



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

BEATRIZ RIBEIRO LOPES BARBON

**A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PELA
FAZENDA PÚBLICA:
NOVAS PERSPECTIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Londrina
2024

BEATRIZ RIBEIRO LOPES BARBON

**A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PELA
FAZENDA PÚBLICA:
NOVAS PERSPECTIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Londrina
2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

BARBON, Beatriz Ribeiro Lopes.

A celebração de Negócios Jurídicos pela Fazenda Pública: : novas perspectivas no Estado Democrático de Direito / Beatriz Ribeiro Lopes BARBON. - Londrina, 2024.
132 f.

Orientador: Luiz Alberto Pereira RIBEIRO.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2024.

Inclui bibliografia.

1. Fazenda Pública - Tese. 2. Estado Democrático de Direito - Tese. 3. acesso à justiça - Tese. 4. Direito Negocial - Tese. I. RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

BEATRIZ RIBEIRO LOPES BARBON

**A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PELA FAZENDA
PÚBLICA:
NOVAS PERSPECTIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto
Pereira Ribeiro
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Paulo Henrique Guilman Tanizawa
Pontifícia Universidade Católica – PUC/PR

Londrina, 16 de agosto de 2024.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Luiz Alberto, por acreditar numa recém-formada e ser o melhor orientador que alguém poderia ter. Referência de profissionalismo, integridade, competência e inteligência.

Ao Prof. Elve, pelas ricas contribuições a esse trabalho.

Ao Prof. Clodomiro, pela gentileza e compreensão.

Aos meus pais, Marcilene e Luiz, pelo apoio incondicional.

À minha família, pelo carinho infinito.

Às minhas amigas, pelos momentos incríveis.

Ao Gabriel, pelo amor e ternura.

À Estella, pela parceria nessa jornada.

Aos professores e colegas do Programa, pelos conhecimentos compartilhados.

Sabemos que os poderosos têm medo do pensamento, pois o poder é mais forte se ninguém pensar, se todo mundo aceitar as coisas como elas são, ou melhor, como nos dizem e nos fazem acreditar que elas são.
CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 1994.

RESUMO

BARBON, Beatriz Ribeiro Lopes. **A celebração de negócios jurídicos pela Fazenda Pública**: novas perspectivas no Estado Democrático de Direito. 2024. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2024.

O Estado Democrático de Direito trouxe consigo transformações em todo o ordenamento jurídico ao inserir valores democráticos e assegurar direitos fundamentais. A Constituição Federal tornou-se fundamento indispensável para a atuação estatal, inclusive no âmbito administrativo, no entanto, observa-se a necessidade do aperfeiçoamento de uma conduta mais democrática e mais participativa da administração pública. Nesse contexto, tem-se a Fazenda Pública, forte litigante no cenário jurídico brasileiro, mas que pouco explora soluções alternativas para tanto. Partindo desse contexto, o problema se encontra em justificar, em âmbito teórico, a possibilidade de desenvolver meios negociados a serem utilizados pela Fazenda a qual, por fazer parte da administração pública, possui restrições legais e principiológicas rígidas para dispor. Desse modo, a pesquisa trata inicialmente acerca do princípio do interesse público, a constitucionalização do Direito Administrativo e as limitações para uma atuação negocial da Fazenda Pública, inclusive em juízo. Em seguida, são apresentadas premissas teóricas para legitimar e fundamentar o desenvolvimento de meios que envolvam manifestação de vontade pela Fazenda Pública para negociar. Por último, analisam-se as consequências desse novo paradigma no campo prático. Assim, fundamenta-se um espaço legitimado de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se tornar espaço preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos. Com isso, defende-se a possibilidade de negociações judiciais e extrajudiciais com o contribuinte para o recebimento de créditos tributários de difícil recuperação. Essa atuação negocial da Fazenda Pública, sob o novo paradigma de constitucionalização da administração pública, mostra-se mais adequada aos preceitos do Estado Democrático de Direito e amplia o acesso à justiça.

Palavras-chave: Fazenda Pública; transação tributária; Estado Democrático de Direito; acesso à justiça; Direito Negocial.

ABSTRACT

BARBON, Beatriz Ribeiro Lopes. **The Conclusion of Legal Transactions by the Public Treasury: New Perspectives in the Rule of Law.** 2024. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2024.

The Rule of Law has brought about transformations throughout the legal system by incorporating democratic values and ensuring fundamental rights. The Federal Constitution has become an indispensable foundation for state action, including in the administrative sphere. However, there is a need to improve the more democratic and participative functioning of public administration. In this context, the National Treasury emerges as a significant litigant in the Brazilian legal scene but fails to explore alternative solutions. Given this scenario, the problem lies in theoretically justifying the possibility of developing negotiated means to be used by the Treasury, which, as part of the public administration, faces strict legal and principled restrictions. Thus, the research initially addresses the principle of public interest, the constitutionalization of Administrative Law, and the limitations on the Treasury's negotiating actions, including in court. Next, theoretical premises are presented to legitimize and underpin the development of means involving the manifestation of will by the Treasury. Finally, the practical consequences of this new paradigm are analyzed. Consequently, through the balancing of principles, a legitimized space of administrative discretion is established, which transitions from being an area of free choice for the administrator to one filled by technical and legal procedures. This supports the possibility of judicial and extrajudicial negotiations with taxpayers in the collection of hard-to-recover tax credits. This negotiated approach by the Treasury, under the new paradigm of the constitutionalization of public administration, proves to be more aligned with the precepts of the Rule of Law and enhances access to justice.

Key-words: Treasury; tax settlement; Rule of Law; access to justice; Negotiated Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	INTERESSE PÚBLICO E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	16
2.1	ESTADO E DIREITO ADMINISTRATIVO: DESENVOLVIMENTO DE SEUS FUNDAMENTOS E ATUAÇÃO	17
2.2	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: NOVOS PARADIGMAS DO INTERESSE PÚBLICO	28
2.3	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: FAZENDA PÚBLICA E NEGOCIAÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	39
2.4	FAZENDA PÚBLICA NO JUDICIÁRIO: O CONGESTIONAMENTO DAS EXECUÇÕES FISCAIS	47
3	AUTONOMIA DA FAZENDA PÚBLICA: PREMISSAS TEÓRICAS PARA UMA ATUAÇÃO NEGOCIAL	54
3.1	FAZENDA PÚBLICA E DIREITO NEGOCIAL: TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E AUTONOMIA DAS PARTES	55
3.2	O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE E DA AUTONOMIA NEGOCIAL DA FAZENDA PÚBLICA.....	69
3.3	FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO	83
4	NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA: NOVOS PARADIGMAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	94
4.1	A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS PELA FAZENDA PÚBLICA EM NEGOCIAÇÕES.....	95
4.2	ATUAÇÃO NEGOCIAL DA FAZENDA PÚBLICA EM EXECUÇÕES FISCAIS.....	111
4.3	IMPLICAÇÕES DESSE NOVO PARADIGMA: MUITO ALÉM DE EFETIVIDADE, UMA QUESTÃO DE ACESSO À JUSTIÇA E DEMOCRACIA.....	116
5	CONCLUSÃO	124
	REFERÊNCIAS	126

1 INTRODUÇÃO

No contexto do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição de 1988, a administração pública passa por um processo de constitucionalização, o que demanda um novo paradigma para exercer suas atividades, em detrimento de uma atuação autoritária. A democracia pressupõe a ponderação e o equilíbrio entre todos os princípios do ordenamento jurídico, para garantir que as decisões estatais sejam legitimadas pelo respeito à Constituição.

Embora haja um reconhecimento crescente da importância da participação popular na sociedade e no ordenamento jurídico, da consensualidade e da cooperação, observa-se uma lacuna significativa em termos de discussões doutrinárias e aplicação prática desses conceitos na administração pública. E, quando se volta para o âmbito tributário, essa discussão se torna ainda mais rara, em razão da rigidez de suas normas e limitações principiológicas. Todavia, a falta de eficiência e a morosidade das execuções fiscais clama por novas alternativas para amenizar a situação.

Partindo desse contexto, questiona-se: como desenvolver soluções negociais a serem utilizadas pela Fazenda, para que seja uma alternativa consensual e eficaz considerando suas restrições legais e principiológicas rígidas para dispor? Desse modo, o problema desta pesquisa concentra-se em justificar, no âmbito teórico, a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar negócios jurídicos buscando o recebimento de determinados tipos de créditos tributários, tecnicamente elegíveis para tanto. Para que se desenvolva essa possibilidade na prática, é necessário ampliar o aporte teórico a respeito do tema, que ainda encontra entraves de natureza principiológica.

Utilizando-se do método dedutivo, parte-se de uma análise histórica do Direito Administrativo para entender as dificuldades em se estabelecerem medidas mais democráticas e de negociação na administração pública. No contexto brasileiro, enfatizam-se os princípios do Estado Democrático de Direito e a importância de sua aplicação prática, para então, trazer essa conjuntura para a atuação da Fazenda Pública, para extrair conclusões sobre a possibilidade e legitimidade de negociações judiciais e extrajudiciais no âmbito tributário, tendo em vista o número significativo de execuções fiscais paradas no judiciário.

A pesquisa aborda, inicialmente, o princípio do interesse público, a

constitucionalização do Direito Administrativo e as limitações inerentes à atuação negocial da Fazenda Pública, inclusive no âmbito judicial. São analisadas as barreiras legais e principiológicas que restringem a disposição de créditos tributários pela Fazenda. Em seguida, são apresentadas premissas teóricas que visam legitimar e fundamentar a possibilidade de a Fazenda Pública desenvolver meios negociados, envolvendo manifestação de vontade, de forma alinhada com os princípios constitucionais e administrativos.

Por fim, a pesquisa fundamenta um espaço legitimado de discricionariedade administrativa, que se baseia em critérios técnicos e jurídicos, e não uma escolha livre do administrador. Também analisa as consequências desse novo paradigma no campo prático, enfatizando a importância da ponderação de princípios. Assim, defende-se a possibilidade de negociações judiciais e extrajudiciais entre a Fazenda Pública e o contribuinte para o recebimento de créditos tributários de difícil recuperação, proporcionando uma alternativa alinhada com o Estado Democrático de Direito.

Nesse íterim, a presente reflexão justifica-se pela carência de efetividade nas diversas ações de execução fiscal em trâmite no judiciário brasileiro e estende-se para o âmbito administrativo, tratando daqueles créditos considerados de difícil recuperação. Estes, além de representar montante significativo sem previsão de recebimento, prejudicam a eficiência e o acesso à justiça. A pesquisa se encaixa no campo do Direito Negocial, pois seu objetivo é precisamente analisar e fundamentar a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar negócios jurídicos com a finalidade de negociar créditos tributários de difícil recuperação.

O objetivo centraliza-se em analisar e defender a legitimidade de uma atuação negocial da Fazenda Pública na solução de litígios administrativos e em execuções fiscais, para determinados tipos de crédito tributário. Para tanto, busca fundamentação nos preceitos constitucionais, na própria legislação tributária e na doutrina do Direito Administrativo contemporâneo.

2 INTERESSE PÚBLICO E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito, tal como concebido atualmente, é resultado de uma evolução histórica e teórica que remonta à queda do absolutismo, passando por transformações significativas no exercício do poder estatal e suas atribuições. As percepções sobre o Estado e sua relação com a sociedade evoluem ao longo do tempo para acompanhar o progresso humano. Nesse sentido, é essencial que seu estudo e a busca por aprimoramento sejam contínuos, sem se prender a argumentos de autoridade.

Para desempenhar seu papel crucial na realização dos objetivos constitucionais, a administração pública precisa adaptar-se às novas demandas sociais, fomentar a consensualidade e promover a participação democrática em suas decisões. Dessa forma, poderia efetivamente promover os ideais consagrados na Constituição, que serve como referência legítima para todas as suas ações. No entanto, como será discutido neste capítulo, a administração pública e o Direito Administrativo têm mostrado resistência às mudanças de paradigmas trazidas pelo Estado Democrático de Direito.

Neste estudo, foi realizado um recorte metodológico para analisar especificamente questões negociais que envolvem a Fazenda Pública, a partir dos novos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro. Ao examinar o perfil do contencioso tributário, é possível perceber suas necessidades e desafios no judiciário brasileiro, terreno fértil para o desenvolvimento de estudos sobre meios legítimos e eficientes para aprimorar a atuação fazendária.

Tendo isso em vista, apresentam-se os principais fundamentos em que a administração pública brasileira está pautada no que se relaciona à sua autonomia para negociar, principalmente quando se trata de créditos tributários, ligados à supremacia do interesse público. Em seguida, demonstra-se como a interpretação de princípios e elementos de Direito Administrativo, em consonância com a Constituição Federal de 1988, permitem o desenvolvimento de novas soluções, ainda mais adequadas aos preceitos constitucionais. Por fim, busca-se compreender a conjuntura problemática que se encontra a Fazenda Pública no judiciário e expõe-se a necessidade de fundamentar a possibilidade de estabelecer soluções negociais para o recebimento os créditos tributários, de forma democrática e eficiente.

2.1 ESTADO E DIREITO ADMINISTRATIVO: DESENVOLVIMENTO DE SEUS FUNDAMENTOS E ATUAÇÃO

Antes de tratar da administração pública no Estado Democrático de Direito brasileiro e a atual conjuntura que se encontra a Fazenda Pública em relação à sua atuação como litigante, se mostra necessário destacar, ainda que brevemente, aspectos históricos do Direito Administrativo que constituem suas raízes até a atualidade. É de suma importância reportar-se à sua gênese para que seja possível compreender o desenvolvimento de características tão sólidas a essa área do Direito, de forte tradição legalista e dotada de conceitos rígidos.

A administração pública e o regime administrativo, conforme entendidos hoje, têm uma origem relativamente recente, que remonta ao final do século XIX. Esse surgimento coincidiu com significativas alterações na estrutura do Estado, as quais junto delas originou-se o Direito Administrativo. Embora a administração pública já existisse em períodos anteriores, o exercício do poder estatal ocorria com fundamentos distintos e sem sistematização.

Durante o chamado Antigo Regime, a administração pública não estava vinculada a nenhuma forma de limitação, a não ser aquelas advindas do próprio monarca (DI PIETRO, 2007, p. 19). Nesse período, predominava a concepção de um Estado forte e regulador, com fulcro na manutenção do poder e na expansão econômica e territorial.

O grande marco precursor na história da administração pública é sem dúvida a submissão do Estado à lei e a separação de seus poderes, conquistas da Revolução Francesa (TÁCITO, 1955, p. 537; MAFRA FILHO, 2004, p. 169; MELLO, 2023, p. 51; DI PIETRO, 2007, p. 23). A queda da monarquia absoluta juntamente com a ascensão de concepções garantistas que moldaram o estado de direito ocasionou mudanças na atuação estatal, que passou a ter critérios legais rígidos para a realização de suas atividades, pautadas na consecução do interesse público.

Portanto, a partir do século XIX, a administração emerge como a atividade central do Estado, sendo identificada com ele na forma de Administração Pública. Esse desenvolvimento dá origem a uma nova maneira de exercer o poder político, resultando na criação de um novo ramo do direito público (GUANDALINI JUNIOR, 2011, p. 51).

Conforme leciona Caio Tácito (1955, p. 536), o Direito Administrativo

só obteve autonomia e unidade de tratamento, objeto e método com o a subordinação do Estado à lei. No regime anterior, a vontade do Estado era a vontade do monarca, que editava as leis de acordo com seus critérios. A ruptura com o absolutismo trouxe a lei como expressão da vontade geral do povo, a qual ansiava proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Junto disso, o princípio da legalidade, que basicamente preleciona o vínculo com a lei, tornou-se principal elemento do Direito Administrativo.

Conforme já referenciado acima, a maioria dos autores administrativistas considera que o Direito Administrativo tem bases democráticas desde sua gênese, pois fruto de uma ruptura total com o antigo regime absolutista. Em razão disso, é comum imaginar que desde sempre pugnava pela primazia dos direitos individuais, inexistindo arbitrariedades.

Outro ponto importante a ser mencionado é que foi mantido o sistema de solução dos dissídios entre particulares e o poder público, assim como o exame dos atos administrativos, que são julgados pela própria administração, através de uma espécie de “jurisdição administrativa”. As funções judiciárias são distintas e permaneceram sempre separadas das funções administrativas, sob a justificativa da separação de poderes. Portanto, era a própria Administração que, mediante recursos hierárquicos, julgava as contendas propostas contra ela (MELLO, 2023, p. 44).

De fato, o controle legislativo sobre a administração pública representou uma significativa mudança no exercício do poder pelo Estado, tendo em vista que a partir de então seria submetido à legalidade e, quaisquer desvios desta, poderiam ser devidamente responsabilizados.

No entanto parte da doutrina contemporânea do Direito Administrativo considera que sua gênese não se deu com uma ruptura total da forma como se exercia a administração pública no Antigo Regime, mas na verdade utilizou-se de preceitos e ideias reformistas para legitimar e perpetuar práticas autoritárias. Gustavo Binenbojm, em sua obra “Uma Teoria do Direito Administrativo”, destaca que a concepção de que a gênese do Direito Administrativo foi pautada na proteção do interesse público e dos direitos fundamentais dos administrados oculta na verdade uma forma de “reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação” (2014, p. 11).

O autor sustenta que o Direito Administrativo não se origina da submissão à legalidade ou ao poder legislativo, mas sim da capacidade de criar suas próprias normas e julgar seus próprios conflitos com os administrados. Assim, para

legitimar suas prerrogativas e garantias utilizou-se da legalidade e principalmente do interesse público, para manter alguns privilégios que a administração autoritária possuía.

Emerson Gabardo e Daniel Hachem (2010, p. 254) reconhecem que a realidade política antes e depois da Revolução Francesa era igualmente arbitrária. No entanto, consideram ingênuo pensar que seria arbitrariamente semelhante, uma vez que os modelos normativos de ambas as realidades possuem uma ontologia profundamente distinta, o que resulta em realidades diferentes, afinal, a realidade é composta tanto pelo ser quanto pelo dever-ser.

O discurso histórico-jurídico tradicional tende a legitimar o Estado Liberal pós-revolucionário ao atribuir-lhe o papel de regulador e limitador dos poderes de um Estado Absoluto. No entanto, essa abordagem isenta o Estado Liberal da responsabilidade pela criação do padrão de autoridade que caracteriza a ordem estatal moderna e contemporânea. A administração pública é percebida como uma realidade natural inquestionável, em oposição à visão de que ela foi moldada pela Revolução, que, na melhor das hipóteses, teria o poder de controlá-la. Porém, como observa Walter Guandalini Junior, a “novidade” do Direito Administrativo não reside em sua existência, mas sim em sua função de proteger a liberdade dos indivíduos contra a arbitrariedade do despotismo pré-moderno (2011, p. 48).

No que tange ao controle da administração pública pela legalidade, de fato houve total ruptura com o regime anterior, tendo em vista que não havia mecanismos de controle nem seu exercício era vinculado à vontade do povo, manifestada através da lei. Todavia, no que se refere aos chamados atos discricionários, herdados do antigo regime, “continuou-se a reconhecer uma esfera de atuação livre de vinculação a lei e até mesmo de controle judicial” (DI PIETRO, 2007, p. 26).

Ou seja, mesmo com as mudanças trazidas pelo Estado de Direito Liberal, a administração pública ainda mantinha a discricionariedade administrativa tal como no antigo regime. A partir daí, criou-se a concepção que a administração podia fazer aquilo que a lei não proibisse, isto é, poderia utilizar-se de sua autonomia em tudo aquilo que a lei fosse omissa (DI PIETRO, 2007, p. 27).

Sob a completa centralidade da lei e enfraquecida pela descentralização de poderes e pela natureza colegiada das autoridades subordinadas, a administração estatal em seus estágios iniciais se destaca por possuir

o monopólio da ação governamental. Este monopólio se traduz na capacidade de realizar as diretrizes da soberania popular expressas na legislação elaborada pelo parlamento, mesmo que a administração esteja fragmentada em numerosos cargos eletivos e restrita pelo dever de representação (GUANDALINI JUNIOR, 2011, p. 94).

Desse modo, tem-se a ideia de que o Direito Administrativo nasceu puramente a partir de um ideal garantista, cumprindo e executando somente aquilo que está previsto na lei. Nesse sentido, Binenbojm destaca que o Direito Administrativo é desde sua gênese naturalmente desigual, para conferir à administração pública condições para satisfazer o interesse público sempre em sobreposição aos direitos individuais (BINENBOJM, 2014, p. 16). A partir disso, pode-se afirmar que muitos de seus privilégios e prerrogativas consolidaram-se como intocáveis mesmo com a derrubada do Antigo Regime.

Os princípios e regras da administração pública, inicialmente, foram elaborados pelo próprio Conselho de Estado francês, portanto, resultaram de uma postura ativa do mesmo – não submissa ao Parlamento. Em outras palavras, o Direito Administrativo foi estabelecido não por iniciativa do Legislativo, mas por decisão autoimposta do próprio Executivo.

Assim, criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciários, mas, estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação (BINENBOJM, 2014, p. 16-18). Além disso, outra crítica feita por Binenbojm é em relação a administração julgar suas próprias causas, o que denota uma “suspeita de parcialidade” por dirimir, em caráter definitivo (no caso francês) seus litígios com os administrados (2014, p. 15).

Desde a gênese do Direito Administrativo, entende-se que administração pública só pode agir dentro daquilo que a lei lhe permite, isto é, tem a função de cumprir aquilo que foi preceituado pelo legislador, que é legítimo representante da vontade do povo. O Direito Administrativo vem, então, para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e só intervir nas relações sociais quando permitida por lei, com base no interesse público. E seria justamente o conceito de interesse público que traz fundamento para as chamadas prerrogativas da administração pública.

Nesse sentido, Gabardo e Hachem (2010, p. 187) defendem que:

O Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por

ser um contraponto axiológico ao regime anterior. No modelo pós-revolucionário, a grande mudança reside na submissão do Estado aos ditames legais, o que faz com que ele deixe de ser irresponsável juridicamente, passando a responder pelos danos que causar aos particulares; seus atos tornam-se controláveis e passíveis de impugnação; consagrando-se direitos e garantias de liberdade aos indivíduos, que não podem ser violados pelo Estado.

Celso Antonio Bandeira de Mello aborda que existe uma percepção difusa, mas eficaz, de que o Direito Administrativo é concebido para favorecer o poder do Estado, permitindo que ele exerça controle sobre os administrados, mas que esta se encontra equivocada e contrária à razão de existir do Direito Administrativo (MELLO, 2023, p. 48). Segundo o autor, essa ideia é reforçada, mesmo sem intenção, por algumas formulações doutrinárias que destacam os "poderes" da administração, como o poder regulamentar, o poder normativo, o poder discricionário e o poder hierárquico, contribuindo para a percepção de que o Direito Administrativo é um ramo do direito que concentra poderes do Estado em sua função administrativa, em vez de ser reconhecido como um conjunto de limitações aos poderes estatais ou, mais corretamente, como um conjunto de deveres da Administração perante os administrados.

Essa visão do Direito Administrativo pode ter suas raízes no fato de que, quando surgiu, foi considerado um direito "excepcional", diferente do direito comum, ou seja, do direito privado que, até então, era o único conhecido, exceto pelo Direito Penal. O Direito Administrativo, conforme foi sendo elaborado, presumia a existência de prerrogativas em favor do Estado que não existiam nas relações entre particulares, chamadas de "exorbitantes", ou seja, que extrapolavam os direitos e faculdades reconhecidos aos particulares em suas relações recíprocas.

Com isso, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo não deve ser visto como autoritário, concentrando-se unicamente nos poderes do Estado, mas sim como um conjunto de normas que regem os deveres da administração em relação aos administrados. Para ele, as origens desse ramo do direito não são autoritárias, pois o Direito Administrativo surge junto com o Estado de Direito, sendo responsável por regular o comportamento da Administração e disciplinar as relações entre esta e os administrados. Sua existência só se torna possível quando o Estado é obrigado a agir dentro do quadro normativo estabelecido pela ordem jurídica. Portanto, o Direito Administrativo não é criado para subordinar os interesses ou direitos dos cidadãos aos do Estado, mas sim para garantir que a

conduta estatal esteja em conformidade com as leis, protegendo os cidadãos contra abusos por parte dos detentores do poder estatal (MELLO, 2023, p. 50).

É importante consignar que no período liberal, a atuação do Estado era mínima, concentrada na proteção de direitos individuais, que quaisquer interferências estatais eram exceção em favor do interesse público (DI PIETRO, 2007, p. 25). Nesse contexto, a atuação mínima do Estado, evitando intervenções e favorecendo as ações de mercado, era considerada ideal. Porém, a administração manteve boa parte de suas prerrogativas já existentes no Antigo Regime, agora delimitadas por lei.

Com a crise do liberalismo em função dos resultados negativos da intervenção mínima, desenvolveu-se o Estado de Bem-Estar Social, consolidado ao final da Segunda Guerra Mundial, de postura intervencionista. O Estado teve de prover mais do que somente a garantia de interesses individuais, mas também garantir direitos sociais. Isso repercutiu não somente no Direito Administrativo, que teve notável desenvolvimento nesse período, mas também no Direito Civil, consolidando-se a concepção da supremacia do público sobre o privado (DI PIETRO, 2007, p. 29-30).

Com grande volume de atribuições devido às diversas prestações assumidas pelo Estado Social, somente a edição de leis não era suficiente nem eficaz para atender a demanda estatal, fazendo com que o poder executivo passasse a emanar decretos e regulamentos. Em suma, o Estado de Bem-Estar Social representou o alargamento da máquina estatal e da burocracia, em que a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico da administração, limitado por lei (DI PIETRO, 2007, p. 38). Essa ênfase na prestação de serviços públicos essenciais exigiu uma adaptação do Direito Administrativo para regular a sua prestação, incluindo questões como financiamento, organização e controle. Além disso, o Estado de Bem-Estar Social buscou garantir direitos sociais básicos aos cidadãos, como saúde, educação e previdência, o que implicou em mudanças para garantir sua efetivação, incluindo mecanismos de controle e fiscalização da administração pública, aspectos que impactaram significativamente o Direito Administrativo atual.

No caso do Direito Administrativo brasileiro, suas origens foram diversas às transformações ocorridas nos países europeus, tendo em vista que não se vinculou à instituição de justiça administrativa independente (MAFRA FILHO, 2004,

p. 169-170). Somente com a criação da disciplina de Direito Administrativo nas faculdades de direito de São Paulo e Recife é que se desenvolveu sua doutrina.

Anteriormente, o Conselho de Estado, previsto na Constituição de 1824, tinha função mais voltada para a política e para o imperador, sem função jurisdicional, diferentemente do Conselho de Estado francês que era uma instituição essencialmente administrativa, exercendo sua função primordial de controlar a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública.

O Conselho de Estado brasileiro parecia não se alinhar totalmente com a mentalidade da monarquia brasileira, priorizando a legitimação do poder imperial em detrimento da regulamentação estatal para uma intervenção disciplinadora (GUANDALINI JUNIOR, 2011, p. 122).

A influência prevalecente das monarquias absolutas até então dificultava a consolidação do Direito Administrativo como uma disciplina distinta. Isso ocorria devido à fusão entre a administração e os próprios governos (MAFRA FILHO, 2004, p. 172).

Somente entre 1854 e 1879 ocorre a formação do Direito Administrativo brasileiro, destacando seu papel crucial na constituição soberana e na fundação do Estado. Nesse período, há uma construção mítica do soberano como fundamento para um Estado sem base aparente, buscando unificar uma sociedade diversa ao promover a felicidade da população e o interesse geral. Na última fase do desenvolvimento da ciência brasileira do Direito Administrativo, após a Reforma de Benjamin Constant, observa-se uma notável disciplinarização do direito, abrangendo as intervenções de polícia realizadas pelo Estado na sociedade e aproximando-se do Direito Administrativo europeu dos séculos anteriores, com características modernas (GUANDALINI JUNIOR, 2011, p. 122-225).

Sob a leitura de Binenbojm (2014, p. 160):

No Brasil, o modelo de administração implantado a reboque da colonização de exploração, somado ao patrimonialismo da coroa portuguesa que se tornou nota característica da cultura política brasileira, encontrou no figurino francês do Direito Administrativo material farto para se institucionalizar e legitimar. Como se pretende demonstrar ao longo da tese, as peculiaridades da Administração Pública brasileira apenas aguçaram a crise de identidade que o modelo jusadministrativista europeu continental já trazia desde a sua gênese.

Além desses aspectos, Emerson Gabardo e Daniel Hachem (2010, p. 253) ressalta que possivelmente as origens autoritárias do Direito Administrativo

brasileiro remetem à uma história personalista e na ausência de um verdadeiro espírito republicano.

Assim, em síntese, a administração pública brasileira, historicamente influenciada pelo modelo francês e marcada pelo patrimonialismo arraigado da era colonial, enfrenta desafios profundos em sua estrutura e cultura organizacional. A falta de uma tradição administrativista sólida e a ausência de uma democracia consolidada contribuíram para uma administração pública que carece de uma cultura enraizada de participação social e, muitas vezes, falha em estabelecer uma clara separação entre o interesse público e o privado. Essa realidade destaca a necessidade urgente de reformas institucionais e culturais para promover uma administração pública mais transparente, eficiente e democrática, alinhada com os princípios de um Estado de Direito verdadeiramente democrático e responsivo às necessidades da sociedade.

Voltando-se para a conjuntura atual, a partir dessas grandes transformações históricas no mundo ocidental, com a crescente pluralidade social e a valorização da comunicação e do consenso, emergiu a necessidade de efetiva participação popular sobre toda a atuação estatal para melhor atender à conjuntura atual. Nesse contexto, como explica José Afonso da Silva (2024, p. 134), o Estado Democrático de Direito consegue sintetizar as contradições do Estado capitalista para um Estado que também busca promover justiça social. A transição do neocapitalismo em países de democracia liberal e o crescente processo de institucionalização do poder nos países de democracia popular resumem a dupla ação para a convergência em direção ao Estado Democrático de Direito (SILVA, 2024, p. 135).

Pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito incorpora elementos do Estado de Direito, especialmente as conquistas liberais, como a legalidade, divisão de poderes, enunciado e garantia dos direitos individuais, mas também os direitos e garantias sociais conquistados no Estado Social. Todavia, sua característica mais importante é a integração do povo nos mecanismos de controle de decisão e sua real participação em toda a atividade estatal (SILVA, 2024, p. 131).

Em decorrência disso, a participação popular desempenha um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, promovendo a legitimidade e a efetividade das instituições governamentais. Para garantir que as decisões políticas e jurídicas reflitam os interesses e necessidades da sociedade como um todo. Baseada na soberania popular e no pluralismo político, a participação permite que os cidadãos contribuam ativamente para o processo decisório, promovendo uma governança mais

transparente e responsiva. Além disso, ao respeitar e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, a participação popular visa a realização da democracia em suas diversas dimensões, incluindo a econômica, social e cultural. Por meio do engajamento ativo dos cidadãos na vida política e jurídica, a participação popular fortalece os princípios democráticos, promovendo uma sociedade mais justa, inclusiva e participativa.

O termo "democrático" qualifica o Estado, influenciando os valores da democracia em todos os seus elementos constitutivos e, conseqüentemente, na ordem jurídica, que é impregnada por esses valores, enriquecendo-se com a participação popular e adaptando-se ao interesse coletivo (SILVA, 2024, p. 134). Esse enriquecimento é baseado na soberania popular, no pluralismo político, no respeito e garantia dos direitos fundamentais, visando a realização da democracia econômica, social e cultural, além do aprofundamento da democracia participativa.

