

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

**GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-691-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# **XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

## **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

---

### **Apresentação**

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na acolhedora Porto Alegre (RS), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, que reuniu um destacado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos de ampla pertinência acadêmica e inquestionável relevância prática.

Os artigos apresentados foram marcados pelo invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, nas mais diversas temáticas do Direito Administrativo, a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pelo respeito e a perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. A GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM LIAME NECESSÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS;
2. FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVER CONSTITUCIONAL;
3. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE DA TEORIA DA UNIDADE DE VALOR, DE RONALD DWORKIN, COMO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA;
4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ABUSIVA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AGENTE PÚBLICO;
5. UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PAPEL DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS;

6. AGÊNCIAS REGULADORAS E UNIDADE ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INTERPRETAÇÃO FEDERALISTA DA CONSTITUIÇÃO E O CASO DO ESTADO DO CEARÁ;

7. ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS PÚBLICOS NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA;

8. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC: ANÁLISE DA APLICAÇÃO, TRANSITORIEDADE E PERMANÊNCIA DA LEI 12.462/2011;

9. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC): DE SUA ESTRUTURA BASILAR AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE;

10. LIÇÕES PROPEDEÚTICAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO;

11. APLICATIVOS DE INTERMEDIÇÃO DE CONTRATOS PRIVADOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: POR QUE A POLÊMICA CONTINUA?;

12. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA: AS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS, A LIVRE INICIATIVA E ALGUMAS INCOMPATIBILIDADES LEGISLATIVAS;

13. CRISE NO CÁRCERE: A UTILIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO;

14. O PARADOXO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO FATOR LIMITADOR DO CARÁTER ABSOLUTO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELA INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO;

15. BENS PÚBLICOS NO ATACADO E NO VAREJO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO E DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA SOBRE TERRAS PÚBLICAS NA LEI N. 13.465/17;

16. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL;

17. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA.

Como visto, trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões sobre a atividade administrativa e a gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Estamos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos, ainda, os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Porto Alegre (RS) pela hospitaleira acolhida que tivemos na bela e moderna estrutura da UNISINOS - nessa verdadeira maratona de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC

Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA NO  
ACESSO À JUSTIÇA**

**THE PROCEDURAL FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE STATE IN ACCESS  
OF JUSTICE**

**Daniel Barile da Silveira  
Leonardo Gomes Pereira**

**Resumo**

As prerrogativas processuais do Estado só podem se legitimar se conformadas com os ditames de um Estado Democrático de Direito. Utilizando-se do método hipotético dedutivo, a presente pesquisa pretende identificar eventuais situações de desequilíbrio no acesso à justiça que coloquem em xeque os direitos fundamentais processuais quando da presença do Estado como parte processual, de forma que, a partir desta análise, possamos verificar pontos de equilíbrio entre as prerrogativas da Fazenda Pública e os princípios da instrumentalidade, efetividade, cooperação processuais e as novas modalidades de acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais processuais, Fazenda pública, Prerrogativas, Acesso à justiça, Limite dos limites

**Abstract/Resumen/Résumé**

The procedural prerogatives of the State may only be validated when its acts are according to the dictates of a State based on the rule of law. Using the hypothetical-deductive method, this essay intends to identify possible situations of imbalance in access to justice which call the fundamental rights into question when the presence of the State turns into concerning procedure, in a way that, from this analysis, we may be able to check out balance points between the prerogatives of the State and the principles of instrumentality, effectiveness, procedural cooperation and new procedures of access to justice.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Procedural fundamental rights, State, Prerogatives, Access to justice, Limit of limits

## INTRODUÇÃO

O Estado postula e se defende em juízo ou por meios extrajudiciais visando efetivar direitos da coletividade. Nessa atuação, mesmo que diante da cobrança de créditos tributários, não faz sentido que viole direitos dos administrados.

Direitos como os prazos processuais estendidos, protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa, restrições à tutela provisória em seu desfavor e execução pelo procedimento dos precatórios não podem se converter em mecanismos de abuso, transformando as prerrogativas em privilégios indevidos.

Normas processuais que regem processos judiciais e extrajudiciais da Fazenda Pública têm uma maior disciplina em leis extravagantes. Ainda assim, o Código de Processo Civil traz importantes prerrogativas para a atuação fazendária em juízo, como prazos estendidos e a remessa necessária. Leis esparsas trazem sensíveis restrições à concessão de medida liminar e tutela provisória contra a Fazenda Pública, conforme nos revela o art. 1.059 do Código de Processo Civil, ao nos remeter ao estabelecido pelos artigos 1º a 4º da Lei n. 8.437/1992 e ao art. 7º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009, Lei do Mandado de Segurança.

No âmbito administrativo dispõe de relevantes procedimentos como no processo disciplinar ou nos processos preambulares (como a fiscalização fazendária e sindicância), que eventualmente poderão aparelhar uma futura execução fiscal ou outros procedimentos judiciais, como a defesa em uma ação de reintegração de servidor público ou de anulação de ato administrativo.

