele se destina, a princípio, aos conselheiros fiscais e administradores de sociedades anônimas, mas qualquer tipo de organização que possua o órgão fiscalizatório pode se valer e aplicar as suas orientações.<sup>7</sup>

A fiscalização dos atos dos administradores, segundo o Guia, é a principal função do conselho fiscal e, ao cumprir este papel, o conselho nada mais faz que implementar boas práticas de governança corporativa, com especial enfoque na transparência.<sup>8</sup>

O objetivo da legislação ao implementar a figura de um conselho fiscal é justamente garantir aos acionistas/cooperados o bom exercício do direito de fiscalizar como o objeto social está sendo gerenciado - nas palavras do Guia, por meio do exame de “**quaisquer documentos** da sociedade” [grifos nossos]. Isso assegura aos acionistas ou associados a proteção do patrimônio da sociedade por meio do cumprimento de seu objeto social de forma transparente e ética, e ajuda na tomada de decisão sobre a alocação de recursos.<sup>9</sup>

Em item dedicado ao acesso a documentos e relatórios, o Guia prescreve que a contemplação de documentos, pelo conselho fiscal, no caso da avaliação das demonstrações financeiras, vai além das demonstrações propriamente ditas, requerendo o acesso a “quaisquer outros documentos ou informações necessárias à análise crítica”.<sup>10</sup>

Como consequência, o conselho fiscal pode ter acesso a diversos tipos de documentos, desde aqueles de domínio público até os classificados como confidenciais, quer sejam contemporâneos, quer sejam relativos a gestões anteriores ou, ainda, a planos futuros os quais dependem de análises e sugestões para a tomada de decisões. Cabe à organização ter um controle em relação a isso e não obstar o acesso do membro do conselho fiscal a tais documentos, independente do grau de sigilo, em nenhuma circunstância.

Em essência, conforme observa Roberto Souza Gonzales<sup>11</sup>, as práticas recomendadas pelo Guia garantem, ao acionista ou associado o direito de fiscalizar a gestão dos negócios ou atividades das organizações, devendo e podendo valer-se do conselho fiscal para proteção das finanças das empresas, segurança aos fornecedores e terceiros, de forma que todos os *stakeholders* possam ter ciência da real situação da companhia. Isso permite, conforme o autor, uma tomada de decisão adequada quanto à alocação de recursos, o uso da força de trabalho de decisões relacionadas ao fornecimento. O autor sintetiza os benefícios que a existência de um conselho fiscal nos seguintes termos:

É um órgão independente dos administradores em decorrência da própria Lei, o que traz uma grande segurança.

Representa uma instância de conforto para os próprios administradores, que passam a confiar mais em suas decisões em razão de saber que contam com uma fiscalização independente.

Contribui para a valorização da companhia, já que monitora os processos de gestão de risco.

Pode vir a criar condições de redução de custo de capital.

É possível que seja a última instância de defesa no âmbito da companhia à disposição dos acionistas,

7 IBGC. Guia de orientação para o conselho fiscal. 3. ed. São Paulo: IBGC, 2018, p. 9.

8 IBGC. Guia..., p. 13.

9 IBGC. Guia..., p. 13.

10 IBGC. Guia..., p. 16.

11 GONZALEZ, Roberto Sousa. Governança corporativa: o poder de transformação das empresas. São Paulo: Trevisan Editora, 2012, 2016, p. 118.

Em suma, o Conselho Fiscal tem um poder maior de dedicação, de aprofundamento nas matérias delicadas de interesse da empresa, o que transmite uma sensação de segurança e garantia para os acionistas.<sup>12</sup>

## 4.2. O manual do Sistema OCB

O Sistema OCB, nascido da união de esforços da Confederação Nacional das Cooperativas (CNCOOP), da Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP)<sup>13</sup>, elaborou um Manual de Boas Práticas de Governança Corporativa do Sistema OCB (o “Manual”), voltado exclusivamente ao setor.

