

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ILTON GARCIA DA COSTA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Giovani da Silva Corralo.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-531-

7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático Direito Administrativo e Gestão Pública I no dia 17 de novembro, no turno da tarde.

Durante as 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos 13 trabalhos, que versaram sobre os mais diversos assuntos da atualidade para a Administração Pública: consórcios intermunicipais, instituições fiscais independentes, eficiência administrativa e reforma gerencial, processo administrativo e Código de Processo Civil, lei anticorrupção, arbitragem, subsidiariedade e federalismo, desapropriações e o novo regime jurídico das empresas estatais.

Não obstante seja uma tarefa árdua identificar o atual paradigma teórico da administração pública brasileira, é indubitável o intenso processo de transformações porquê passa a legislação infraconstitucional, a refletir nos mais diversos institutos do Direito Administrativo.

Nesse diapasão, não poderia o mais importante evento jurídico da pós-graduação brasileira deixar de refletir sobre essas mutações no regime jurídico de direito administrativa, o que decorre dos trabalhos científicos encaminhados por pesquisadores de programas de pós-graduação de todo o Brasil.

A sociedade e o Direito em sociedades complexas tendem não somente a aumentar a sua complexização, mas a impender transformações permanentes, sobre as quais os pesquisadores jurídicos devem centrar as suas pesquisas. É o que ocorre nos trabalhos apresentados. É o que continuará a acontecer no mais importantes eventos científicos, como é o caso daqueles promovidos pelo CONPEDI.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo - UPF

**O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS IMPACTOS E REFLEXOS NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE
SOLUÇÃO CONSENSUAL DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS.**

**THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND YOUR EFFECTS ON
ADMINISTRATIVE TAX PROCEDURE: ANALYSIS OF CONSENSUS
RESOLUTION OF TAX DEBITS**

**Letícia Athayde Santos de Carvalho
Rodrigo Queiroz Reis**

Resumo

O presente trabalho visa analisar a aplicabilidade dos contratos administrativos alternativos quando da ocorrência de um processo tributário administrativo a partir do Código de Processo Civil/15, Lei nº 13.105/2015, tendo como ênfase a solução consensual dos litígios. A presente pesquisa analisa, sob a ótica da legislação e do histórico dos mecanismos de conciliação de outros países, com ênfase conceitual ao contrato administrativo alternativo exercido pela própria administração pública, verificando se a aplicabilidade de tais mecanismos de conciliação descritos anteriormente, poderão alterar de modo substancial a redução de processos judiciais.

Palavras-chave: Contratos administrativos alternativos, Código de processo civil, Processo administrativo, Procedimento administrativo, Tributação

Abstract/Resumen/Résumé

The present study made a brief analysis of the applicability of alternative administrative contracts when an administrative tax procedure was initiated based on the Code of Civil Procedure / 15, Law 13.105 / 2015, with emphasis on the amicable settlement in litigation. The present study analyzed, from the perspective of the pertinent legislation and the history of the conciliation mechanisms of other countries, giving a greater conceptual emphasis to the alternative administrative contract exercised by the public administration itself, verifying if the applicability of such mechanisms of conciliation described previously, could Substantial change in the reduction of legal proceedings.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Alternative administrative contracts, Code of civil procedure, Administrative procedure, Administrative procedure, Tax

1 INTRODUÇÃO

Com a vigência do Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, houve uma série de inovações, sendo que algumas terão o condão de afetar o processo administrativo.

Neste prisma, um desses dispositivos é o artigo 15 do Código de Processo Civil, que prevê a aplicação supletiva e subsidiária do novo código aos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas, assim dispondo: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, 2015).

Sabe-se que o campo de aplicação do Código de Processo Civil é amplo, sendo utilizado de forma subsidiária e supletiva em diversos procedimentos, diante desse cenário, a presente pesquisa apresenta como problema um breve exame sobre o instituto da solução consensual de litígios, em especial no processo tributário administrativo.

A importância do trabalho está em verificar se o conteúdo principiológico processual terá o condão de abarcar soluções entre o fisco e o contribuinte durante a formalização da inscrição em dívida ativa e no curso do processo judicial.