Quando busca seus créditos em juízo, a Fazenda Pública dispõe de procedimento especial, diferente do regime executivo comum, o procedimento da Execução Fiscal, instituído pela Lei n. 6.830/80. No âmbito extrajudicial, a Lei n. 9.492/97 dispõe sobre o procedimento de protesto de títulos e documentos de dívida, incluindo no rol de títulos protestáveis as Certidões de Dívida Ativa, sendo um eficaz meio coercitivo indireto. O procedimento é utilizado após a regular formação da Certidão de Dívida Ativa, ou seja, exaurido o âmbito administrativo, com os recursos a ele inerentes ou após confissão da dívida pelo próprio devedor. (BRASIL, STJ, 2013)

O instituto dos precatórios, procedimento para pagamento das dívidas judiciais da Fazenda Pública, previsto no art. 100, da Constituição Federal, também é uma importante particularidade em prol do erário público.

Nesse contexto, é necessário analisar qual o nível de aptidão que as prerrogativas fazendárias têm para desequilibrar a relação entre Fazenda e cidadão, de tal forma a violar

direitos fundamentais processuais. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, o objetivo da presente pesquisa é analisar alguns dos principais procedimentos utilizados pela Administração Pública no acesso à justiça e verificar quais os pontos sensíveis em relação ao cidadão e seus direitos.

## **1 A ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA EM JUÍZO E EXTRAJUDICIALMENTE**

O acesso à justiça pode ser visto hoje como a busca pelo direito de uma forma ampla, não apenas em âmbito judicial, mas em cenários extrajudiciais. A Fazenda Pública, ainda com algumas restrições, face ao princípio da indisponibilidade do interesse público, também tem acompanhado essa evolução.

A locução Fazenda Pública sempre foi utilizada classicamente para designar o Estado em juízo, mais especificamente a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações públicas. Empresas públicas e sociedades de economia mista, por serem pessoas jurídicas de direito privado ficam de fora da expressão. No entanto, as que prestam serviço público, por se sujeitarem ao regime jurídico administrativo, também gozarão de algumas prerrogativas em juízo. É o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

As prerrogativas fazendárias em juízo têm lastro no princípio da supremacia do interesse público. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação (PIETRO, 2017, p. 96). Segundo a autora, no que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger: o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público.

Aqui uma distinção é necessária: o interesse público é indisponível. Porém, nem todos os direitos patrimoniais do Estado o são. Por vezes, dispor do patrimônio público prestigia mais o interesse público do que a sua preservação (PIETRO, 2017, p. 1055). E isso é o que legitima a possibilidade de mediação, conciliação e autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

No âmbito extrajudicial, os procedimentos que envolvem a Fazenda Pública, em regra, são os mesmos utilizados para os particulares em geral, pois o estágio da pretensão ou a natureza



da relação jurídica (aquelas em que a Administração atua sem o poder de império) assim permitem. Como exemplo temos o protesto de títulos e os métodos consensuais de resolução de conflitos.

Quando se utiliza da arbitragem, mediação e autocomposição, a Administração Pública está diante de situações em que despida de seu poder de império, atuando como se fosse um particular na gestão de seus negócios. Relembre-se: o interesse público é sempre indisponível, mas os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis (PIETRO, 2017, p. 1052).

Desde que era colônia o Brasil já possuía mecanismos próprios para a execução de crédito fiscais, os quais, com o desenvolvimento da sociedade e do Estado foram se aprimorando.

Nas Ordenações, todos os créditos fiscais eram abrangidos, prestigiando a ação executiva na sua cobrança. [...] O Alvará de 16/12/1774 ordenava proceder executivamente contra os devedores na conformidade dos Regimentos da Fazenda e da Lei do Reino, devendo o juiz mandar passar mandados executivos pelas dívidas que liquidamente constassem dos Livros da Alfândega e, depois de feita a penhora, cabia-lhe remeter os autos aos Superintendente-Geral para proceder de forma sumária, verbalmente e de plano mas tão somente aqueles meios que necessário fossem para o descobrimento da verdade e defesa das partes, dando apelação e agravo para o Juízo dos Feitos da Fazenda. A penhora fazia-se administrativamente pela própria administração ativa (a que fiscaliza, autua e impõe penalidades) e somente depois, na fase recursal, a competência passava para o Juízo. (SZVLAROWSKY, 2003, p. 227)

A supremacia do interesse público sempre deu legitimidade às especiais formas de proteção reservadas ao crédito tributário no Brasil e em diversos ordenamentos jurídicos.

A natureza especial da obrigação tributária e sua importância na atividade do Estado explicam por que todas as legislações se preocupam em assegurar o seu adequado cumprimento. Com este propósito, não só estabelecem normas destinadas a facilitar a arrecadação mediante procedimentos obrigatórios ou por disposições de ordem administrativa, mas também atribuindo ao crédito do Estado uma posição proeminente [...]. (GIULIANI, 1962, p. 519) (tradução nossa)

As normas sobre garantias, privilégios e preferências do crédito tributário são importantes reflexos da posição de supremacia do Estado frente ao contribuinte, dando mais efetividade à preservação do erário. Aliadas ao procedimento executivo fiscal, visam, em última análise, à proteção dos direitos da coletividade e, portanto, dos próprios contribuintes.

Prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, intimação pessoal de seus procuradores e um procedimento de execução fiscal são os principais exemplos de prerrogativas processuais que visam resguardar interesse público quando o Estado está em juízo. A

possibilidade de protesto de certidões de dívida ativa perante os cartórios de protesto de títulos, por sua vez, é exemplo de um novo procedimento (agora extrajudicial), para indução ao pagamento pelo devedor tributário inadimplente.