Ao conceituar conselho fiscal, o Manual repisa o fato de tal órgão ser subordinado exclusivamente à assembleia geral, sendo independente dos órgãos de administração.<sup>14</sup> Reconhece o órgão de fiscalização como um instrumento de boas práticas de governança cooperativa o qual estaria em linha com os interesses dos órgãos de administração e dos associados, estes últimos os maiores interessados nos negócios da cooperativa e, por isso mesmo, encorajados a atuar também como agentes de suporte à fiscalização e controle, por meio de participação ativa em assembleias e no acompanhamento da prestação de contas, interagindo com os órgãos da cooperativa.<sup>15</sup>

O Manual não se furta, também, a exaltar o conselho fiscal como “um dos mais importantes agentes de fiscalização e compliance” à vista de sua subordinação, exclusiva, à assembleia geral, com atuação independente fincada no pilar da transparência<sup>16</sup>.

É interessante, portanto, a aproximação que o Manual faz da função de conselho fiscal com a conformidade, ajudando no *accountability* da organização. E, para tanto, é importante que as funções de conformidade exibam autonomia<sup>17</sup> a fim de não terem prejudicadas as suas tarefas de garantir a boa prestação de contas da organização.

## 5. A OBRIGAÇÃO LEGAL DO MEMBRO DO CONSELHO FISCAL PELO DESCUMPRIMENTO DE FISCALIZAR

Cumprir destacar que o conselho fiscal “[...] pode funcionar como verdadeiro órgão interno de fiscalização da gestão dos administradores e informação dos sócios”<sup>18</sup>. Em seus comentários à Lei das S/A, Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto afirma que a atividade fiscalizatória dos conselheiros fiscais é uma obriga-

12 GONZALEZ, Roberto Sousa. Governança..., p. 118.e 119

13 OCB. Página do site do Sistema OCB. Disponível em: <<https://somoscooperativismo.coop.br/historia-do-sistema-ocb>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

14 OCB. Manual de Boas Práticas de Governança Corporativa. [s.l.]: Organização das Cooperativas Brasileiras, [s.d.], p. 15. Disponível em: <http://sistemaocb.ocbmt.coop.br/storage/webdisco/2019/01/10/outros/b4b5bd142284978d1ad5fe516714783a.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

15 OCB. Manual..., p. 30.

16 OCB. Manual..., p. 30.

17 ALMEIDA, Luiz Eduardo. Governança corporativa. In: CARVALHO, André Castro et al. (coords.). Manual de Compliance. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 16.

18 FERNANDES, André de Godoy. Administração de sociedades limitadas e governança corporativa. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun (coords.). Governança corporativa: avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 128.

ção legal e não mera atribuição, baseando<sup>19</sup> sua assertiva na opinião do ilustre jurista Modesto Carvalhosa:

A lei enumera as atribuições do Conselho Fiscal, que constituem deveres indeclináveis para os seus membros. Não se trata, portanto, de prerrogativa de fiscalizar e assessorar a assembleia geral. Constitui obrigação legal, tendo os conselheiros responsabilidades pelo seu descumprimento (art. 165) (Modesto Carvalhosa, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 3, ed., Saraiva, 2003, 3a v., p. 433).

Alfredo Sérgio Lazzareschi Netto cita, também, o Parecer CVM/PJU n. 010/2002<sup>20</sup> que assim prescreve:

Conselheiro fiscal. Pedido de informações e entrega de documentos, Cerceamento do exercício do poder de fiscalização pela diretoria da empresa. Infração à Lei 6.404/76.

Conclui-se, portanto, que eventual recusa em apresentar informações e documentos a membro do conselho fiscal pode ser caracterizada como uma recusa injustificada, por impedir o pleno exercício de sua obrigação legal. Um remédio jurídico para a recusa dos órgãos da administração em dar acesso ao conselheiro fiscal a documentos e informações necessárias ao desempenho de suas obrigações é, conforme comentário de Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto, a ação de exibição de livros e documentos, o que é corroborado por decisões judiciais de Tribunais de Justiça e do Colegiado da CVM nesse sentido<sup>21</sup>.

É possível que a recusa em apresentar informações não se dê diretamente - por meio de uma negativa de solicitação direta -, mas sim por meio da criação de embaraços e constrangimentos no fornecimento de informações a membros do conselho fiscal.