O campo de aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo administrativo é especialmente amplo, sobretudo porque a lei do processo administrativo no âmbito federal, Lei 9.784/99, além de ser sintética quando comparada ao Código de Processo Civil, praticamente não sofreu atualizações desde sua edição, em janeiro de 1999.

Por seu turno, a produção do trabalho desenvolvido foi embasada no modelo argumentativo, já o tipo de raciocínio escolhido para análise do material foi o indutivo-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica nacional, exame de dados e da legislação pertinente à temática (GUSTIN, 2013, p.12).

O marco teórico sob o qual se sustenta a presente investigação reside na teoria dos contratos de transação, bem como sua importância para a Administração Pública e o exercício de seus agentes, a partir de uma noção de conformidade apresentada pelo Professor Onofre Alves Batista Júnior, em seu livro *O contrato de transação – O contrato administrativo alternativo – Limites e possibilidades do contrato administrativo alternativo* (BATISTA JÚNIOR, 2007).

Por todo o exposto, a promoção da solução consensual dos conflitos, tem perfeita aplicação aos processos administrativos e estão certamente abrangidos pelo caráter supletivo e subsidiário do código.

2 A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Um dos pontos que denotam de um Estado soberano é o seu poder de penetrar nos patrimônios dos particulares, e esta forma é o poder de exigir contribuições derivadas e compulsórias oriundas da criação dos tributos.

Neste prisma, a Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo ao Sistema Tributário brasileiro - Título VI (Da tributação e do Orçamento – arts. 145 a 169); com normas relativas ao Sistema Tributário e às Finanças Públicas. (BRASIL, 1988).

Assim, a Constituição confere ao tributo características a fim de individualizá-lo, repartindo a competência entre os entes federados, quais sejam, a União, o Estado, Distrito Federal e Municípios, vejamos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. (BRASIL, 1988)

Ratifica-se assim que poder fiscal é inerente ao próprio Estado, que, através de sua soberania política, detém o ato de estabelecer tributos e de exigir contribuições compulsórias com o intuito de atender as necessidades públicas no geral, como investimentos em infraestrutura, saúde, educação, segurança pública e outros.

Contudo, consoante art. 146 da CR/88, as normas gerais do Direito Tributário são as estabelecidas pelo Código Tributário Nacional - CTN, além das prescrições e restrições emanadas da Constituição Federal/1988, *in verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - será opcional para o contribuinte;

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (BRASIL, 1988)

Ante a tais premissas, verifica-se que uma das características fundamentais da Federação é o poder de instituir e arrecadar tributos próprios, porém, cada um dos entes federados tem o poder de instituir e arrecadar certos tributos desde que não haja o choque de competências com tributos de mesma natureza.

Assim, temos este sistema tributário, que, através deste conjunto de normas, determina a natureza dos tributos e a respectiva competência do ente federal em exigí-las.

Conforme apontado no art. 146 da CR/88, caberá a uma Lei Complementar dispor e regulamentar sobre os tributos em geral, no entanto, o Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, é anterior a Constituição, portanto, ocorrerá o fenômeno do princípio da recepção, consoante art. 34, §5 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, eis que tal lei, por não entrar em conflito com o novo ordenamento constitucional, permaneceu em vigor, sendo absorvida pelo sistema jurídico pátrio, cujo assunto resta firmado, sem merecer mais delongas.

Conforme se vê:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. [...] § 5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º. (BRASIL, 1988).

Contudo, por ser o Código Tributário Nacional uma das normas utilizadas para delimitar o poder estatal, em especial, a determinação do fato gerador, lançamento, delimitação do objeto e as formas de suspensão e exclusão do crédito tributário, devem ser resguardados os princípios constitucionais processuais dispostos no art. 5º, incisos LIV, devido processo legal, LV, direito ao contraditório e ampla defesa, e LXXVIII, acesso à justiça e a razoável duração do processo, como também os princípios administrativos

dispostos no art. 37, *caput*, que são: i) legalidade, ii) impessoalidade, iii) moralidade, iv) publicidade e v) eficiência. (BRASIL, 1988).