Doutrina e jurisprudência têm se debruçado em discussões acerca de colisões desses procedimentos e os direitos fundamentais processuais. Eduardo Sabbag critica o atual estado das prerrogativas fazendárias quando se trata de crédito tributário em execução fiscal:

É mister notar, desde logo, que desponta nítido desequilíbrio entre o contribuinte e o Fisco, quanto às garantias e os privilégios do crédito tributário estendidos apenas a este último, desvirtuando o correto balanceamento e a equidade de forças entre as partes, e tendo como resultado o agigantamento do Estado diante do particular. [...] Logo, o patrimônio do particular mostra-se quase integralmente à mercê da sanha arrecadatória do Estado tributante. (SABBAG, 2013, p. 967)

De fato, nas relações estabelecidas concretamente entre os contribuintes e a Fazenda Pública, surgem diversos confrontos com os direitos fundamentais à propriedade, à honra e ao devido processo legal.

## **2 A TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES**

A limitação de direitos individuais em prol do interesse público é aceita nos vários ordenamentos jurídicos modernos. Não seria possível a ordenação da vida em sociedade caso os direitos, mesmo que os fundamentais, fossem considerados absolutos e impassíveis de limitação.

Hoje são raros os direitos protegidos de modo absoluto, podendo ser citados a vedação à tortura como o único exemplo. Nem o direito à vida é protegido de forma absoluta, sendo possível a pena de morte em tempo de guerra e o aborto em situações especiais.

Nesse contexto, há que se analisar qual o núcleo mínimo intangível de cada direito colocando em confronto com outro, a fim de que se proteja um núcleo essencial e sem a completa extirpação de um direito no caso concreto.

Para que haja esse limite máximo à relativização dos direitos, adota-se a chamada Teoria dos Limites dos Limites (*Schranken-Schranken*, do direito alemão), segundo a qual há limitação às restrições de direitos individuais, que são limites imanentes às relações jurídicas em geral, impostas ao legislador, ao administrador e ao judiciário. (MENDES; BRANCO, 2012, p.311)

Há que se estabelecer um núcleo central de proteção dos direitos fundamentais. Ou seja, apesar de praticamente inexistirem direitos absolutos, há um mínimo intangível em todos os

direitos fundamentais. Isso quer dizer que apesar de possível a limitação em prol de algum outro direito no caso concreto, é vedada a aniquilação total do direito.

Nessa toada, as prerrogativas processuais, sejam judiciais, sejam extrajudiciais, da Fazenda Pública, embora embasadas na concretização do interesse público, são direitos do próprio Estado, que estarão em conflito com os direitos fundamentais processuais da outra parte. Não será lícito ao legislador criar prerrogativas processuais que tendam a extirpar direitos fundamentais no seio do processo, a pretexto da concretização do interesse público.

Da mesma forma, os juízes, tribunais, serventias extrajudiciais e demais palcos de acesso à justiça deverão atuar nos processos de acordo com a Teoria dos Limites dos Limites, impedindo o esvaziamento dos direitos processuais. E por fim, quando no exercício da função administrativa, o Estado também deverá observar essa proteção do núcleo essencial dos direitos processuais.

### **3 O ACESSO A INFORMAÇÕES BANCÁRIAS E PATRIMONIAIS DOS CONTRIBUINTES NOS PROCEDIMENTOS DE ÂMBITO ADMINISTRATIVO**

Ao mesmo tempo em que é dotado de direitos fundamentais, o contribuinte possui diversos deveres fundamentais. Dentre eles, alguns se encontram respaldados pelo princípio da solidariedade, como é o caso do dever de recolher tributos, que traz reflexos a toda coletividade.

É lícito à Administração Tributária valer-se de instrumentos de análise e fiscalização patrimonial do contribuinte que viabilizem a efetiva arrecadação. Alguns desses instrumentos têm um grau invasivo acentuado, por mitigar algum direito fundamental sem autorização judicial. São os casos do acesso de dados bancários e do procedimento administrativo de arrolamento fiscal.

Embora previstos em lei, esses instrumentos podem ser tidos como arbitrários, como já foram considerados inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no Recurso Extraordinário 389.808-PR em 2010. Atualmente o entendimento é diferente, como se verá a seguir.

#### **3.1 SIGILO BANCÁRIO - A TRANSFERÊNCIA DO SIGILO DOS BANCOS AO FISCO**

A Lei Complementar n. 105/2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e possibilita que a Administração Pública tenha acesso aos dados bancários do contribuinte, independente de autorização judicial.

A lei prevê que as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A questão foi julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2016 no Recurso Extraordinário n. 601.314-SP. A Corte entendeu que, diante do dever fundamental do contribuinte de pagar tributos, é constitucional a previsão contida no art. 6º, da Lei Complementar n. 105/2001. Ademais, tendo em vista o tratamento sigiloso destes dados pela Administração Tributária, não haveria uma verdadeira “quebra de sigilo”, mas sim uma “transferência do sigilo fiscal para o Fisco”.

Também se considerou que a prática prevista na lei é comum em vários países desenvolvidos e a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado seria um retrocesso diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater ilícitos como lavagem de dinheiro, corrupção, evasão de divisas e para coibir práticas de organizações criminosas. É o caso da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada em 2003, em vigor desde 14 de dezembro de 2005 e, no Brasil, aprovada por meio do decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

O que a Administração não pode perder de vista é a efetiva manutenção do sigilo dos dados bancários contribuinte, em prestígio à proteção da intimidade e segurança jurídica. Assim prevê a lei:

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial. (BRASIL, 2001)

O intuito da lei é legítimo, mas o grau de invasão à intimidade do cidadão é acentuado, podendo se desvirtuar para uma situação de abuso em caso de vazamento de dados dentro dos órgãos da Administração Pública. O abuso da Administração Tributária com a divulgação indevida de dados sigilosos constitui crime e será punido.