## 6. DA NÃO OBRIGATORIEDADE DE FIRMAR O TERMO NO CONTEXTO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES NECESSÁRIOS ÀS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO

Não há qualquer norma que obrigue membros de conselho fiscal de uma cooperativa, à luz da Lei do Cooperativismo, a firmar Termo no acesso a documentos e informações necessários às suas atividades de natureza fiscalizatória. Como visto no item anterior, a recusa na apresentação de documentos com base na prévia assinatura de Termo, obstruindo um dever legal dos conselheiros fiscais, pode resultar em apresentação de reclamação, pelo conselho fiscal de uma companhia aberta - ou qualquer de seus membros - perante a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) no âmbito da Lei das S/As.

Essa não obrigatoriedade de assinatura do Termo está em linha com o fato de que o Conselho Fiscal não tem como exercer suas atribuições sem ter acesso a informações e documentos, de forma **livre, independente e desimpedida**, ou seja, **sem obstáculos e exigências não previstas em lei ou no estatuto social da entidade**.

O Conselho Fiscal poderá, portanto, contestar exigências indevidas da administração e que possam representar algum tipo de embaraço à atividade de fiscalização. Uma das funções típicas de um conselho fiscal é denunciar<sup>22</sup> irregularidades, fraudes e crimes, seja para órgãos da administração ou outros

19 LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. Lei das Sociedades por ações anotada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 538.

20 LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. Lei..., p. 538.

21 Para mais detalhes sobre os comentários e citações das decisões judiciais e administrativas, ver LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. Lei..., p. 541-542.

22 Em relação às funções do Conselho Fiscal, ver ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. ampliada. São Paulo: Atlas, 2012, p. 270.

órgãos relevantes externos (como auditoria externa), ou até mesmo, a depender da situação concreta, às autoridades competentes.

Como paralelo, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que é reconhecidamente uma das leis mais modernas no que se refere à governança, estabelece, em seu art. 86, que os órgãos de controle interno e externo fiscalizarão as estatais e que, para tal finalidade, tais órgãos deverão ter acesso irrestrito a documentos e informações, inclusive os classificados como sigilosos (§ 1º). O grau de sigilo **será classificado e devidamente rotulado na entrega da documentação ao órgão de controle**, o qual se torna “corresponsável pela manutenção do seu sigilo” (§ 2º). [grifo nosso]

Ademais, o art. 88 da Lei 13.303/2016 impõe às estatais a divulgação mensal da execução dos contratos e respectivos orçamentos, cabendo proteção para garantir a confidencialidade em relação ao segredo industrial. O § 2º coloca que tal sigilo, relativo ao segredo industrial, “**não será oponível à fiscalização dos órgãos de controle interno** e do tribunal de contas, **sem prejuízo da responsabilização** administrativa, civil e penal do servidor que der causa à eventual divulgação dessas informações”. [grifo nosso]

Os termos de sigilo e confidencialidade (também conhecidos como *Non-Disclosure Agreements* - NDAs) costumam ser mais apropriados em relações com terceiros, por exemplo, na celebração de uma parceria ou para a contratação de serviços, haja vista que a legislação não prevê claramente a regulação do sigilo e confidencialidade, bem como eventual responsabilização de revelação de informação pela parte receptora, nessas circunstâncias.

De outra sorte, no ambiente interno (a saber, para colaboradores), é comum que sejam exigidos termos de sigilo e confidencialidade quando o colaborador for, de maneira **extraordinária e específica**, ter acesso a alguma informação que realmente seja de cunho sigiloso. Por exemplo, uma instituição financeira não vai solicitar a assinatura de um termo de confidencialidade para o caixa ou gerente da agência quando ele ingressa na instituição, mas poderá solicitar um termo *ad hoc* caso venha a compartilhar com tal colaborador algum documento sigiloso referente a um cliente que esteja envolvido em uma investigação interna de corrupção ou lavagem de dinheiro (como em processo de entrevistas de investigação).

Isso porque, por padrão, não é ínsito à atividade do caixa ou gerente ter acesso a informação confidencial sobre investigações corporativas de lavagem de dinheiro; seria diferente se fosse o membro de um conselho ou de uma diretoria: nesse caso, **a confidencialidade é ínsita à posição**, sendo desnecessária a assinatura de termos nesse sentido, sejam genéricos ou *ad hoc*.

Em suma, para colaboradores onde não é ínsito à posição o contato com informação confidencial ou sigilosa, será necessária a assinatura de tais termos sempre que ele se deparar com tais informações; já o colaborador onde é ínsito à posição o contato com informação confidencial ou sigilosa (caso do conselho de administração e do conselho fiscal), não há necessidade de assinatura de tais termos, até porque eles podem representar medida a tentar obstar o pleno exercício da atividade de tais órgãos de governança.