Sob a perspectiva do Estado social, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo assumem características distintas. Enquanto a constituição tradicional, democrática e com a separação de poderes, demonstra-se distante dos esforços na formação de um Estado social, o Direito Administrativo passa por uma profunda transformação em toda a sua estrutura, resultando no Estado social em uma forma que ainda não é definitiva, mas está bastante avançada (DI PIETRO, 2007, p. 48). Isso implica em mudanças significativas no Direito Administrativo, pois a Administração Pública, visando o interesse público e a solução das necessidades coletivas, precisa de flexibilidade para se adaptar a um interesse público em constante mutação.

Essa evolução do Direito Administrativo abrange uma ampliação dos conceitos de serviço público, poder de polícia e atuação estatal, incluindo a gestão privada e a contratação de mão-de-obra pela legislação trabalhista. Di Pietro (2007, p. 49) considera que a estrutura tradicional do Direito Administrativo, baseada na noção da lei e do princípio da legalidade, está em grande parte superada, dando lugar à exigência de novas garantias jurídicas diante da atividade da Administração, derivadas do princípio da igualdade, do direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade e das garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, destaca-se a importância da lei, que não pode se limitar a um conceito restrito como ocorria no Estado de Direito clássico. Nesse contexto, a lei deve ter a capacidade de realizar intervenções que

causem impacto direto na comunidade, indo além de uma esfera puramente normativa. A Constituição, ao abrir-se para as transformações sociais, políticas e econômicas necessárias à sociedade brasileira, eleva a importância da lei, pois esta, como expressão fundamental do direito positivo, é um desdobramento necessário do conteúdo constitucional e exerce uma função transformadora na sociedade (SILVA, 2024, p. 135). Assim, a lei pode promover mudanças sociais democráticas, mesmo mantendo uma função conservadora ao garantir a preservação de valores socialmente aceitos.

Di Pietro destaca que os estudiosos enfatizam a relevância dos princípios gerais de direito como uma fonte essencial do Direito Administrativo. Até mesmo o preâmbulo das constituições passa a ser reconhecido como uma fonte importante, pois consagra valores que por muito tempo estiveram separados do direito (2007, p. 46).

Em essência, os atos administrativos realizados por representantes do povo são essencialmente atos que cumprem deveres: especificamente, o dever de alcançar os objetivos legais que os justificam. No contexto do Direito Público moderno, o poder tem um papel secundário e estritamente instrumental. Ele só é reconhecido e utilizado na medida em que é necessário para garantir o cumprimento do dever de alcançar os objetivos legais estabelecidos (MELLO, 2023, p. 49).

Di Pietro aponta o aspecto dualista e desafiador do Direito Administrativo: por um lado, inserido em um Estado de Direito, deve respeitar os direitos humanos fundamentais; por outro lado, dentro do Estado Social, precisa intervir na esfera privada para reduzir as profundas desigualdades sociais resultantes da proteção excessiva das liberdades individuais. Quando o Estado abusa de sua função social, corre o risco de se tornar totalitário. Um Estado que se aproveita das necessidades de seus cidadãos para aumentar seu poder de dominação é, na verdade, um Estado totalitário (DI PIETRO, 2007, p. 49). As funções do Estado social devem ser de serviço, visando proporcionar uma existência digna para cada cidadão; quando se transformam em instrumentos de poder, perdem essa qualidade social. Assim, função social e dominação são mutuamente excludentes.

O Estado Democrático de Direito, busca equilibrar liberdades individuais e direitos sociais, em que ambos são protegidos pela Constituição. Nesse sentido também deve ser a administração pública, que deve assegurar o cumprimento do interesse público sem ofender a dignidade humana e outros direitos individuais.

Isso leva a duas conclusões: em primeiro lugar, o Direito Administrativo desempenha um papel crucial na promoção dos princípios constitucionais que consagram os direitos sociais e econômicos, atuando como um agente de socialização. Em segundo lugar, a democratização do Direito Administrativo implica que a participação popular se torne um elemento obrigatório nas decisões e no controle da Administração Pública.

A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo, mas abre perspectivas para uma profunda realização social por meio da prática dos direitos sociais que estabelece, além de oferecer instrumentos para a cidadania exercer suas demandas por um Estado de justiça social, baseado na dignidade da pessoa humana (SILVA, 2024, p. 140).

Junto ao Estado Democrático de Direito, é importante reconhecer a importância da Constituição para a ordem jurídica, ao preceituar valores e princípios que vinculam a todo o Estado.

Ao longo de extensos períodos ao longo do século XX, o Direito Administrativo foi teorizado e aplicado de forma praticamente independente do direito constitucional. Em regimes autoritários, essa característica ganhou nova força, dada a discricionariedade conferida ao legislador ordinário na organização das relações entre os poderes públicos e os cidadãos. No entanto, essa separação não se limitou apenas a períodos sob regimes não democráticos (CORREIA, 2016, p. 47).

Como é possível perceber nesta sucinta análise, a administração pública foi ganhando novas atribuições ao longo do tempo, mas sempre mantendo rígidas suas prerrogativas e privilégios sobre os particulares, em prol do interesse público. Certamente, essa condição especial em que se encontra é necessária e se justifica para que o Estado possa exercer plenamente suas funções.

Cumprе ressaltar que o desenvolvimento do Direito Administrativo e da atuação da administração pública hoje estão diretamente relacionados à sua gênese e às questões históricas e políticas que envolvem todo esse percurso. O desenvolvimento do Direito Administrativo e da atuação da administração pública está intrinsecamente ligado às suas origens e ao contexto histórico e político que moldou sua evolução. Desde a influência do modelo francês até a herança do patrimonialismo colonial, a administração pública brasileira enfrentou desafios estruturais que moldaram suas práticas e cultura organizacional. A falta da tradição de separação entre administração pública, governo e questões políticas e a persistência de uma

mentalidade patrimonialista contribuíram para uma administração pública permeada por práticas clientelistas, falta de transparência e dificuldades na separação entre o interesse público e o privado. Essa realidade é o cenário pelo qual é possível conhecer as raízes das práticas administrativas, importante para compreender os principais desafios contemporâneos para uma administração pública mais eficiente e comprometida com os princípios democráticos e o interesse público.

Disso tudo, sucintamente, é possível observar que a administração pública conseguiu manter certos privilégios – ainda que totalmente submetida à lei, com a finalidade de realizar o interesse público. Porém, para tanto, manteve-se uma posição de supremacia desenfreada do público sobre o privado, aplicada quase que de forma automática pelo administrador. Com isso, desenvolve-se uma cultura de decisões e atos administrativos sem a devida observância do caso concreto, o que por vezes pode resultar em injustiças – que prejudicam a própria administração pública quando analisadas sob uma ótica lato.

Nesse cenário, o próximo tópico detalha como a constitucionalização do Direito Administrativo e como os objetivos do Estado Democrático de Direito se direcionam para uma visão muito mais ampla e ponderada do interesse público, para efetivamente realizá-lo, e não o tornar mero preceito para atos administrativos.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: NOVOS PARADIGMAS DO INTERESSE PÚBLICO

A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil marcou uma mudança significativa no ordenamento jurídico do país. Com a promulgação da Constituição de 1988, foram introduzidos novos valores que refletiam o Estado Democrático de Direito e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Essa transformação trouxe consigo uma ênfase na participação democrática em todas as esferas da vida pública, incluindo a administração pública. A partir desse marco constitucional, o Direito Administrativo passou a ser regido por preceitos que orientam as atividades da administração em consonância com os preceitos democráticos e os direitos individuais dos cidadãos.

Para alguns, a constitucionalização do Direito é primariamente atribuída à jurisdição constitucional, que engloba um conjunto de técnicas para assegurar a supremacia da Constituição e proteger os direitos fundamentais. Com a

Constituição ocupando o centro do sistema jurídico, ela ganhou supremacia tanto formal quanto material, e seus princípios adquiriram força normativa. Isso deu origem a um movimento conhecido como neoconstitucionalismo no cenário brasileiro (BARROSO, 2023, p. 372).

Características do fenômeno da constitucionalização do Direito incluem a reorganização dos ramos legais, que agora estão incorporados no âmbito constitucional em vez de permanecerem no nível infraconstitucional. A força normativa da Constituição é ressaltada, refletindo um novo método de análise jurídica. Esse processo também marca o surgimento de um modelo de Estado de Direito desenvolvido.

Diversos autores concordam que a constitucionalização do Direito teve um impacto significativo nos três poderes do Estado, bem como nos diferentes ramos jurídicos. No campo do Direito Administrativo, paradigmas tradicionais foram afetados pela ênfase dada aos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e pela elevação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado (BARROSO, 2023, p. 378; BINENBOJM, 2014, p. 24; DI PIETRO, 2007, p. 40-46).

O Direito Administrativo tradicional, caracterizado pela unilateralidade e imperatividade dos atos, pela supremacia e indisponibilidade do interesse público e pelo descrédito em relação aos interesses privados, mostrou-se inadequado para lidar com a realidade tecnológica, globalizada e acelerada da sociedade pós-moderna. A crise do Estado de Bem-Estar Social a partir da década de 1970 intensificou o debate sobre a necessidade de colaboração entre a Administração Pública e os administrados. Com a contração do Estado e a evolução do Direito Administrativo, surgiu a percepção de um mundo cada vez mais interdependente, no qual a linha entre público e privado se tornava mais tênue (MONTEIRO; TELÉSFORO, 2016, p. 310).

A supremacia do interesse público, dentre muitas de suas implicações, pressupõe que os administradores não podem negociar os interesses públicos sob sua tutela, sendo sua responsabilidade gerir e preservar esses interesses em prol da coletividade. Interpretando-se o conceito clássico de interesse público, depreende-se que a administração pública não possui autonomia para negociar, ante uma impossibilidade legal e principiológica de dispor de algo que é público, ainda que dentro de uma margem de discricionariedade.

Todavia, os princípios do Direito Administrativo evoluíram para se adequarem ao Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal

de 1988, que enfatiza o respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. Essa mudança constitucional fortaleceu a observância dos direitos fundamentais e influenciou a interpretação das normas jurídicas, incluindo a ponderação de interesses e a resolução de embates entre direitos fundamentais. Nesse contexto, a questão da supremacia do interesse público tem sido objeto de questionamentos, pois essa sobreposição pré-concebida sobre outros interesses pode ser incompatível com os preceitos constitucionais e do modelo de Estado atual. Os princípios, expressos ou implícitos, são fundamentais para a interpretação das normas jurídicas e condicionam as estruturas e institutos do ordenamento jurídico, e como será analisado, não possuem uma hierarquia rígida e obrigatória uns sobre os outros, sem uma análise detida do caso concreto.

Para abordar tal temática será indispensável apresentar o conceito de interesse público e suas implicações, todavia, tão e somente na medida necessária para o entendimento da discussão supra mencionada, longe de esgotar o assunto.

No sistema jurídico brasileiro, influenciado pelo direito italiano, o interesse público é classificado em primário e secundário. Os interesses públicos primários referem-se aos interesses da coletividade, do povo, ou seja, aos interesses gerais imediatos. Por outro lado, os interesses públicos secundários dizem respeito aos interesses do Estado enquanto sujeito de direitos, especialmente relacionados à gestão administrativa e à conveniência do aparato estatal. Luis Roberto Barroso (2023, p. 16) oferece uma síntese sobre esse tema:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabem a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário que seja parte da União, do Estado- membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

O mesmo autor propõe que o interesse público secundário jamais deverá desfrutar de supremacia perante o interesse de um particular; porém, o interesse público primário deve, sim, ter supremacia, porque “consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover” (BARROSO, 2023, p. 16-20). E, no “confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental”, serão utilizados dois

parâmetros: a dignidade humana e a razão pública. Dignidade humana segundo a concepção kantiana de que “cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo”, não se admitindo que um “ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais”. E razão pública enquanto utilização “de argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto”, o que pressupõe afastamento em relação a todo e qualquer dogma religioso ou ideológico, ainda que de grupos ao momento hegemônicos (BARROSO, 2009, p. 22).

De acordo com Binbenbojm (2005, p. 77):

O melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

Esse entendimento doutrinário distingue o interesse público secundário como a responsabilidade de administrar e gerir os recursos públicos. Embora distintos, os interesses público primário e secundário convergem, uma vez que as atividades administrativas visam o benefício da coletividade. O regime jurídico administrativo, além de se basear nos princípios da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade pelo administrador, inclui prerrogativas conferidas à Administração e obrigações impostas por lei. Com a Constituição no centro da ordem jurídica, a Administração Pública está sujeita à observância dos direitos fundamentais em todas as suas formas de atuação, garantindo o respeito aos direitos individuais e coletivos.

Segundo Humberto Ávila (2014, p. 225) os princípios são conceituados como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Uma doutrina, conhecida como clássica, entende que o princípio da supremacia do interesse público é a base do próprio Estado de Direito. Por outro lado, a doutrina crítica ou moderna argumenta que a manutenção da supremacia do interesse público em qualquer situação não é compatível com o modelo de Estado atual e com a Constituição.

A mais clássica conceituação de interesse público da doutrina brasileira é o de Celso Antonio Bandeira de Mello, que influenciou a maior parte dos autores de Direito Administrativo no país. Embora seja evidente que pode haver um interesse público em oposição a um interesse individual específico, é igualmente claro que não pode existir um interesse público que entre em conflito com os interesses de cada membro da sociedade. Essa percepção revela uma relação íntima e indissolúvel entre o interesse público e os interesses individuais (MELLO, 2023, p. 63). Na realidade, o interesse público, que representa o bem comum ou os interesses da sociedade como um todo, nada mais é do que a dimensão coletiva dos interesses individuais de cada pessoa como membro da sociedade, cuja entidade jurídica é o Estado. Além disso, o interesse público também abrange a preservação desses interesses ao longo do tempo, considerando sua continuidade histórica e a sucessão de gerações de cidadãos.

Já Di Pietro (2010, p. 94) assinala que o princípio do interesse público é fundamental para todas as funções do Estado, indo além da função administrativa e servindo como alicerce para todos os ramos do Direito Público. Para ela, a proteção do interesse público é um objetivo essencial do Estado, que deve priorizar os interesses da coletividade e promover o bem-estar social. Portanto, nas situações previstas pela legislação, o interesse público deve prevalecer sobre o interesse individual.

Ou seja, Mello entende interesse público basicamente como algo que não pode entrar em conflito com os interesses de cada indivíduo, pois é uma extensão dos interesses individuais dentro da sociedade, abrangendo também a continuidade histórica desses interesses em relação às gerações futuras. Todavia, de acordo com Hachem (2011, p. 62), a formulação desse critério é fundamentada em sua natureza estrutural, ou seja, o interesse público é definido com base em sua estrutura, e não em seu conteúdo.

Outro ponto importante destacado por Hachem é a importância de evitar a oposição direta entre interesses privados e públicos, ressaltando que nem todos os interesses do Estado são automaticamente considerados interesses públicos (2011, p. 65). Adverte contra o equívoco comum de assumir que, por serem interesses do Estado, todos os interesses das entidades de Direito Público são, por natureza, interesses públicos. Essa distinção ajuda a evitar que interesses particulares sejam erroneamente colocados em posição de superioridade sobre os interesses coletivos,

garantindo uma visão mais equilibrada e justa na defesa do interesse público.

Portanto, pode-se afirmar que o interesse público é distinto do interesse do aparato estatal, ou seja, do Estado como uma entidade jurídica, pois este também tem uma dimensão pública e uma dimensão particular. O conceito clássico de interesse público desempenha um papel fundamental no direito brasileiro, servindo como referência para a atuação estatal e a promoção do bem comum. No entanto, é importante reconhecer que precisa estar continuamente evoluindo e se adaptando às mudanças sociais, às exigências da Constituição Federal e às novas necessidades da administração pública.

Com a crescente valorização da participação democrática, da transparência e da eficiência na gestão pública, surge a necessidade de desenvolver o conceito de interesse público de forma mais ampla e inclusiva. Nesse sentido, a busca por consensualidade na resolução de conflitos administrativos se torna uma ferramenta essencial, permitindo uma maior legitimidade das decisões estatais e uma melhor adequação às demandas da sociedade contemporânea. Assim, o desenvolvimento do conceito de interesse público, aliado à busca por consensualidade, contribui para fortalecer o Estado Democrático de Direito e promover uma administração pública mais eficaz e reativa às necessidades sociais.

Como bem observa Hachem, negar a normatividade do conceito de interesse público não resolve as dificuldades associadas à sua abstração e possível uso arbitrário pela Administração. Pelo contrário, fragiliza a proteção do cidadão frente ao Poder Público (2011, p. 59). É fundamental reconhecer que o interesse público está previsto em dispositivos constitucionais e legais, e é um conceito utilizado nas atividades estatais frequentemente para justificar suas prerrogativas. Por isso, seu significado deve ser interpretado de maneira objetiva no sistema jurídico, observando-se especialmente os valores, propósitos, objetivos e bens protegidos pela Constituição.

O princípio da supremacia do interesse público faz parte dos fundamentos que sustentam a concepção de Estado, destacando a importância de atender às necessidades coletivas em detrimento dos interesses exclusivamente privados. Em função disso, o poder público recebeu diversas prerrogativas e privilégios para efetivar as dinâmicas da administração pública.

Certamente, o conceito de interesse público nos séculos XIX e XX difere do entendimento contemporâneo. Junto ao desenvolvimento social, com as

mudanças nas necessidades do povo e da atuação estatal, deve modificar-se também o conceito de interesse público, corolário do Direito Administrativo. Na atualidade, “o regime de Direito Público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua singularidade” (MELLO, 2023, p. 58).

Daniel Sarmiento (2010, p. 27) é crítico em relação à supremacia do interesse público. Ele argumenta que esse princípio entra em conflito com os direitos fundamentais dos cidadãos e com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. Segundo ele, essa abordagem errônea coloca o ser humano em uma posição subordinada ao Estado, quando na verdade é o Estado que deve servir e proteger os direitos humanos. Além disso, a crise do conceito de interesse público pode ser aproveitada por autoridades públicas para violar direitos fundamentais sob o pretexto de administrar os assuntos públicos.

Binenbojm aponta que a crise dos paradigmas do Direito Administrativo não é algo recente, mas sim um problema de longa data. As mudanças pelas quais o Estado moderno passou, especialmente a crise do Estado de Bem-Estar Social ocorrida nas últimas décadas do século XX, apenas destacaram e agravaram a falta de correspondência entre as antigas categorias e as verdadeiras necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública (BINENBOJM, 2014, p. 27).

Os três principais paradigmas do Direito Administrativo têm sido objeto de discussões e reformulações devido à sua inadequação às necessidades sociais contemporâneas e ao regime jurídico do Estado Democrático de Direito atual. O primeiro paradigma apontado por Binenbojm é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serve como base para os privilégios do regime jurídico-administrativo, porém tem sido questionado quanto à sua aplicabilidade diante da diversidade de interesses na sociedade atual (BINENBOJM, 2014, p. 29). O segundo paradigma é a legalidade administrativa, que implica uma suposta submissão total da Administração à lei, mas enfrenta críticas devido à rigidez e à falta de flexibilidade para lidar com situações complexas e variadas. O terceiro paradigma é a intangibilidade do mérito administrativo, que dificulta o controle das escolhas discricionárias da Administração, seja pelos órgãos judiciais, seja pelos próprios cidadãos, levantando questões sobre a transparência do Estado. De fato, esses paradigmas devem ser objeto de reflexão e revisão à luz das demandas e

desafios contemporâneos da sociedade.

É possível justificar a restrição dos direitos fundamentais para proteger outros importantes valores constitucionais. No entanto, antes de equilibrar os interesses, é crucial verificar se realmente há um conflito entre o interesse público e o privado na situação específica, pois uma identificação equivocada sobre interesse público primário e secundário pode levar a conflitos desnecessários.

Embora garantir os direitos fundamentais seja do interesse público, há casos em que os interesses da coletividade podem entrar em conflito com esses direitos. Daniel Sarmiento (2010, p. 85-87) questiona se os direitos fundamentais podem ser restringidos exclusivamente para proteger interesses coletivos. Ele argumenta que negar a possibilidade de ponderação entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, sempre priorizando os primeiros, não é compatível com Constituições sociais, como a de 1988. Assim, embora seja possível restringir os direitos fundamentais em nome do interesse público, isso não deve ser feito sem a devida ponderação ao analisar o caso concreto e fundamentar a prevalência de um princípio sobre o outro.

Sarmiento (2010, p. 99-102) destaca a incompatibilidade entre o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da proporcionalidade como um grande obstáculo para manter essa hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro. Ele argumenta que a proporcionalidade é crucial para avaliar a constitucionalidade da restrição aos direitos fundamentais, buscando encontrar um equilíbrio justo entre os interesses em jogo. No entanto, o princípio da supremacia do interesse público, ao afirmar a priori a superioridade de um bem sobre o outro, elimina a necessidade de ponderação, resultando no sacrifício do interesse privado em nome do interesse público sem a devida análise e fundamentação sobre a decisão.

É importante observar os casos em que ocorre um conflito entre direitos fundamentais e interesses públicos de grande importância constitucional, onde os direitos fundamentais têm uma precedência, tendo em vista sua disposição no art. 5º da Constituição. Isso significa que há uma exigência maior de argumentação para que o interesse público prevaleça. Além disso, é crucial garantir o respeito ao "núcleo essencial" dos direitos fundamentais, garantindo uma solução que seja constitucionalmente adequada quando esses direitos colidem com interesses públicos (SARMENTO, 2010, p. 105).

Sarmiento (2010, p. 108) destaca que, em geral, não há um verdadeiro

conflito entre o interesse público e o interesse privado, pois, na maioria das vezes, eles tendem a convergir. No entanto, a existência de um conflito aparente muitas vezes decorre de uma interpretação equivocada do que constitui o interesse público. Quando compreendido de forma correta, o interesse público geralmente está alinhado com o bem-estar da sociedade como um todo, o que muitas vezes coincide com os interesses individuais dos cidadãos. Portanto, não existe uma contradição intrínseca entre interesse público e interesse privado, mas sim uma necessidade de uma compreensão adequada do que realmente representa o interesse público.

Para Marçal Justen Filho, a ideia de que o conflito entre o Estado e o indivíduo é resolvido pela supremacia do interesse público é considerada "inconsistente com a ordem jurídica" (2008, p. 65-72). Isso ocorre porque a atual Constituição da República, ao estabelecer como finalidade primordial do Estado a promoção dos direitos fundamentais, limita o poder estatal e garante proteção aos direitos individuais. Portanto, para o autor, a supremacia do interesse público foi superada, e o critério para avaliar a legalidade das ações estatais passou a ser sua conformidade com a realização dos direitos fundamentais.

Binenbojm argumenta que a supremacia do interesse público não se encaixa adequadamente na estrutura constitucional democrática. Ele destaca duas razões principais para essa inadequação: em primeiro lugar, a centralidade dos direitos fundamentais e a flexibilidade dos princípios constitucionais não permitem uma regra de supremacia absoluta do interesse coletivo sobre o individual. Em segundo lugar, o conceito de interesse público é fluido e muitas vezes é difícil distinguir entre um direito fundamental e um interesse público, o que requer que a Administração Pública pondere os interesses envolvidos. O autor ressalta que não nega a existência do conceito de interesse público, mas argumenta que há uma interligação entre os interesses difusos da coletividade e os interesses individuais e particulares, não permitindo estabelecer uma prevalência teórica e antecipada de um sobre o outro (BINENBOJM, 2014, p. 151).

Ainda na visão do mencionado autor, as vantagens da administração pública sobre os cidadãos não podem ser explicadas apenas pela prioridade automática do interesse público. Primeiramente, porque a proteção dos direitos individuais é uma parte integrante do interesse público. Em segundo lugar, porque a igualdade também é um princípio constitucional, assim, as distinções entre cidadãos e administração deveriam ser estabelecidas por meio da legislação.

Carvalho Filho (2010, p. 69) destaca que a concepção moderna exige que os direitos e interesses da coletividade sejam considerados como o principal objetivo do Estado, indo além do mero interesse público. Isso significa que o aspecto da finalidade passou a ter destaque na atuação da administração pública.

O equilíbrio entre autoridade e liberdade é um aspecto importante do Direito Administrativo, com o pêndulo muitas vezes oscilando entre os dois extremos. É nesse contexto que surge o princípio da razoabilidade, que visa garantir o justo meio termo. De acordo com Di Pietro (2010, p. 99-100), a razoabilidade não invalida o princípio do interesse público e já é aplicada há bastante tempo na prática administrativa. Um exemplo disso é o poder de polícia, que é exercido com base nos princípios de necessidade, eficácia e proporcionalidade.

Nesse mesmo sentido da doutrina clássica, Emerson Gabardo argumenta que a supremacia do interesse público sobre o privado não é um mero privilégio do Estado, mas uma consequência natural desse tipo de interesse, uma vez que uma sociedade em que os interesses privados prevalecessem sobre as demandas gerais seria caótica (2010, p. 75). Ele destaca que o interesse público é crucial para controlar a legalidade dos atos da Administração, pois o controle da finalidade dessas condutas equivale ao controle do interesse público. Assim, a garantia dos direitos fundamentais não torna inviável o princípio da supremacia do interesse público, apenas exige que sua aplicação seja ajustada às novas realidades sociais.

Gabardo e Hachem (2010, p. 254) concluem que a tentativa de negar a supremacia do interesse público e de caracterizar as origens do Direito Administrativo como autoritárias muitas vezes visa evitar o regime jurídico próprio do Direito Público, que concede à Administração certas prerrogativas e impõe sujeições necessárias para alcançar os interesses sociais.

Apesar das divergências doutrinárias sobre o assunto, é consenso entre os administrativistas que compreender adequadamente o interesse público significa não confundi-lo com os interesses secundários da Administração, nem permitir restrições inconstitucionais de direitos subjetivos em seu nome, o que demonstraria uma concepção autoritária. Embora ocorram irregularidades na prática administrativa brasileira, elas não invalidam o regime jurídico incidente, mas sim evidenciam a necessidade de sua constante defesa e reafirmação.

A administração pública só deve prevalecer sobre o interesse

particular quando se trata de atender ao interesse público primário, que visa satisfazer as necessidades da coletividade conforme estabelecido na Constituição. Isso ocorre porque a Constituição consagra uma finalidade inegociável e obrigatória para a administração pública e seus agentes.

A supremacia do interesse público é essencial para promover o bem-estar coletivo na sociedade, garantindo que o Estado possa cumprir suas funções adequadamente. No entanto, essa supremacia não deve servir de justificativa para ações do Estado que prejudiquem a efetivação de direitos individuais e coletivos e, indo além disso, que não se prejudique a autonomia e a efetividade na execução de suas atividades.

A atuação da administração pública brasileira na atualidade reflete essa rigidez da supremacia do interesse público, aplicada de maneira mecânica, sem muitas vezes levar em consideração as nuances e particularidades das situações concretas. Assim, pode resultar em decisões que não refletem adequadamente os princípios de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, repensar essa supremacia para adequá-la as novas necessidades da administração, com fulcro na ponderação dos interesses envolvidos, se mostra muito mais adequada para garantir a justiça e a equidade nas decisões administrativas, levando em consideração os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Eduardo Talamini ressalta que a doutrina tem entendimento consolidado de que os interesses práticos da Administração não constituem o interesse público, mas são considerados meros interesses secundários. O interesse que o agente público deve buscar atender não é apenas o interesse da Administração como entidade jurídica em si ("interesse secundário"), mas sim o "interesse coletivo primário", que consiste no conjunto de interesses predominantes na coletividade (2005, p. 4). Portanto, cumprir deveres, reconhecer e respeitar os direitos do administrado é essencial para atender ao verdadeiro interesse público primário.

O Estado Democrático de Direito demanda a participação democrática em todos os aspectos do ordenamento jurídico e nas decisões políticas, refletindo-se também na estrutura e funcionamento do aparelho estatal como um todo. Nesse contexto, o Direito Administrativo, assim como seus institutos e características, é influenciado pela necessidade de garantir a participação popular e a transparência nas atividades governamentais. A Constituição Federal exerce um papel fundamental nesse sentido, regulando e orientando o funcionamento da administração pública, e

estabelecendo princípios os quais, alinhados aos valores democráticos, buscam assegurar que as decisões administrativas estejam em conformidade com o interesse público, contribuindo para a consolidação do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto de constitucionalização do Direito Administrativo e suas implicações, percebe-se uma transformação no conceito de interesse público. Com a necessidade de ponderação de princípios e a busca por maior participação popular, a consensualidade emerge como um elemento condizente com os princípios do Estado Democrático de Direito e eficaz para atender ao interesse público de maneira mais ampla e legítima. No entanto, para que a consensualidade seja admitida e efetivamente aplicada, é necessário repensar certos aspectos do Direito Administrativo clássico, adaptando-o às demandas contemporâneas e às exigências de uma sociedade cada vez mais participativa e plural.

Ao adotar a abordagem da ponderação no caso concreto em vez de priorizar automaticamente o interesse público em todas as situações, a administração pública demonstra estar alinhada com os princípios da Constituição Federal de 1988 e com o Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, a administração pública, visando a uma melhor adequação às circunstâncias específicas, pode buscar resolver conflitos por meio da consensualidade, fazendo uso de sua autonomia para promover o diálogo e a colaboração entre os envolvidos.

2.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: FAZENDA PÚBLICA E NEGOCIAÇÕES ADMINISTRATIVAS

A globalização e o avanço das novas tecnologias, especialmente as de comunicação, têm promovido mudanças substanciais no modelo de Estado contemporâneo, tanto em relação aos cidadãos quanto no âmbito das relações interestatais. Essas transformações têm impacto direto na compreensão da natureza jurídica dos institutos de Direito Público. Dentre eles, o presente estudo destaca a questão da cobrança de créditos tributários em juízo pela Fazenda Pública, que se mostra um problema latente na sobrecarga de processos no judiciário.

No contexto atual, a distinção rígida entre direito público e direito privado perde relevância devido à sua crescente interconexão e à convergência de preceitos e objetivos constitucionais. Além disso, a globalização impulsionou a

internacionalização da economia, abrindo novas oportunidades de negócios. Essas mudanças têm impacto direto nos conflitos, que exigem soluções mais rápidas e eficientes para acompanhar as dinâmicas sociais. Nesse sentido, o consenso, baseado na autonomia das partes, emerge como uma abordagem mais adequada para enfrentar os desafios da atualidade.

No âmbito do direito privado, o consenso e a autonomia da vontade sempre ocuparam uma posição central. Com a constitucionalização, esses elementos adaptaram-se para inclusive abranger diversas novas relações jurídicas. Notavelmente, a resolução de conflitos tem se voltado cada vez mais para a busca de acordos, não apenas por meio de processos judiciais, mas também por vias extrajudiciais. No Brasil, essas mudanças já vêm ocorrendo, com o crescimento da mediação, conciliação e arbitragem como métodos alternativos de solução de conflitos.

Como destaca Priscila Faricelli de Mendonça (2014, p. 22-23), as mudanças no modelo de Estado, influenciadas pela nova realidade econômica e social, principalmente relacionadas ao Estado Democrático de Direito, indicam a necessidade de repensar a concepção tradicional da indisponibilidade do interesse público e do crédito tributário, bem como dos métodos que o poder público pode empregar para resolver as controvérsias em que está envolvido.