### 3.2 O ARROLAMENTO FISCAL EM ÂMBITO FEDERAL

O procedimento administrativo de arrolamento fiscal, previsto na Lei n. 9.532/1997, permite que a autoridade fiscal federal realize um levantamento dos bens dos devedores, a ser eventualmente utilizado para aparelhar um futuro processo de execução fiscal. A fim de acompanhar a evolução e eventual dilapidação patrimonial do devedor tributário nos casos em que o valor dos créditos de sua responsabilidade superar 30% de seu patrimônio conhecido, há a realização de um inventário ou levantamento de bens do contribuinte, conforme estabelecido pelo art. 64 da Lei n. 9.532/1997.

De acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o procedimento é legítimo, embora exista posição doutrinária que entenda violar o devido processo legal, especialmente a igualdade entre as partes, além de, em certa medida, o direito de propriedade.

Segundo algumas vozes, o procedimento violaria o direito ao contraditório e à ampla defesa, por não prever defesa quanto ao expediente de arrolamento (SILVA, 2001, p. 116).

O instituto não se confunde com a medida cautelar fiscal, que ocorre no âmbito jurisdicional e que, se decretada, opera de imediato a indisponibilidade dos bens do requerido, limitado ao valor da obrigação, com comunicação ao registro de imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de bens. (CUNHA, L., 2016, p. 291).

## **4 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA E EFETIVA**

A instrumentalidade do processo está estreitamente vinculada com a efetividade processual, tanto em termos de celeridade quanto em termos de mérito dos pronunciamentos judiciais, com vistas à justiça do caso concreto e ao respeito ao direito fundamental ao processo justo.

Segundo a tradicional concepção deste princípio, as formalidades processuais devem ser observadas, mas eventual vício de forma não tem o condão de anular os atos que atinjam sua finalidade. Além disso, o princípio está ligado à ideia de que o Direito Processual é instrumental, devendo ser adequado às peculiaridades das várias espécies de direitos. Daí se falar em tutelas diferenciadas, devendo o processo ser apto a garantir o direito específico demandado, mediante regras processuais que lhe sejam mais apropriadas.

A Administração Pública se submete ao regime jurídico administrativo, vigorando os princípios da legalidade estrita, da supremacia do interesse público sobre o privado, a presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade dos atos administrativos. Esses princípios e regras se aplicam às relações jurídicas de direito material que envolvam a Fazenda Pública, diferenciando-se das relações em que participam exclusivamente particulares. Assim, o processo judicial ou extrajudicial que envolva a Fazenda Pública, para ser instrumental e efetivo, deve adequar-se a tais preceitos.

Por isso, especialmente no ambiente judicial, existem diversos procedimentos específicos para demandas que envolvam a Fazenda Pública, tais como o mandado de segurança, a ação de desapropriação e a execução fiscal e também há restrições à concessão de liminares e tutelas provisórias à execução em seu desfavor, além das peculiaridades quanto à execução e constrição de seus bens, com o pagamento por precatórios. Tais peculiaridades prestigiam a visão de que processo e procedimento não são fins em si mesmos, mas meios para se tutelar direitos. Visão essa já consolidada no atual estágio de desenvolvimento do direito processual e que pode ser assim sintetizada:

O direito à tutela jurisdicional é exercido mediante a propositura de ação. A ação é direito à tutela adequada e efetiva mediante processo justo. Importa antes de qualquer coisa o ângulo teológico do assunto. A rica literatura formada a respeito do conceito de ação na primeira metade do século XX, principalmente na Itália, portanto, com o advento da fundamentalização do direito de ação, ganha novo significado: o foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício. Vale dizer: ação passa a ser teorizada como meio para prestação da tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos. Trata-se de direção oriunda da consciência de que não basta declarar direitos, importando antes instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos, sem os quais o direito perde qualquer significado em termos de efetiva atuabilidade. (MITIDIERO, 2013, p. 712)

Como visto, a tutela jurisdicional adequada é um dos elementos de um processo justo, sendo que o processo deve se adequar às especificidades do direito material cuja tutela se postula em juízo.

A tutela do interesse público não seria alcançada caso somente fosse disponibilizado as partes um procedimento executivo como a execução por quantia certa contra devedor solvente, já que a dinâmica deste não é apta a tratar do específico direito oriundo da certidão de dívida ativa.

Quando necessita de uma determinada propriedade para a concretização dos direitos da coletividade e a prestação de serviços públicos, o procedimento da desapropriação previsto no Decreto-lei n. 3.365/1941 é o meio que dispõe para a tutela do direito, assim como o

procedimento de Tombamento, previsto pelo Decreto Federal n. 25/1937 é o meio adequado para evitar a descaracterização de bens de relevante valor social.

A promoção de procedimentos específicos em tais situações se coaduna com os ditames de um processo justo. Cada procedimento prestigia a tutela efetiva dos direitos a bem do interesse público.