Assim observar as disposições do Código Tributário Nacional, acompanhado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se faz necessário.

3 PROCESSO x PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A Constituição traz de forma clara as competências legislativas e sua distribuição entre os entes da Federação, sendo as de matéria em direito processual, concorrente quando se tratar de procedimentos, autorizando Estados e Distrito Federal a estabelecerem normas especiais complementares às de caráter geral, editadas pela União, consoante o artigo, 24, inciso XI, e parágrafos, da nossa Constituição Federal e privativamente sobre direito processual à União, como determina o artigo 22, inciso I, da Constituição.

Art. 24, XI: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual.

Art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: I – Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...] (BRASIL, 1988).

Todavia, tal previsão legal não possui pertinência para o presente estudo, apenas servindo a sua menção para identificar a localização constitucional diferenciada dos dois termos, eis que o nosso foco resta, neste momento em processo e procedimento administrativo.

Assim, pode-se iniciar o presente tópico tomando por base a distinção entre procedimento e processo através de uma simples leitura do dicionário jurídico, todavia, considerando tal estudo acadêmico, tal leitura não será suficiente para um entendimento científico.

Nas palavras de Plácido e Silva, Procedimento é:

Formado de proceder, do latim *procedere* (ir por diante, andar para a frente, prosseguir), quer o vocabulário exprimir, geralmente, o método para que se faça ou se execute alguma coisa, isto é o modo de agir, a maneira de atuar, a ação de proceder. Neste sentido, procedimento significa a própria atuação ou a ação desenvolvida para que se consubstancie a coisa pretendida, pondo-se em movimento, segundo a sucessão ordenada, os meios de que se pode dispor. Neste particular, pois, procedimento e processo revelam-se em sentido diferentes. (SILVA, 2009, p. 1097).

Já em relação a processo, Plácido e Silva aduz que:

Derivado do latim “processus”, de “procedere”, embora para sua derivação se apresente em sentido equivalente a procedimento, pois que exprime, também, ação de proceder ou ação de prosseguir, na linguagem jurídica outra é sua significação, em distinção a procedimento. Exprime, propriamente, a ordem ou a “seqüência” das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra sua finalidade. Processo é a relação jurídica vinculada, com o escopo de decisão, entre as partes e o Estado Juiz, ou entre o administrado e a Administração. (SILVA, 2009, p. 1098)

Já para Maria Silvia Zanella de Pietro:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; [...] executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento; [...]. O Procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observados para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. (PIETRO, 1997, p. 397).

Para Hely Lopes Meirelles: “processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”.(MEIRELLES, 2002, p.614).

Para José dos Santos Carvalho Filho (Apud. FREITAS, 2014, p. 110): processo e procedimento são “categorias jurídicas dotadas de fisionomia próprias”, mas não incompatíveis, e até pelo contrário, resumem-se em “figuras intrinsecamente ligadas: todo processo demanda um procedimento – que é a tramitação dos atos – da mesma forma que todos procedimento só tem existência se houver o respectivo processo – este indicando a relação jurídica firmada entre aqueles que dele participam.”

Ante a tais ponderações, pode-se inferir que o procedimento são os atos concatenados que fazem parte de um processo que tem o intuito de dirimir uma controvérsia, ou seja, o procedimento é pertinente ao processo por nele estar incluso.

3.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Ultrapassada a fase do que significado de procedimento e processo administrativo, verifica-se que para gerar um crédito tributário, é necessário alguns procedimentos, estes inerentes à primeira fase interna do processo.

Tal fase, de caráter não contenciosa e unilateral é o início do procedimento, onde é feito o lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a

ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, conforme artigo 142 do Código Tributário Nacional:

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (BRASIL, 1966).

De acordo com o art. 147 do CTN, o lançamento “é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação”. (BRASIL, 1966).