O Estado Democrático de Direito não tem função exclusiva de atender e manter às suas próprias necessidades institucionais, mas é voltado a viabilizar o pleno exercício dos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Ou seja, a mera regulamentação burocrática não atende mais de forma eficiente a realidade social.

José Eduardo Faria (2009, p. 307) observa que os Estados não têm mais a capacidade de impor uma regulação hierárquica autoritária sobre a sociedade, uma vez que muitos sistemas econômicos e sociais estão se tornando autônomos e não se submetem mais a controles externos. Diante dessa internacionalização das decisões econômicas e da autonomia crescente do setor privado, a distinção entre público e privado perde relevância, por isso o autor levanta a questão sobre o futuro do direito em um contexto onde o Estado não é mais considerado o centro do ordenamento jurídico.

À medida que as mudanças sociais impõem novas demandas e anseios por soluções mais rápidas para conflitos, observa-se uma crescente pressão por celeridade nos processos de resolução. Por outro lado, o Estado Democrático de

Direito e a Constituição reconhecem a legitimidade e a eficácia das soluções consensuais. Assim, diante desse contexto de busca por rapidez e eficiência, as soluções consensuais surgem como uma alternativa cada vez mais viável e adequada para atender às necessidades da sociedade e garantir a efetividade do ordenamento jurídico.

Diante da crise nos meios tradicionais de resolução de controvérsias entre a administração pública e os administrados, assim como dentro da própria administração, a espera por anos por uma decisão judicial muitas vezes não atende às demandas sociais e econômicas. Essas decisões judiciais, frequentemente, não refletem o conhecimento técnico necessário para lidar com relações jurídicas cada vez mais complexas (MENDONÇA, 2014, p. 25). Diante desse cenário, a qualidade de uma solução por meio de um acordo, que expressa a vontade das partes envolvidas, é mais adequada para a sociedade e também para a administração pública. Tal solução está mais alinhada aos preceitos constitucionais e ao modelo de estado atual, que valorizam a participação democrática e a eficiência na prestação dos serviços públicos.

Surge, então, o desenvolvimento da chamada administração consensual como uma resposta à demanda por maior participação popular, representando uma renovação no direito. Esse conceito, utilizado por autores contemporâneos¹, trata-se de uma abordagem que visa atender às necessidades dos administrados, incluindo maior rapidez na resolução de conflitos, eficiência, transparência e cidadania.

Antes de adentrar especificamente na discussão sobre a negociação de créditos tributários entre contribuinte e a Fazenda Pública, é fundamental estabelecer o que se entende por Fazenda Pública.

Como explica Leonardo Carneiro da Cunha, o termo "Fazenda Pública" passou a ser amplamente utilizado para descrever a atuação do Estado em processos judiciais, sendo empregado como sinônimo de Poder Público, Estado, ente público ou pessoa jurídica de direito público em contextos jurídicos. Essa expressão representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. Assim, em processos judiciais envolvendo entidades públicas, a referência genérica à "Fazenda Pública" é comumente adotada, mesmo que a questão não

¹ Dentre eles, Gustavo Binenbojm, Onofre Alves Batista Junior, Odete Medauar, Marçal Justen Filho e Priscila Faricelli Mendonça, em suas respectivas obras citadas neste trabalho.

envolva diretamente assuntos fiscais ou financeiros (2020, p. 33).

Ou seja, a expressão "Fazenda Pública" refere-se às pessoas jurídicas de direito público, englobando a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, e suas respectivas autarquias e fundações públicas. No caso das fundações, a jurisprudência reconhece que aquelas designadas como de direito público são criadas por lei para desempenhar atividades típicas do Estado, assemelhando-se a autarquias ao exercerem funções descentralizadas dos serviços públicos e serem financiadas por recursos orçamentários. Dessa forma, sempre que se mencionar legalmente autarquias, as fundações de direito público estão incluídas.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 179-180) leciona que a Fazenda Pública:

[...] é a personificação do Estado, especialmente consideradas as implicações patrimoniais das relações jurídicas em que se envolve. Em sede administrativa, Fazenda designa tradicionalmente a administração financeira do Estado, aparecendo o vocábulo em locuções como Ministério da Fazenda (União) ou Secretaria da Fazenda (Estados), para designar o que na esfera municipal vem com o título de Secretaria de Finanças. Em processo civil, Fazenda vale como o Estado em Juízo e, como se verá, o Código de Processo Civil vigente emprega o vocábulo com razoável regularidade e com isso oferece critério satisfatório para a interpretação dos textos em que comparece.

Conforme discutido anteriormente, a administração pública mantém a supremacia do interesse público como seu princípio fundamental, tornando seus interesses indisponíveis e inegociáveis. Essa característica implica numa carência de meios para facilitar soluções consensuais em seus conflitos. A rigidez do conceito de interesse público, calcado na doutrina clássica administrativa, tem limitado o desenvolvimento da construção teórica sobre a capacidade da administração de buscar alternativas de resolução que envolvam a participação e o acordo das partes interessadas. Sem uma forte fundamentação teórica, a criação de possíveis institutos para consensualidade na solução de conflitos envolvendo a cobrança de créditos tributários, dificilmente prosperará de maneira apropriada.

Nesse contexto, é amplamente reconhecido que a arrecadação tributária desempenha um papel crucial na concretização de diversos direitos estabelecidos na Constituição. Junto disso, há uma tendência no sistema jurídico em buscar alternativas para resolver disputas sem recorrer excessivamente ao sistema judicial, além do incentivo à solução consensual, como expresso no próprio Código de Processo Civil (art. 3º, §§ 2º e 3º; art. 165, etc.). No entanto, o desenvolvimento de

meios propícios para uma atuação negocial da Fazenda Pública ainda caminha a passos lentos. Permanece a concepção de que o crédito tributário é indisponível e que o interesse público deve prevalecer, embora a eficiência em seu recebimento tenha se mostrado insatisfatória. Além disso, como é escopo desse trabalho, essa consensualidade a ser adotada pelo poder público é não apenas constitucionalmente possível, mas adequada ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

No entanto, esse engessamento de conceitos e severas limitações sobre a autonomia da Fazenda cria um ciclo problemático, em que o fisco se concentra em arrecadar o máximo possível, mas sua eficiência é prejudicada por meios que, na atualidade, são mais demorados e onerosos para ambas as partes.

Nesse contexto, é possível perceber que, servindo a invocação do interesse público de ampla e legítima cobertura da atuação administrativa, frequentemente se verifica um descompasso entre a interpretação governamental e o efetivo interesse da coletividade: aquilo que a doutrina denomina conflitualidade de interesses (BORGES, 1996, p. 115).

Nesse sentido, Eduardo Talamini (2005, p. 3) explica que o interesse público é indisponível por princípio constitucional, mas isso não impede que o Estado, em certas circunstâncias, possa ceder a demandas externas ou abrir mão de certas prerrogativas. No entanto, essa indisponibilidade varia conforme a essencialidade das atividades e bens públicos envolvidos. Alguns são irrenunciáveis e inalienáveis, enquanto outros podem ser renunciados ou alienados mediante autorização legal, desde que não comprometam valores constitucionais fundamentais. O próprio autor dá como exemplo a os créditos tributários, que apesar do interesse público envolvido, é possível, através de lei, sua remissão ou anistia em determinadas situações.

É importante lembrar que o interesse público não se confunde com o interesse fazendário, embora o este último possa assumir um caráter de interesse público em certas circunstâncias. No entanto, como mencionado anteriormente, o princípio da supremacia do interesse público deve ser permeado pela ponderação, uma vez que um interesse individual pode estar alinhado com o interesse público e trazer benefícios à sociedade. Em relação a isso, é importante destacar:

Convém, neste ponto, afastarmos, de uma vez por todas, a superadíssima ideia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatório) equivale ao interesse público. Em boa verdade científica, o interesse fazendário não se confunde nem muito menos sobrepõe o interesse público. Antes, subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia

com ele (QUEIROZ, 2013, p. 96).

O sistema tributário não pode mais se limitar à sua função de simples arrecadação devido à centralidade do ordenamento jurídico na dignidade da pessoa humana e na concretização dos direitos fundamentais. A tributação, em um Estado Democrático de Direito é instrumento para a consecução dos seus próprios objetivos. Ou seja, a arrecadação de tributos pelo Estado brasileiro é sim de interesse público, indispensável para sua própria manutenção e principalmente para a realização de suas atividades estabelecidas na Constituição e em leis infraconstitucionais.

O crédito tributário desempenha um papel crucial no Estado Democrático de Direito, pois representa a forma pela qual o Estado obtém os recursos necessários para garantir a prestação de serviços públicos essenciais à sociedade. Além disso, o crédito tributário é fundamental para a manutenção da ordem econômica e social, ao possibilitar a redistribuição de renda e contribuir para a redução das desigualdades.

Em determinadas áreas, especialmente quando se volta um olhar crítico sobre os casos concretos, é perceptível como a solução ou a busca por solução realizada pela administração pública é deveras conflituosa, burocrática e complexa. Em consonância com a realidade atual, em conformidade com a Constituição Federal e dentro de um Estado Democrático de Direito, numa sociedade cada vez mais comunicativa e que preza por resoluções rápidas e personalizadas como fruto de sua autonomia, a celebração de negócios jurídicos mostra-se mais condizente e satisfativa. Neste trabalho, faz-se um recorte sobre o problema da litigância excessiva da Fazenda Pública no poder judiciário, que conforme dados mencionados a seguir, concentram-se na propositura de execuções fiscais, que poderiam ser diminuídas com uma postura negociada da representante da administração.

Como explica Vicente Ferrer de Albuquerque Júnior (2023, p. 153) o inadimplemento de um crédito público, tributário ou não, conforme previsto em lei, leva o Estado a iniciar o processo de inscrição do montante em dívida ativa, seguido pela cobrança do sujeito passivo. Em essência, isso representa um direito de crédito do Estado contra o devedor, resultando na entrada do valor nos cofres públicos como receita corrente. Antes do procedimento de inscrição em dívida ativa, é realizada uma análise de legalidade do lançamento fiscal e da inscrição, visando garantir a liquidez e a certeza do crédito, conforme exigido pelo artigo 39 da Lei nº 4.320/1964. Historicamente, a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa tem sido realizada

por meio de execução fiscal judicial, conforme estabelecido pela Lei nº 6.830/1980. O autor ressalta que esse modelo tradicional enfrenta desafios como a morosidade e a baixa eficiência na arrecadação, o que tem gerado debates e propostas de aprimoramento.

A busca por um desfecho consensual, através da celebração de um negócio jurídico (seja ele processual ou não), além de ser possivelmente mais célere, mais satisfativa às partes, por fim atenderá ao interesse público de forma mais eficiente, tendo em vista que o crédito tributário foi recuperado. Nesse sentido, leciona Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 134):

A abertura do Direito Administrativo a uma certa consensualidade não constitui propriamente uma disponibilidade do interesse público, pois a celebração de um acordo com o particular pode, em certos casos, melhor atender ao interesse público do que a mera e simples imposição unilateral.

Em um Estado Democrático e Social de Direito, o Estado tem o dever de garantir a realização dos direitos fundamentais por meio da arrecadação tributária. Se houver um desequilíbrio entre o dever de pagar tributos e a concretização dos direitos fundamentais, ocorrerá uma violação do interesse coletivo. Assim, a Constituição Federal estabelece uma ampla proteção dos direitos fundamentais, indo além de uma lista taxativa. Portanto, o interesse coletivo em garantir a efetivação desses direitos ganha maior importância e impacto quando ocorre uma arrecadação deficiente.

Albuquerque Junior (2023, p. 172) destaca que a agilidade e eficiência na recuperação dos créditos públicos são essenciais não apenas para aumentar a arrecadação, mas também para fortalecer o esforço fiscal. Isso oferece aos contribuintes a oportunidade de negociar ativamente com a Fazenda Nacional, dentro dos limites legais e de sua capacidade financeira, para resolver suas pendências fiscais da melhor maneira possível, incluindo a possibilidade de obter descontos e parcelamentos no pagamento.

Na área tributária, os agentes públicos e os respectivos órgãos possuem a obrigação de agir, ou seja, não têm a faculdade de escolher se vão realizar o lançamento, tem dever legal de fazê-lo quando se encaixar na hipótese prevista em lei. Porém, a execução em âmbito judicial trata-se de mecanismo de cobrança desse crédito, não tendo a mesma vinculação que os procedimentos administrativos de constituição do crédito tributário.

A ação de execução fiscal tem como objeto a certidão de dívida ativa, que é considerada um título executivo extrajudicial conforme artigo 784, IX do CPC. Esse tipo de título abrange a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos de acordo com a legislação aplicável. A matéria relativa à dívida ativa e sua inscrição é regulamentada nos artigos 201 a 204 do Código Tributário Nacional (CTN) e nos artigos 2º a 5º da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80). Portanto, somente será considerada dívida ativa tributária aquela originada de crédito dessa natureza após a regular inscrição na repartição administrativa competente, seguindo o prazo estabelecido por lei ou por decisão final proferida em processo administrativo.

Dado isso, o que já existe para uma solução “consensual”, é possível reconhecer a transação fiscal e a regulamentação da realização de negócio jurídico processual pela Fazenda Pública, os quais serão tratados especificamente em capítulo seguinte. Suas regulamentações através de portarias internas da Procuradoria da Fazenda representam uma mudança significativa em sua postura, o que demonstra um bom começo para sua flexibilização em prol da eficiência fiscal, mas ainda não são previstas possibilidades de efetiva negociação sobre o crédito tributário devido.

Todavia, é interessante lembrar que o contribuinte tem a possibilidade de renunciar a uma parte do valor estabelecido em precatórios, para agilizar o seu recebimento através de Juizados Especiais Federais, por exemplo. Mas por outro lado, em regra, a Fazenda Pública não pode concordar com um acordo que envolva um valor menor do que o crédito tributário estabelecido.

Talamini (2005, p. 5) lembra que os direitos eventualmente existentes podem e devem ser cumpridos sem a necessidade da instauração de um processo judicial. Em outras palavras, a ação judicial, em princípio, não é obrigatória para resolver questões de direito público – elas têm a possibilidade de serem resolvidas em âmbito administrativo. O ideal é que a própria administração pública resolva suas controvérsias e a intervenção jurisdicional seja somente em casos em o acordo realmente não se efetivou.

Isso não implica que a Administração Pública, incluindo a Fazenda Pública e seus agentes, deva abrir mão de suas prerrogativas e seu aparato jurídico protetor. No entanto, é necessário desconstruir a concepção e os discursos que tendem a sobrevalorizar os princípios e regras de superproteção, que diminui o

interesse particular do contribuinte em prol de maximizar o interesse fazendário, muitas vezes disfarçado de interesse público. Também deve-se abandonar a ideia de que a negociação do crédito implica em sua renúncia ou perdão de parte deste.

É importante ressaltar que não se está defendendo uma relativização do princípio do interesse público nem da disponibilidade do crédito tributário. Argumenta-se que a Fazenda Pública, dentro de uma margem de discricionariedade, deve ter a possibilidade de efetivamente negociar com o contribuinte no caso concreto. Isso permite aumentar as chances de recebimento do crédito tributário, o que, por sua vez, caracteriza interesse público primário.

2.4 FAZENDA PÚBLICA NO JUDICIÁRIO: O CONGESTIONAMENTO DAS EXECUÇÕES FISCAIS

Numa visão geral, o Direito Administrativo e seus institutos se encontram bem consolidados no Estado Democrático de Direito. Todavia, quando se observa o poder judiciário e sua grande quantidade de processos, percebe-se que o próprio Estado é o maior litigante, especialmente no que tange aos números de processos de execução fiscal. Dado isso, é possível questionar se os instrumentos disponíveis para a administração pública e os administrados resolverem disputas tributárias são eficazes o suficiente para satisfazer as demandas sociais, além de questionar se os resultados alcançados são eficientes e satisfatórios.

O Painel de Grandes Litigantes, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, tem como objetivo identificar os maiores litigantes da Justiça. Essa ferramenta é fundamental para subsidiar eventuais políticas judiciárias voltadas à redução da litigiosidade. Além disso, o painel contribui significativamente para o aperfeiçoamento da gestão judiciária ao permitir a comparação do retrato atual dos processos pendentes, incluindo os novos casos, com as informações dos casos do ano anterior.

De acordo com os dados mais recentes, no polo ativo, os órgãos vinculados ao Ministério da Fazenda lideram, representando 2,37% do total de processos. Em seguida, a Fazenda Nacional é responsável por 1,23% dos casos (CNJ, 2023, p. 175). É importante destacar que mais da metade desses processos estão suspensos ou arquivados provisoriamente. Esses dados destacam a significativa participação desses órgãos nos litígios judiciais e a importância de monitorar e gerenciar de forma eficaz essas demandas para garantir uma

administração judiciária mais eficiente.

A quantidade de execuções fiscais no judiciário brasileiro é preocupante. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano de 2023, existem por volta de 77 milhões de processos em trâmite no país, sendo que 34% desse total são processos executivos fiscais (CNJ, 2023, p. 171). Destes, 90% dos processos estão sem movimentação, o que transforma as execuções fiscais em um verdadeiro “gargalo” do judiciário. No que diz respeito a morosidade, os processos de execução fiscal possuem taxa de congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2022, apenas dez foram baixados. Desconsiderando os processos mencionados (de execução fiscal), a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 74,2% para 67,9% em 2023. O tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal é de aproximadamente 6 anos e 11 meses (CNJ, p. 172, 2023).

Como bem observa o relatório do CNJ (2023, p. 170), os processos de execução fiscal acabam por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pelo fisco ou pelo conselho de fiscalização profissional. Por isso, a maioria dos casos que chegam ao judiciário são dívidas antigas que, em consequência, dificilmente serão recuperadas, dadas as tentativas prévias de cobrança realizadas.

Infelizmente, essa situação tem perdurado ao longo dos anos sem melhoras significativas, o que impacta diretamente na efetividade de todo o judiciário brasileiro. Outro dado importante é que, segundo estudo realizado pelo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), “o custo de uma ação de execução fiscal promovida pela PGFN junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%” (IPEA, 2012, p. 14).

Diante dessa situação alarmante, é evidente a necessidade de se desenvolverem meios para dar maior efetividade às execuções fiscais é de suma importância para desafogar o sistema judiciário. Mas, muito além disso, a recuperação de créditos tributários é essencial para que se concretize o acesso à justiça e para que o Estado consiga recursos que lhe são devidos para exercer suas funções inerentes.

Dessa maneira, evidencia-se a grande ineficácia do mecanismo selecionado para a recuperação do crédito tributário, o que, além disso, contribui

significativamente para o fracasso na implementação de uma tutela jurisdicional rápida e eficiente.

É interessante lembrar ainda que, na esfera federal, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), só executa judicialmente dívidas ativas com valores superiores a R\$ 21,7 mil. Esse valor foi definido com base em estudos dirigidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) segundo os quais, em ações de execução de dívidas menores do que R\$ 21,7 mil, a União dificilmente consegue recuperar valor igual ou superior ao custo do processo judicial. Ou seja, além dos créditos que estão sendo cobrados judicialmente, ainda existem os créditos que sequer foram executados pela PGFN, tendo em vista os custos para tanto.

Tendo isso em vista, é perceptível que bilhões a serem recebidos pelos cofres públicos permanecem estagnados ao fim do processo administrativo que constitui o crédito tributário definitivamente. A medida mais comum tomada pelos órgãos fazendários em relação aos créditos que não são executados judicialmente é o popularmente conhecido como “protesto extrajudicial”, ou seja, além da inscrição em dívida ativa, o título é protestado em cartório. Essa medida tem se mostrado mais eficaz, com sucesso de cerca de 20%, contrariamente às execuções fiscais, que é de 2% (CNJ, 2024).

Nesse mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, por unanimidade, regras para extinção das execuções fiscais com valor de até R\$ 10 mil sem movimentação útil há mais de um ano, desde que não tenham sido encontrados bens penhoráveis, citado ou não o executado. A deliberação foi tomada durante a 1.^a Sessão Ordinária do CNJ em 2024 e transformada na Resolução n. 547, de 27 de fevereiro de 2024.

Diante desse entendimento, que considerou os dados mencionados e a realidade do judiciário no Brasil em relação aos processos executivos fiscais, cerca de 52% das demandas serão extintas (CNJ, 2024). Com isso, as procuradorias poderão dar atenção especial aos processos que envolvam grandes montantes, desonerando-se de grande acúmulo de trabalho com créditos que por vezes mal cobriam os custos de uma ação judicial. No entanto, é importante lembrar que o crédito tributário ainda é devido, isto é, pode ser cobrado – ou negociado – com o contribuinte de forma extrajudicial.

Por fim, interessante mencionar dados em relação ao instituto da transação tributária, que tem se mostrado uma ferramenta crucial para resolver

passivos acumulados ao longo dos anos e beneficiar tanto o governo quanto os contribuintes, em consonância com os objetivos do Ministério da Fazenda de ajuste fiscal e melhoria do ambiente de negócios. Segundo dados da PGFN, mais de R\$ 404,3 bilhões em dívidas foram negociados desde o início do programa de transação e apenas em 2022, o valor regularizado alcançou R\$ 189 bilhões (PGFN, 2022, p. 15). Ao longo dos últimos três anos, a transação na dívida ativa se consolidou como uma importante política pública para enfrentar a crise econômico-financeira agravada pela pandemia (PGFN, 2022, p. 15). Regulamentada pela Lei n. 13.988/2020 e prevista há anos no Código Tributário, essa modalidade de negociação é fundamental para a recuperação de créditos públicos vencidos e não pagos espontaneamente, financiando a estrutura da administração pública e garantindo a proteção dos direitos individuais e coletivos da sociedade.

Ainda que o judiciário seja aliviado com essa medida, as execuções fiscais ainda permanecem com número significativo de demandas no judiciário (CNJ, 2024). Portanto, é de suma importância que se pense a respeito de possibilidades negociais entre Fazenda Pública e contribuinte, tendo em vista que isso poderia não somente promover a solução consensual de processos em andamento, mas também acordos extrajudiciais que evitassem a judicialização.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, o Estado, apesar de contar com a contribuição da sociedade, tem a responsabilidade de garantir a realização dos direitos fundamentais, o que ocorre por meio da arrecadação tributária. Quando o dever primordial de pagar impostos se torna desproporcional em relação à efetivação dos direitos fundamentais, ocorre uma violação do interesse coletivo. Portanto, nota-se que o constituinte conferiu à Constituição Federal uma abrangência material dos direitos fundamentais, indo além do conceito formal. Nesse sentido, o interesse coletivo, que envolve a efetivação desses direitos, ganha maior relevância e impacto quando ocorre uma arrecadação tributária insuficiente.

Num primeiro momento, pensar a respeito da negociação de créditos tributários pela Fazenda Pública parece afrontar ao interesse público, dispondo-o de acordo com as vontades do administrador. No entanto, a Constituição de 1988 permite a ponderação de princípios para atingir seus objetivos. É necessário abordar o tema neste trabalho tendo em vista que os princípios do interesse público e da indisponibilidade do crédito tributário poderiam ser considerados impedimentos importantes para a negociação de créditos tributários. Todavia, analisando-se toda a

conjuntura a respeito, em determinados casos concretos percebe-se que os princípios da eficiência da administração pública e do acesso à justiça deveriam prevalecer para melhor atender a realidade. A ponderação implica que, se dois princípios entrarem em colisão, o de maior peso no caso concreto, a depender das circunstâncias, prepondera sobre aquele a que a autoridade competente atribuir peso menor. Dessa forma, é possível que, em situações específicas, a eficiência administrativa e o acesso à justiça prevaleçam, permitindo a negociação de determinados créditos tributários como uma solução mais justa e eficiente.

Ou seja, também é legítimo interesse público que o crédito tributário seja efetivamente recebido através de uma solução negocial, ao invés de manter execuções suspensas por meses ou até anos, sem expectativa de recebimento pela via comum judicial. Nesse sentido, Binenbojm sintetiza a ideia de ponderação:

(...) o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade (BINENBOJM, 2005, p. 84).

O Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988 submete a atuação estatal à proteção da dignidade humana, ao respeito aos direitos fundamentais e à busca pelo bem-estar social, proibindo expressamente a extinção ou alteração dos direitos e garantias individuais. Por outro lado, para garantir a autoridade da Administração Pública, são concedidas prerrogativas e privilégios, conforme estabelecido na Constituição e em leis infraconstitucionais, permitindo que o poder público exerça sua supremacia sobre o interesse privado em determinadas situações. A Administração Pública deve prevalecer sobre o interesse particular apenas quando busca atender ao interesse público primário, que visa satisfazer os interesses da coletividade conforme estabelecido na Constituição.

No caso das negociações envolvendo a Fazenda, o crédito tributário é de fato interesse público primário, portanto indispensável que a administração pública aja para promover o recebimento de tantas execuções fiscais em curso no país. São bilhões de reais que poderiam ser utilizados nas atividades que são dever do Estado a serem exercidas. Portanto, ponderar a respeito da indisponibilidade do crédito tributário para aceitar negociações com o contribuinte, dentro de uma margem legítima de discricionariedade da autoridade competente parece condizente com os

objetivos constitucionais.

O Direito Administrativo traz até os dias atuais grandes limitações para a realização de negócios jurídicos, especialmente com os administrados. Sabe-se que muitas são as restrições legais e legítimas para tanto – afinal a administração de fato tem e deve ter regime jurídico diferenciado para buscar a consecução do interesse público. Não se defende aqui a descaracterização do Direito Administrativo nem a abolição de suas prerrogativas e privilégios, pelo contrário, busca-se a sua manutenção para o atendimento do interesse público de forma mais ampla e voltada também para o futuro. Aponta-se um problema real e recorrente enfrentado pelo Estado e pela administração e, através da exegese da Constituição e dos objetivos do Estado Democrático de Direito, busca-se desenvolver aportes teóricos que importem em mudanças.

Quando se observa a posição ativa da administração, especialmente no judiciário, sua postura permanece litigante, com pouquíssimas possibilidades de negociação para prevenir a propositura de processo judicial. Isso se deve aos diversos fatores aqui desenvolvidos, como uma legislação antiquada, que engessa o campo de negociação da Fazenda Pública, a própria postura da administração, ainda arraigada em preceitos essencialmente litigiosos e busca pela solução recorrendo diretamente ao judiciário, sem previsão de negociação anterior ou mesmo dentro do próprio processo.

Apresentada a conjuntura que se encontra o problema, o capítulo seguinte apresentará, de maneira fundamentada, que a Fazenda Pública poderia celebrar negócios jurídicos em consonância com os preceitos constitucionais, a fim de atender de maneira mais eficiente o interesse público, respeitando suas prerrogativas e os direitos dos administrados.

Diante da ineficácia do sistema em relação à solução satisfatória das demandas tributárias, conforme evidenciado pelos dados apresentados, torna-se necessário explorar alternativas que sejam adequadas aos preceitos constitucionais de ponderação de princípios a partir da análise do caso concreto. Nesse contexto, considerando a realidade social vigente e os princípios e possibilidades do Estado Democrático de Direito, explorar a autonomia das partes para negociar o recebimento do crédito tributário se mostra alternativa interessante a ser desenvolvida. Portanto, no próximo capítulo, será analisada a viabilidade da realização de negócios jurídicos, como meio de solucionar de forma adequada as relações jurídicas tributárias.

3 AUTONOMIA DA FAZENDA PÚBLICA: PREMISSAS TEÓRICAS PARA UMA ATUAÇÃO NEGOCIAL

Como analisado no capítulo anterior, o Direito Administrativo desde a sua gênese tem como principal pilar a supremacia do interesse público sobre o privado, com atuação vinculada à lei. De fato, o interesse público deve sempre guiar a atuação da administração pública, todavia, não deve permanecer como um conceito imutável, que limita genericamente procedimentos e condutas.

Ainda é visível na atualidade que a doutrina administrativa pouco se modificou em relação a determinados temas, como a consensualidade e a participação popular – apesar das grandes mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito brasileiro. Evidentemente que os princípios e preceitos constitucionais devem refletir inclusive sobre a atuação da administração pública na resolução de conflitos. No caso da Fazenda Pública, uma das maiores litigantes no judiciário no país, apesar de estudos para soluções alternativas para questões tributárias estarem sendo desenvolvidos desde a promulgação da constituição vigente (ATALIBA, 1988 *apud* MENDONÇA, 2014, p. 62), os mecanismos à disposição são escassos e de amplitude limitada para uma atuação mais democrática e negocial da Fazenda.

Nesse contexto, se faz necessário desenvolver meios adequados para que a Fazenda Pública possa negociar o recebimento daqueles créditos tributários que se encontram em execuções fiscais infundáveis ou estão seguindo para esta fase sem perspectiva de êxito. Essa possibilidade a ser estudada, tanto em âmbito administrativo, quanto em âmbito processual, busca não somente tentar melhorar a conjuntura litigante do poder público no judiciário, mas também tentar receber valores significativos devidos aos cofres públicos, objetivos de genuíno interesse público.

Entretanto, qualquer negociação que envolva créditos tributários não pode ser simplesmente concedida por lei, como no caso de anistias e remissões. Necessita de embasamento teórico, pautado na Constituição, e previsão legal, que estabeleça em quais casos se aplica, seus limites e requisitos. Para tanto, é necessário analisar os mecanismos com viés negocial já existentes à disposição da Fazenda Pública, que é a transação tributária (prevista no Código Tributário Nacional desde 1966) e, mais recentemente, a possibilidade de celebração de negócios

jurídicos processuais (previsto no CPC e já regulamentado em portarias da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional). A partir disso, são analisados os fundamentos e possibilidades desses mecanismos existentes a fim de demonstrar as bases sólidas em que pode se desenvolver uma atuação negocial da Fazenda Pública em um Estado Democrático de Direito.

Apesar dessa ideia de negociação do recebimento do crédito tributário ser pouco difundida na doutrina por força da supremacia do interesse público e a indisponibilidade do crédito, existem fundamentos constitucionais, pautados na eficiência, no próprio interesse público e principalmente na democratização do Estado que dão seguro respaldo para tanto. Além disso, como se verá a seguir, a devida ponderação de princípios e o uso da discricionariedade com rigor técnico também convergem para a adoção de uma postura negocial da Fazenda Pública em casos a serem determinados em lei.

3.1 FAZENDA PÚBLICA E DIREITO NEGOCIAL: TRANSAÇÕES TRIBUTÁRIAS E AUTONOMIA DAS PARTES

O Direito Negocial abrange todo tipo de negócio jurídico, inclusive os negócios jurídicos públicos. Neste trabalho, busca-se fundamentar que a Fazenda Pública pode celebrar negócios jurídicos a fim de receber determinados créditos tributários – especificamente aqueles de difícil recuperação. Esses créditos, em grande parte, sobrecarregam o Judiciário com execuções fiscais antigas ou mesmo processos administrativos de valores menores parados, em que não compensam a propositura de ações de cobrança. Desse modo, a discussão encontra-se totalmente inserida no campo do Direito Negocial, tendo em vista que trata sobre negociação e expressão da vontade da Fazenda Pública de forma legítima .