Portanto, seguindo o fio condutor de nossa ilustração acima, o advogado que estiver contratado pela instituição financeira, ao apresentar o seu relatório final sobre a investigação de lavagem ou corrupção conduzida, não precisaria pedir a assinatura de termos de confidencialidade para todos os conselheiros de administração ou conselheiros fiscais, porque o sigilo e a confidencialidade são inerentes à função dessas partes

receptoras. Caberia a este advogado rotular o documento como sujeito a sigilo profissional entre advogado e cliente (*attorney-client privilege*), para que os receptores da informação saibam que esse documento é estritamente confidencial e não deve ser compartilhado com qualquer outra parte até segunda ordem.

Logo, conforme delineado pela doutrina espanhola, “[a] confidencialidade é a qualidade de confidencial (que se diz o faz em confiança e com segurança recíproca entre dois ou mais indivíduos). Se trata de uma propriedade da informação, que pretende garantir o acesso somente a pessoas autorizadas”<sup>23</sup>.

Essa mesma lógica de confidencialidade inerente à função vale, também, no âmbito do controle e da auditoria. Rui de Assis Vasconcelos<sup>24</sup> alerta a respeito de normas de auditoria emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e pelo Ibracon, as quais estabelecem o dever de confidencialidade das informações no âmbito das auditorias.

Isso decorre, segundo o referido autor, dos ditames da Lei Complementar nº 105/2001 a qual estabelece que as instituições financeiras devem conservar sigilo sobre suas operações ativas e passivas e serviços prestados, sendo que a violação de sigilo não autorizada pela lei constitui crime, punível com a reclusão de um a quatro anos e multa, sem prejuízo de outras sanções criminais aplicáveis. Neste sentido, prossegue, a auditoria sobre informações cobertas por sigilo bancário atinge os trabalhos de auditoria neste setor.

E em razão disso é que o autor faz um alerta aos colaboradores da Confederação Nacional de Auditoria Cooperativa, a CNAC, entidade de auditoria cooperativa constituída em agosto de 2007 especializada em auditorias em cooperativas de crédito<sup>25</sup>, qual seja, que estes mantenham a confidencialidade e o sigilo de quaisquer informações das cooperativas auditadas que sejam protegidas por leis, normas e regulamentos aplicáveis, incluindo o Código de Ética Profissional do Contador e as políticas do CNAC. Recomenda, também, o uso das informações de forma restrita, somente para as finalidades de seu tratamento.

Por fim, cumpre destacar que a violação de segredo profissional é punível criminalmente pelo art. 154 do Código Penal<sup>26</sup>, constituindo mais uma proteção legal para o sigilo e confidencialidade das informações das organizações, o que reforça a desnecessidade de assinatura interna de termos de sigilo. Considera-se, ainda, que o tipo subjetivo exigido - dolo - não abarca a esfera culposa e, portanto, abrange “a consciência do caráter sigiloso do fato e a da falta de justa causa para a sua revelação”<sup>27</sup>. Ou seja, a pessoa que violar regras internas de confidencialidade pode responder civil e criminalmente.

Como conclusão deste tópico, o dever de confidencialidade e sigilo é implícito, decorrência natural da atividade fiscalizatória do Conselho Fiscal; o membro que viole o sigilo e confidencialidade de informações internas poderá responder por eventual violação, a qual deve ser apurada na medida da culpabilidade e prescinde da existência de termos de sigilo e confidencialidade ou NDAs.

23 PUYOL, Javier. Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance. Valencia: Tirant lo blanch, 2016, p. 333.

24 CNAC. Sigilo e confidencialidade das informações - obrigação profissional do auditor. Disponível em: <https://cnac.coop.br/artigo.aspx?artigo=25&titulo=sigilo-e-confidencialidade-das-informacoes--obrigacao-profissional-do-auditor>. Acesso em: 4 nov. 2022.

25 CNAC. Sigilo...

26 Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

27 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. v. II: parte especial. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 399.