Há várias formas de lançamento, sendo o primeiro o de “ofício”, que consoante art. 149 do CTN, é aquele realizado pela autoridade competente, de ofício, sem qualquer tipo de auxílio por parte do contribuinte, cujo rol, é taxativo conforme disposição legal, conforme disposto no referido artigo:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

- I - quando a lei assim o determine;
 - II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;
 - III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
 - IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;
 - V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;
 - VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
 - VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
 - VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
 - IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.
- Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública. (BRASIL, 1966).

Tem-se como exemplos de tributos lançados de ofício o Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU, Imposto Territorial Rural – ITR, como também o IPVA, eis que independem da participação do contribuinte, ou seja, o próprio fisco determina o valor com base nas alíquotas determinadas em Lei.

Uma outra modalidade de lançamento é o lançamento por “homologação”, este abarcado no art. 150 do Código Tributário Nacional, que ocorre quando a legislação atribui ao

contribuinte (sujeito passivo da obrigação tributária) o dever de realizar o pagamento do tributo de forma antecipada, sem necessidade de prévio exame pela autoridade administrativa, sendo que quando a mesma toma conhecimento do mesmo, ante a tais informações, pode homologar ou não, tendo como exemplo clássico o ICMS, IPI e IR.

Outra modalidade de lançamento consoante art. 147 do Código Tributário Nacional, ocorre sob a forma de “declaração”, ou “misto”, eis que há participação do contribuinte em relação à base de cálculo apurada,

Assim, após a fase do lançamento, é que o sujeito ativo da obrigação tributária, por meio de suas autoridades competentes, dá ao contribuinte/sujeito passivo da obrigação tributária, o conhecimento do crédito que este é devedor.

A partir deste ponto, após a notificação do valor do tributo lançado é que poderá ocorrer a fase do processo administrativo, momento em que o contribuinte poderá impugnar o lançamento por alguma inconsistência conforme artigo 145 do Código Tributário Nacional:

Art. 145 do Código Tributário Nacional: “O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
I - impugnação do sujeito passivo;
II - recurso de ofício;
III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149. (BRASIL, 1966).

Convém salientar que será nesta fase os procedimentos para anular, extinguir ou inserir o nome do contribuinte na dívida ativa, após ser dado ao contribuinte o direito da ampla defesa.

3.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

Detectado crédito tributário em aberto, via de regra o contribuinte é inscrito na dívida ativa, cabendo ao fisco a busca pelo adimplemento de tal obrigação, seja ela de forma judicial ou extrajudicial.

Todavia, o presente trabalho não tratará das chamadas execuções fiscais, que é a propositura de uma ação judicial com o intuito de forçar o contribuinte a saldar tal débito junto ao fisco, mas sim, o processo administrativo que leve ao êxito de forma mais amena para o contribuinte.

Segundo, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro, contrato administrativo “[...] são os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público[...]” (PIETRO, 2004, p.240).

Assim, far-se-á necessário a análise do contrato administrativo alternativo.

3.2.1 – O CONTRATO ADMINISTRATIVO ALTERNATIVO

O contrato administrativo alternativo é uma forma de a Administração Pública, em sentido *latu*, de resolver determinados casos concretos, como alternativa a uma atuação unilateral, colocando-se como possível mecanismo (mais democrático) para a persecução otimizada do melhor interesse público possível.

Partindo deste marco, Onofre Alves Batista Júnior aduz que:

Quando a administração pública compete cumprir determinada finalidade, zelando pelo atendimento de determinado interesse público, em algumas situações, ela pode despir-se de seu manto de poder e prescindir da possibilidade de atuar mais autoritariamente em prol de uma solução consensual, por meio de acordos com os administrados. O contrato administrativo alternativo, porém, não pode ser utilizado quando a administração pública está, direta ou indiretamente, obrigada a escolher a forma do ato administrativo ou quando o cidadão se recusa a admitir o contrato administrativo proposto pela administração. (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 326)

Assim, segundo o mesmo autor:

Os contratos administrativos alternativos encontram aplicação, sobretudo quando a lei marca a finalidade a ser perseguida ou o interesse público a ser atendido, sem determinar os meios para tanto. Nesse sentido, o contrato pode substituir a emissão de um ato administrativo, pode trazer compromisso (dever) de a administração praticar determinado ato, ou mesmo pode pôr fim a determinado conflito de interesses entre a administração e administrado. É nessa categoria de contratos administrativos alternativos, quando o administrado tem um litígio efetivo ou potencial com a administração pública, que se podem estudar os contratos administrativos de transação. (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 326).