Com base na análise das profundas mudanças sociais e econômicas que afetam diretamente o Estado e sua relação com os administrados, juntamente com a atual situação das controvérsias tributárias resolvidas por meio judiciário, este estudo busca avaliar, a necessidade de adotar meios de negociação para resolver principalmente questões relacionadas ao recebimento de créditos tributários. Essa busca por meios alternativos está alinhada também à tendência do direito processual civil e reflete a necessidade de adaptação do sistema jurídico às demandas da sociedade contemporânea.

O Código de Processo Civil (CPC) brasileiro de 2015 reflete uma forte tendência à consensualidade das partes para a solução das demandas judiciais. Essa abordagem está alinhada com as mudanças sociais e jurídicas que ocorreram ao longo do tempo, especialmente no contexto da crescente complexidade das relações jurídicas. O CPC introduziu diversos instrumentos e procedimentos que incentivam a busca por acordos e soluções consensuais, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Além disso, promove uma mudança cultural ao enfatizar a importância da colaboração entre as partes e do diálogo na resolução de conflitos, contribuindo para o acesso à justiça.

No âmbito tributário, não se dispõe de meios verdadeiramente negociáveis para a recuperação dos créditos. Embora o instituto da transação tributária esteja previsto no CTN desde 1966, ele só ganhou relevância na doutrina e na legislação a nível federal em 2020. A crise financeira desencadeada pela pandemia e a necessidade de fomentar a arrecadação tributária, resolver controvérsias e apoiar contribuintes em dificuldades financeiras motivaram a implementação e a regulamentação da transação, todavia, como se analisa a seguir, não existe negociação tal como inerente ao instituto.

O Código Tributário Nacional, embora não forneça uma definição direta da transação, incorporou elementos do Direito Civil ao regulamentá-la em seu artigo 171: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário”. Ou seja, depreende-se da previsão legal que a celebração da transação é facultativa, a ser realizada com reciprocidade de concessões e bilateralidade, elementos de suma importância para a caracterização da transação como espécie contratual (GAMA, 2021, p. 188). Além disso, busca extinguir o crédito renunciando-se a possibilidade de se discutir a mesma contingência no judiciário.

Para tratar especificamente da transação no Direito Tributário, é interessante compreender o instituto em geral, tal como originariamente do Direito Civil. Segundo Venosa (2023, p. 296), a transação é um acordo de vontades, bilateral, consensual e onerosa, que se completa pela vontade das partes e implica que ambos os envolvidos cedam para que se concretize. Trata-se de negócio jurídico indivisível, ou seja, se uma das cláusulas for nula, todas serão; e sua interpretação é restritiva. Portanto, no Direito Civil, é uma forma consensual de se extinguir a obrigação.

A transação é conceituada por Pontes de Miranda como negócio jurídico bilateral, em “que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr em termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia” (MIRANDA, 2012, p. 191).

Observa-se que a transação envolve concessões mútuas entre duas partes legalmente relacionadas, visando resolver impasses sobre um direito ou dever específico de uma em relação à outra. Nesse sentido, ela se configura como uma modalidade de solução de conflitos realizada diretamente pelas próprias partes envolvidas, sem a necessidade de terceiros para resolver a questão diferenciando-se assim da mediação ou arbitragem, nas quais um terceiro atua como facilitador do acordo entre as partes.

De acordo com Pontes de Miranda, negócios jurídicos são uma classe de atos jurídicos, que tem como elemento fático a manifestação da vontade, vontade essa que deve ser autônoma, na qual há, necessariamente, a juridicização do suporte fático de forma clara (MIRANDA, 2012, p. 55-56). O autor definiu o negócio jurídico como uma modalidade de fato jurídico em que a manifestação de vontade é o elemento central de sua ocorrência. No entanto, muitos doutrinadores brasileiros tendem a confundir o negócio jurídico, enquanto categoria jurídica, com a declaração de vontade, que é um elemento do seu suporte fático. Essa confusão entre os conceitos de negócio jurídico e seu suporte fático tem causado sérios prejuízos quando se trata de lidar com essa modalidade específica de ato jurídico.

Sucintamente, Marcos Bernardes de Mello explica que nos negócios bilaterais, duas partes distintas contribuem para sua formação, expressando vontades diferentes e concordantes sobre um objeto específico (como ocorre em contratos de compra e venda e na maioria dos contratos) (2017, p. 193-195). Já os negócios plurilaterais envolvem vontades diversas originadas de mais de duas partes, convergindo para o mesmo propósito, como exemplificado pelo contrato de sociedade, mesmo que inicialmente celebrado por apenas dois sócios, com a potencial entrada de novos sócios. Tanto os negócios bilaterais quanto os plurilaterais podem ser subdivididos em contratos e acordos (ou convenções): no primeiro caso, os interesses das partes são opostos ou divergentes; no segundo, são paralelos e convergentes para um objetivo comum (MELLO, 1996, p. 198-201). Além disso, os negócios jurídicos podem ser classificados como típicos (ou nominados) ou atípicos (ou

inominados), dependendo se estão ou não previstos e regulamentados em tipos legais expressos (MELLO, 2023, p. 202).

Em relação à transação, é importante abordar alguns de seus aspectos básicos. São atos jurídicos que envolvem a vontade das partes e um conteúdo lícito, permitindo que estas ajustem seus interesses para alcançar um objetivo específico. Já os negócios jurídicos surgem da ação humana, conferindo liberdade para que os efeitos sejam determinados e delimitados pela vontade das partes (ATAÍDE JUNIOR, 2017, p. 2). O negócio jurídico é um tipo de fato jurídico em que a vontade expressa é o elemento central, conferindo ao sujeito o poder de determinar a categoria jurídica e regular os efeitos do ato, incluindo sua amplitude, duração ou intensidade, desde que dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Existe uma manifestação qualificada de vontade: “a falta de vontade do negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade ou da manifestação de vontade para compor suporte fático do negócio jurídico: não há negócio jurídico” (MIRANDA, 2012, p. 59). Conforme Pontes de Miranda, a manifestação consciente da vontade negocial é fundamental para a existência do negócio jurídico. Portanto, tanto a ausência de vontade negocial quanto a inconsciência dela resultam na inexistência do negócio jurídico, não em sua invalidade.

Todo negócio jurídico estabelece uma relação jurídica, seja criando, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações ou exceções. É fundamental que o conteúdo e a eficácia futura do negócio jurídico sejam claramente previstos, o que justifica a adoção de regras jurídicas dispositivas e interpretativas (MIRANDA, 2012, p. 61).

A transação tributária, conforme o artigo 156, inciso III, do CTN, é uma forma de extinguir o crédito tributário, juntamente com outras modalidades como pagamento, compensação, remissão, prescrição e decadência. Como explica Priscila Campos de Souza (2020, p. 111) apesar de não ter uma seção própria no capítulo sobre a extinção do crédito tributário, a transação é tratada no artigo 171 do CTN, que exige autorização legal para sua celebração e concessões mútuas entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária, resultando no término de litígio e na extinção do crédito tributário.

A questão que permeia o tema da transação tributária é quanto à sua equiparação a um acordo celebrado entre os sujeitos da obrigação tributária. Alguns questionam se ela poderia ser equiparada à transação no direito privado, como um

negócio jurídico que permita ampla liberdade para negociação das cláusulas pelos seus sujeitos, ou se teria características próprias por envolver normas de direito público.

Hugo de Brito Machado explica acerca da transação tributária:

A transação extingue o crédito tributário na parte em que a Fazenda abriu mão, concedeu. E pode ocorrer que um crédito tributário seja, por inteiro, dispensado pela Fazenda, contra o pagamento de outro crédito tributário também em questionamento. A Fazenda estaria abrindo mão do seu direito de insistir na cobrança de um e o contribuinte estaria abrindo mão do seu direito de questionar a exigência do outro. Isto justifica a inclusão da transação como causa de extinção do crédito tributário (2007, p. 57).

Destarte, ainda que existam essas divergências acerca da transação tributária, é possível afirmar que existe consenso entre os doutrinadores que enquanto no direito privado a transação permite uma ampla negociação entre as partes, semelhante à celebração de um contrato, no direito tributário, a compulsoriedade da relação jurídica tributária e sua submissão à legalidade restringem esse acordo, que deve seguir os parâmetros estabelecidos na lei (DE SOUZA, 2020, p. 112). Além disso, em relação aos demais elementos da transação, destaca-se seu principal objetivo de extinguir litígios, pressupondo sua existência, ao contrário do direito privado, onde a transação também pode ser utilizada como meio preventivo de litígios.

A partir disso, o fato de ser necessária a manifestação da vontade das partes não impede a Fazenda Pública de realizar negócios jurídicos. Esses acordos podem ser concretizados, desde que estejam regulamentados pelas regras jurídicas e princípios do direito público, observando seus preceitos e respeitando suas restrições para a celebração desses negócios. O interesse público, princípio constitucional intrínseco ao Direito Administrativo, não deve servir como justificativa para impossibilitar a celebração de negócios jurídicos pela Fazenda Pública, mas sim como orientação para sua realização.

Na esfera estatal, os eventos e ações vão além da simples classificação como ato administrativo. Assim, a teoria do fato jurídico também deve ser considerada dentro desse contexto, onde há fatos, atos e negócios jurídicos de direito público (MIRANDA, 2012, p. 220).

Diante da imprecisão do *caput* do art. 171 do CTN, surge a dúvida sobre quais litígios seriam aceitos como requisitos para a celebração da transação. O texto do referido artigo menciona apenas o efeito da transação na determinação de

litígios, sem especificar o tipo, permitindo uma interpretação ampla do termo. Essa interpretação pode abranger tanto litígios administrativos quanto judiciais.

Considerando as disposições do CTN, a legislação estabeleceu os requisitos e as condições para que a União, suas autarquias, fundações e os devedores ou partes adversas pudessem realizar transações para resolver litígios relacionados à cobrança de créditos da Fazenda. A Lei nº 14.375/2022, promoveu alterações significativas na legislação anterior, trazendo alguns avanços para a transação tributária. Em suma, a nova lei ampliou os descontos e prazos para o pagamento de dívidas, além de permitir a negociação de débitos discutidos administrativamente.

Portanto, apesar de o art. 171 do CTN estabelecer as principais características da transação, percebe-se que esse dispositivo tem limitações para abordar todos os aspectos desse instituto. Campos de Souza (2020, p. 114) conclui que a transação envolve concessões mútuas entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária, porém a autoridade fiscal não tem total liberdade na celebração desse acordo, ficando restrita aos termos da lei que institui a transação. Além disso, a transação tal como prevista pela Lei 13.988/20 requer a existência de litígio prévio para sua celebração, uma vez que tem como propósito a extinção de litígios, sejam eles administrativos ou judiciais, e não a prevenção dos mesmos. Por fim, embora a transação represente uma forma de extinguir o crédito tributário conforme o CTN, esse efeito não é imediato ao acordo, dependendo do efetivo cumprimento de todas as suas condições.

A transação tributária pode ser mais vantajosa em comparação aos programas de refinanciamento e parcelamento de dívidas tributárias de longo prazo, tendo em vista que seria uma forma negociada de extinção do crédito tributário. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e a Secretaria da Receita Federal do Brasil regulamentaram a transação tributária por meio de portarias específicas, estabelecendo critérios mínimos para mensuração do grau de recuperabilidade dos créditos, valor mínimo para oferecer proposta de transação, prazos, descontos e modalidades de pagamento.

É importante mencionar que a transação em matéria tributária não se confunde com a anistia. A anistia tem natureza jurídica de exclusão do crédito tributário e se conceitua pela exclusão da penalidade aplicada. É o que se verifica das lições de Sacha Calmon Navarro Coelho (2022, p. 769-770):

A anistia tributária diferencia-se da remissão porque esta dispensa o pagamento do tributo. A anistia dispensa o pagamento das multas que punem o descumprimento das obrigações tributárias. A anistia é, portanto, uma forma de extinção do crédito decorrente do conteúdo pecuniário das multas (crédito tributário em sentido lato).

A prática generalizada de conceder remissões em conjunto com anistias é vista com grande preocupação pela comunidade dos contribuintes pagadores, uma vez que pode criar uma expectativa constante de concessão de anistias. Com isso, incentiva-se o descumprimento das obrigações tributárias, mesmo que com atraso, já que existe a possibilidade de serem as multas extintas. Há casos, porém, que justificam as remissões e as anistias. Em primeiro lugar, quando eliminam créditos tributários e multas de montante pequeno, que tornam a cobrança administrativa ou judicial antieconômica. Em segundo lugar, quando são impulsionadas pela compreensão, livrando de encargos tributários ou de penalidades fiscais, setores ou regiões que passam por comprovadas dificuldades.

Como observa Campos de Souza (2020, p. 119) a concessão frequente de parcelamentos especiais, sem distinguir entre os devedores que poderiam se beneficiar desse acordo, leva a uma vantagem desproporcional para aqueles com maior capacidade financeira, o que não contribui para uma verdadeira recuperação dos créditos. Os critérios estabelecidos para a adesão aos novos modelos de transação priorizam o aumento da arrecadação, visando principalmente ao interesse público.

Portanto, os efeitos das práticas frequentes de concessão de anistias e remissões sobre o crédito tributário podem ser desestimulantes aos contribuintes pagadores. Nesse ínterim, é importante ressaltar que a transação em matéria tributária não se confunde com tais institutos, nem é prejudicada por sua existência. A transação tributária, abordada neste contexto, não busca incentivar os contribuintes a não cumprir regularmente suas obrigações fiscais, mas sim promover uma negociação entre contribuinte e fisco, visando encontrar um ponto de equilíbrio para a extinção da obrigação tributária.

Ademais, é importante destacar que a transação não deve ser equiparada aos programas de parcelamento extraordinários, como o Refis, Paes, Paex e Lei nº 11.941/09. Estes programas representam uma forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e não envolvem acordos celebrados com uma autoridade designada para tal fim. Suas leis instituidoras estabelecem previamente

todas as condições e concessões, sem necessariamente exigir uma contrapartida do devedor (SOUZA, 2020, p. 134). Em outras palavras, mesmo na ausência de litígio, as leis que criam esses programas permitem que o devedor adira a eles sem a necessidade de um acordo específico.

Esse é inclusive o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois o parcelamento é visto como um mero benefício fiscal. O tribunal já se pronunciou sobre o assunto:

“[...] a figura do parcelamento não se confunde com a transação extintiva do crédito. A autocomposição bilateral ou transação é forma de extinção do crédito tributário, consoante determina o art. 156, III do CTN, implicando no término do direito da Fazenda Pública de cobrar a obrigação tributária. Considerando que a transação é a forma pela qual as partes previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas, enquanto que o parcelamento é a mera dilação de prazo para o devedor honrar sua dívida, não há que falar em naturezas semelhantes. Ao revés, no parcelamento, a dívida ativa não se desnatura pelo fato de ser objeto de acordo de parcelamento, posto que não honrado o compromisso, retoma ela os seus privilégios, incidindo a multa e demais encargos na cobrança via execução fiscal (STJ, 2003).

Pontes de Miranda (2012, p. 219) define bem o ato de renúncia no Direito Público:

Há renúncia no ato de isentar impostos ou taxas, prorrogar prazos de pagamento, relevar faltas, de dispensar emolumentos e custas, de indultar ou de comutar pena. (...) quase todos os direitos, pretensões, ações e exceções são irrenunciáveis (princípio da irrenunciabilidade dos direitos públicos). O ato de renúncia é nenhum, portanto, ineficaz.

Por isso, sua natureza é tríplice, abrangendo aspectos do ato administrativo, uma vez que depende de lei e requer a discricionariedade dos agentes públicos; do contrato, pois implica na convergência de vontades para alcançar um acordo mútuo; e da extinção do crédito tributário, já que seu objetivo final é sempre a quitação da obrigação.

Partindo da ideia de que a transação tributária é um instituto derivado do Direito Civil – isto é, reestruturado de acordo com as limitações legais e principiológicas da administração pública, em que não há discricionariedade por parte da autoridade competente para transigir, é possível estabelecer instituto que a Fazenda celebra negócio jurídico com o contribuinte, com a finalidade de acordar a respeito do recebimento do crédito tributário.

A celebração de negócio jurídico pela Fazenda, portanto, teria limitações inerentes ao direito administrativo, utilizando-se da discricionariedade com

parâmetros técnicos estabelecidos em lei – e não como um negócio jurídico celebrado entre particulares, regidos pela autonomia da vontade. Ou seja, a categoria de negócio jurídico não se limita ao direito privado, onde é comumente mais utilizado, mas é aplicável a todos os ramos do direito. “Se a regra jurídica, que é de direito privado, também é regra jurídica de algum daqueles ramos é questão que só se pode responder no direito das fontes de cada ramo” (MIRANDA, 2012, p. 62). Onde há poder de autodeterminação da vontade, há negócio jurídico; sua natureza pública ou privada depende unicamente da regra jurídica incidente que o regulamenta.

Pode-se afirmar que o objetivo da transação é promover o diálogo e a proximidade entre a Fazenda Pública e o contribuinte, incentivando uma abordagem colaborativa que leve a um consenso para o cumprimento das obrigações tributárias. Nem sempre o foco está na quitação integral da dívida tributária, pois a Fazenda Pública pode concordar em perdoar parte da dívida ou das penalidades aplicáveis para celebrar um acordo de transação. O essencial é aproximar as partes envolvidas para garantir que o crédito tributário seja satisfatoriamente resolvido, permitindo que possam continuar suas atividades.

A administração pública moderna abandonou sua antiga diretriz autoritária e autônoma, adotando uma postura mais aberta e participativa. Nesse novo paradigma, o administrado é reconhecido como detentor de direitos que devem ser protegidos também pela administração. De acordo com João Aurino de Melo Filho (2018, p. 581-582), essa abordagem mais democrática da administração ampliou-se para garantir a participação dos administrados não apenas como auxiliares, mas como partes ativas na construção do ato administrativo, preocupando-se com seus interesses legítimos, mesmo que individuais. No Direito Administrativo contemporâneo, ao lado da processualidade, surgiu a contratualidade, permitindo à administração não apenas fiscalizar seus atos, mas também satisfazer os direitos dos administrados por meio de uma construção conjunta e consensual da vontade administrativa. Essas duas dimensões, processualidade e contratualidade, convergem na promoção e estímulo aos meios alternativos de resolução de conflitos entre administração pública e administrados, como a transação. Este não é um processo em si, mas sim o resultado de um acordo alcançado por diversos meios, como conciliação, mediação e negociação direta, baseando-se em concessões recíprocas entre as partes envolvidas.

Para que a Fazenda Pública possa aceitar um valor menor do que o

crédito tributário devido, é indispensável que exista previsão legal, mesmo que de forma genérica. Isso significa que a legislação deve conferir à administração tributária a competência e a prerrogativa para realizar transações e acordos com os contribuintes, permitindo a concessão de descontos ou condições especiais de pagamento. Essa previsão legal é fundamental para conferir segurança jurídica aos procedimentos de transação tributária, garantindo que sejam realizados dentro dos limites estabelecidos pela legislação e respeitando os princípios do direito administrativo.

Conforme Batista Júnior, a questão não consiste em transformar o objeto da transação em direito disponível, mas sim em não considerar o suposto direito indisponível como impedimento para a realização da transação em matéria tributária, ou ainda em conceituar como ato administrativo algo que não o é.

Para que se possa celebrar transação administrativa, o bem ou direito deve ser disponível ou deve haver lei que autorize expressamente a transação. Não se trata de abrir exceção à regra de que o objeto de transação seja direito disponível, até porque os bens públicos podem ser objeto de disposição, contanto que essa disposição, legalmente fundamentada, seja a forma de bem atender ao 'melhor interesse público possível'. Desde que presente autorização legal, ou desde que verificada a competência legal para transigir e para cumprir as concessões feitas, atendido ao procedimento previsto em lei, é possível a transação administrativa, em sintonia com o mandamento de boa administração (BATISTA JR., 2007. p. 418).

Analisando o conceito de transação, é evidente que, para que ela seja reconhecida, é fundamental que haja uma convergência de vontades, ou seja, que interesses compartilhados sejam mutuamente aceitos e concedidos, o que sequer é previsto pela Lei de Transação Tributária.

A discricionariedade para negociar é uma manifestação da vontade da Fazenda Pública, sujeita a limitações legais e regulamentações específicas. Segundo Gustavo Binenbojm:

É um espaço decisório peculiar à Administração, não de escolhas puramente subjetivas, mas definida pela prioridade das autoridades administrativas na fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis ou por atos normativos editados pelas próprias entidades da Administração (2014, p. 212).

Ainda, importante salientar que quando abordar a transação tributária, o legislador deve atentar para as premissas e condições nos casos em que a transação resulte em renúncia fiscal por parte do ente tributante, em conformidade com as disposições legais sobre os cuidados necessários decorrentes da renúncia por

parte do poder público. Por fim, em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal, só configura renúncia fiscal a remissão, a anistia dispensa de juros, parcelamento, dação em pagamento, demandando análise orçamentária que justifique sua realização (MENDONÇA, 2014, p. 176).

Priscila Mendonça conclui que a observância e o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal são necessários para fundamentar a validade da transação tributária. No entanto, isso não inviabiliza sua execução, especialmente considerando a predominância do atendimento ao interesse público (2014, p. 178).

A transação tributária desempenha um papel crucial na redução de litígios entre o fisco e os contribuintes, oferecendo uma alternativa para resolver conflitos de maneira mais eficiente e menos onerosa para ambas as partes. No entanto, conforme atualmente regulamentada, este instituto muitas vezes não proporciona uma verdadeira oportunidade de negociação entre o fisco e o contribuinte. Em muitos casos, as condições e os termos da transação são estabelecidos unilateralmente pelo fisco, sem a devida consideração pelos interesses e capacidades financeiras dos contribuintes. Isso limita a eficácia da transação como um meio efetivo de resolução de disputas e destaca a necessidade de uma revisão e aprimoramento do seu arcabouço regulatório para garantir uma negociação justa e equilibrada entre as partes envolvidas.

André de Miranda Freire expõe que a controvérsia reside na questão da vontade do sujeito ativo, pois a transação depende da adesão do sujeito passivo; quando os atos normativos já preveem todas as condições da transação, julga-se que não há contrato, mas um ato administrativo participativo que exige a concordância do sujeito passivo (2023, p. 29). No entanto, quando a autorização legal não especifica as cláusulas da transação, há de fato um contrato celebrado entre as partes envolvidas. Essa distinção é crucial para determinar se há ou não um direito à transação, com implicações significativas para a atuação da Administração Tributária. O autor conclui ainda que o CTN, inspirado pelo Código Civil de 1916, incluiu a transação como uma das formas de extinção do crédito tributário, conforme estabelecido no art. 156, III (FREIRE, 2023, p. 30).

Uma interpretação restritiva da transação, baseada no princípio da indisponibilidade do interesse público, poderia esvaziar seu propósito, indo de encontro às tendências consensuais adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Este propicia a adoção de um procedimento flexível que permita às partes ajustar seu

comportamento para a extinção da obrigação tributária e a resolução do conflito de interesses.

O efeito de extinção do crédito tributário apenas ocorre após o cumprimento integral de todos os termos da transação. A celebração do acordo de transação não implica novação do crédito, o que significa que, em caso de descumprimento dos seus termos, o débito original pode ser exigido novamente (FREIRE, 2023, p. 32).

A transação, conforme regulamentada pela legislação atual, não proporciona ao contribuinte nem à Fazenda Pública a efetiva realização de um acordo de vontades, assemelhando-se, na verdade, a um contrato de adesão. Nesse contexto, as condições e termos da transação são estabelecidos unilateralmente pela autoridade fazendária, sem a participação ativa do contribuinte na elaboração do acordo. Assim, o contribuinte se vê em uma posição de aderir aos termos propostos ou não realizar a transação, sem a possibilidade de negociação efetiva ou concessões mútuas entre as partes envolvidas.

Os contratos de adesão se distinguem dos contratos comuns pelo fato de, em geral, não haver participação de ambas as partes na elaboração do contrato. No entanto, é essencial que haja acordo de vontades entre as partes para que o contrato seja legítimo e válido. À primeira vista, parece não haver acordo de vontades no contrato de adesão, uma vez que tanto o contratado quanto o aderente não negociam os termos do contrato e apenas o assinam, não havendo espaço para mudanças posteriores.

Como estabelecido pela própria Lei 13.988/20:

Art. 2º Para fins desta Lei, são modalidades de transação as realizadas:

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, na cobrança de créditos que seja da competência da Procuradoria-Geral da União, ou em contencioso administrativo fiscal; (Redação dada pela Lei nº 14.375, de 2022)

II - por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário; e

III - por adesão, no contencioso tributário de pequeno valor.

Parágrafo único. A transação por adesão implica aceitação pelo devedor de todas as condições fixadas no edital que a propõe (BRASIL, 2020).

Em setembro de 2022, a Receita Federal publicou os editais

regulamentando a adesão às modalidades de transação tributária, incluindo dívidas de pequeno valor e créditos irrecuperáveis. Os créditos de pequeno valor abrangem cerca de 100 mil contribuintes com dívidas totalizando aproximadamente R\$ 1,8 bilhão, enquanto os créditos irrecuperáveis envolvem cerca de 2,5 mil contribuintes com dívidas de R\$ 10 bilhões (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2022).

A possibilidade de apresentação de proposta individual pelo contribuinte consta na Portaria RFB nº 247, de 2022. Essa modalidade é direcionada a contribuintes com débitos objeto de contencioso administrativo fiscal com valor superior a R\$ 10 milhões, além de devedores falidos, em recuperação judicial ou extrajudicial, em liquidação judicial ou extrajudicial, e aqueles em intervenção extrajudicial. Também abrange autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como estados, Distrito Federal, municípios e suas respectivas entidades de direito público da Administração indireta.

Na referida portaria, são apresentadas as seguintes modalidades de transação:

Art. 4º São modalidades de transação dos créditos tributários em contencioso administrativo fiscal sob administração da RFB:

I - transação por adesão à proposta da RFB;

II - transação individual proposta pela RFB; e

III - transação individual proposta pelo contribuinte (RFB, 2022).

Como explica Campos de Souza (2020, p. 117), de acordo com o conceito de transação discutido anteriormente, trata-se de um acordo entre as partes envolvendo concessões recíprocas, mesmo que a Fazenda Pública não tenha ampla discricionariedade. No entanto, a transação tal como estabelecida atualmente não envolvem a celebração de um acordo, uma vez que as concessões já foram estabelecidas previamente na lei, não permitindo à autoridade fiscal negociar os termos com o devedor. Compete ao órgão fazendário apenas decidir sobre o deferimento ou indeferimento do ingresso na transação, inclusive quanto à análise da proposta do contribuinte (inciso III).

Para que uma transação seja efetivada, é crucial que haja expressão de vontade por ambas as partes envolvidas, resultando em um acordo no qual ambos os agentes concordem em ceder para alcançar um consenso sobre como a obrigação será extinta. Não se trata apenas de aceitar uma proposta previamente apresentada, mas sim de um processo no qual ambas as partes participam ativamente, negociando

os termos do acordo. No entanto, ao analisar a prática da transação tributária na atualidade, percebe-se que, na verdade, não está sendo celebrado um acordo genuíno, mas sim uma adesão a propostas pré-estabelecidas. Apesar de o CTN prever a possibilidade de realização de transação, muitas vezes a prática atual se resume a aceitar termos propostos unilateralmente pela administração tributária, sem espaço significativo para negociação ou ajustes por parte do contribuinte.

A transação tributária não possui e não deve possuir todos os elementos de uma transação no Direito Privado, embora possa ser uma forma de extinção do crédito que envolve concessões mútuas entre o credor e o devedor. No entanto, como é possível verificar na legislação tributária e nas portarias da PGFN, não há efetivamente manifestação de vontade das partes na transação tributária tal como se encontra prevista. O que ocorre é que o contribuinte que se encaixa em determinado perfil estabelecido adere ou não à “proposta” da Fazenda, que também já se encontra previamente estabelecida.

A autoridade fazendária não tem ampla liberdade para conceder benefícios ao devedor tendo em vista suas limitações em função da indisponibilidade do crédito e o interesse público, sendo obrigada a seguir os parâmetros estabelecidos na Lei de Transação. No entanto, ainda assim, a autoridade tem certa discricionariedade para celebrar as transações, o que representa um desafio para não extrapolar os limites legais. No caso da transação na cobrança do crédito da União, as concessões variam dependendo da classificação do crédito como irrecuperável ou de difícil recuperação, podendo incluir descontos nos acréscimos legais da dívida. A verificação da capacidade de pagamento do devedor também é um desafio, pois requer análise de diversas informações financeiras e contábeis, o que pode aumentar o ônus da autoridade fazendária na qualificação desses dados (SOUZA, 2020, p. 132).

Interessante também destacar que o princípio da capacidade contributiva, aliado ao da isonomia tributária, deve ser critério para guiar a celebração dos acordos de transação, ajudando a determinar as concessões de acordo com a capacidade financeira do devedor (SOUZA, 2020, p. 121). Isso possibilita que na transação de cobrança de créditos da União, concessões semelhantes sejam oferecidas a devedores com a mesma capacidade contributiva, ao mesmo tempo em que se evita conceder benefícios idênticos a devedores com capacidades financeiras distintas.

Uma análise teórica desses métodos de resolução de conflitos revela

sua estreita relação com a efetividade da jurisdição, estando, portanto, alinhada com o interesse público. Dessa forma, considerando que o tributo é uma prestação compulsória estabelecida por lei, somente uma lei formal poderia autorizar transações em matéria tributária, definindo um conjunto de normas que estabeleçam critérios e limites para a resolução do litígio. Portanto, o princípio da legalidade é crucial para garantir que qualquer transação não seja realizada sem uma lei específica que estabeleça as condições para a celebração de acordos entre os envolvidos na relação jurídica tributária.

O presente trabalho não se deterá no aprofundamento do estudo e nas discussões doutrinárias sobre o instituto da transação tributária. Seu escopo se concentra em fundamentar a viabilidade da realização de negócios jurídicos pela Fazenda Pública de maneira compatível com a Constituição e seus objetivos, com a efetiva manifestação de vontade de ambas as partes. Reconhece-se a importância da previsão legal e da realização da transação tributária como mecanismo para facilitar o cumprimento das obrigações fiscais. No entanto, ainda não se observa uma efetiva negociação com a Fazenda Pública, devido a obstáculos que são justificados pelo interesse público e pela natureza indisponível do crédito tributário.

Nesse contexto, surgem aparentes problemas relacionados à concessão de discricionariedade para a Fazenda Pública negociar. Como será abordado no próximo tópico, é viável conceder uma margem de discricionariedade técnica ao agente competente, permitindo-lhe exercer a vontade da Fazenda e promover o interesse público ao realizar negócios jurídicos visando ao pagamento do crédito tributário.

3.2 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE E DA AUTONOMIA NEGOCIAL DA FAZENDA PÚBLICA

A discricionariedade é um tema amplo e complexo no contexto da administração pública, pois envolve o equilíbrio delicado entre a necessidade de conceder margem de atuação para que a administração pública possa desempenhar suas funções de forma eficaz e a importância de estabelecer limites claros para evitar arbitrariedades e abusos. Por um lado, a discricionariedade permite que os agentes públicos avaliem as circunstâncias específicas de cada caso e ajam de acordo com o interesse público, adaptando suas decisões às necessidades concretas. Por outro, a falta de limites claros pode levar a decisões arbitrárias e injustas, comprometendo a

legitimidade e a imparcialidade da administração pública. Assim, é fundamental encontrar um equilíbrio adequado que permita à administração pública exercer sua discricionariedade de maneira responsável e transparente.