## **5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO FISCAL**

O sentido mais adequado dado a expressão devido processo legal é o de “processo justo”, que é o processo legal informado por direitos fundamentais processuais. Segundo Daniel Mitidiero (2013, p. 712), devido processo legal é o resultado de uma aplicação proporcional, razoável e com concordância prática dos direitos fundamentais processuais em um dado caso concreto. O devido processo legal, portanto, abrange uma gama de direitos a serem observados, dentre os quais podemos enumerar os principais: tutela jurisdicional adequada e efetiva, condução do processo pelo juiz natural, igualdade e paridade de armas, contraditório, ampla defesa, provas, fundamentação, publicidade, segurança jurídica processual, assistência técnica, assistência jurídica integral e duração razoável.

A dívida ativa da Fazenda Pública é constituída por qualquer valor definido como de natureza tributária ou não tributária pela Lei Federal n. 4.320/1964. O valor devido à Fazenda Pública deve ser inscrito na dívida ativa. Tal inscrição é feita por meio de um procedimento administrativo destinado a apurar a liquidez e a certeza do crédito.

Assim, instaurado o procedimento administrativo, o devedor será notificado para pagar o valor devido ou apresentar suas razões de defesa. Não efetuado o pagamento, não apresentada defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato administrativo de inscrição do valor na dívida ativa, que ensejará na emissão de uma certidão que atesta a certeza e liquidez do débito. Esta certidão, denominada certidão de dívida ativa, constitui o título executivo apto a legitimar a propositura da execução fiscal.

A observância ao devido processo legal é sempre necessária, seja no âmbito administrativo, seja no judicial. James Marins, citando Carnelutti, considera o processo o ambiente em que se deve prestigiar a justiça tributária:

*Do mesmo modo, além deste conjunto de deveres impostos aos contribuintes, se estabelecem também obrigações ao ente estatal às quais correspondem direitos invocáveis pelos particulares com o escopo de “assicurare la giustizia nella applicazione delle leggi tributarie, cioè quella giustizia tributaria, Che è*

*una sottospecie della giustizia amministrativa e si manifesta anzitutto in ciò che si potrebbe chiamare l'assaggio preventivo del fondamento della pretesa tributaria; appunto, quanto diminuisce il numero delle pretese infondate, tanto si affievolisce il pericolo della lite". São, Portanto, tais órgãos tributários mecanismos de realização da justiça tributária. Isto se realiza através da concreção de algumas garantias individuais ainda na fase de aplicação da norma tributária, como o contraditório e a impugnação através de controle hierárquico (sindacato gerarchico). (MARINS, 2014, p. 47)*

O crédito fazendário, apesar de ter a seu favor garantias, privilégios, preferências e um especial procedimento executivo, sofre do mesmo mal que acomete o crédito em geral: a dificuldade em ser recuperado.

Por demanda do Conselho Nacional de Justiça, o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada –, realizou pesquisa entre novembro de 2009 e fevereiro de 2011, divulgada em janeiro de 2012, revelando que, em regra, as execuções fiscais ou fracassam absolutamente ou recuperam integralmente o débito, e a taxa de êxito do executado, via embargos ou exceção de pré-executividade, chega a 22,5%. (BRASIL, IPEA, 2012)

Diante desses dados, percebe-se que as prerrogativas de que dispõe a Fazenda Pública nem sempre são suficientes para o sucesso da busca por seus créditos. Limitado por dificuldades financeiras de um lado e por sujeições procedimentais de outro, o Estado tenta otimizar ao máximo o exercício das garantias, privilégios e preferências do crédito e das prerrogativas processuais de que dispõe na busca do crédito junto ao patrimônio do devedor.

A possibilidade de oposição de embargos à execução (art. 16, da Lei n. 6.830/80) confere ao executado a oportunidade de contraditório. Em que pese não se trate de uma defesa dentro do próprio processo e se constitua numa ação autônoma, funciona como meio de defesa e poderá resultar na improcedência da execução fiscal. Por ser uma ação autônoma é classificada como uma defesa heterotópica.

Com os embargos à execução prestigia-se a cooperação processual e a bilateralidade das alegações, permitindo ao executado um mínimo de influência na formação do convencimento do juiz, promovendo as condições para a formação de um devido processo legal.

Para a oposição de embargos, no entanto, diferente do que corre na execução prevista no Código de Processo Civil, é necessário garantir o juízo (art. 16, §1º, da Lei n. 6.830/1980). A restrição, apesar de colocar o executado em uma situação mais gravosa em relação ao procedimento de execução ordinário, é razoável, pois visa a proteção do erário público e, por consequência, dos direitos da coletividade.

O ajuizamento da execução fiscal, segundo o art. 46, § 5º, da Lei n. 13.105/2015, será no foro do domicílio do réu ou no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. Tal



regra de competência denota um equilíbrio entre o interesse público e a possibilidade de defesa do executado, consentâneo do devido processo legal.

## **6 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E À PARIDADE DE ARMAS**

Um processo que conte com a participação da Fazenda Pública como parte inevitavelmente se conformará a suas prerrogativas processuais. Prazo em dobro para manifestações, remessa necessária e sujeição ao regime de precatórios são exemplos de institutos que, visando resguardar o interesse público, colocam aquele que litiga contra a Fazenda em uma situação processualmente menos vantajosa.

Marinoni (2013, p. 720) afirma que a norma de direito fundamental, ao instituir valor, e deste modo influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Afirma, ainda, que, quando se fala nas eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, deseja-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações sobre os particulares.

Existe eficácia vertical na vinculação do legislador, do administrador e do juiz. Há eficácia horizontal – também chamada de eficácia privada - nas relações entre particulares.