Especificamente, a legislação administrativa brasileira não firmou uma cláusula genérica que desse azo aos fundamentos e as disciplinas que pudessem ser objeto de uma transação administrativa, como o fizeram o Direito italiano, o Direito Espanhol e o Direito Alemão, mas o direito pátrio não sonega instrumentos para que se possa estabelecer uma disciplina mínima do instituto no Direito Administrativo.

Ou seja, é a persecução do melhor interesse público possível mediante o estabelecimento de solução com o administrado.

3.2.2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO ALTERNATIVO NO DIREITO COMPARADO

Segundo Onofre Alves Batista Júnior (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 335), com o intuito de prevenir e reduzir a sobrecarga do Judiciário, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa recomendou aos Estados- Membros que utilizassem de mecanismos que pudessem colaborar com os administrados em lides que pudessem ter uma autocomposição, servindo de base para modelar um entendimento mais preciso do instituto no Direito Administrativo Brasileiro.

3.2.2.1 ALEMANHA

A VwVfG (Lei de Procedimento Administrativo), reconheceu a utilidade das regras procedimentais para a eficiência administrativa, que seria uma atuação do procedimento administrativo ao lado do ato administrativo, e tem como requisitos:

1. Quando existe atividade administrativa qualificável como atividade de direito público;
2. Quando se tratar externamente relevante com vista à emissão de ato administrativo ou a celebração de contrato de direito público;
3. Quando houver atuação do Estado Federal ou do Estado Membro, suas empresas, fundações e etc;

Porém não será aplicada quando:

1. Quando não se tratar de administração pública;
2. Quando a lei federal vedar tal utilização;
3. Quando houver a aplicação de direito administrativo especial, autoridades financeiras e tributárias, dentre outras;
4. Quando a atividade estiver regulada por lei de procedimento próprio do Estado Membro (*Land*¹);

No entanto, parcela dos autores alemães entende existir verdadeira autonomia contratual para a Administração Pública no Direito Administrativo, que não estaria, sempre e em todo caso, limitada aos mesmos parâmetros do ato administrativo.

Para outra corrente, porém, o contrato de direito público apenas pode ser celebrado naquelas faixas em que a Administração possua poder discricionário e não está fundamentalmente vinculada aos estritos ditames legais, isto é, só é possível contratar aquilo que está legalmente fundamentado.

Distinto dos contratos de transação, há também os contratos sinalagmáticos, no qual a parte contratante com a administração pública se obrigue a uma contraprestação, quando esta

¹ Do alemão: país

sirva à Administração Pública para o cumprimento de atividade pública, tendo o contrato de transação os seguintes requisitos:

1. Conflito (dúvida);
2. Intenção de por fim ao conflito;
3. Concessões recíprocas.

Assim, o contrato de transação alemão é celebrado para afastar incertezas, deve haver a intenção de colocar fim aos conflitos, e ao celebrar a transação, regulam as obrigações e direitos recíprocos.

Distinto dos contratos de transação, há também os contratos sinalagmáticos, no qual a parte contratante com a administração pública se obrigue a uma contraprestação, quando esta sirva à Administração Pública para o cumprimento de atividade pública, tendo os seguintes requisitos:

1. Deve ser convencionado para determinada finalidade pública;
2. Deve servir para o cumprimento de tarefas públicas;
3. Deve ser conveniente e oportuno, segundo as circunstâncias do caso concreto;
4. Deve estar em conexão objetiva com a prestação contratual da autoridade.

No entanto, convém ressaltar, que tanto os contratos de transação, quanto aos sinalagmáticos deve haver a respeitabilidade da norma, inclusive em relação às nulidades prescritas no Código Civil alemão, acarretando na chamada nulidade especial, anulando todo o contrato, desde que tal nulidade macule todo o contrato, ou nulidade parcial, em apenas algumas cláusulas.