Onofre Alves Batista Júnior observa que para grande parte da doutrina administrativista, o "procedimento" representa o cerne do Direito Administrativo, sendo um elemento essencial nas interações entre a Administração Pública e os administrados. O procedimento administrativo estabelece regras para a tomada de decisões unilaterais, orientando os comportamentos administrativos antes da elaboração de contratos e determinando as formalidades em atividades técnicas. Ele se aplica a qualquer decisão administrativa, facilitando a avaliação e ponderação das situações para a tomada de decisão, que pode ser um ato administrativo, a celebração de contrato ou a produção de norma. Em uma sociedade pluralista, onde a Administração Pública lida com diversos interesses, o procedimento funciona como uma estrutura flexível de ordenação, capaz de coordenar uma variedade imprevisível de interesses combinados (2007, p. 189).

A disciplina do procedimento administrativo permite a audição e participação institucionalizada do administrado, além de favorecer o controle e, conseqüentemente, a legitimidade da atividade administrativa. Embora a participação do administrado nem sempre resulte em poder de codecisão, ela possui uma importante função legitimadora ao transformar o administrado de mero objeto da decisão em sujeito da mesma. Assim, os procedimentos desempenham uma função legitimadora quando estruturados de maneira justa.

O procedimento não apenas conecta atos e fatos da Administração em uma sequência ordenada em direção a um resultado final, mas também é o mecanismo que integra dinamicamente sujeitos e interesses em uma trama organizativa. Além de permitir a participação do administrado, ele possibilita uma ponderação mais adequada dos interesses envolvidos.

Batista Junior destaca ainda que no Estado Democrático de Direito, há um desapontamento com a eficácia prática das soluções jurisdicionais, o que reforça a necessidade de buscar soluções pré-contenciosas, especialmente consensuais. Isso implica transferir a resolução de conflitos para o momento em que surgem, ou seja, durante o procedimento. Nesse sentido, é essencial permitir a participação dos administrados no processo decisório, o que requer transparência por parte da Administração e o acesso dos cidadãos às informações administrativas.

Dessa forma, o procedimento emerge como uma solução para a crise de justiça (2007, p. 190-191).

A doutrina² reconhece e defende a participação do administrado nos procedimentos administrativos, como uma forma de consolidar o Estado Democrático de Direito. Nesse modelo de Estado, a participação dos cidadãos é incentivada como parte essencial do exercício da democracia. Essa abordagem busca legitimar e aprimorar os procedimentos administrativos, que anteriormente eram caracterizados por uma estrutura burocrática e unilateral por parte da administração pública. A inclusão do administrado nos processos decisórios promove um diálogo mais aberto e transparente, permitindo uma melhor ponderação de interesses e uma tomada de decisão mais justa e eficiente.

O modelo de Administração burocrática, conforme proposto por Max Weber, passou por profundas mudanças devido à participação dos administrados no processo decisório. Isso resultou em uma divisão do poder administrativo entre a burocracia e uma variedade de intervenientes. A Administração, cada vez mais, se politiza ao assumir um papel mais flexível na implementação de políticas públicas, ao mesmo tempo em que enfrenta a necessidade de envolvimento dos cidadãos no próprio processo decisório administrativo (BATISTA JUNIOR, 2007, p. 192).

No contexto atual, o Estado Democrático de Direito não apenas permite, mas também se mostra mais adequado para promover uma maior participação do administrado nos procedimentos administrativos. Isso ocorre porque o interesse público, em constante transformação junto à sociedade, requer uma abordagem mais dinâmica e inclusiva na formulação e execução das políticas públicas. A participação dos cidadãos nos processos decisórios não apenas fortalece a legitimidade das ações estatais, mas também enriquece o debate público, permitindo uma melhor compreensão das necessidades e expectativas da sociedade.

A busca por diversos interesses públicos pela Administração destaca a importância do procedimento administrativo como uma ferramenta para conciliar

² A título de exemplo, menciona-se alguns autores citados nesse trabalho que defendem a participação popular em procedimentos administrativos e suas respectivas obras que tratam do tema: BATISTA JR., Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024. Destaca-se ainda o seguinte texto de Caio Tácito, de 1997: TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo Participativo**. Revista Dir. Adm., Rio de Janeiro, 209: 1-6, jul.set. 1997.

interesses conflitantes, em que o procedimento administrativo facilita a tomada de decisão ao permitir a avaliação de diferentes opções, o processamento de informações e a introdução da participação dos administrados (BATISTA JUNIOR, 2007, p. 195). Isso possibilita substituir decisões autoritárias por alternativas consensuais, resultantes de um diálogo mais aberto e interativo.

A adoção de métodos consensuais possibilita uma melhor gestão do tempo e dos recursos do Poder Judiciário, contribuindo para reduzir o volume de processos que envolvem a Fazenda Pública (BINENBOJM, 2020, p. 3). É inegável que o alto número de litígios decorre, em grande parte, da falta de medidas preventivas por parte dos governos, resultando em uma busca excessiva pelo Judiciário, muitas vezes originada pela própria Administração. Isso acarreta uma sobrecarga nos operadores jurídicos, dificulta o funcionamento do Estado e posterga o acesso à justiça. A abordagem consensual, por sua vez, oferece uma alternativa viável para lidar com a litigiosidade em massa envolvendo o Estado, sem desconsiderar as legítimas demandas contra a Fazenda Pública. Desjudicializar pode se revelar, em muitos casos, o meio mais eficaz de promover a justiça, alinhando-se plenamente com o interesse público.

Conforme leciona Batista Junior (2007, p. 202):

No moderno Estado Democrático de Direito (pluralista e eficiente), a complexidade da realidade e a malha de interesses públicos a serem buscados pela Administração exigem a atribuição de maiores margens discricionárias para a Administração, o que reclama, em contrapartida, melhores e mais adequados mecanismos de controle. Enfim, a "flexibilização responsável" exige, em contrapartida, uma procedimentalização do mecanismo decisório administrativo que assegure a participação do administrado, que propicie a adoção de soluções consensuais e que favoreça a interveniência de outros órgãos do Poder, proporcionando, assim, maior legitimidade das decisões.

No entanto, para que a administração pública possa operar de maneira mais democrática e para que os administrados participem efetivamente de seus procedimentos, é fundamental que haja uma legitimação legal clara e precisa. Essa legitimação deve estabelecer não apenas os direitos e deveres dos administrados, mas também os limites e parâmetros dentro dos quais a autoridade administrativa pode exercer sua discricionariedade. A concessão de uma margem de discricionariedade é essencial para que a administração possa adaptar suas decisões às circunstâncias específicas de cada caso e atender de forma mais eficaz às necessidades da sociedade.

Essa margem deve ter delimitações claras, especialmente de natureza técnica, para garantir que a discricionariedade seja exercida de maneira responsável e eficiente. São necessárias não apenas para restringir a atuação da autoridade administrativa e evitar possíveis desvios ou preconceitos pessoais, mas também para orientar suas decisões em direção aos melhores resultados para o interesse público. Portanto, a concessão de discricionariedade deve ser acompanhada de mecanismos de controle e supervisão adequados, a fim de garantir que os procedimentos administrativos sejam conduzidos de forma transparente, justa e eficaz (DI PIETRO, 2007, p. 83).

Os contratos públicos compartilham com os contratos de direito privado o princípio da coordenação entre as partes, derivado da natureza consensual do contrato. No entanto, não se deve inferir que as partes contratantes devem ser juridicamente iguais em todos os aspectos. O que importa é que as partes se coordenem eficazmente para regular uma situação específica no contrato, visando ao futuro. Portanto, embora a administração e o administrado não estejam em pé de igualdade na celebração dos contratos, isso não impede que ambos expressem sua vontade para celebrar acordos. Conforme Batista Júnior (2007, p. 298), os contratos administrativos referem-se a situações em que a Administração Pública poderia agir unilateralmente e de forma autoritária, mas opta por buscar uma solução consensual por meio de acordo com os administrados.

Dentro do Estado Democrático de Direito, a administração possui a prerrogativa de optar pela solução consensual de seus conflitos. No entanto, para isso, é fundamental que essa escolha esteja embasada em fundamentos constitucionais na formulação das leis e que sejam introduzidos elementos técnicos a serem seguidos pela autoridade competente para celebrar os acordos. Essa abordagem garante não apenas a legitimidade e legalidade dos procedimentos, mas também assegura que a administração pública atue de maneira mais transparente e eficiente na resolução de questões envolvendo o interesse público (BINENBOJM, 2020, p. 4).

Há tempos, Caio Tácito tem argumentado que o direito participativo representa uma transição do direito administrativo tradicional, pois incorpora o envolvimento dos administrados, promove a cidadania e posiciona indivíduos e empresas como colaboradores proeminentes na elaboração e implementação do interesse público em conjunto com a Administração Pública (TÁCITO, 1996, p. 21).

Com base nesse entendimento e na necessidade de desenvolver

formas consensuais para o recebimento do crédito tributário, é viável estabelecer uma transação efetiva, na qual tanto o contribuinte quanto a Fazenda manifestem sua vontade na celebração de um acordo para extinguir o crédito tributário por meio do pagamento. Isso contrasta com uma simples adesão do contribuinte condicionada a determinados termos estabelecidos pela fazenda. Para alcançar esse objetivo, é imprescindível definir as margens de discricionariedade e os requisitos técnicos necessários. Além disso, é crucial determinar qual autoridade terá essa discricionariedade para que a Fazenda possa negociar de maneira justa e equitativa com os contribuintes. Essa abordagem proporcionará uma maior legitimidade aos procedimentos de transação tributária, promovendo uma efetiva resolução de conflitos entre o fisco e os contribuintes. Para alcançar esse objetivo, é fundamental compreender o campo de discricionariedade existente nas decisões administrativas, o que implica analisar os limites e os parâmetros dentro dos quais a autoridade pública pode atuar ao negociar acordos tributários.

Como afirma reiteradamente Binenbojm (2020, p. 2) não é coerente apelar para a indisponibilidade ou a supremacia do interesse público de maneira abstrata, uma vez que, em várias situações, o respeito aos direitos individuais estabelecidos na lei será a forma legítima de promover o próprio interesse público em um Estado de Direito. Em muitos outros casos, o interesse público ótimo será alcançado por meio de uma solução consensual, ou seja, um acordo bilateral ou multilateral que equilibra de forma otimizada tanto os interesses específicos da Administração (como representante da sociedade) quanto os interesses individuais legítimos protegidos pelo ordenamento jurídico. Esse ponto intermediário de intersecção de interesses, devidamente justificado, constitui o âmago das soluções consensuais que melhor atendem ao interesse de toda a sociedade do que as soluções adversárias ou contenciosas (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 79).

No que tange à fundamentação legal que autoriza práticas consensuais pela administração pública, Batista Junior destaca o art. 98 da Constituição Federal um “mandamento constitucional favorável à alternativa acordada” (2007, p. 461), que estabelece juizados especiais e justiça de paz, ambos com forte viés conciliatório. No que se refere às ações de menor complexidade, o respaldo constitucional para a transação é claro e evidente; fora desse âmbito, não existem recomendações contrárias à consensualidade pela administração, seja explícita ou implícita. Além disso, a exigência constitucional de eficiência

administrativa requer a busca pela melhor solução, que muitas vezes pode ser alcançada por meio da transação.

Binenbojm observa que o artigo 26 da LINDB, em conjunto com a abordagem dialógica do Código de Processo Civil, é interpretado como uma cláusula geral de negociação aplicável à Administração Pública:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento (BRASIL, 1942).

O referido autor aponta que essa disposição legal é considerada um dispositivo genérico que permite ao Estado celebrar acordos, inclusive no contexto das sanções, sem a necessidade de tipos específicos de acordos previstos na legislação. Isso evidencia o princípio da atipicidade dos acordos administrativos, que possibilita à Administração Pública agir de forma consensual como uma alternativa à abordagem repressiva e unilateral.

É importante entender que a vontade expressa pela Administração ao celebrar contratos é caracterizada como vontade administrativa, ou mais precisamente, vontade normativa (BATISTA JUNIOR, 2007, p. 465). Portanto, tanto a decisão de contratar quanto o conteúdo dos contratos administrativos devem ser embasados em fundamentos legais e, conseqüentemente, estar sujeitos ao princípio da legalidade administrativa. É relevante ressaltar que, apesar da colaboração com os administrados, a busca por consenso não se configura como uma atividade de direito privado por parte da Administração Pública.

Na esfera administrativa, a vontade da administração é intrinsecamente ligada à vontade da lei, seja ela manifesta de forma explícita ou

implícita por meio de interpretação. Nesse contexto, o exercício da discricionariedade para fins de negociação deve ser delegado a uma autoridade fazendária, como o procurador da fazenda nacional, de modo a permitir que, partindo do cumprimento das exigências legais, essa autoridade possa satisfazer a finalidade da negociação.

Maria Sylvia Di Pietro conceitua discricionariedade administrativa como sendo “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (2007, p. 67). A discricionariedade se manifesta como uma atividade formalmente indispensável para o eficiente funcionamento da administração pública; isso significa que, sem ela, seria inviável alcançar integralmente os objetivos sociais.

Esse “poder-dever” da administração pública está diretamente ligada ao seu momento de atuação. Isso ocorre porque o legislador não possui capacidade para prever todas as situações possíveis, nem poderia estabelecer formas de proceder imutáveis e permanentes, uma vez que estas logo se revelariam inadequadas diante das constantes mudanças na vida social. Nesse sentido, a discricionariedade é a ferramenta jurídica disponibilizada ao administrador pelo direito, permitindo que a gestão dos interesses sociais seja realizada de acordo com as necessidades de cada momento.

Di Pietro observa que com o avanço do Estado de Direito, houve uma ampliação do conceito de lei e legalidade, resultando em uma redução da margem de discricionariedade da Administração Pública e uma expansão do controle judicial (2012, p. 8). No entanto, afirmar que não há mais espaço para o mérito do ato administrativo na apreciação pelo Poder Judiciário é um exagero. Essa evolução do princípio da legalidade acompanhou também a evolução da discricionariedade administrativa, refletindo uma redução gradual desta última diante da ampliação do primeiro.

De acordo com Bandeira de Mello, a discricionariedade administrativa se manifesta quando a lei confere certa liberdade ao administrador público para decidir sobre a prática de um ato em determinada situação (1996, p. 17). Essa liberdade pode se traduzir de diversas formas: concedendo ao administrador a opção de praticar ou não o ato (“pode” em vez de “deve”), permitindo-lhe decidir o momento adequado para agir, escolher a forma do ato, ou ainda optar entre diferentes alternativas previstas na lei. Em resumo, a discricionariedade ocorre quando o administrador tem margem para

interferir subjetivamente na determinação dos fatos, na escolha de agir ou não, na definição do momento e da forma do ato, ou na seleção da medida mais adequada para atender à finalidade legal.

O autor considera que “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem” (MELLO, 1996, p. 19). O ato administrativo é resultado da discricionariedade do agente. A discricionariedade pode decorrer, conforme doutrina pacificada, da hipótese ou do comando da norma. Todavia, Bandeira de Mello (1996, p. 20) considera que a discricionariedade também pode decorrer da finalidade da norma, tendo em vista que esta se utiliza por vezes de conceitos de valor, os quais sua precisão só pode ser determinada no caso concreto.

Quando a lei atribui discricionariedade a uma determinada situação, ela o faz porque espera que o administrador tome a conduta que melhor atenda à finalidade legal. Resumindo, na discricionariedade, a lei não concede ao órgão ou agente administrativo competente a liberdade de escolher qualquer solução que respeite o objetivo da norma. Pelo contrário, a lei o obriga a buscar a melhor solução para atender ao interesse público de acordo com os princípios jurídicos que orientam a atuação da Administração (MELLO, 1996, p. 32).

Para Bandeira de Mello, o mérito é

é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada (1996, p. 38).

No entanto, não implica que o emprego de termos indeterminados não permita certa margem de apreciação para a Administração escolher a solução mais adequada em cada caso concreto. Em algumas situações, os elementos de fato podem indicar que a Administração tinha apenas uma opção, o que pode levar o Judiciário a corrigir decisões administrativas que não estejam em conformidade com os fatos. Assim, a interpretação do conceito, juntamente com a análise dos fatos em cada caso, pode ou não afastar a discricionariedade.

A presença de finalidades muitas vezes implícitas, expressas por meio de conceitos fluidos, não impede que cumpram sua função de orientar o intérprete (MELLO, 1996, p. 45). Uma vez que a atividade administrativa se caracteriza pelo cumprimento de uma função, a qual consiste na obrigação de alcançar uma

finalidade pré-determinada através do uso de poderes exercidos no interesse de terceiros, é evidente que a lei sempre impõe o dever de buscar a medida que melhor atenda a essa finalidade específica. Portanto, a liberdade administrativa concedida por uma norma de direito nem sempre implica liberdade de escolha entre opções juridicamente equivalentes.

Todo ato administrativo, seja ele originado do Legislativo, Executivo ou Judiciário, deve atender a requisitos específicos para ser considerado válido. Além do estrito respeito à finalidade estabelecida pela lei para o ato, é fundamental que a conduta administrativa esteja fundamentada nos pressupostos fáticos, ou seja, nos motivos considerados pela norma jurídica ao autorizar ou requerer a tomada de determinada providência (MELLO, 1996, p. 86). O motivo, conforme sabemos, é a situação de direito ou de fato que justifica ou demanda a realização do ato.

No âmbito tributário, uma espécie de manto protetor muitas vezes é invocado em nome do interesse público, o que acaba priorizando esse interesse em detrimento da busca pela melhor solução para o conflito. Essa perspectiva também é refletida em parte da doutrina e jurisprudência, que sustentam a impossibilidade de utilizar meios consensuais de resolução de litígios devido ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Em outras palavras, devido a esse princípio, a Fazenda Pública enfrenta resistência em participar de soluções consensuais para conflitos tributários, uma vez que não tem liberdade para dispor livremente dos direitos pertencentes ao Estado, atuando como uma espécie de curadora dos bens públicos.

Esse é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que representa a posição majoritária da doutrina:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por impropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis* (MELLO, 2023, p. 64).

A falta de previsão legal de discricionariedade para determinados agentes da Fazenda Pública negociarem com o contribuinte pode representar um obstáculo significativo na busca por soluções consensuais para o recebimento do crédito tributário. Embora o CTN já preveja a transação tributária, essa modalidade muitas vezes não implica em uma manifestação genuína de vontade das partes, pois

frequentemente se resume à aceitação de propostas prontas feitas pela Fazenda.

No entanto, é importante reconhecer que a Constituição Federal permite e até mesmo recomenda soluções consensuais para resolver conflitos. Embora a Fazenda Pública lide com créditos tributários considerados indisponíveis, é do interesse público e de uma finalidade maior que esses créditos sejam efetivamente pagos, em vez de permanecerem em execução por anos no judiciário. Portanto, seria necessário estabelecer uma base legal que conceda a autoridade adequada da fazenda pública a margem de discricionariedade necessária para negociar de maneira mais flexível com os contribuintes, visando à efetiva resolução dos litígios e à obtenção dos créditos tributários devidos.

Quando a escolha do motivo for discricionária, ou quando houver margem para discricionariedade na sua apreciação, ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação torna-se obrigatória (DI PIETRO, 2007, p. 86).

O conceito de discricionariedade técnica abrange situações em que a Administração toma decisões com base em estudos prévios de natureza técnica e critérios extraídos de normas técnicas. Nem sempre há uma remissão direta da lei para normas técnicas. Em algumas situações, a lei obriga a Administração a seguir determinadas normas técnicas; em outras, a Administração opta por fundamentar sua decisão em regras técnicas. Essas decisões não são controladas judicialmente em relação ao mérito das opções técnicas subjacentes, pois o tribunal não pode avaliar sua correção. No entanto, a Administração está obrigada a encontrar a melhor solução, de acordo com o dever geral de boa administração, o que a distingue do exercício do poder discricionário.

A consideração de questões técnicas já é uma realidade tanto na legislação da transação quanto nas portarias emitidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Esse aspecto é extremamente útil e plausível, pois permite estabelecer quais créditos podem ser negociados, com maior ou menor amplitude, de acordo com critérios técnicos específicos. Por exemplo, a ampliação da margem para negociação de créditos considerados "irrecuperáveis" segundo os critérios técnicos estabelecidos pela própria PGFN poderia ser uma medida viável.

Diante disso, é possível inferir que não existem obstáculos constitucionais para a adoção de soluções consensuais e a participação dos administrados nos procedimentos administrativos. Na verdade, a própria Constituição Federal recomenda a consensualidade e principalmente a democratização de todas

as esferas, inclusive na gestão pública. Além disso, o Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela Constituição, introduziu a figura da transação tributária, fornecendo base legal sólida para a negociação entre a Fazenda Pública e os contribuintes.

No que tange ao interesse público, como visto anteriormente, este não deve ser encarado como um entrave absoluto para a celebração de acordos pela Fazenda, uma vez que o Estado Democrático de Direito exige a ponderação e interpretação do caso concreto permitindo a busca por soluções que atendam de forma mais eficiente e democrática.

As vantagens de uma administração pública baseada na consensualidade não devem ser subestimadas por uma visão simplista do interesse público, sem levar em conta as nuances, dados e informações fundamentais que favorecem esse tipo de abordagem. É essencial considerar as exigências contemporâneas de legitimidade da atuação administrativa (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 75).

Em princípio, não existe no ordenamento jurídico brasileiro autorização legal expressa para que a Fazenda Pública possa efetivamente negociar créditos de qualquer natureza. Conforme já mencionado, o que existe é a previsão legal da transação tributária, realizada somente em 2020 em função dos problemas econômicos causados pela pandemia do covid-19. Processualmente falando, tem-se ainda a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, que serão tratados no tópico seguinte, nos quais o agente – no caso o procurador da fazenda nacional – tem um pouco mais de discricionariedade para tanto.

Porém, em âmbito administrativo e quando se trata de questões materiais acerca da cobrança do crédito tributário constituído, os princípios da indisponibilidade do crédito e a quase ausência de manifestação de vontade fazendária através de atos administrativos discricionários tudo sob o preceito do interesse público, tem atrasado o desenvolvimento de possíveis negociações que podem facilitar o recebimento de créditos, especialmente aqueles mais antigos e em execuções fiscais intermináveis que ocupam significativamente o judiciário.

A ausência de um texto exposto torna a atuação prioritária consensual uma medida discricionária, sujeita à política pública do ente administrativo interessado. Essa conclusão requer uma análise mais aprofundada, considerando a evolução do conceito de discricionariedade e seu tratamento no Direito Público. Como

explicam Neves e Ferreira Filho (2018, p. 76) o mérito administrativo, relacionado à discricionariedade, foi incorporado ao Direito Administrativo brasileiro como uma faculdade conferida ao gestor público, baseada na conveniência e oportunidade das escolhas viáveis autorizadas pela lei. No entanto, os autores lembram que essa discricionariedade é limitada por normas de boa administração, e embora o mérito esteja no sentido político do ato administrativo, ele não é passível de substituição pelo juízo do Poder Judiciário. A doutrina administrativa tem rejeitado a discricionariedade pura, que não está sujeita a diretrizes na tomada de decisão e não pode ser revisada por outros órgãos.

Para Di Pietro, “em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo Direito” (2012, p. 162).

A discricionariedade não desapareceu na doutrina administrativista brasileira, mas tem sido adaptada para se adequar às diretrizes do Estado Democrático de Direito, principalmente ao restringir a atuação facultativa dos governantes por meio de orientações específicas, como regras, princípios e limitações éticas (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 77). Portanto, já não se pode falar em uma discricionariedade administrativa pura, sem restrições ou orientações decorrentes do ordenamento jurídico.

O interesse público não mais justifica uma discricionariedade administrativa ampla e ilimitada, mas sim reduz o campo de escolha do administrador para a decisão que, sob um ponto de vista de legitimidade, para além da necessária legitimação, deverá justificar-se (2018, p. 78).

A proposta apresentada neste trabalho não visa defender a consensualidade como algo rotineiro e comum na administração pública, sem considerar os demais princípios aplicáveis, como igualdade e eficiência. Em determinadas situações específicas, pode não ser vantajoso para o Estado celebrar um acordo, e, portanto, os mecanismos de atuação do poder de polícia e da execução judicial devem ser aprimorados para lidar com essas circunstâncias (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 78).

A situação ocorre quando há a possibilidade de adotar a consensualidade para reduzir os riscos e maximizar o interesse público, especialmente quando o administrado cumpre voluntariamente o direito material (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 78). Nesses casos, existe o dever de buscar

uma solução consensual, pelo menos oferecendo uma proposta ao interessado, com base na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro atual, especialmente nos artigos 3º, § 2º, 15 e 174, II, do CPC, conforme já mencionado anteriormente.

Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 468).

O dever de buscar a consensualidade, no entanto, enfrenta desafios de implementação, como a necessidade de regulamentação com critérios sobre a atuação consensual, seja por meio de lei ou ato normativo infralegal. Além disso, é preciso criar estruturas administrativas, como órgãos e câmaras, e definir o controle a ser exercido diante da consensualidade por diversos órgãos, incluindo o Poder Judiciário, o Ministério Público e os órgãos de controle interno.

A previsão no CTN desde 1966 da realização de transação entre a fazenda e o contribuinte para extinguir o crédito tributário, aliada à Constituição Federal de 1988, que prima pela autonomia da vontade e pela participação democrática em assuntos públicos, e ao CPC 2015, com sua abordagem consensual e cooperativa das partes, constituem fundamentos jurídicos robustos para o desenvolvimento de uma atuação negocial efetiva da Fazenda Pública, especialmente na cobrança de créditos tributários, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial.

O ordenamento jurídico brasileiro já prevê uma obrigação administrativa de priorizar a busca por uma solução consensual para resolver conflitos de interesses que afetem tanto a administração pública quanto seus órgãos, especialmente os de advocacia pública. Essa obrigação é respaldada por uma interpretação das normas vigentes.

Verifica-se que, no contexto atual do Direito Público, surge um dever de buscar soluções consensuais sempre que uma decisão imperativa e unilateral possa acarretar prejuízos para o Estado, não apenas de ordem financeira, mas também ao violar o interesse público em outros aspectos, ou reduzir a efetividade de seu cumprimento em comparação com uma negociação administrativa (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 79). Essa análise restringe a margem de escolha do administrador público, exigindo uma atuação proativa na tentativa de estabelecer um diálogo entre o Estado e os administrados para buscar soluções que beneficiem a administração pública. Uma discricionariedade absoluta já não se harmoniza mais

com os princípios do Estado Democrático de Direito e os princípios aplicáveis à administração pública previstos na Constituição brasileira. Diante disso, a exigência de legitimidade na atuação administrativa demanda uma devida justificativa para as decisões públicas, especialmente quando existem meios mais adequados de atender ao interesse público por meio da negociação administrativa.

Além disso, os advogados públicos, por determinação normativa, detêm capacidade postulatória e, conseqüentemente, possuem poderes gerais para representação em juízo, permitindo-lhes realizar negócios jurídicos em prol do interesse público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme estabelecido pelo artigo 182 do Código de Processo Civil (CUNHA, 2020, p. 7).

Essa capacidade postulatória dos advogados públicos inclui a realização de transações do crédito tributário com os contribuintes, onde a autoridade da Fazenda Pública, como o Procurador da Fazenda Nacional, por exemplo, pode exercer a discricionariedade necessária para negociar acordos. No entanto, essa discricionariedade deve ser limitada por lei e guiada por recomendações de regimentos internos, como as portarias que regulam a celebração de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública, estabelecendo requisitos técnicos a serem seguidos. Dessa forma, a autoridade competente manifestará a vontade da Fazenda Pública, a qual é constituída de interesse público primário e secundário, e não pessoal como no caso do contribuinte.

Destaca-se, assim, que no direito tributário há cenários em que o interesse público está intrinsecamente ligado à capacidade de satisfazer o crédito tributário. Muitas vezes, o caminho para alcançar esse objetivo de arrecadação passa pela consensualidade e assim pode ser mais efetivo e melhor atender ao interesse público em geral.

3.3 FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Em se tratando de questões processuais, a Fazenda Pública detém certos privilégios que visam garantir a eficiência na cobrança de seus créditos e proteger o interesse público. Entre esses privilégios, está a própria execução fiscal, que tem procedimentos próprios, a preferência na ordem de pagamento de dívidas e a dispensa de caução em algumas situações. Esses benefícios conferem à Fazenda

uma posição privilegiada no âmbito judicial, visando assegurar a efetividade da cobrança de seus créditos e a manutenção da ordem financeira do Estado.

As prerrogativas processuais da Fazenda, decorrentes de sua natureza como pessoa jurídica de direito público, não podem ser objeto de convenções processuais. Um exemplo claro disso é o regime de pagamento de seus débitos por meio do precatório, conforme estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal.

É importante destacar que as convenções processuais não estão relacionadas com a transação tributária ou com a autocomposição, que são institutos eminentemente materiais. Estamos lidando, na verdade, com uma questão de adequação procedimental, cuja viabilidade, considerada de forma abstrata, já foi reconhecida institucionalmente pelas Portarias PGFN nº 360/2018 e nº 742/2018.

Dentre seus privilégios, a Fazenda Pública usufrui de prazos diferenciados para apresentação de defesa, recursos ou cumprimento de determinadas obrigações processuais. Esses prazos estendidos são justificados pela complexidade e volume de processos em que está envolvida, bem como pela necessidade de garantir a eficiência na prestação dos serviços públicos e na gestão dos recursos públicos. Esses privilégios visam equilibrar seu poder de atuação frente aos demais litigantes, garantindo que possa exercer suas funções de forma adequada e em conformidade com o interesse público.

Conforme a análise de Leonardo Carneiro da Cunha (2020, p. 23), o princípio da igualdade deve orientar as ações do legislador, que, ao estabelecer diferenças processuais, deve também considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Caso a diferenciação seja irrazoável, configura-se como dispositivo inconstitucional. No entanto, se for razoável, trata-se de uma prerrogativa justificada em prol da igualdade material, sendo plenamente constitucional.

As normas de procedimento estabelecidas pelo legislador nem sempre são adequadas para garantir a proteção do direito material em questão no litígio. Embora seja importante garantir a certeza do procedimento, também é essencial considerar sua adequação às circunstâncias específicas do caso. O CPC, ao introduzir a cláusula geral de negociação processual no artigo 190, flexibilizou o caráter obrigatório e indisponível das normas processuais.

A negociação processual, seja aquela relativa ao litígio, seja aquela que tem por objeto as normas e situações jurídicas processuais (art. 190 do CPC),

deve observar o princípio da boa-fé processual (aplicação ao processo do art. 422 do Código Civil) (DIDIER JUNIOR, 2018, p. 187).

Negociar, nesse contexto, não se trata de convencionar sobre o objeto da disputa judicial, mas sim sobre as regras procedimentais, como por exemplo a negociação de prazos. Essa modalidade de negociação não envolve o direito litigioso em si - esse é o domínio da autocomposição. Aqui, as partes negociam acerca do processo, alterando as regras e não apenas o conteúdo do direito material em disputa. Trata-se de negócios que estabelecem normas processuais. Os negócios jurídicos processuais celebrados pelos sujeitos se desenvolvem a partir de normas pré-estabelecidas pelo CPC ou outra legislação, mas não se limitam a elas, pois envolvem uma atividade criativa em suas estipulações.