As diferenças de tratamento previstas em lei devem decorrer de razões justificáveis e ser sustentadas pela razoabilidade. O princípio da isonomia está previsto no art. 139, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo norma cogente, na medida em que atribui ao juiz o dever de assegurar às partes um tratamento isonômico. Em verdade, o que se exige do juiz é que confira às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de influenciar no seu convencimento.

Com base na isonomia e no prestígio à paridade de armas, há quem questione a constitucionalidade de algumas das prerrogativas conferidas à Fazenda no processo. Regra geral, não parece haver qualquer óbice à sua existência, consoante se passa à análise dos conceitos de igualdade formal e igualdade material:

A igualdade no processo tem de ser analisada sob duas perspectivas distintas. Na primeira, importa ter presente a distinção entre igualdade perante a legislação (igualdade formal) e igualdade na legislação (igualdade material). Na segunda, é preciso ressaltar a diferença entre igualdade no processo e igualdade pelo processo- igualdade diante do resultado da aplicação da legislação no processo.

A igualdade na legislação pressupõe a inexistência de distinções arbitrárias no seu conteúdo. A distinção tem de ser feita de forma racional pelo legislador.

É claro que a igualdade “ não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações”, já que “senão aquilo que é igual deve ser tratado igualmente”. O problema da igualdade na legislação, portanto, está na utilização de critérios legítimos para distinção entre pessoas e situações no processo. É vedada, em outras palavras, a existência de “distinções arbitrárias”na legislação, isto é, realizadas sem finalidade legítima (“legitimate purpose”). (MITIDIERO, 2013, p. 724)

A presença da Fazenda Pública em juízo traz consigo importantes premissas que regem o Direito Público. Decorre do princípio da prevalência do interesse coletivo frente ao privado, da indisponibilidade do interesse público e da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, a qual se mostra de forma muito clara na hipótese de revelia da Fazenda Pública. Nesse caso, o efeito material não se operará, de modo que não haverá a presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor. Caberá a este, portanto, demonstrar e comprovar as alegações contidas em sua petição inicial. Não o fazendo, mediante a produção de qualquer prova, só restará a consequência da improcedência da demanda. (CUNHA, L., 2016, p. 96)

Embora se justifique o tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública, importante sempre se ter em vista a gama de direitos fundamentais processuais que devem ser observados.

Na hipótese de colisão entre os direitos envolvidos, o vetor da razoabilidade deverá sempre pautar a escolha do caminho a ser trilhado, de forma que o direito do cidadão em juízo não reste violado. A eventual mitigação de um direito processual poderá se mostrar razoável na necessidade de se proteger o erário, mas de forma que não haja o total sacrifício de um direito fundamental processual.

Campo fértil para análise do direito à igualdade no processo está no processo civil em que o Poder Público figura como parte. Ressalta aí a utilização - absolutamente indevida - pelo legislador do processo como estratégia de poder governamental. Embora se possa pensar em situações em que é possível justificar legitimamente a discriminação entre o Estado e o particular no processo, como, por exemplo, na previsão de prazos processuais diferenciados (art. 188 do CPC), dado o elevado volume de trabalho forense acometido à advocacia pública, a diferenciação normalmente realizada o é sem qualquer critério legítimo, sendo inconstitucional por ofensa à igualdade e à paridade de armas. (MITIDIERO, 2013, p. 725)

Quando se fala em paridade de armas, algumas prerrogativas da Fazenda Pública ainda têm sido muito questionadas por doutrinadores reconhecidos. É o caso da suspensão da segurança no curso da ação do mandado de segurança quando, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento

do respectivo recurso poderá suspender a execução da liminar e da sentença. Segundo a doutrina de Daniel Mitidiero:

Dois exemplos de privilégios injustificados do Poder Público no processo:(i) [...] (ii) suspensão de segurança (arts. 15 da Lei 12.016/2009, 12, par. 1º, da Lei 7.347/1985, 16 da Lei 9.507/1997, 25 da Lei 8.038/1990 e 4º da Lei 8.437/1992). São exemplos de quebras de igualdade sem qualquer critério legítimo de justificação. São flagrantemente inconstitucionais.

O legislador, ao prever a suspensão de segurança como instituto ligado tão somente à defesa do Poder Público em juízo, viola a igualdade e a paridade de armas no processo. O núcleo duro do direito à paridade de armas está em que ambas as partes têm de ter as mesmas oportunidades e dispor dos mesmos meios para obtenção da tutela jurisdicional. Ao prever a suspensão de segurança como meio de tutela exclusiva do Poder Público, o legislador supõe que apenas a ação do particular é capaz de promover grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia. É perfeitamente possível, no entanto, que seja necessária suspensão de segurança a favor do particular para proteção da ordem, da saúde, da segurança e da economia. A previsão do instituto da suspensão de segurança tão somente a favor do Poder Público é inconstitucional. (MITIDIERO, 2013, p. 726)

A crítica da doutrina, no entanto, mais uma vez sucumbe ao interesse público. A Lei n. 12.016/2009, utilizando-se de termos jurídicos indeterminados (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), deixa a análise e o enquadramento a estas situações para a decisão fundamentada do julgador, que promoverá o devido sopesamento dos direitos submetidos à apreciação.

## **7 A COOPERAÇÃO NO PROCESSO**

Quando o particular atua em juízo contra a Fazenda Pública, ele se vê duplamente submetido a um poder estatal, embora de diferentes aspectos. Primeiramente por se submeter ao Estado-juiz para a resolução do conflito judicial. Em segundo lugar porque no polo processual oposto estará a Fazenda Pública. Dessa forma, além da necessidade de imparcialidade do juiz, surge no processo a necessidade da cooperação processual.