3.2.2.2 ITÁLIA

Já a Itália caracteriza-se pela adoção de atos unilaterais e imperativos, cujos acordos com os administrados constituíam espécie excepcional, todavia, com o advento da Legge 7 agosto 1990, n. 241 (L241), houve uma inversão deste entendimento, admitindo em caráter geral, o recurso a acordos entre Administração e administrados, desde que observada a legalidade.

A doutrina italiana classificou os acordos celebrados com a administração em *accordi normativi*², *accordi organizzativi*³, *accordi procedimentali (integrativi)*⁴ e *accordi sostitutivi*⁵.

² Do italiano: acordo normativo

1. Accordi normativi: são representados pela adesão das partes a uma série de enunciados normativos;
2. Accordi organizzativi: são acordos para cumprir funções organizativas;
3. Accordi procedimentali (integrativi): os atos administrativos discricionários podem ser objeto de negociação;
4. Accordi sostitutivi: é o instrumento passível de ser manejado pela administração e que não elimina a possibilidade de esta optar pela via unilateral, ou seja, trata-se de possibilidade ulterior, a qual, todavia, pode não ser utilizada, deixando-se à Administração o poder de agir mediante o tradicional instrumento do ato administrativo.

Assim, nos termos do art. 11, 1, da L241, os acordos podem ser celebrados quando propiciam o atendimento do interesse público, pelo exposto, a validade dos acordos e sua vinculabilidade estão subordinadas à compatibilidade com o interesse público.

3.2.2.3 ESPANHA

Embora o ordenamento jurídico espanhol já conhecesse a transação, o fenômeno convencional do procedimento administrativo se despontou através da promulgação da Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (L30)⁶.

Assim, a celebração de contratos alternativos, nos termos do art. 88 da L30, submete-se a uma disciplina de caráter público, possibilitando a recondução à disciplina do direito público de negociações que, na realidade, em muitos casos, davam-se a margem do procedimento administrativo, sacando-as da informalidade.

Dada a amplitude de sua redação, o art. 88, habilita a Administração a celebrar várias formas de transações, como acordos, pactos, convênios ou contratos.

Tal como no Direito Administrativo italiano, a doutrina espanhola entende que os acordos celebrados com lastro no art. 88 da L30 podem ser de dois tipos: prévios a la resolución del

³ Do italiano: acordo organizativo

⁴ Do italiano: acordo processual (suplementar)

⁵ Do italiano: acordo de aluguel

⁶ Do espanhol: Lei 30/1992, de 26 de Novembro sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (L30)

procedimiento⁷ (e não substitutivos dela), que, por sua vez, podem ser vinculantes ou não vinculantes, e aquellos que ponen fin a un procedimiento sustituyendo la decisión unilateral⁸.

Segundo Menéndez Rexach (apud Batista Júnior, p.354), os acordos vinculantes substitutivos supõem a conclusão do procedimento administrativo mediante acordo bilateral em lugar de resolução unilateral; os acordos vinculantes não substitutivos, são aqueles que não excluem a necessidade de ditar resolução unilateral formal, entretanto o conteúdo desta vem predeterminado no contrato.

Nos acordos preparatórios não vinculantes, o conteúdo da decisão pode apartar-se do estipulado no convênio, que tem caráter de ato do trâmite procedimental. Já os acordos vinculantes não substitutivos podem balizar o inteiro conteúdo da resolução unilateral; entretanto, podem afetá-la apenas parcialmente.

Em síntese, os contratos do art. 88 da L30 são negócios jurídicos bilaterais ou multilaterais, consistentes em acordo de vontades celebrado no procedimento administrativo, entre a Administração e administrado, compreendidos no âmbito da discricionariedade administrativa, não contrário ao ordenamento jurídico, cujo objeto deve satisfazer ao interesse público e não podendo versar sobre matéria não susceptível de transação.

Distintamente do que se verifica no Direito Administrativo alemão e italiano, a L30 apenas oferece regras sobre a preparação e a conclusão dos acordos, não disciplinando o regime substantivo dos contratos, seus efeitos, interpretação, cumprimento, vícios, extinção e etc.