Negócio jurídico processual, segundo Fredie Didier Júnior (2018, p. 439), refere-se a um fato jurídico voluntário em que o sujeito detém o poder de regular determinadas situações jurídicas processuais. Essa noção de negócio jurídico processual está intimamente ligada ao princípio da cooperação, que permite que as partes, por meio de um esforço conjunto, resolvam o litígio escolhendo entre uma variedade de procedimentos a serem seguidos.

Dentro desse contexto, o negócio jurídico processual é entendido como um fato jurídico voluntário, no qual se confere ao sujeito o poder de regular certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 2-3). Assim, o negócio jurídico processual permite que as partes de um processo o flexibilizem conforme sua vontade ou necessidade, dentro dos limites legais. É importante ressaltar que essa flexibilização procedimental não implica renúncia ou negação à forma, mas sim uma proposta para que o processo seja democraticamente exercido, tornando-se um espaço de diálogo e reflexão.

Na prática, isso significa uma mudança drástica na maneira de encarar o processo: antes, as normas processuais eram geralmente obrigatórias e inflexíveis, mas agora tendem a ser, em sua maioria, facultativas e adaptáveis. Essa mudança representa uma transição de uma abordagem puramente procedimental para uma perspectiva focada na adequação e eficiência técnica (AVELINO, 2020, p. 147).

Portanto, o negócio jurídico processual é um mecanismo legal que permite às partes de um processo adaptá-lo de acordo com suas vontades,

necessidades e circunstâncias específicas, desde que em conformidade com a legislação. Importante ressaltar que essa flexibilidade procedimental não implica em renúncia ou negação à forma estabelecida, mas sim propõe que seja exercida de forma democrática, transformando o processo em um espaço de diálogo das partes (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 4). Ou seja, existe uma “flexibilização do procedimento a partir da relevância da vontade dos sujeitos processuais de forma muito mais ampla” (AVELINO, 2020, p. 148).

É evidente que o princípio da boa-fé constitui a base para a proibição do exercício indevido de posições jurídicas no processo, conhecido como "abuso do direito" processual, que viola a boa-fé objetiva. Além disso, esse princípio torna as condutas processuais ilícitas quando realizadas de má-fé, ou seja, sem boa-fé subjetiva. Portanto, a boa-fé objetiva no processo implica, entre outras coisas, o dever de não agir de forma maliciosa, que é considerada um elemento dos ilícitos processuais. É importante ressaltar que o princípio da boa-fé processual, por ser mais abrangente, é a fonte de outros deveres, incluindo o de não agir com má-fé (DIDIER JUNIOR, 2018, p. 186).

Em relação aos negócios jurídicos processuais, ao contrário de outros negócios jurídicos relacionados diretamente ao crédito tributário, a doutrina está mais desenvolvida, tendo em vista sua previsão no CPC/2015 e sua implementação prática pela Fazenda Pública, através de portarias que guiam sua atuação.

Além disso, a negociação sobre direito formal, ou seja, a celebração de negócios jurídicos processuais, é mais simples de ser fundamentada, uma vez que a manifestação de vontade da Fazenda Pública abrange quase que exclusivamente o interesse público secundário, ou seja, da própria pessoa jurídica de direito público envolvida. Nesse caso, o direito material, não é afetado. Portanto, a previsão da possibilidade e a regulamentação dessas negociações podem ser estabelecidas por meio de portarias, e a discricionariedade concedida à autoridade - no caso, o procurador da fazenda nacional - não necessita de tantas limitações.

A indisponibilidade do interesse público não é um princípio absoluto e pode ser mitigada para a aplicação dos métodos alternativos de solução de controvérsias, desde que dentro dos limites da lei e adequados à promoção das garantias constitucionais de acesso à ordem jurídica justa, duração razoável do processo e eficiência na Administração Pública.

Essa perspectiva de gestão pública consensual tem se fortalecido à

medida que são revisadas concepções do interesse público, introduzidas novas formas de participação dos cidadãos em processos administrativos decisórios e adotado um novo perfil de administração pública orientado pelo princípio da eficiência. Essa mudança de paradigma na gestão pública busca concretizar o princípio da eficiência, pois os atos unilaterais da administração podem estabelecer vínculos jurídicos com os cidadãos, mas não garantem necessariamente sua observância, agilidade e qualidade no atendimento das demandas públicas (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 67). Esses atos imperativos da administração asseguram submissão, mas muitas vezes não estimulam o entusiasmo e a colaboração dos envolvidos.

De acordo com Lorena Barreiros (2017, p. 91), embora os negócios jurídicos processuais estejam relacionados à negociação do direito formal, como discutido anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro oferece bases sólidas e princípios robustos para a negociação sobre o direito material tributário. No entanto, a falta de uma delimitação legal com parâmetros técnicos claros para orientar a discricionariedade, as condições e os limites para a realização de transações com efetiva negociação entre a Fazenda Pública e o contribuinte é evidente. Essa lacuna regulatória dificulta a aplicação prática da negociação no âmbito tributário, privando as partes envolvidas dos benefícios e da flexibilidade que essa abordagem poderia oferecer para a solução de conflitos e a efetivação de seus interesses.

Embora os negócios jurídicos processuais estejam relacionados à negociação do direito formal, como discutido anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro oferece bases sólidas e princípios robustos para a negociação sobre o direito material tributário. No entanto, a falta de uma delimitação legal com parâmetros técnicos claros para orientar a discricionariedade, as condições e os limites para a realização de transações com efetiva negociação entre a Fazenda Pública e o contribuinte são os mesmos impedimentos apontados para a negociação envolvendo direito material tributário. Essa lacuna regulatória dificulta a aplicação prática da negociação no âmbito tributário, privando as partes envolvidas dos benefícios e da flexibilidade que essa abordagem poderia oferecer para a solução de conflitos e a efetivação de seus interesses.

Conforme ressaltado por Carlos Alberto de Salles (2014, p. 216), a indisponibilidade do interesse público não se refere à indisponibilidade dos bens e direitos da Administração Pública, os quais, na maioria das vezes, têm sua disponibilidade condicionada ao cumprimento de requisitos legais. Em vez disso,

refere-se apenas à vinculação da atuação administrativa a interesses mais amplos do Estado que se configurem como interesses públicos. Em outras palavras, a indisponibilidade do interesse público representa simplesmente a obrigação de que o Poder Público atue sempre orientado pelo que se revelar, no caso concreto, como interesse público.

O que se observa é que o fato de a Administração Pública ser uma das partes envolvidas na relação, seja material ou processual, não impede a possibilidade de autocomposição sob a justificativa de que seus interesses seriam indisponíveis. Torna-se evidente, portanto, que os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, anteriormente vistos como restritivos da capacidade de negociação do Poder Público, não são mais considerados pela doutrina como obstáculos intransponíveis para a autocomposição de litígios administrativos. Consequentemente, conclui-se que os requisitos estabelecidos no artigo 190 do CPC são cumpridos pelos entes públicos.

A Portaria nº 502, de 12 de maio de 2016, trouxe mudanças significativas na atuação contenciosa judicial e administrativa da PGFN. Essa medida destacou a autonomia dos procuradores da Fazenda para atuar em juízo, dispensando-os de apresentar contestação, contrarrazões e interpor recursos em determinados casos. Essa iniciativa visa aumentar a eficiência das atividades judiciais e extrajudiciais da PGFN diante do grande volume de processos sob sua responsabilidade.

A Portaria PGFN nº 565, de 26 de maio de 2017, complementou as disposições anteriores, visando promover a cooperação entre as partes e aumentar a eficácia dos litígios, ao introduzir a possibilidade de negócios jurídicos processuais nos casos de atuação contenciosa da Fazenda Nacional.

Art. 12. Fica recomendada a realização de mutirões, inclusive mediante a celebração de negócios jurídicos processuais quanto à intimação por lote de temas, nos termos dos arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil, objetivando a racionalização da atuação em demandas de massa para análise do enquadramento de processos ou recursos nas hipóteses previstas nesta Portaria (PGFN, 2017).

Na prática, observa-se que a celebração de negócios jurídicos processuais trata principalmente sobre a formalização de procedimentos para facilitar a atuação da Fazenda em demandas de massa, e não a negociação individual para adequação de cada caso.

Principalmente devido à prescrição intercorrente decorrente da

demora na prestação jurisdicional, à orientação de dispensa de cobrança de processos de baixo valor e à superação da tese defendida pela Fazenda Nacional nos Tribunais Superiores, verificou-se uma alta incidência de desistência de processos. Essa medida visa reduzir a litigiosidade e otimizar a dinâmica processual, evitando o movimento ineficiente da máquina judiciária e governamental. Além disso, a Portaria nº 985/2016 também prevê a possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais no âmbito dos Juizados Especiais Federais (JEF):

Art. 9º. Fica autorizada a realização de negócios jurídicos processuais entre as unidades da PGFN e os Juizados Especiais Federais, objetivando a racionalização da atuação em demandas de massa, que versem exclusivamente sobre matéria de direito, prevendo-se a citação por Portaria do Juízo.

(...) § 2º As matérias passíveis de aplicação do disposto neste artigo serão previstas em lista regionalizada, podendo atender a peculiaridades locais específicas.

Art. 10. Sem prejuízo da autorização do artigo antecedente, é permitida a realização de outras modalidades de negócios jurídicos processuais além da prevista no art. 9º desta Portaria, objetivando a otimização e a racionalização da atuação, mediante ato dos Procuradores-Regionais da Fazenda Nacional disciplinando a matéria no âmbito da respectiva região, de acordo com as peculiaridades locais.

Parágrafo único. É vedada a celebração de negócio jurídico processual que implique prática de ato não autorizado ou vedado em lei, que disponha sobre direito material ou importe em transação, conciliação ou outro meio de autocomposição em matéria tributária (PGFN, 2016).

A Portaria explicitamente proíbe a celebração de tais negócios em casos não autorizados por lei, que tratem de direito material ou que envolvam conciliação ou outra forma de autocomposição tributária. Ou seja, não se vislumbra a celebração de negócios jurídicos sobre direito material pela Fazenda.

Em 2018, além das Portarias PGFN nº 502 e 985, foram publicadas mais três portarias que abordam a prática de negócios jurídicos processuais, refletindo o esforço da PGFN em ampliar as negociações com os contribuintes. A primeira delas, a Portaria PGFN nº 33, de 08 de fevereiro de 2018, apresenta o instituto negocial em apenas um artigo, explicitando a possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais para recuperar os créditos públicos de forma mais eficaz:

Art. 38. O Procurador da Fazenda Nacional poderá celebrar Negócio Jurídico Processual visando a recuperação dos débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado, inclusive mediante penhora de faturamento, observado

o procedimento disposto no regulamento expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN, 2018).

A ampla abrangência do dispositivo permite ao procurador da fazenda uma maior discricionariedade dentro dos limites legais na busca pelos créditos públicos. Assim, quando o devedor não é habitual ou sonegador, é viável ajustar o procedimento de cobrança dos débitos, abrindo espaço para o diálogo entre o contribuinte e a Fazenda Nacional. A segunda portaria, a Portaria PGFN nº 360, de 13 de junho de 2018, confirma a possibilidade da Fazenda Nacional celebrar acordos com contribuintes, autorizando explicitamente, em seu artigo 1º, certas modalidades de negócios jurídicos processuais que podem ser pactuadas com os contribuintes durante um processo judicial, inclusive a calendarização prevista no artigo 191 do CPC.

I – cumprimento de decisões judiciais;

II – confecção ou conferência de cálculos;

III – recursos, inclusive a sua desistência; e

IV – forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores, quando for o caso.

Parágrafo único. É vedada a celebração de negócio jurídico processual:

I – cujo cumprimento dependa de outro órgão, sem que se demonstre a sua anuência prévia, expressa e inequívoca;

II – que preveja penalidade pecuniária;

III – que envolva qualquer disposição de direito material por parte da União, ressalvadas as hipóteses previstas Portaria PGFN Nº 502, de 12 maio de 2016, e na Portaria PGFN Nº 985, de 18 de outubro de 2016;

IV – que extrapole os limites dos arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil; ou V – que gere custos adicionais à União, exceto se aprovado prévia e expressamente pela Procuradoria-Geral Adjunta competente.

V – prazos processuais; e

VI – ordem de realização dos atos processuais, inclusive em relação à produção de provas Assim como as Portarias PGFN 502/2016 e 985/2016, a Portaria PGFN 360/2018 proíbe a negociação que inclua a renúncia de direitos materiais, aparentemente não conciliando os institutos do negócio jurídico processual e da transação tributária (PGFN, 2018).

Avelino (2020, p. 162) explica que a transação resolutive de litígio tributário está condicionada à renúncia do contribuinte quanto aos valores discutidos judicialmente. É necessário que o contribuinte requeira a extinção do eventual processo existente, com resolução de mérito, devido à renúncia à pretensão

formulada na ação. Não se trata da extinção do processo nos termos do art. 487, III, "b", CPC. Quando o magistrado extingue o processo com resolução de mérito pela transação (art. 487, III, "b", CPC), apenas reconhece a eficácia externa ao ato praticado pelas partes, pressupondo que a transação já ocorreu. A transação deve ser homologada previamente à extinção do feito. No entanto, caso a transação seja realizada fora do processo e não seja mencionada, ocorreria perda superveniente do interesse do direito de ação por parte da Fazenda Pública, havendo a extinção do feito sem resolução de mérito, por exemplo. Portanto, nem sempre a transação resultará na extinção com resolução de mérito, nos termos do art. 487, III, "b", CPC.

De acordo com a compreensão do Fórum Permanente de Processualistas Civis, exteriorizada através do enunciado nº 256: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual". No mesmo sentido, o enunciado nº 9 do I Fórum Nacional do Poder Público: "A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal". Recentemente, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado nº 17: "A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC".

Na Portaria PGFN nº 33/2018, em seu artigo 33, é estabelecida a possibilidade de o órgão celebrar negócios jurídicos processuais para a recuperação de débitos em tempo razoável ou para obter garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado, incluindo a penhora de faturamento. Por outro lado, a Portaria nº 360/2018, atualizada pela Portaria nº 515/2018, autoriza a realização de negócios jurídicos processuais específicos pela PGFN, abrangendo a calendarização processual, aspectos relacionados ao cumprimento de decisões judiciais, confecção ou conferência de cálculos, recursos (inclusive a sua desistência) e a forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores.

É também possível a formalização, pela Fazenda Pública, de negócios que versem sobre causas repetitivas, atingindo eventuais lides que sequer foram ajuizadas. Negociação sobre questões de massa, agendamento de audiências públicas, formalização de Termos de Ajustamento de Conduta (art. 174, III do CPC), formalização de termos de cooperação institucional, instituição de arbitragem (lei nº 13.129/15), etc., são vários exemplos de negócios jurídicos processuais que são expressamente permitidos de serem firmados.

Apesar de potencial vantagem para a eficiência do processo, a

implementação do negócio jurídico processual enfrenta desafios práticos, especialmente devido à possibilidade de a convenção afetar direitos materiais – que ainda são considerados “inegociáveis”, temendo prejudicar a defesa da União, ou ser apontado como incompatível com o regime jurídico público. Além disso, é importante observar que os procuradores podem sentir receio de utilizar esse instituto na prática, temendo possíveis consequências adversas em caso de insucesso do modelo adotado. Dessa forma, por precaução, muitas vezes optam por manter o trabalho no modelo tradicional, que é burocrático e menos eficiente.

Tendo isso em vista, é inegável a existência de negociação processual pela Fazenda Pública, pois não implica em uma renúncia ao princípio da indisponibilidade do interesse público; ao contrário, isso torna a tutela jurisdicional ainda mais eficaz, uma vez que o processo se torna mais eficiente.

À medida que a previsão legal tem evoluído, concedendo a discricionariedade necessária, estabelecendo limitações e recomendações para negociar no processo, a doutrina é pacificada em relação à celebração de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública, tanto típicos quanto atípicos. Nessa mesma toada, é possível desenvolver a fundamentação legal e conceder a discricionariedade necessária à autoridade competente para que a Fazenda Pública também possa celebrar negócios jurídicos acerca do direito material em consonância com o interesse público.

Por serem negócios jurídicos, a vontade também é um elemento essencial para a celebração de negócios jurídicos processuais. Esses negócios, como demonstrado, já são expressamente autorizados e regulamentados pela Fazenda Pública. Essa manifestação de vontade das partes é fundamental para que possam ajustar procedimentos processuais de acordo com suas necessidades e interesses, desde que observadas as disposições legais e regulamentares pertinentes.

Apesar de os negócios jurídicos processuais estarem relacionados à negociação do direito formal, como previamente abordado, o ordenamento jurídico brasileiro oferece bases sólidas e princípios robustos para a negociação sobre o direito material tributário. O que falta é uma delimitação legal com parâmetros técnicos claros para orientar a discricionariedade, as condições e os limites para a realização de transações com efetiva negociação entre a Fazenda Pública e o contribuinte. Essa ausência de regulamentação específica dificulta a aplicação prática da negociação no âmbito tributário, impedindo o pleno aproveitamento dos benefícios e da flexibilidade

que essa abordagem poderia proporcionar para a solução de conflitos e a efetivação dos interesses das partes envolvidas.

O próximo capítulo tratará especificamente desses elementos que carecem de especificação legal para que a Fazenda Pública realize transações tributárias com efetiva negociação com os contribuintes. A discussão, portanto, terá menos foco na possibilidade (já abordada anteriormente), em teoria, de a Administração Pública realizar negócios jurídicos e mais no exame das condições e limitações para tal.

4 NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA: NOVOS PARADIGMAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No contexto atual, a Fazenda Pública enfrenta desafios para dar vazão à grande quantidade de execuções fiscais que possui no judiciário brasileiro, especialmente aquelas consideradas de difícil recuperação. Diante desse cenário, surge a necessidade de se estabelecerem novos modos de atuação para que essa conjuntura se modifique, tendo em vista os grandes prejuízos causados não somente ao Estado, mas também a toda sociedade. Para tanto, a pesquisa parte dos novos paradigmas do Direito Administrativo que, através da interpretação da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, nota-se a que uma atuação mais democrática e menos arbitrária da administração pública é mais compatível com a ordem jurídica. Trazendo essa interpretação para a atuação fazendária, que é extremamente limitada quando se fala em negociação e consensualidade, ainda encontram-se muitos obstáculos técnicos, ainda que, como já analisado anteriormente, não existam impedimentos de ordem constitucional. O próprio CTN já prevê um tipo de negociação - a já mencionada transação tributária.

Neste capítulo final, o foco será direcionado para os aspectos necessários para viabilizar essa nova abordagem no âmbito da Fazenda Pública. Serão examinadas as implicações desse novo paradigma do Direito Administrativo, destacando o desenvolvimento de procedimentos negociais para impactar não apenas a eficiência na recuperação de créditos tributários, mas para fortalecer o acesso à justiça e o Estado Democrático de Direito.

Analisa-se quais créditos tributários poderiam ser objeto de negociação, levando em consideração critérios técnicos a serem estabelecidos pela legislação. Além disso, discute-se a extensão da negociação, ou seja, quais limites e condições mais concretos poderiam ser adotados para a celebração de acordos entre as partes.

Desse modo, este último capítulo busca enfrentar os desafios envolvidos na adoção de uma postura mais negocial pela Fazenda Pública, sob um enfoque mais prático. Com isso, visa-se fomentar a discussão acerca do novo paradigma do direito administrativo, especificamente quanto à administração tributária.

4.1 A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS PELA FAZENDA PÚBLICA EM NEGOCIAÇÕES

No contexto das negociações envolvendo a Fazenda Pública, torna-se imperativa a observância de critérios técnicos pelo agente competente para proporcionar previsibilidade, transparência e profissionalismo nos procedimentos. É possível esclarecer que critérios técnicos são parâmetros ou requisitos específicos utilizados para avaliar, medir ou julgar algo dentro de um contexto técnico ou especializado. Ou seja, os critérios devem estar pré-estabelecidos, com o rigor necessário para atingir seus objetivos e, então, devem ser atendidos por profissional com expertise na área.

Esse quadro é trazido especificamente para a possibilidade aventada neste trabalho, qual seja, que à Fazenda Pública seja viabilizada a negociação de determinados créditos tributários. Por se tratar de questão de parte da administração pública, portanto submeter-se ao princípio da legalidade, é imprescindível a previsão e autorização legal do negócio jurídico. Todavia, é importante que o legislador observe a conjuntura das execuções fiscais no país, as necessidades e o próprio trabalho da Fazenda para que não resulte, novamente, em “contrato de adesão” oferecido ao contribuinte. Isso porque defende-se que a negociação deve ser conduzida pela Fazenda, dado que detém a expertise necessária sobre os tributos em cobrança. Portanto, é capaz de identificar, por exemplo, quais as probabilidades de recebimento e quais os meios mais viáveis para tanto.

Além disso, a previsão dos critérios técnicos pode ser geral, fornecendo apenas diretrizes e princípios fundamentais para orientar a negociação de créditos tributários. Não seria eficiente que a legislação tentasse exaurir esses critérios em detalhes, uma vez que eles demandam conhecimentos específicos e especializados que não são inerentes ao legislador. A elaboração e a aplicação desses critérios técnicos requerem um conhecimento que é de domínio dos órgãos especializados da administração pública, como a PGFN, no âmbito federal. Através de portarias e regulamentos, garante-se também a flexibilidade necessária para adaptar os critérios às mudanças no cenário econômico e outras particularidades, sem comprometer a legalidade das negociações.

A mesma lei também tem que prever quem será o agente competente para a celebração do negócio jurídico. Nesse sentido, recorda-se que da estrutura

normativa das regras emerge um dever imediato para o administrador: ele deve adotar a conduta descrita no texto normativo (o que pode ser o atendimento de critérios técnicos). Assim, ao verificar a correspondência entre as representações conceituais da descrição normativa e dos fatos, o administrador deve seguir a conduta prescrita (DI PIETRO, 2010, p. 93). Nessa circunstância, o agente normativo assume a responsabilidade de tomar a decisão de forma abrangente e final em relação às situações descritas na norma.

No caso das negociações envolvendo a Fazenda, o agente competente poderia ser seu respectivo procurador jurídico. Por serem profissionais que lidam constantemente com a cobrança de créditos tributários, têm a expertise necessária para avaliar os casos concretos. Além disso, conforme já apresentado no capítulo anterior, dados significativos acerca da situação das cobranças tributárias no país são realizados e avaliados pelos órgãos fazendários.

A própria PGFN emite portarias prevendo os procedimentos e parâmetros a serem adotados pelos procuradores em negócios jurídicos processuais, por exemplo. Desse mesmo modo seria interessante fazer com negócios jurídicos que verssem sobre direito material.

Os procuradores tem conhecimento técnico e jurídico sobre as normas tributárias e administrativas e representam os interesses da Fazenda Pública. Portanto, eles têm como função garantir a conformidade com as normas pertinentes, inclusive regulamentadoras. Possuem também a capacidade de avaliar, seguindo critérios técnicos pré-estabelecidos, a viabilidade e os benefícios de uma transação no caso concreto.

O parágrafo único do art. 171 do CTN estabelece que “a lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso”. Ou seja, o CTN deixa a cargo do legislador expressamente somente a escolha da autoridade para autorizar a transação realizada - a competência para a realização da transação em si sequer é mencionada. Fica em aberto para que a lei determine todo o procedimento e sua competência.

Este trabalho não tem como objetivo propor ou descrever um projeto de lei, mas busca analisar, de maneira teórica, a possibilidade de uma atuação negocial da Fazenda Pública dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. O objetivo é compreender se e como uma efetiva transação pode se inserir dentro dos princípios e normas que regem o sistema jurídico, considerando os aspectos legais,

constitucionais e democráticos envolvidos nesse processo.

Assim, é perceptível que a própria Fazenda Pública possui condições de estabelecer e seguir esses critérios técnicos, uma vez que lida com essas questões diariamente. Além disso, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) realiza estudos abrangentes sobre seus números no judiciário, o que denota sua capacidade para desenvolver critérios precisos para orientar suas decisões, já que conhece de forma técnica e especializada a conjuntura que se encontra.

Partindo desse argumento de que os procuradores da Fazenda seriam competentes para celebrar negócios jurídicos visando extinguir litígios com os contribuintes, é importante fundamentar como seria e quais os limites de sua discricionariedade em termos mais práticos. Nesse quesito, a técnica é fundamental porque fornece critérios objetivos para determinar quais créditos podem ser objeto de negociação e seus limites. A chamada discricionariedade técnica é o termo empregado na doutrina para descrever atos administrativos que, embora vinculados, envolvam uma complexidade técnica (CAVALLI, 2009, p. 71).

Neste trabalho, é importante trazer uma fundamentação acerca da discricionariedade que os procuradores teriam para celebrar negócios jurídicos sobre determinados créditos tributários, tendo em vista que se trata de um espaço de escolha desse agente competente. Todavia, defende-se que seria o caso de discricionariedade técnica, ou seja, essa margem de escolha deve possuir limitações de ordem técnica, a ser concedida de forma genérica por lei e especificada por meio de portarias.

A partir do final do século XIX, o desenvolvimento científico teve um impacto significativo na sociedade, tornando-a cada vez mais complexa e influenciada pela técnica. Esse fenômeno também se refletiu na função administrativa, onde os órgãos enfrentam desafios que exigem conhecimento em áreas como proteção ambiental, preservação do patrimônio cultural, saúde pública, engenharia, geologia e outras. No dia a dia da administração pública, é comum lidar com questões relacionadas a essas e diversas outras áreas (GAMA, 2021, p. 120).

A organização segmentada dos órgãos administrativos e a presença de agentes com conhecimentos técnicos e científicos levantaram questões sobre a natureza dos juízos técnicos emitidos pela Administração, se discricionários ou não (GAMA, 2021, p. 123).

Existem divergências doutrinárias quanto ao conceito de

discricionariedade técnica, mas há convergência em afirmar que ela abrange, em síntese, os juízos técnicos de verificação, cognição ou existência. Estes juízos envolvem uma operação de determinação ou verificação da materialidade de um fato, realizada mediante juízos de reconhecimento ou existência e não valorativos, ou seja, dependem de dados técnicos específicos de uma determinada área para embasar a decisão do agente competente. Além disso, conforme Antonio Francisco de Sousa *apud* Gama (2021, p. 125-127), há também os juízos técnicos de valor, que envolvem uma avaliação de fatos e circunstâncias suscetíveis de uma apreciação variada, como o valor artístico. Por fim, existem os juízos técnicos de probabilidade, nos quais se faz uma projeção para o futuro, com base em circunstâncias concretas de natureza técnica, estimando o desenvolvimento previsível dos acontecimentos.

Em conformidade com o aludido, analisa-se que são necessários juízos de verificação (não valorativos) e juízos de probabilidade nos negócios jurídicos que celebrar. Isso porque é fundamental constatar, por exemplo, que tipo de crédito tributário se está prestes a executar ou já executando judicialmente, quais as condições em que o contribuinte devedor se encontra e outras informações relevantes no contexto do conflito. Em seguida, necessário também o juízo de probabilidade, a fim de que se verifique quais as chances desse crédito ser recuperado com e sem a negociação, quais as chances da própria negociação se efetivar, etc. Ambos esses juízos devem ter previsão legal, determinando que “verificadas determinadas circunstâncias é possível a realização de negócio jurídico para extinguir o conflito ou a dívida de até certo valor”, a título de exemplo.

Portanto, fala-se em discricionariedade técnica quando a administração pública precisa recorrer à ciência ou à técnica para avaliar a oportunidade e conveniência de um ato, visando promover o interesse público. Portanto, a discricionariedade técnica envolve a liberdade de escolha da administração pública na realização de um ato administrativo, baseada em considerações técnicas ou científicas previamente indicadas no texto legal (CAVALLI, 2009, p. 74).

Pode-se afirmar que os requisitos técnicos exigidos pela norma ocupam o espaço de “livre” discricionariedade concedido ao administrador pela legislação ou regulamento. Ou seja, a liberdade concedida à autoridade competente necessariamente tem que atender a esses requisitos. A avaliação técnica - é crucial ressaltar - representa, com base no estágio atual da ciência, uma certeza sobre certas

circunstâncias que possam ser consideradas como motivos para a tomada ou não de uma decisão administrativa (GAMA, 2021, p. 128).

As condições atuais já se encontram bem mapeadas pela Fazenda Nacional, tendo em vista que realiza periodicamente diagnósticos sobre o exercício de suas funções. Conforme já apresentado e explicado anteriormente, a partir dos dados já coletados pela própria e também por outros órgãos e instituições, é possível estabelecer critérios objetivos que poderiam determinar a conduta do procurador na negociação do crédito. Esses diagnósticos forneceriam uma base para a criação de parâmetros técnicos para orientar procuradores na sua conduta. Por exemplo: créditos mais antigos terem mais amplitude nas negociações, podendo aceitar prestações diversas, oferecer descontos maiores, etc.

A técnica ou a ciência podem delimitar a margem de escolha do administrador, desde que os critérios sejam objetivamente mensuráveis, tornando a discricionariedade técnica não subjetiva. Ou seja, quanto mais precisos forem os dados, mais precisos os critérios e menor a margem para o procurador. Na prática, a escolha entre as alternativas ainda envolve um julgamento de conveniência e oportunidade, orientado pelo interesse público, o que pode tornar difícil distinguir entre discricionariedade e discricionariedade técnica (CAVALLI, 2009, p. 74).

No que se refere à “discricionariedade técnica”, que se entende como um critério de auxílio da administração pública na valoração do juízo de oportunidade e conveniência, percebe-se uma certa margem de liberdade discricionária. No entanto, parte substancial da doutrina argumenta que, nesse contexto, não haverá espaço para discricionariedade, pois a solução adotada pela administração pública deve ser aquela considerada melhor pela ciência ou técnica (CAVALLI, 2009, p. 75).

Embora a técnica não garanta certeza nas decisões, a escolha concreta deve se basear em julgamentos técnico-científicos (CAVALLI, 2009, p. 75). No entanto, isso não necessariamente implica discricionariedade, a menos que o administrador tenha a liberdade de escolher entre diferentes opções ou de selecionar uma solução técnica entre várias alternativas viáveis (GAMA, 2021, p. 134). Isso não inclui a prerrogativa de escolher qual conclusão técnico-científica prevalecerá em casos concretos, especialmente quando não há uma probabilidade sólida de certeza em relação ao assunto em discussão. Ou seja, a atuação do procurador não será vinculada, mas trata-se de a lei possibilitar legitimamente à referida autoridade, que ofereça a negociação ao contribuinte ao analisar o caso concreto em determinados

tipos de crédito, que serão analisados logo à frente.

Luciana Santana Nardi (2009, p. 75) explica que a distinção entre as duas formas de discricionariedade reside na margem de autonomia concedida ao agente responsável pela aplicação da lei. Enquanto na discricionariedade comum o aplicador avalia a situação e escolhe a solução, na discricionariedade técnica o agente administrativo seleciona a melhor alternativa exercendo juízo de conveniência e oportunidade, mas com base em considerações técnico-científicas. O ponto comum entre ambas reside apenas na ausência de uma solução legal predeterminada.

Em síntese, pode-se afirmar que o conceito de discricionariedade técnica se encaixa como fundamento para conceder certa autonomia para os procuradores da Fazenda. Isso se explica porque a liberdade desses agentes seria limitada por questões de ordem técnica, as quais teriam como base os próprios dados existentes sobre o trabalho da Fazenda e da situação da cobrança de créditos tributários em determinada esfera.