O juiz será mais um agente estatal envolvido na lide – que já conta com a Fazenda Pública litigante –, e deverá tornar o processo um terreno afeito a concretização de direitos fundamentais processuais.

A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo. A doutrina é tranquila a respeito do assunto.

O dever de esclarecimento constitui “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenham sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo.” O de prevenção, o dever de órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, o “dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. (MITIDIERO, 2013, p. 711)

O processo cooperativo pressupõe um equilíbrio na atuação das partes, com atuação pautada pelo respeito à boa-fé e lealdade processuais. Deve ser promovido, antes de tudo, pelo próprio juiz (também pelo árbitro, conciliador, mediador, tabelião ou registrador), a quem cabe conduzir o deslinde do feito com o máximo aspecto colaborativo.

Alguns doutrinadores duvidam acerca da colaboração entre as partes, quando suas pretensões são antagônicas, sustentando que a organização de um processo cooperativo refere-se à colaboração do juiz para com as partes. Essa não é a melhor interpretação no atual estágio de desenvolvimento social. A todos recai o dever de cooperação e nada menos do que isso se espera. É claro que esse dever será ainda mais importante quanto à atuação do juiz, o qual irá proferir sua decisão pautado pelo que permitiu ou impediu que ocorresse durante o feito.

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “ comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo. (MITIDIERO, 2011, p. 81)

Os deveres de esclarecimento e de consulta às partes derivam do princípio da cooperação e são manifestamente necessários quando um particular litiga com a Fazenda Pública. É preciso garantir ao particular a possibilidade de influenciar a decisão do juízo. A “dupla submissão” do particular ao poder estatal, o que filosoficamente se poderia cogitar como um gerador de vulnerabilidade, coloca em evidência esse importante papel atribuído ao juiz.

No atual Código de Processo Civil, o dever de cooperação (e seu sinônimo colaboração) vem expressamente previsto:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Há tempos já sendo debatido e buscado, agora o princípio da cooperação vem expresso na Lei n. 11.105/2015, evidenciando a necessidade de colaboração das partes para o deslinde do feito e para a efetividade processual.

Frise-se que com a crescente atuação extrajudicial na solução de litígios, como feito da ampliação da noção de acesso à justiça, atenuam-se os questionamentos sobre a possível parcialidade que se cogitaria da atuação de um juiz, por ser órgão do Poder estatal. Notários e registradores são particulares em colaboração com o poder público, não são servidores públicos nem pertencem à estrutura de algum dos Poderes do Estado. Da mesma forma árbitros, conciliadores e mediadores.

## 7.1 O RECONHECIMENTO DO PEDIDO DO AUTOR PELA FAZENDA PÚBLICA

Ligada ao princípio da colaboração, surge a questão da possibilidade ou não do reconhecimento do pedido do autor quando a Fazenda Pública está em juízo como ré.

Tradicionalmente esse debate esbarra indisponibilidade do interesse público. No entanto, por vezes é manifesto o direito do autor, tratando-se de visível ilegalidade decorrente de ação ou omissão do poder público. Nesses casos, não há se falar em proteção do interesse público a impedir o reconhecimento do direito. “Se não há direito em favor do Poder Público, não se pode falar em interesse público, justamente porque atender ao interesse público é cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado”. (CUNHA, L., 2016, p. 93)

Daí a possibilidade – e mais do que isso, a necessidade – da Fazenda Pública em reconhecer o direito do autor. E essa conduta ultrapassa as barreiras do princípio da colaboração. Perpassa os princípios da moralidade, eficiência, economicidade, solidariedade e, por vezes, da dignidade humana.

Alguns requisitos são necessários para o reconhecimento do direito, quais sejam, prévio processo administrativo para averiguação e conclusão de que não há razão na defesa a ser apresentada; prévia autorização da autoridade administrativa; fiscalização pelos órgãos de controle (por exemplo, o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas); e respeito ao princípio da isonomia, tratando casos idênticos da mesma maneira. (CUNHA, L., 2016, p. 93)

## 7.2 A FAZENDA PÚBLICA E OS NOVOS CONTORNOS DO PROCESSO CIVIL: O SISTEMA MULTIPORTAS E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A atuação da Administração Pública está ligada ao Princípio da legalidade estrita, segundo o qual ao administrador só é dado fazer o que a lei autoriza. Esta premissa parecia ser um entrave para a possibilidade da utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, quais sejam, a arbitragem, a mediação e a conciliação. Sempre se costumou relacionar a ideia de meio alternativo com a relativização da proteção ao interesse público.

Sempre com a preocupação no princípio da legalidade, algumas leis específicas começaram a tratar do tema na esfera pública. No fim da década de noventa começaram a surgir previsões da utilização da arbitragem nos contratos de concessão e permissão de serviço público para dirimir eventuais conflitos que surgissem no decorrer da contratação entre Administração e empresas concessionárias, como a lei que criou a ANATEL (Lei n.9.472/1997) e a Lei n. 10.233/2001, que dispõe sobre os transportes aquaviários e terrestres, cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes.