## CONCLUSÃO

Os membros do conselho fiscal são eleitos pelos cooperados para representá-los na fiscalização da cooperativa. Tratam-se as obrigações fiscalizatórias dos membros do Conselho Fiscal de obrigações legais, razão pela qual a alta administração das cooperativas deve assegurar que tais conselheiros tenham acesso a quaisquer documentos ou informações da sociedade cooperativa necessários à devida análise crítica, capazes de levá-los a levantamentos e apontamentos adequados.

O contato com informação confidencial ou sigilosa é ínsito às funções do Conselho Fiscal, não havendo, portanto, que se falar na coleta de assinatura de seus membros em termo de confidencialidade como condição prévia ao fornecimento de informações, sob a pretensa implementação de medidas de adequação da sociedade cooperativa à LGPD. Além do mais, vale notar que a documentação e dados financeiros de uma sociedade, como as demonstrações financeiras, relatórios da administração, apresentações, ofícios, entre outros, costuma não conter qualquer tipo de dado pessoal. Conforme destaca Javier Puyol<sup>28</sup>, existem grupos de informações que podem ser consideradas confidenciais:

- Aquelas que a lei assim determina e aquelas relacionadas com a lei de proteção de dados;
- Aquelas que têm a ver com a estratégia da empresa;
- Aquelas de acordos de confidencialidade firmados com terceiros;
- Aquelas que não tem caráter estratégico, nem estão sob proteção legal ou contratual, mas que se entenda conservar em sigilo por outras razões.

Portanto, sequer se aplicaria esse tipo de argumentação com base exclusivamente na LGPD, visto o art. 1º ser expresso ao limitar a incidência da norma a dados **pessoais**, e não quaisquer dados produzidos pelas organizações. Como é possível perceber acima, trata-se apenas de um conjunto de informações confidenciais, mas não o único. De qualquer forma, mesmo em relação à eventual documentação que, excepcionalmente, possa contê-los, como fichas e planilhas com dados de colaboradores e cooperados, não prevalece a exigência do Termo em questão.

Como boa prática em matéria de governança da privacidade e proteção de dados pessoais, apenas solicitar assinatura de termos de sigilo e confidencialidade não é medida que garante, por si só, a aderência aos dispositivos da norma. O Procon-SP, na análise do conhecido caso de vazamento de dados da concessionária Enel no Município de Osasco, afirmou que “[l]embrando que a assinatura de termos de responsabilização por parte de funcionários não retira da empresa a obrigação de manter política de sigilo de dados condizente com a LGPD”<sup>29</sup>.

Ou seja, é comum nos processos de implementação da LGPD nas corporações que se exijam a assinatura de termos de sigilo e confidencialidade por vezes “leoninos”, eis que:

- 1) Não explicitam o conceito de “informações confidenciais”, tampouco fazem as devidas rotulagens nos documentos e informações indicando o seu grau de confidencialidade, com base em política da organização;

28 PUYOL, Javier. *Crerios...*, p. 335.

29 PROCON-SP. Vazamento de dados da Enel. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/vazamento-de-dados-da-enel/>. Acesso em: 4 nov. 2022.

- 2) Proíbem sejam feitas cópias, sem apontar qualquer exceção - tal como prévia autorização interna ou legal, como para comprovação de denúncias de práticas antiéticas no canal interno ou a autoridades competentes;
- 3) Não delimitam a responsabilidade do signatário a casos em que este agir com culpa ou dolo, devidamente comprovados;
- 4) Não abordam as excludentes de responsabilidade civil ou criminal (i.e., culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros, caso fortuito, força maior);
- 5) Não excetuam os cargos ou funções que, por sua natureza, **a confidencialidade lhes é insita** e exigem amplo acesso a informações para o exercício de suas obrigações legais e contratuais, cabendo a estas partes observarem a política de classificação da informação e a rotulagem de documentos.

Tais termos, de forma indevida, acabam simplesmente imputando toda e qualquer responsabilidade por eventos relativos a dados pessoais aos colaboradores, sendo o caminho mais “fácil” para uma suposta conformidade à LGPD e segurança da informação. Em outras palavras: a organização não exhibe as medidas técnicas e administrativas aptas a evitar violações de sigilo e confidencialidade, e acaba imputando toda e qualquer responsabilidade a seus colaboradores.