Quando existem critérios técnicos a serem seguidos, que podem definir limites e/ou parâmetros para o administrador, é justamente nesse aspecto que o controle jurisdicional poderá ser exercido. Apesar da discricionariedade presumida na regra de direito, se o administrador tiver realizado um ato que se desvia do único aceitável ou se escolher um fim claramente inadequado em comparação com a finalidade da norma, o Judiciário deve realizar a devida revisão jurisdicional (MELLO, 2001, p. 36). Nesses casos, a Administração terá ultrapassado os limites da esfera discricionária.

Binenbojm explica que a administração é responsável pelos motivos que elege como fundamentos para a prática do ato administrativo, estando vinculada tanto à realidade quanto à legalidade dos motivos de fato apresentados pelo administrador na justificativa do ato (2014, p. 218). Portanto, mesmo nos casos em que o motivo do ato não é previsto em lei (motivo discricionário), a validade do ato está condicionada à existência dos fatos alegados pela Administração como fundamentos fáticos e jurídicos para sua prática, bem como à legalidade dessa escolha. A teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais ou legais surge como uma resposta mais adequada à necessidade de um maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública. Ou seja, ainda que exista margem em meio às observâncias técnicas, o procurador estará sempre vinculado à razoabilidade e demais princípios

inerentes.

Na contemporaneidade, observa-se um movimento concentrado em superar o modelo de Estado de direito formal, que defendia a ideia positivista de que "a lei contém todo o direito". Em vez disso, há uma transição para um Estado de direito material, onde a atividade administrativa é fundamentada na vinculação à ordem jurídica como um todo, fortalecida pelo constitucionalismo que consagra os princípios gerais ou setoriais do direito na Constituição. A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, resulta em uma abordagem que não permite mais uma dicotomia autêntica entre atos vinculados e discricionários, mas sim diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (BINENBOJM, 2014, p. 220).

O próprio mérito do ato administrativo, que anteriormente era intocável, agora está sujeito à influência direta dos princípios constitucionais. O estreitamento do mérito administrativo pode resultar em duas consequências principais: (i) a redução das opções disponíveis para o administrador dentro dos limites da juridicidade, o que significa que, em algum grau, o agente estará sempre vinculado a uma lei, disposições infralegais, conceitos indeterminados e, em última instância, aos princípios e à Constituição; (ii) a eliminação completa da discricionariedade, quando só restar uma opção que esteja em conformidade com a juridicidade (BINENBOJM, 2014, p. 222).

Portanto, numa atuação negocial da Fazenda Pública, além das disposições legais e princípios constitucionais, requer-se a observância de requisitos técnicos para garantir sua efetividade e legitimidade. Nesse sentido, o controle judicial se apresenta como um mecanismo fundamental para assegurar que as negociações realizadas estejam em conformidade com a lei e os princípios jurídicos.

No contexto da disciplina de uma efetiva transação tributária ou de outro negócio jurídico, é essencial que estejam estabelecidos requisitos técnicos que a autoridade competente deve seguir para determinar em quais situações essa transação será aplicável e quais serão seus limites. Para isso, é fundamental conduzir estudos e análises técnicas que permitam conceder uma margem maior ou menor de negociação, dependendo da dificuldade de recuperação dos tributos em questão, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial. Esses requisitos técnicos garantem que a transação seja aplicada de maneira criteriosa e justa, levando em consideração as nuances específicas de cada caso e buscando uma solução equilibrada para todas

as partes envolvidas.

Para garantir a segurança jurídica e a transparência no processo de transação entre a Fazenda Pública e o contribuinte, é essencial que se estabeleça, por meio de lei, os casos em que será facultado à autoridade competente realizar efetivas negociações. É importante ressaltar que essa possibilidade de transação não deve ser aplicada indiscriminadamente a todas as cobranças de tributos, pois trata-se de exceção que envolve uma prerrogativa discricionária da Fazenda Pública. Isso significa que a autoridade não está obrigada a celebrar acordos mesmo nos casos em que a transação seja possível – levando em consideração o estabelecido no art. 171 do CTN. Portanto, é fundamental que a própria Fazenda estabeleça de forma clara e objetiva os critérios e condições para a realização da transação, proporcionando maior clareza e previsibilidade aos contribuintes e à administração tributária.

A proposta é que o Procurador da Fazenda Nacional tenha capacidade e legitimidade para propor ou aceitar propostas de efetiva transação, ou seja, negociar e estabelecer um acordo entre as partes, no qual ambas cedem para resolver o pagamento de determinado crédito tributário.

O principal critério para que um crédito seja elegível de negociação pela Fazenda é de que seja de difícil recuperação. As dívidas são consideradas de difícil recuperação ou irrecuperáveis pela PGFN quando a situação econômica do devedor não gera capacidade de pagamento suficiente para o pagamento integral das suas dívidas em prazo de até 5 anos (BRASIL, 2022).

Os créditos tributários de difícil recuperação são aqueles que, devido a diversas circunstâncias, apresentam baixa probabilidade de serem efetivamente recolhidos aos cofres públicos. Esses créditos geralmente envolvem devedores em situação financeira precária ou com dificuldades de localização, além de envolverem valores que não compensam os custos de uma execução fiscal. No Brasil, a quantidade de execuções fiscais paralisadas no Judiciário é significativa, o que sobrecarrega o sistema judicial e impede a eficiente recuperação desses créditos. A adoção de medidas negociadas, poderia aliviar essa sobrecarga, permitindo que créditos de difícil recuperação sejam recebidos, ainda que um valor bem mais baixo que o realmente devido ou com pagamentos morosos.

A situação econômica dos devedores inscritos em dívida ativa da União é aferida a partir da verificação das informações cadastrais, patrimoniais ou econômico-fiscais prestadas pelo devedor ou por terceiros à Procuradoria-Geral da

Fazenda Nacional ou aos demais órgãos da Administração Pública. Já existem previsões nesse sentido na Portaria 6757/2022 da PGFN:

Também se consideram irrecuperáveis os débitos inscritos em dívida ativa que estejam nas seguintes situações:

I - inscritos há mais de 15 (quinze) anos e sem anotação de garantia ou suspensão de exigibilidade;

II - suspensos por decisão judicial há mais de 10 (dez) anos;

III - de titularidade de devedores: a) com falência decretada; b) em processo de recuperação judicial ou extrajudicial; c) em liquidação judicial; d) em intervenção ou liquidação extrajudicial;

IV - de titularidade de devedores pessoa jurídica cuja situação cadastral no CNPJ seja: a) baixada por inaptidão; b) baixada por inexistência de fato; c) baixada por omissão contumaz; d) baixada por encerramento da falência; e) baixada pelo encerramento da liquidação judicial; f) baixada pelo encerramento da liquidação; g) inapta por localização desconhecida; h) inapta por inexistência de fato; i) inapta por omissão e não localização; j) inapta por omissão contumaz; k) inapta por omissão de declarações; l) suspensa por inexistência de fato;

V - de titularidade de devedores pessoa física com indicativo de óbito; e

VI - os respectivos processos de execução fiscal estiverem arquivados com fundamento no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, há mais de 3 (três) anos (PGFN, 2022).

As execuções fiscais que se estendem por longos anos e os créditos considerados de difícil recebimento, como aqueles de empresas em processo de recuperação judicial ou falência, são os que mais se beneficiariam da atuação comercial da Fazenda Pública. Esses créditos pendentes representam uma incerteza quanto à sua efetiva recuperação e podem acabar se tornando inexecutáveis. Portanto, a flexibilização para o recebimento desses créditos por meio de negociações se apresenta como uma alternativa interessante, permitindo que a fazenda pública busque formas mais eficazes de recuperar esses valores, reduzindo os prejuízos e contribuindo para a eficiência do sistema de arrecadação tributária.

Ainda que a recuperação desses créditos por meio de negociações resulte em pagamentos morosos ou valores inferiores aos inicialmente esperados, essa abordagem é preferível em comparação com a situação de deixar os créditos serem relegados à prescrição. Quando os créditos prescrevem, todo o tempo e os recursos investidos nos processos judiciais e administrativos são perdidos, resultando em prejuízos sem qualquer retorno financeiro. Portanto, no presente trabalho entende-se que a possibilidade de recuperar ao menos uma parte dos créditos, mesmo que de

forma diluída ou reduzida, representa um ganho para a Fazenda Pública e contribui para a eficiência administrativa e a redução da sobrecarga no Judiciário.

A Lei 13.988/20, que regula a transação tributária, desencadeou pouca adesão inicial dos contribuintes, o que segundo Daniel Telles de Menezes (2021, p. 95), pode ser atribuído às dificuldades na compreensão do texto. De acordo com o mesmo autor, quanto à validade do comando que delega à PGFN a definição de condições e seleção de créditos transacionáveis, a norma não viola a legalidade, a impessoalidade ou a isonomia, uma vez que não concede uma discricionariedade ampla (MENEZES, 2021, p. 96). A lei utiliza os conceitos de créditos irrecuperáveis, de difícil recuperação e de relevante e disseminada controvérsia jurídica como critérios para sua aplicação. Ou seja, estes conceitos já se encontram tecnicamente definidos e poderiam ser utilizados como critério para definir quais créditos seriam passíveis de negociação.

Quanto à delegação à PGFN para determinar esses conceitos no caso concreto, trata-se de uma opção comum e razoável, uma vez que esse nível de especificidade requer conhecimentos que vão além do legislador. Todavia, estabelecê-los rigorosamente em lei criaria um desequilíbrio, pois se todos os elementos de avaliação do risco estivessem definidos na lei, o princípio da legalidade transformaria a transação em um direito subjetivo do contribuinte, eliminando a incerteza e colocando-o em uma posição de vantagem na negociação.

Ainda quanto à lei já existente, Menezes (2021, p. 96) não enxerga uma violação ao princípio da isonomia, no fato de a transação ser oferecida a certos contribuintes e não a outros, ou de que possam ser oferecidas condições diferentes a uns e outros. De fato, a garantia constitucional não é infringida se a discriminação estiver fundamentada em riscos diferentes que se buscam equilibrar. Conforme já mencionado neste trabalho, a transação tributária não constitui um benefício fiscal, mas sim uma forma de solucionar consensualmente um litígio para reduzir o risco. Por essa razão, a ideia de autorizá-la de maneira uniforme para todos e em todos os casos vai contra sua própria natureza, uma vez que os riscos sempre variam.

Partindo dessas mesmas premissas é possível que se aprimore a transação ou se estabeleça novo instituto negocial sobre determinados tipos de créditos tributários. No entanto, é importante reconhecer que não é viável elaborar uma legislação que antecipe todas as possíveis situações e desdobramentos de uma negociação na transação tributária, prevendo seus resultados de maneira exaustiva.

Portanto, uma certa margem de discricionariedade para a autoridade competente é necessária e justificável. No entanto, mesmo na legislação atual, ainda nos deparamos com uma espécie de "contrato de adesão" proposto pela Fazenda ao contribuinte ou com a simples análise de uma proposta feita pelo contribuinte à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Nesse sentido, a aceitação de precatórios federais próprios não constitui exatamente uma concessão por parte do poder público, mas sim uma simples compensação, uma medida racional que evita a transferência recíproca de valores. Por outro lado, a previsão de regras para a compensação antes do trânsito em julgado poderia abrir espaço para a combinação de modalidades. Menezes (2021, p. 95-96) exemplifica: contribuintes que possuem ações de repetição de indébito baseadas na exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins poderiam ser incentivados a aceitar a liquidação imediata de seu crédito pelo valor estipulado pela Fazenda (ICMS devido), em vez de continuar buscando um valor maior (ICMS destacado), sujeito à incerteza jurídica e à demora no pagamento por precatório. Em relação às concessões passíveis de serem concedidas pelo poder público, poderiam ser mais amplas, deixando sua modulação para o caso concreto. Além de uma maior flexibilidade em relação aos prazos de amortização e moratória, concessões relacionadas à forma de pagamento poderiam ser previstas, como a aplicação da compensação de forma mais ampla ou mesmo em outros bens e serviços de interesse público já avaliados pelo sistema de registro de preços.

Por fim, importante destacar que a redação do diploma não seguiu a melhor técnica legislativa, apresentando obscuridades que podem ter afetado a adesão dos contribuintes (MENEZES, 2021, p. 97). Embora os benefícios concedidos tenham sido semelhantes aos constantes nos regimes de recuperação fiscal (por exemplo, REFIS, PAES, PAEX, etc.) para a maioria dos contribuintes, observa-se muitas restrições para celebração de acordo.

Os programas de parcelamentos, anistias e outros benefícios concedidos por lei, apesar de serem mais simples, trazem consigo alguns problemas. O primeiro deles, é que são genéricos, ou seja, se o contribuinte se encaixa na lei, recebe o benefício. Não há observância da capacidade contributiva nem de outras particularidades do caso concreto. Ainda mais prejudicial em alguns casos são as anistias, em que contribuintes que têm condições de adimplir com a obrigação acabam se beneficiando.

Toda essa conjuntura perpetua uma cultura de que pagar tributos pode ser “dispensável” e, sabendo dos benefícios fiscais, alguns contribuintes podem se manter displicentes sobre seu devido adimplemento.

Todavia, os descontos e prazos estabelecidos pelos programas de parcelamento também poderiam servir de parâmetro para os procuradores na negociação de créditos.

Por fim, destaca-se a excessiva timidez com que foram previstas as contrapartidas passíveis de serem exigidas do particular na Lei 13.988/20, prejudicando o elemento essencial da reciprocidade exigido pelo CTN e restringindo a margem de negociação do poder público (MENEZES, 2021, p. 98).

Na celebração de negócios jurídicos pela Fazenda Pública, ou em outro tipo de instituto negocial, atenderia de maneira mais eficiente o caso concreto e observaria a capacidade contributiva, assim como poderia recuperar créditos possivelmente irrecuperáveis. Em uma genuína transação tributária, a autoridade responsável sempre estará sujeita a limitações e orientações técnicas baseadas em princípios inerentes à administração pública e ao Direito Tributário. Não se trata de simples concessão legal de discricionariedade arbitrária para os procuradores da Fazenda disporem de quaisquer créditos tributários. Como analisado, são necessários requisitos técnicos a serem primeiramente avaliados pelas autoridades competentes para que, dentro de uma margem, também estabelecida a partir de estudos técnicos, a Fazenda possa transacionar.

Portanto, a regulação de uma atuação negocial da Fazenda Pública não se trata de “privatização” do direito público, uma vez que suas características intrínsecas, tais como a vinculação à lei e a proteção do interesse público, permanecerão intactas, como devem ser. A possibilidade de negociação por parte da administração pública não significa uma renúncia aos princípios fundamentais que regem a sua atuação, mas sim uma alternativa viável para solucionar conflitos de forma eficiente e célere, sempre dentro dos limites legais. Assim, a regulamentação dessa prática visa apenas adequar os procedimentos administrativos às necessidades da sociedade contemporânea, mantendo os princípios basilares do direito público inalterados.

As técnicas de utilização de conceitos objetivos e de conteúdo objetivamente decifrável são comumente empregadas para garantir a vinculação da atividade administrativa a regras claras e específicas. Por outro lado, os conceitos

jurídicos indeterminados não se enquadram em critérios tão objetivos, o que permite uma margem maior de apreciação ou avaliação por parte da autoridade (BINENBOJM, 2014, p. 224).

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade representa uma competência funcional na qual o agente público tem o dever de atuar para alcançar uma finalidade que não está vinculada ao seu próprio interesse, mas sim ao interesse de terceiros (1996, p. 59). Ressalta-se que a atuação do procurador, ao negociar dentro dos limites legais, estará sempre vinculado ao interesse público.

Nesse sentido, Edilson Pereira Nobre Junior (2019, p. 109) observa que o exercício da discricionariedade não é uma escolha arbitrária do agente, mas sim um dever instrumental para alcançar uma finalidade legal. Assim, é importante destacar que discricionariedade e arbitrariedade não devem ser confundidas, pois a discricionariedade é uma competência regulada pelo Direito, diferenciando-se, portanto, da arbitrariedade. Possibilitar negociações pela Fazenda em determinados créditos não significa que o procurador poderá tomar decisões arbitrárias e dispor do crédito livremente. Ele terá uma margem delimitada por critérios técnicos, que deve ser instituída por lei e regulada por portarias. Além disso, ressalta-se que a negociação seria uma decisão, não uma obrigatoriedade aplicável a qualquer caso.

Quando essa decisão envolve realizar uma ponderação de interesses, o agente deve levar em consideração os resultados de sua decisão. Entre várias escolhas possíveis, deve-se preferir aquela cujo resultado pareça mais justo, no entanto, ele estará sempre vinculado aos limites estabelecidos pela ordem jurídica, os quais não poderá jamais ultrapassar (SARMENTO, 2003, p. 199).

O administrador (e, conseqüentemente, o magistrado) só poderá se desviar desse itinerário quando confrontado com situações excepcionais nas quais a aplicação da regra se mostrar contrária à finalidade subjacente que a fundamenta ou ao princípio subjacente que a orienta (BINENBOJM, 2014, p. 244).

Por exemplo, no caso da transação tributária, o legislador a apresentou de forma genérica, sem detalhar todos os seus requisitos e procedimentos, deixando para a legislação ordinária e para a própria pessoa jurídica de direito público decidir sobre sua realização. Dado que se trata de um instituto já existente e consolidado no direito civil, é possível utilizar suas principais características como base para desenvolver os critérios técnicos necessários para a celebração da transação. Essas características incluem a manifestação de vontade

de ambas as partes para ceder e celebrar um acordo sobre determinada obrigação.

A discricionariedade permite que a Administração opte entre várias alternativas, todas elas em conformidade com a lei; no entanto, em determinadas circunstâncias, sua margem de escolha pode ser reduzida a uma única alternativa, caso todas as outras sejam vedadas pela aplicação de princípios legais. Vale ressaltar, no entanto, que a redução completa da discricionariedade para zero é geralmente uma exceção, sendo mais comum ocorrer apenas um estreitamento do mérito administrativo.

Nesse contexto, a discricionariedade não é uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. O grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, em geral, ao grau de controlabilidade judicial de seus atos. Assim, assiste-se a uma mudança nos parâmetros de controle da atividade administrativa, onde o princípio da legalidade dá lugar à incidência direta dos princípios, ou seja, à ideia mais ampla de juridicidade.

Portanto, após analisar os elementos vinculados, como competência, forma, finalidade e motivos determinantes, o Judiciário deve verificar se o administrador, ao aplicar uma norma que lhe confere certa margem de liberdade de decisão, respeitou os princípios constitucionais gerais e os princípios específicos da Administração Pública, tais como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência e confiança legítima (BINENBOJM, 2014, p. 247).

É importante destacar a possibilidade de controle judicial sobre os atos negociais da fazenda, que serão realizados de acordo com a competência do poder judiciário e os limites estabelecidos sobre o controle dos atos administrativos. Em áreas onde a complexidade técnica e a dinâmica específica dificultam a definição de parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, é esperado que o controle seja tendencialmente menos rigoroso. Nessas situações, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria podem desempenhar um papel decisivo na determinação do nível de controle necessário. Além disso, há circunstâncias em que a decisão final deve ser preferencialmente atribuída ao Poder Executivo, seja por sua legitimação democrática direta ou indireta, seja em reconhecimento à legitimidade obtida após um processo amplo e eficaz de participação dos administrados na tomada de decisão (BINENBOJM, 2014, p. 241).

Outro importante aspecto já mencionado é quanto à

proporcionalidade que, quando se trata da busca por um meio para alcançar um fim, a Administração Pública está sujeita ao dever de proporcionalidade como um instrumento para selecionar a medida que pareça ser a melhor para o caso em questão. O controle judicial deve ser mais intenso quando os relatos normativos são mais objetivos e claros, permitindo uma interpretação mais precisa. Por outro lado, em decisões que envolvem temas técnicos e especializados, tomadas por órgãos com expertise, o controle judicial deve ser menos intenso. Da mesma forma, quando a decisão é política, feita por agentes eleitos democraticamente, como o Chefe do Executivo ou parlamentares, o controle judicial tende a ser menos intenso. Quando há uma participação significativa da sociedade na tomada de decisão, o controle judicial também é menos intenso. Por fim, em situações em que há restrição aos direitos fundamentais, especialmente em benefício de outros direitos fundamentais ou de interesses difusos, o controle judicial deve ser mais intenso (BINENBOJM, 2014, p. 254).

No que se refere à restrição de direitos fundamentais, é importante destacar que não se trata de uma renúncia de receita, como seria o caso de uma anistia, por exemplo. Não há uma disposição do interesse público, pelo contrário, a ponderação é feita visando a eficiência na recuperação do crédito tributário. Flexibilizações que envolvam negociação e consensualidade permitem que o recebimento ocorra de maneira mais célere, evitando a necessidade de ingressar em uma ação de execução fiscal, que pode ser longa e infrutífera, como tem sido observado em dados ao longo dos anos. Com isso, perpetua-se a rigidez e a utilização exclusivamente desses procedimentos para postular o pagamento do crédito tributário, com o argumento de que não podem haver modificações em razão do interesse público. Todavia, no caso da transação, a sociedade não participa diretamente de sua realização, mas os efeitos da solução do conflito acabam beneficiando-a. Isso ocorre devido ao encerramento do processo judicial e à arrecadação, mesmo que parcial, do crédito tributário discutido, o que contribui para a eficácia do sistema tributário e para a manutenção da ordem pública e financeira.

Em uma efetiva transação tributária, isto é, em que o sujeito ativo e o sujeito passivo, durante a negociação, realizam concessões recíprocas, busca-se um denominador comum para resolver o litígio e extinguir o crédito tributário. Ressalta-se que, ao contrário do Código Civil de 2002 (art. 840), o Código Tributário Nacional (CTN) não permite a transação para evitar litígios por meio de concessões mútuas

(art. 171). É importante frisar essa restrição, uma vez que a forma natural de extinguir o crédito tributário é por meio do pagamento, tornando a transação uma forma incomum de resolução (MACHADO, 2008, p. 227).

De acordo com Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 320), as transações tributárias estão integradas em um Direito Administrativo Tributário, indicando que, embora geralmente ligado à tipicidade e contrário à discricionariedade, não é imune às possibilidades de soluções consensuais numa abordagem pragmática.

A especificação de cada modalidade transacional visa atender ao princípio da capacidade contributiva, uma vez que a oportunidade de a Administração negociar varia conforme o caso. A defesa da total vinculação do procedimento de cobrança desconsidera a complexidade da interpretação da norma tributária, o que muitas vezes justifica a contestação do montante devido.

Sucintamente, pode-se afirmar que a transação é derivada do direito civil, por isso deve manter seu cerne, de negócio jurídico. Ou seja, deve existir manifestação de vontade das partes, as quais ambas cedem para chegar a um acordo. No caso da transação tributária, a diferença, basicamente, é que a Fazenda Pública possui limitações inerentes ao Direito Público e não tem a mesma liberdade para dispor como o contribuinte. Essas limitações, conforme já mencionado, devem ser previstas em lei e baseadas em requisitos técnicos. Também deve ser previsto em lei quais créditos poderão ser transacionados e suas condições, pois isso limita a discricionariedade da autoridade competente e a técnica ajuda a garantir mais eficiência e transparência no procedimento de celebração do acordo.

No presente trabalho, com base nos dados disponibilizados pela Fazenda e suas portarias, além daqueles levantados pelo CNJ e IBET, sugere-se que a Fazenda Pública tenha discricionariedade técnica para negociar créditos de “difícil recuperação”, com possibilidade de negociar, por exemplo, descontos, prazos e formas de pagamento diferenciados. Os critérios técnicos para tanto deveriam ser avaliados e definidos com base naquilo que os próprios agentes fazendários conhecem na prática, pois possuem a expertise necessária para que seja mais eficiente. Por isso, uma lei que permita a negociação, o agente competente e a delimitação em relação aos créditos negociáveis de maneira genérica, para que a própria Fazenda defina seus procedimentos por meio de portarias, como já tem feito em relação aos negócios jurídicos processuais, por exemplo.

4.2 ATUAÇÃO NEGOCIAL DA FAZENDA PÚBLICA EM EXECUÇÕES FISCAIS

Até o momento, discutiu-se de forma geral a possibilidade de uma atuação negocial da Fazenda Pública, ressaltando a importância de explorar e aprimorar o instituto da transação tributária, que já está em vigor, mas com significativas limitações. A partir dessa premissa, é interessante analisar como esse instituto poderia ser também legitimamente utilizado no contexto das execuções fiscais em tramitação no país. Nesse sentido, seria vantajoso combinar a transação tributária com os negócios jurídicos processuais, buscando uma efetiva negociação e recebimento do crédito tributário de maneira mais ágil e eficiente.

A ausência de interação estrutural entre a Administração Pública e o cidadão tem repercussões não apenas no Direito Público de forma geral, mas também no Direito Tributário, e em particular, afeta a esfera processual. No contexto de um processo judicial democrático, ou seja, em um Estado Democrático de Direito, a decisão deve ser resultado de um diálogo entre as partes, não devendo ser imposta pela vontade do julgador, conforme estabelecido no princípio da cooperação entre as partes, consagrado no CPC (DIDIER JUNIOR, 2018, p. 187). A participação do cidadão, sendo a transação tributária um meio para concretizar essa participação, em uma atuação conjunta com a Administração, faz com que o indivíduo deixe de ser um mero espectador e passe a contribuir ativamente, em conjunto com o ente estatal, para a elaboração de soluções para as questões de Direito Público.

É importante ressaltar os requisitos que o CTN estabelece para a implementação da transação no âmbito tributário, que incluem a existência prévia de um litígio, a presença de direitos em discussão e a realização de concessões recíprocas com o propósito de encerrar a controvérsia.

De acordo com a doutrina de Hugo de Brito Machado (2008, p. 57), o termo litígio, apesar de ser geralmente utilizado para se referir a um conflito de interesses deduzido judicialmente, estende a sua concepção para atingir controvérsias administrativas. Essas controvérsias podem surgir em diferentes momentos do processo administrativo, como nas discussões sobre a aplicação da legislação tributária, na análise de recursos administrativos ou na negociação de débitos fiscais e continuarem no judiciário. Portanto, o termo litígio não restringe a utilização da transação tributária exclusivamente ao âmbito administrativo, tal como se tem limitado.

Assim, ao identificarem a presença de direitos questionáveis em disputa judicial, levando os envolvidos a uma situação de incerteza objetiva, nada impede que, com base no princípio da eficiência, que, em seu sentido mais amplo, o órgão público resolver seus litígios de forma a minimizar custos, tempo e desgastes para as partes envolvidas, bem como buscar a melhor solução para o litígio.

Portanto, é importante ressaltar que a transação se caracteriza pela reciprocidade das concessões, com o objetivo de encerrar a controvérsia existente. Assim, a renúncia ao litígio fiscal sem qualquer concessão por parte da outra parte envolvida resulta em uma mera desistência, e não em uma efetiva transação, conforme já analisado no capítulo anterior.

Quanto ao objeto da transação poderá recair sobre: a) o crédito tributário devido – a lei que admitir tal redução deverá apresentar critérios rígidos com o escopo de não permitir arbitrariedades que desvirtuem a função do instituto, b) sobre o crédito que decorre de multas e juros de mora.

Na verdade, a transação tributária deve ser vista como uma técnica complementar (subsidiária ou suplementar) de resolução de conflitos, e não como um método ordinário ou obrigatório (BRANDÃO, 2019, p. 64). Em determinadas situações previamente estabelecidas pela lei, é possível escolher o caminho mais eficaz e ágil para a solução ou prevenção do conflito. Portanto, não há incompatibilidade entre o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a prática de transações. Além disso, é viável incorporar essas técnicas ao longo dos processos judiciais, por meio da celebração de acordos incidentais.

Leonardo Carneiro da Cunha define que a execução fiscal é um procedimento específico, baseado em um título extrajudicial, definido pela presença de dois elementos distintos: o sujeito ativo e o objeto (2020, p. 558). Só é considerada execução fiscal quando o credor é a Fazenda Pública e o valor cobrado trata-se de dívida ativa. Esse processo é a principal ferramenta utilizada pela Fazenda Pública para a cobrança de créditos tributários no poder judiciário. Todavia, como já discutido no primeiro capítulo, tem carecido de efetividade.

Quando o Estado, por meio de suas instâncias administrativas, determina a existência de um crédito tributário, isso resulta na criação unilateral de um título executivo em seu favor, que será utilizado para cobrar o contribuinte por meio do procedimento de "execução fiscal". Esse título executivo extrajudicial é representado pela Certidão da Dívida Ativa (CDA), que corresponde à certidão de

inscrição do crédito da Fazenda Pública como Dívida Ativa. A obtenção dessa certidão é crucial para que o fisco inicie o processo de execução (MACHADO, 2008, p. 479).

O estudo da transação tributária tem se realizado principalmente na esfera extrajudicial, mas existe a possibilidade legal e oportuna de sua realização no âmbito judicial, especialmente no contexto das execuções fiscais. É possível buscar oferecer uma alternativa sensata para lidar com a situação enfrentada, o que é mais prudente do que a instituição de outro tipo de execução extrajudicial pela própria Fazenda. A transação tributária no âmbito judicial pode proporcionar uma maneira mais eficaz e equilibrada de resolver controvérsias fiscais, beneficiando tanto a administração pública quanto os contribuintes.

Não há impedimento no CTN para que a transação seja realizada mesmo em ações de execução fiscal já iniciadas. O CTN estabelece que a transação pode ocorrer em qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial, conforme previsto no artigo 171. Portanto, se as partes envolvidas na ação de execução fiscal desejarem negociar para buscar uma solução alternativa e extinguir o crédito tributário, estão autorizadas a fazê-lo de acordo com as disposições legais. Isso proporciona flexibilidade e oportunidade para resolver litígios tributários de forma eficaz e ágil, mesmo após o início de uma ação judicial.

Por isso, defende-se que é possível que a lei estabeleça os termos e os limites razoáveis para a celebração de acordos nesse campo do direito, sempre levando em consideração o interesse público fiscal e a igualdade de tratamento entre as partes, a fim de evitar privilégios e desigualdades que violem os princípios constitucionais. De acordo com os artigos 171 e 172 do CTN, a lei pode autorizar tanto as transações quanto as remissões tributárias, desde que sejam observadas as condições estabelecidas por ela mesma e, evidentemente, desde que estejam em conformidade com os parâmetros constitucionais (BRANDÃO, 2019, p. 68).

Poderia então ser regulamentada a possibilidade de transação no âmbito das execuções fiscais, pois isso permitiria uma maior flexibilidade e eficiência na resolução de conflitos entre o Fisco e os contribuintes. Atualmente, a legislação não prevê de forma clara e específica a transação tributária nesse contexto, deixando lacunas que poderiam ser preenchidas por meio de uma regulamentação adequada. A introdução de regras claras e procedimentos bem definidos para a transação no âmbito das execuções fiscais traria benefícios tanto para a administração pública, ao facilitar a recuperação de créditos tributários, quanto para os contribuintes, ao

proporcionar uma alternativa negociada para a regularização de suas dívidas.

Assim como na transação em âmbito administrativo, a transação tributária no âmbito judicial também deveria ser limitada por requisitos técnicos semelhantes. Conforme já analisado, a adoção de requisitos técnicos poderia contribuir para a eficiência e transparência do processo de negociação, assegurando que as decisões tomadas estejam fundamentadas em bases sólidas e consistentes.