A Doutrina espanhola, ainda, reconhece como fonte última de integração ao regime substantivo da terminação convencional a disciplina geral dos contratos prevista no Código Civil.

3.2.3 – O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/15 E A SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS

Após a análise do processo administrativo tributário, desde o lançamento do tributo até a formalização do litígio e o instituto dos contratos administrativos alternativos, o artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015 prescreve que: “Na ausência de normas que regulem

⁷ Do espanhol: antes da resolução do procedimento

⁸ Do espanhol: aqueles que colocam um fim a um procedimento substituindo a decisão unilateral

processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” (BRASIL, 2015).

Assim, inicialmente, verifica-se que o Código de Processo Civil incidirá em todos os processos administrativos. O que não significa dizer que ele tenha revogado, nem derogado nem ab-rogado leis especiais, que persistem íntegras.

Ocorre, portanto, o fato de que as normas da legislação superveniente, serão aplicadas, de modo supletivo e/ou subsidiário, nos processos administrativos regidos por leis pretéritas.

Por seu turno, o Código de Processo Civil de 2015 presta-se a suprir as lacunas das leis processuais administrativas, seja por instalar novas hipóteses de incidência ou por criar compreensões no sistema processual, em especial, permitindo soluções processuais mais justas, acarretando assim em uma leitura integrada, fazendo com que sua aplicação seja feita nos casos em que a lei específica seja omissa, como naqueles em que ele proveja solução mais adequada ao caso concreto.

Verifica-se que há “normas fundamentais processuais” do referido Código que autorizam novas incidências, ampliativas e/ou reconfirmadoras. Por exemplo, os artigos 3º, §3º e 8º que são a inafastabilidade parametrizada pela arbitragem, mediação e em especial a solução consensual de conflitos tendo o julgador o dever atender aos fins sociais e exigências do bem comum, além de promover a dignidade da pessoa, vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015).

Em suma, com o advento da nova lei processual civil, a administração pública pode, ante a uma lacuna normativa processualística administrativa, ser utilizada de forma supletiva e subsidiária, para formalização de contratos administrativos alternativos para reduzir processos judiciais.

4 – CONCLUSÃO

Após breve análise sobre o Código de Processo Civil em vigência e o surgimento da possibilidade de autocomposição amigável no direito administrativo, a presente pesquisa teve por objetivo descrever sucintamente o modelo de um processo administrativo com o intuito de solucionar litígios, observando sempre que possível a solução consensual dos conflitos acarretando assim em um possível aumento da arrecadação em face de uma atuação administrativa moderna, apontando argumentos doutrinários sobre o funcionamento de cada um deles.

Dessa forma, conclui-se que a solução consensual no processo tributário administrativo, através da utilização dos contratos administrativos alternativos acarreta, em certa medida, em ganho para administração pública, eis que a consensualidade tem o condão de reduzir processos judiciais.

Entretanto, apesar da ocorrência de diversas críticas sobre tal instituto, deve-se observar tal ato com parcimônia, eis que ainda não existem dados técnicos acerca de tal temática.

Ademais, por se tratar de fato novo, inexistente estudo aprofundado sobre as vantagens e desvantagens práticas sobre o instituto da conciliação no processo tributário administrativo no Brasil, eis que, consoante noção cedida, os contratos alternativos são amplamente utilizados na Europa, em especial na Alemanha, Itália e Espanha.

Ante ao exposto, as considerações trazidas à baila referem-se apenas ao entendimento da possibilidade de haver consensualidade no processo administrativo tributário tendo em vista a abertura trazida no novo CPC, não tendo o condão de inferir na efetividade positiva ou negativa da mudança considerando a falta de dados e materiais concretos para uma análise técnica e coesa da questão.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA JÚNIOR, 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**. Quartier Latin, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 jul. 2017.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília: Senado, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
Acesso em: 20 jul. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná, **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 210 f. Tese Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em:
<<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY Junior, Nelson. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito Administrativo**. 17. ed. Atlas. São Paulo, 2004.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2009.