Ainda que a empresa consiga obter as assinaturas de seus colaboradores em tais termos (o que é não seria surpresa antes o temor de retaliação e perda do emprego ou cargo), isso, por si só, não garante a aderência da organização à LGPD. Ela necessita apresentar políticas e procedimentos adequados, um Encarregado pela Proteção de Dados, com equipe e recursos necessários, um constante processo de análise de riscos de privacidade, campanhas massivas de comunicação e treinamento sobre o tema, além da adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger dados pessoais de acessos não autorizados e outros incidentes decorrentes de tratamento inadequado ou ilícito.

Mesmo ao se exigir o cumprimento pelos colaboradores, cabe à pessoa jurídica, na condição de controladora de dados pessoais, proporcionar ambiente seguro e medidas administrativas em relação aos dados pessoais e informações que necessitem coletar, reter e/ou compartilhar. A organização deve classificar as informações que produz (como pública, interna ou confidencial) e rotulá-las, para nortear os seus colaboradores em relação ao grau de sigilo que se deve ter em relação ao que estão tendo contato.

Segundo Javier Puyol<sup>30</sup>, ao trazer na prática a aplicação das políticas de confidencialidade, ele comenta aquilo que é reconhecido no mercado europeu como boas práticas e que pode ser usado no presente caso:

- a) Classificar a informação, de acordo com o **limite de uso** (o que é de acesso geral, o que é restrito, e o que é confidencial) e o **valor** (o que é informação-chave para a companhia e o que é informação não-vital);
- b) Criar acordos de confidencialidade **com outras pessoas físicas e jurídicas** (cumpre destacar que o autor sempre coloca a necessidade para ambientes externos, e não internos);
- c) Implantar ferramentas que protejam a informação, como a criação de consciência na orga-

<sup>30</sup> PUYOL, Javier. Criterios..., p. 335-337.

nização sobre o tema, inclusive em ambientes externos à organização;

- d) Ter um **controle da informação confidencial**, separando o que é confidencial do que não é, ter manuais sobre confidencialidade, barreiras físicas de segurança, limitação de acesso, etc.

Corroborar-se, portanto, não ser factível exigir sigilo de maneira genérica, por meio de assinatura do Termo, em relação a qualquer informação compartilhada, como se todo tipo de informação fosse confidencial.

O mais importante para que o sigilo e a confidencialidade sejam mantidos não é o fato de existir um Termo assinado, e sim que o colaborador (*in casu*, o membro do Conselho Fiscal) saiba prévia e exatamente qual é o grau de sigilo de cada informação com a qual ele tem contato, e quais são os cuidados que se espera dele em relação à referida informação.

Repisamos que a organização deve proporcionar medidas técnicas e administrativas adequadas (conforme art. 6º, VII, e art. 46, da LGPD) para rotular cada uma informação com o grau de sigilo apropriado (por exemplo, colocar marca d'água com o nome da pessoa que vai ter acesso ao documento, promover criptografia em planilhas, bloqueios para edição de documentos, registros de logs de acesso em sistemas, entrega de versões impressas e triturá-las depois de reunião específica)<sup>31</sup>. São medidas que permitem mitigar riscos e individualizam a responsabilidade caso haja alguma violação de sigilo.

---

31 JIMENE, Camilla do Vale. Capítulo VII. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 333-334: “As medidas de técnicas são aquelas adotadas no âmbito da Tecnologia da Informação, com o uso de recursos informáticos dotados de funcionalidades voltadas à garantia da segurança da informação. São exemplos dessas tecnologias: ferramentas de autenticação de acesso a sistemas, mecanismos de segurança em softwares e hardwares, recursos de controle de tráfego de dados em rede, instrumentos detectores de invasões de sistemas, recursos de criptografia, segregação de servidores, ferramentas de prevenção à perda de dados, testes de vulnerabilidade, cópias de segurança, entre muitos outros.

Por sua vez, as medidas administrativas são as atividades realizadas no âmbito administrativo-gerencial dos agentes de tratamento, incluindo-se as de natureza jurídica. São exemplos de medidas administrativas: políticas corporativas para proteção dos dados pessoais, contratos de confidencialidade, políticas de privacidade de sites e aplicativos, capacitação dos empregados cujas atividades envolvam o tratamento de dados pessoais, controle de acesso aos arquivos físicos, entre outras”.