Além disso, as concessões por parte do Fisco poderiam ser mais abrangentes, permitindo o abatimento de prejuízos, facilitando o uso da dação em pagamento e de outras formas, como um plano de redução com base no faturamento ou lucro. Isso abriria mais opções para buscar uma solução para o litígio e o passivo do contribuinte, permitindo que ele continue suas atividades de maneira mais viável.

De fato, não há outra conclusão senão a de que a própria legislação, respaldada por princípios constitucionais, pode estabelecer as circunstâncias em que a regra geral da indisponibilidade tributária deve ser conciliada com novos métodos de resolução de conflitos fiscais. Em outras palavras, a indisponibilidade tributária não impede, desde que observados os princípios constitucionais, que a Administração se submeta à transação tributária, mas exige que seja o legislador quem defina, de forma suficientemente precisa, as situações e o alcance deste mecanismo de resolução (BRANDÃO, 2019, p. 67).

Hugo de Brito Machado (2007, p. 482) observou que há setores do governo que desejam substituir a ação de execução fiscal pela execução fiscal administrativa, na qual os atos destinados a compelir o devedor a quitar o crédito devido, como a penhora de bens, seriam realizados pela própria Fazenda Pública. Essa proposta tem sido justificada com base na alegação de morosidade e custos elevados do Poder Judiciário. No entanto, como observado, não há justificativa para permitir que a Fazenda Pública administre a justiça por conta própria, buscando pelo uso da força o que considera ser seu direito e adquirindo mais uma significativa demanda de trabalho.

Além disso, o mesmo autor argumenta que a demora do judiciário, especialmente no que diz respeito à citação do devedor, é frequentemente atribuída ao exequente, ou seja, à Fazenda Pública, que não fornece com precisão e prontidão o endereço do executado, levando à extinção das ações por prescrição em mais de 43% dos casos, de acordo com dados do IPEA (2022). Quando solicitada pelo juiz para fornecer as informações necessárias, a Fazenda Pública muitas vezes não o faz,

o que resulta na passagem do tempo sem avanço no processo, culminando na prescrição (MACHADO, 2008, p. 482). Diante disso, torna-se evidente a necessidade de buscar um novo modelo de cobrança dos débitos tributários, pois o sistema atual se mostra excessivamente oneroso e moroso devido à alta demanda que sobrecarrega o judiciário sem oferecer um retorno justificável.

O atual sistema de execução fiscal, regulamentado pela Lei nº 6.830/80, enfrenta desafios consideráveis que comprometem sua eficácia. A atuação do Poder Judiciário ocorre mediante provocação do interessado, geralmente representado pela Fazenda Nacional. No entanto, se o credor não consegue fornecer informações essenciais, como a identificação do devedor, seu paradeiro ou a localização de bens passíveis de garantir o débito, o processo fica comprometido. A dificuldade em localizar os devedores, muitas vezes substituídos pelos sócios-gerentes, e a falta de bens para garantir o pagamento dos débitos contribuem para a morosidade do processo. Além disso, a Lei nº 6.830/80 foi concebida para um modelo clássico de execução, no qual o devedor era uma pessoa física ou jurídica claramente identificada, com um quadro societário estável, no entanto, as múltiplas possibilidades de planejamento tributário permitidas pela legislação atual alteraram essa perspectiva (GOMES, 2009, p. 90).

Uma forma viável de buscar reduzir a quantidade de execuções fiscais paradas no judiciário é por meio de soluções consensuais, explorando a possibilidade de se positivar uma efetiva transação ou disciplinar outro instituto negocial que possa ser utilizado também no processo executivo fiscal. Ao permitir a negociação entre a Fazenda Pública e os devedores, poder-se-ia encontrar alternativas que atendam aos interesses de ambas as partes de maneira mais eficaz e rápida. Do mesmo modo poderia ser no processo executivo fiscal, seguindo critérios semelhantes, porém com homologação judicial do negócio jurídico realizado, se dentro do curso processual por exemplo.

A redução dos litígios fiscais é do interesse de todas as partes envolvidas, incluindo o Judiciário, a Fazenda Pública e o contribuinte. Isso se deve ao fato de que o processo executivo fiscal pode gerar insegurança jurídica, uma vez que os valores envolvidos são incertos, o que significa que não há garantia de que o montante executado será efetivamente recolhido aos cofres públicos ou restituído ao contribuinte (GOMES, 2009, p. 93). Esse cenário de incerteza é especialmente preocupante em relação aos créditos tributários mais antigos. Nesse contexto, a

realização de transações envolvendo o crédito tributário, mesmo que resultem em valores inferiores, pode oferecer maior segurança e efetividade para todas as partes envolvidas.

É viável estender a possibilidade de transação para o âmbito da execução fiscal, desde que seja regulamentado através de lei. A transação pode ocorrer tanto no curso processual normal, exigindo a homologação judicial do acordo celebrado, quanto de forma extrajudicial, na qual a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) solicita a suspensão do processo até a conclusão do acordo. Tendo as partes cumprido com o acordado, requer-se a extinção do processo, uma vez que o objeto da disputa foi resolvido.

Nesse sentido, todas as iniciativas que visam possibilitar o pagamento dos créditos tributários do Estado são consideradas positivas. Muitos desses créditos, que não seriam pagos por meio de ações judiciais ou que seriam extintos devido à prescrição, podem encontrar uma solução diferente por meio de alternativas ao litígio no processo, resultando na satisfação, ainda que parcial deles, através de concessões mútuas.

4.3 IMPLICAÇÕES DESSE NOVO PARADIGMA: ALÉM DE EFETIVIDADE, UMA QUESTÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

Uma atuação negocial da Fazenda Pública transcende a mera eficiência, como frequentemente defendido por diversos autores que abordam o tema. Mudar o paradigma da atuação pública, que ainda tende a ser autoritário, em direção a uma administração mais democrática, que promova a participação popular e incentive a consensualidade, é condizente com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Essa abordagem não apenas contribui para uma gestão mais transparente e responsável, mas também garante um acesso à justiça mais efetivo para todos os cidadãos, promovendo a igualdade de oportunidades e a resolução pacífica de conflitos.

De fato, a busca por uma solução consensual, também se justifica sob a égide da "maior eficiência da atuação administrativa" (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 385), visando a permitir que a Administração e o administrado possam resolver de maneira mais eficiente e com menores custos os litígios eventualmente existentes

entre eles.

A atuação negocial envolve uma busca por diminuição da litigiosidade envolvendo o poder público, especificamente a Fazenda Pública, que possui significativa demanda no judiciário. O desenvolvimento do instituto da transação tem sido conduzido pelo Cade em paralelo ao do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), um instrumento de resolução alternativa e negociada de processos administrativos sancionadores. Por meio do TCC, é possível encerrar o processo administrativo mediante a transação da penalidade, seguindo um modelo semelhante ao da transação no processo penal. Ambos os institutos exemplificam o que Carlos Ari Sundfeld denominou de "direito administrativo dos negócios", em contraposição ao "direito administrativo do cliques" (BADIN, 2009, p. 191-192). Enquanto este último é caracterizado pela desconfiança dos agentes privados e públicos e negligência a relação entre tempo, custos e resultados, o "direito administrativo dos negócios" representa uma abordagem moderna da ação administrativa, reconhecendo o valor na busca por soluções rápidas e negociadas, além da redução dos custos de implementação das decisões administrativas.

A relação entre a administração pública e o cidadão deve ser delineada pela interação entre os direitos complexos deste último e o poder/dever da administração, cujo propósito primordial é promover o bem comum, um conceito essencial e indeterminado no direito. Portanto, essa relação jurídica, enraizada no regime jurídico constitucionalizado, deve ser orientada pela ponderação de princípios, bens e valores constitucionais, que servirão como guia na resolução de conflitos entre a administração pública e os cidadãos (OLIVEIRA FILHO, 2019, p. 313). Nesse sentido, busca-se uma horizontalização na relação entre o Estado e os particulares, exigindo uma mudança de paradigma para a construção de uma administração pública consensual. Essa mudança de paradigma pressupõe a operação sob um regime jurídico administrativo em que as garantias dos indivíduos possuem igual relevância em relação às prerrogativas do Poder Público.

Os pilares de um Estado Democrático de Direito evocam a noção de um Poder Estatal que se legitima mediante a vontade expressa pelos cidadãos, de modo que a obrigação de pagar tributos sempre deve ser vista sob uma dupla perspectiva de direitos dos contribuintes: o direito à transparência na contraprestação (garantia de que os tributos sejam corretamente destinados) e o direito à participação nos processos relacionados à arrecadação tributária. Assim, a ideia de uma gestão

compartilhada da atividade tributária transcende uma abordagem minimalista baseada apenas na renúncia ou assunção de direitos e deveres patrimoniais (BRANDÃO, 2019, p. 71).

Tradicionalmente, é estabelecida a regra da impossibilidade de o Estado negociar em questões relacionadas aos interesses primários, reservando-se a negociação apenas para interesses secundários. Contudo, a indisponibilidade do interesse público não se manifesta como um conceito inflexível, e não se pode negar a possibilidade de exceções à regra geral da impossibilidade de transação (OLIVEIRA FILHO, 2019, p. 315).

Na verdade, a transação não tem apenas o objetivo de extinguir o crédito tributário. Sua finalidade essencial é mais abrangente, envolvendo a resolução do conflito de interesses em questão de forma consensual. Dessa forma, o que efetivamente resulta na extinção do crédito tributário é o pagamento ou a remissão que eventualmente decorre do acordo, o que, por sua vez, acarreta o desaparecimento dos direitos subjetivos latentes e de seus respectivos deveres prestacionais (BRANDÃO, 2019, p. 68).

Uma atuação mais democrática e participativa da administração pública pode contribuir significativamente para o acesso à justiça. Ao promover a consensualidade e a busca por soluções negociadas, a administração pública abre espaço para uma relação mais equilibrada entre Estado e cidadão, incentivando a participação popular e proporcionando mecanismos para que as partes envolvidas possam resolver seus conflitos de maneira mais célere, eficiente e transparente. Isso não apenas facilita o acesso dos cidadãos à resolução de litígios, mas também promove o diálogo entre as partes. Portanto, uma abordagem mais democrática e participativa da administração pública não apenas fortalece o Estado Democrático de Direito, mas também contribui para a efetivação do acesso à justiça para todos os cidadãos. Nesse sentido, explica Arthur Sanchez Badin (2009, p. 195):

O Estado existe para que todos os cidadãos tenham uma convivência harmônica, com igualdade de direitos e deveres, com o atendimento das necessidades sociais. Assim, a mesma importância dada à participação cooperativa dos cidadãos na atividade do Estado também deve estar inserida no contexto da atividade administrativa específica da tributação. Crer que o Estado, através de seus agentes públicos, pode manter uma postura excludente dos mecanismos de participação social na resolução dos conflitos de natureza tributária significa retroceder aos tempos despóticos.

Ao abordar o tema do acesso à justiça, é imprescindível mencionar a

influyente concepção de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Reconhecendo a complexidade da definição do termo, os autores (*apud* VITOVSKY, 2016, p. 184-185) esclarecem que a expressão serve para direcionar a atenção ao sistema jurídico, um mecanismo pelo qual as pessoas reivindicam seus direitos ou resolvem conflitos sob a autoridade do Estado, sistema o qual deve ser acessível a todos de maneira equitativa, com resultados justos tanto individual quanto socialmente.

Junto ao acesso à justiça, Cappelletti e Garth (*apud* VITOVSKY, 2016, p. 186) destacam a importância da efetividade, isto é, promover a igualdade de armas das partes. Porém, apesar de reconhecerem que tal igualdade não pode ser atingida plenamente, se faz necessário um exercício de aproximação – o qual só é possível reconhecendo e reduzindo as barreiras do acesso à justiça.

A própria Constituição Federal de 1988 consagrou dentre seus direitos fundamentais o acesso à justiça, prevendo no art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em um primeiro momento, o conceito pode ser compreendido basicamente como o direito dos cidadãos de pleitear e buscar garantir seus direitos perante o sistema legal, através do poder judiciário. Ou seja, essa regra constitucional significa que todos, sem exceção, têm o direito de acessar a justiça, e como resultado, contribui para a construção de uma sociedade mais igualitária e republicana (SADEK, 2014, p. 57).

Porém, além disso, o acesso à Justiça envolve o princípio da proteção judiciária, que representa a principal salvaguarda dos direitos individuais (SILVA, 1999, p. 12). O Estado Democrático de Direito não apenas possibilita o acesso ao judiciário, mas assegura que o processo judicial ofereça uma proteção eficaz aos direitos fundamentais de cada indivíduo, que deve possuir acesso aos meios para essa proteção. Portanto, o sistema judiciário não deve ser apenas um meio de resolver disputas, mas também um instrumento essencial para proteger e preservar direitos.

Todavia, o Judiciário deveria ser o último recurso para a Fazenda Pública buscar o pagamento dos créditos tributários e, mesmo quando necessário, tem o dever de garantir o acesso à justiça para ambas as partes, inclusive quando uma delas é o Estado. Isso implica em assegurar um processo justo, equitativo e célere, proporcionando às partes apresentarem seus argumentos e defenderem seus interesses de forma adequada, em conformidade com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

Por isso, é necessário ser adotada nova abordagem pelo legislador e

pela administração pública como um todo, em resposta à grave crise de efetividade enfrentada e continuamente enfrentada pela jurisdição brasileira, decorrente de uma cultura marcada pela litigiosidade. Embora o acesso à justiça seja um direito fundamental, a incapacidade do Poder Judiciário de atuar de forma eficaz e dentro de prazos razoáveis leva ao desgaste e ao descrédito do próprio sistema judiciário. Em parte, o legislador reconheceu a necessidade de criar normas voltadas também para a promoção da consensualidade, porém em relação ao poder público, isso ainda se encontra extremamente limitado.

Ao longo do tempo, o conceito de acesso à justiça passou por evoluções e modificações, moldando-se de acordo com os contextos legais, sociais, locais e culturais. Atualmente, tem-se desenvolvido uma análise sobre o acesso à justiça que se estende para além do poder judiciário e respectivos procedimentos e instrumentos necessários para movimentá-lo ou nele adentrar (IGREJA; RAMPIN, 2021, p. 194). Essa concepção mais ampla reconhece a importância não apenas dos aspectos legais, mas também as complexidades sociais e econômicas que permeiam as demandas jurídicas, além de oferecer alternativas para que seja possível buscar a resolução de conflitos de maneira eficaz.

É preciso destacar que existe relação intrínseca entre o acesso à justiça e as desigualdades sociais. Rebecca Lemos Igreja e Talita Rampin (2014, p. 199) ressaltam que, na atualidade, o alcance da justiça geralmente limita-se a grupos específicos e a determinados tipos de questões. Quando se analisa a justiça brasileira, percebe-se que grande parte dos litígios são demandados pelo próprio Estado ou em face dele, e não por demandas sociais.

O acesso à justiça não se limita apenas a questões jurídicas, mas também possui um aspecto econômico significativo. É comum que aqueles que possuem melhores condições financeiras, muitas vezes os grandes litigantes, predominem no sistema judicial, devido aos custos associados ao processo judicial. Portanto, é essencial que a Fazenda Pública, ao considerar uma eventual transação ou negociação, leve em conta o princípio da capacidade contributiva, garantindo que os acordos sejam de acordo com a capacidade financeira de cada contribuinte. Isso não apenas promove a eficiência na arrecadação, mas também contribui para a equidade e a justiça fiscal.

Nesse mesmo sentido, Vitovsky explica que a rotinização do processo judicial e a crescente frequência na litigância não decorre da abertura do sistema

jurídico a novos litigantes, mas, principalmente, do uso mais frequente e intenso da via judicial pelos mesmos litigantes, conhecidos como "repeat players", especialmente nos conflitos envolvendo a administração pública no contexto brasileiro (VITOVSKY, 2016, p. 181).

Portanto, a abundância de ações que chegam ao sistema judicial não denota uma generalizada busca por direitos, nem representa um acesso à justiça tangível e descomplicado. Pelo contrário, sinaliza a existência de circunstâncias prejudiciais, evidenciando distorções nas funções do Poder Judiciário e contribuindo para a ampliação dos desafios na democratização do acesso ao direito à justiça (SADEK, 2014, p. 60). Ou seja, o acesso à justiça no Brasil é muito mais simples a estes litigantes frequentes, que detém poder, do que para cidadãos comuns em busca de seus direitos fundamentais. Também por este motivo é importante serem desenvolvidas soluções negociadas desde o processo administrativo fiscal, buscando evitar a judicialização, para conseqüentemente diminuir a demanda da Fazenda Pública, que tornou-se um grande litigante.

A evolução do acesso à justiça tem que reconhecer a importância de integrar considerações socioeconômicas para sua efetivação, entendendo que as demandas jurídicas estão intrinsecamente ligadas às complexidades sociais e econômicas dos jurisdicionados. De acordo com Igreja e Rampin (2021, p. 212), acredita-se que a reflexão sobre o acesso efetivo à justiça transcende o mero ingresso nas instituições; trata-se de estabelecer um espaço jurídico não apenas mais inclusivo, mas também mais propício à autotransformação. A via judicial, no Estado Democrático de Direito, deve ser um ambiente propício ao diálogo, um local de negociação que reconhece as variadas condições dos diversos agentes sociais e interfere quando necessário para garantir a equidade.

É claro que simplesmente criar leis não é suficiente para estabelecer um modelo de resolução de disputas baseado no diálogo e no consenso. É necessária uma verdadeira mudança de paradigma na cultura jurídica, que atualmente é marcada por uma excessiva judicialização, especialmente aqueles envolvendo o Poder Público. Sem combater essa tradição de litígio contencioso no Brasil, é provável que os potenciais benefícios advindos do uso de instrumentos negociais, consensuais e extrajudiciais criados pelo legislador para resolver controvérsias sejam minimizados.

Por fim, o acesso à justiça é aplicado no contexto de um sistema específico de garantia de direitos, frequentemente representado pelo sistema de

justiça formal, que é organizado dentro e pelo Estado. Essa perspectiva ressalta a relação intrínseca entre o acesso à justiça e a estrutura legal e institucional do país.

Embora a atuação negocial da Fazenda Pública represente um passo importante na busca por soluções para os desafios enfrentados nas execuções fiscais, é fundamental reconhecer que essa medida não será a solução para todos os problemas relacionados ao tema. As questões envolvendo as execuções fiscais têm raízes profundas, que vão desde a complexidade da legislação tributária até a falta de servidores e o alto volume de trabalho nos órgãos responsáveis. Além disso, há uma falta de conscientização sobre a função e a importância dos tributos para a sociedade, o que contribui para a resistência ao cumprimento das obrigações fiscais. No entanto, explorar caminhos mais democráticos no âmbito da administração pública alinhado com os princípios fundamentais da Constituição e do Estado Democrático de Direito, e representa um avanço na evolução da sociedade e do direito, buscando soluções mais eficazes e justas para os desafios enfrentados pelo sistema tributário brasileiro.

Desenvolver a possibilidade de uma atuação negocial da Fazenda Pública não se trata apenas de promover efetividade em uma área que carece, mas principalmente de promover o acesso à justiça de forma ampla e racionalizar e democratizar procedimentos que se encontram engessados dentro de um Estado Democrático de Direito que permite e legitima a consensualidade. Esta iniciativa representa uma pequena parte de uma necessária mudança de paradigma de atuação da administração pública no país, que vem crescendo ao longo dos anos por meio do desenvolvimento de discussões teóricas por diversos autores, alguns mencionados neste trabalho.

Portanto, permitir que situações de incerteza na aplicação da norma tributária possam ser resolvidas de forma consensual, seja antes ou depois do lançamento tributário, vai além de um simples ato de disponibilidade de direitos e deveres. Na transação tributária, não se trata exatamente de uma troca recíproca de direitos e deveres entre as partes, mas sim de uma colaboração no próprio processo de aplicação do direito tributário. O Estado precisa se adaptar e o contribuinte deve internalizar seu papel como agente dessa transformação (BRANDÃO, 2019, p. 71).

O recebimento dos valores inscritos em dívida ativa é crucial para a realização das atividades estatais em um Estado Democrático de Direito. Esses recursos são essenciais para financiar os serviços públicos e programas sociais, garantindo o funcionamento adequado das instituições e a promoção do bem-estar da

população. Além disso, o Estado possui responsabilidades perante seus cidadãos, incluindo a eficiência na arrecadação de tributos e a gestão transparente e responsável dos recursos públicos. O não recebimento desses valores compromete a capacidade do Estado de cumprir suas obrigações, afetando diretamente a prestação de serviços essenciais à sociedade. Portanto, a busca por soluções que facilitem o recebimento dos valores devidos, como o aprimoramento da transação tributária, é fundamental para garantir a efetividade da administração pública e o cumprimento das responsabilidades do Estado.

Assim, diversos argumentos evidenciam como a transação tributária pode ser utilizada como uma forma mais eficaz e menos onerosa para satisfazer os créditos tributários, tanto para o Estado quanto para os particulares. Além disso, ela se apresenta como uma maneira de promover uma postura mais contemporânea por parte da administração pública, alinhada aos princípios do Estado Democrático de Direito. Isso representa um distanciamento dos resquícios autoritários que ainda permeiam sua atuação até os dias de hoje.

5 CONCLUSÃO

A participação popular e o respeito aos direitos fundamentais exigem uma postura mais transparente e participativa do poder público. Nesse contexto, a solução de conflitos de maneira consensual emerge como uma alternativa cada vez mais relevante, promovendo acordos negociados que são mais satisfatórios para as partes envolvidas. Essa abordagem não apenas contribui para a eficiência na gestão pública, mas também fortalece os princípios democráticos e o acesso à justiça, construindo uma relação mais equilibrada entre o Estado e os cidadãos. A consensualidade tem se apresentado como um instrumento essencial para a concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, promovendo a efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No âmbito tributário, enfoque deste trabalho, constatou-se que apesar da transação tributária ser uma ferramenta relevante, sua regulamentação pela Lei 13.988/2020 não trouxe em seu conteúdo característica essencial do instituto que se origina do Direito Civil, que é a manifestação de vontade por ambas as partes envolvidas. Observou-se que a transação tributária é na maioria das vezes unilateral, com a Fazenda Pública impondo termos e condições aos contribuintes, os quais podem aceitar ou recusar a proposta, sem negociação. Essa “simplificação” compromete a natureza consensual e voluntária que é inerente ao conceito de transação, o que por si só já destaca a necessidade de revisão e aprimoramento do atual modelo regulatório.

A possibilidade de negociar determinados créditos tributários, a serem previamente estabelecidos em lei a partir de critérios técnicos, se justifica em razão da preponderância dos princípios da eficiência e do acesso à justiça em casos concretos. O exemplo citado de créditos elegíveis para negociação são aqueles considerados de difícil recuperação, assim classificados segundo análises técnicas da própria Fazenda Pública, que possui a expertise necessária para tanto.

A democratização trazida pela Constituição pode se estender para procedimentos administrativos, indo além do âmbito particular e de direitos disponíveis, para atingir, por exemplo, o crédito tributário, desde que respeitando critérios legais e principiológicos. Nesse trabalho, sugere-se que os chamados créditos de difícil recuperação possam ser negociados com o contribuinte devedor. Para isso, o procurador, que aqui defende-se como agente competente para tanto,

deve seguir requisitos legais sobre o crédito e os limites legais da negociação. De forma geral, esses requisitos já se encontram parcialmente estabelecidos em portarias da PGFN, o que indica que já existem as condições necessárias para que essas negociações comecem a serem desenvolvidas.

Portanto, defende-se que a negociação de créditos tributários é recurso legítimo dentro do sistema jurídico, todavia, deve ser exceção a que se recorre em casos previamente determinados em lei. A margem de discricionariedade da Fazenda Pública no âmbito das negociações tributárias tem que ser exercida dentro de limites bem definidos, com requisitos técnicos claros e objetivos que orientem a conduta da autoridade competente. Desse modo, confere-se certa previsibilidade no processo de negociação e possibilita o controle judicial quando essas condições legais não forem adotadas. O desenvolvimento de soluções consensuais beneficia tanto o Estado quanto os contribuintes, na medida em que a Fazenda Pública pode exercer suas funções de maneira mais democrática e eficiente. Na prática, isso pode contribuir para a solução de parte significativa dos créditos de difícil recuperação, em execuções fiscais ou processos administrativos fiscais estagnados.

Embora o desenvolvimento de uma atuação negocial da Fazenda Pública possa ser um avanço significativo na busca por soluções para os entraves no recebimento de créditos tributários, ressalta-se que a medida não é solução única para todos os desafios relacionados ao tema. No entanto, a exploração de abordagens mais democráticas na esfera da administração pública, em consonância com os princípios constitucionais e o Estado Democrático de Direito, representa um passo importante na evolução da sociedade e do Direito Administrativo. Além de facilitar a solução de créditos de difícil recuperação, a negociação fortalece a própria Fazenda Pública ao promover uma gestão mais eficiente e transparente dos recursos públicos. Essa prática pode, futuramente, ser estendida para outros âmbitos e procedimentos que envolvem a administração pública, contribuindo para a construção de um sistema mais participativo e eficiente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Vicente Férrer. A cobrança da dívida ativa da União na era autocomposição. **Revista do TCU**, v. 1, nº 152, p. 170-190, 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, vol. 244, p. 1-20, 3 jun. 2015. Disponível em: <
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.16.PDF.>
Acesso em: 27 mar. 2024.

AVELINO, Murilo Teixeira. A regulação dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Nacional. **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2: mai./ago. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BADIN, Arthur Sanchez. A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. **Revista de Direito Administrativo**, p. 189-217, 2009.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. 2016. 431 f. Tese (Doutorado em Direito Público), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BATISTA JR., Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, G. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, [S. l.], v. 3, n. 3, 2020. Disponível em:
<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/190>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 8, jan/mar. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de

Janeiro: Renovar, 2014.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 205, p. 109-116, jul. 1996.

BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileira. **Revista da PGFN**, p. 57-75, 2019.

BRASIL. Decreto-lei 4.657, 4 set. 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 4 set. 1942. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm > , acesso em 22 mar. 2024.

BRASIL. Lei 5.172, 25 out. 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 27 out. 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 22 fev. 2024.

BRASIL. Lei 13.988, 14 abr. 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis n os 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm#view>. Acesso em 14 mar. 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 61–76, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7528>. Acesso em: 25 abr. 2024.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. rev., atual. e. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>, acesso em 25 fev. 2024.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do Direito Administrativo no século XXI. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun.98 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na**

Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios Jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira Advocacia.** v.1. abr./jun., 2016.

Disponível em: <

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.04.PDF.> Acesso em: 27 mar. 2024.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº 70, out./dez. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Eduardo de Campos. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. **Revista Direito GV**, 5(2), São Paulo, p. 297-324, jul./dez. 2009.

FREIRE, André Borges Coelho de Miranda. Transação Tributária: Conceito, Natureza Jurídica e Limites. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 54, p. 25–45, 2023.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-257.

GAMA, Clairton Kubassewski. Transação em matéria tributária: natureza, consequências e segurança jurídica. **REJuriSTJ**, Brasília, ano. 2, n. 2, p. 181-217, dez. 2021.

GOMES, Marcos Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho? **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 86-101, abr./jun. 2009.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do Direito Administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial.** Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade Federal do Paraná, 2011, 240 f.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate

inacabado. **Suprema-Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 2, p. 191-220, 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf> , acesso em 29 fev. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, v. 159, dezembro 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. **Revista Fórum de Direito Tributário (RFDT)**, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 28, jul./ago. 2007.

MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e evolução do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 167-174, out./dez. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 36ª edição, São Paulo: Editora Fórum, 2023.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO FILHO, João Aurino de. **Racionalidade legislativa do processo tributário**. Salvador: JusPodivm, 2018.

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

MENEZES, Daniel Telles. Possibilidades jurídicas para uma transação tributária mais ousada. **Revista da PGFN**, v. 11, n. 1, p. 79-108, jan./jun. 2021.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Tomo III – Negócios Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva; TELÉSFORO, Rachel Lopes. A atividade consensual da administração pública e as soluções consensuais na defesa da concorrência. **Revista Direito GV**, v. 12, nº 1, p. 307-331, jan./jun. 2016.

NARDI, Luciana Santana. **Discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica**. 2009. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito), PUC-SP, São Paulo, 2009.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, a. 55 n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. A Fazenda Pública e o novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 96, p. 79-104, 2016.

OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa. A transação no âmbito da administração pública: análise com base no novo sistema processual civil brasileiro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 12, p. 305-331, 2019.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). **PGFN em números 2023, dados de 2022**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acao-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn-em-numeros-2023-versao-20042023.pdf>>, acesso em 29 fev. 2024.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). **Portaria nº 985, 18 out. 2016**. Dispõe sobre a atuação judicial dos Procuradores da Fazenda Nacional no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais Federais. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/PORTARIA%20No%20985.pdf>> acesso em 15 mar. 2024.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). **Portaria nº 565, 26 mai. 2017**. PGFN em números 2018, dados de 2017. Disponível em: <https://anafe.org.br/wp-content/uploads/2018/03/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf>, acesso em 14 mar. 2024.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). **Portaria nº 33, 08 fev. 2018**. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, bem como estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais. Diário Oficial da União, 09 fev. 2018, seção 1, p. 35. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028>> acesso em 17 mar. 2024.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). **Portaria nº 360, 13 jun. 2018**. Autoriza a realização, no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de modalidades específicas de negócio jurídico processual, inclusive calendarização. Diário Oficial da União, 13 jun. 2018, seção 1. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/portaria_360_2018-novo.pdf> acesso em 17 mar. 2024.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). **Portaria nº 6757, 29 jul. 2022**. Regulamenta a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS. Diário Oficial da União, 01 ago. 2022, seção 1, p. 79. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=125274>>

acesso em 11 abr. 2024.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. O interesse público em juízo: um tema revisitado. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 06, n. 02, 2013, p. 85-141.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). **Portaria nº 247**, 18 nov. 2022. Regulamenta a transação de créditos tributários sob administração da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Diário Oficial da União, 22 nov. 2022, seção 1, p. 14. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=127311#2388646>> acesso em 20 mar. 2024.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). **Receita Federal publica editais que regulamentam adesão à transação tributária para créditos de pequeno valor e créditos irrecuperáveis**. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/receita-federal-publica-editais-que-regulamentam-adesao-a-transacao-tributaria-para-creditos-de-pequeno-valor-e-creditos-irrecuperaveis>>, acesso em 2 abr. 2024.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, p. 55-66, 2014, p. 57.

SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. Justiça federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília, DF: **Gazeta Jurídica**, 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988**. 1 ed. 3 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, v. 216, p. 9-23, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 45ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

SOUZA, Priscila Maria Fernandes Campos de. Transação tributária: definição, regulamentação e principais desafios. **Revista da PGFN**, v. 11, n. 1. p. 109-136. jan./jun.2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 514.351, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julg. 20 nov. Diário da Justiça de 19 dez. 2003, p. 347, 2003. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, a. 20, (209): 31-163, p. 122-125, jan./mar. 2008.

TÁCITO, Caio. Evolução histórica do Direito Administrativo. **Revista do Serviço Público**, p. 536-540, mar. 1955.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais**. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%Aancias_processuais_2005_>, acesso em 20 fev. 2024.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2023.

VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, v. 13, n. 1, 2016.