Com a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, abriu-se ainda mais a discussão acerca do tema e começou-se a trabalhar muito mais a ideia de meios alternativos - ou meios integrados – em todos os âmbitos, inclusive na esfera pública. O Novo Código de Processo Civil e a Lei n. 13.140/2015 trazem, com força inédita no direito brasileiro, a busca da consolidação do sistema de justiça multiportas, ou seja, aquele que se vale de meios diversos do tradicional modelo de jurisdição, em busca da solução de conflitos e resolução de disputas. Há o claro intuito de consolidar uma onda que vem sendo semeada desde o final do século XX.

O CPC de 2015 e a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) consagram a chamada justiça multiportas ou o modelo multiportas de justiça, que se vale de diversas técnicas, como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, não como métodos alternativos, mas como métodos integrados de solução de conflitos ou de resolução de disputas. É como se a parte entrasse no átrio do fórum e encontrasse diversas portas, cada uma com uma técnica ou mecanismo destinado a resolver cada tipo de controvérsia, inclusive a própria jurisdição estatal. (FREIRE; CUNHA, M., 2017, p. 42)

A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), com a alteração dada pela Lei n. 13.129/2015, passou a prever a arbitragem para o Poder Público, nos termos do art. 1º, §1º: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Como bem lembra Cunha (2016, p. 648), a lei fez questão de ressaltar a necessidade de se adaptar a arbitragem ao princípio da publicidade, inerente aos atos do poder público. Se a arbitragem foi concebida para ser sigilosa, e aí ela se mostra muito útil para disputas empresariais, por outro lado esse caráter deve ser afastado quando se aplica o instituto à Fazenda Pública.

O princípio da publicidade é norteador da atuação administrativa e sua mitigação é excepcional. Assim foi concebida a alteração da Lei de Arbitragem, em seu art. 2º, §3º: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

O Código de Processo Civil trouxe previsão bem parecida com a que foi estabelecida pelo art. 32, da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015):

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:  
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;  
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;  
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (BRASIL, 2015)

Com nítida valorização do consenso e atuação proativa das partes, o Código de Processo Civil previu negócios jurídicos processuais com maior abrangência do que os previstos no Código de Processo Civil de 1973. Assim, prevê no seu art. 190 que, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Além disso, o art. 191 estabelece a composição de um calendário para a prática de atos processuais: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. (BRASIL, 2015)

A atuação da Fazenda em Juízo vem sendo nitidamente temperada pelos novos contornos dessa justiça consensual promovida pelos meios alternativos de resolução de conflitos. Tal decorre do desenvolvimento da sociedade proporcionado pelo aumento da responsabilidade social e acentuação da consciência e solidariedade dos atores comunitários.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em razão da tutela do interesse público, a Fazenda Pública possui condição diferenciada para atuação em juízo. As vantagens processuais conferidas se revestem em prerrogativas, não em privilégios, eis que fundadas no razoável, atendendo efetivamente, ao princípio da igualdade em seu sentido aristotélico, tratando-se os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

O Estado, que cobra dos administrados e por vezes adentra em seu patrimônio, estará legitimado se cumprir seus próprios deveres, entre os quais se encontra o respeito aos direitos fundamentais, notadamente o direito à propriedade, à honra e ao devido processo legal.

Em que pese alguma doutrina entenda que, aparentemente, as prerrogativas se mostram demasiadas, seu fundamento é legítimo. Não haveria efetividade processual nem se protegeria o regime jurídico administrativo caso a Fazenda Pública atuasse em juízo como um particular.

Apesar do particular se ver sujeito a diversas prerrogativas fazendárias, viu-se que o ordenamento jurídico não ampara o abuso de direito e que a Teoria dos Limites dos Limites enseja a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não há que se falar em uma total sujeição às prerrogativas. O juiz, o legislador e o administrador público devem primar pelo equilíbrio entre os sujeitos processuais, de forma que o direito do particular não reste aniquilado, embora o regime jurídico administrativo necessite de guarida especial.

Viu-se que as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil, semeadas durante o século XX, especialmente as normas fundamentais e as que promovem o chamado “sistema multiportas” e as novas formas de acesso à justiça acarretam uma mudança de paradigmas no direito processual civil, as quais só foram possíveis com o desenvolvimento de uma nova mentalidade social e do próprio Estado, o qual também deve primar pela preservação do Estado Democrático de Direito, por meio do respeito ao princípio da paridade de armas, colaboração processual e pelo prestígio ao sistema multiportas.

Nesse cenário cresce a utilização de procedimentos no âmbito das serventias extrajudiciais, como os Tabelionatos de Protestos, que se mostram menos custosos, mais efetivos e mais céleres do que a Execução Fiscal, sem se descuidar dos direitos fundamentais dos administrados.

O interesse público deixa de ser visto como sinônimo do interesse da estrutura burocrática e começa a ser reinterpretado com vistas ao equilíbrio e a partir de uma análise global do ordenamento jurídico.

Há uma forte tendência a reinterpretações das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo e uma constante análise face aos direitos fundamentais, especialmente no que se refere à proteção do seu núcleo essencial. Em um curto espaço de tempo, espera-se estar fazendo um balanço positivo da consolidação do que parece ser uma justiça mais colaborativa e menos litigiosa quando da sua presença em juízo.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada**. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Comunicados do IPEA n. 127. Brasília, jan 2012. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/120104\\_comunicadoipea127ppt.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/120104_comunicadoipea127ppt.pdf)>. Acesso em: 9 set 2018
- BRASIL. Lei n. 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 09 set 2018.
- BRASIL. **Lei Complementar n. 105/2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm)>. Acesso em: 09 set 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.126.515-PR**. Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 03 dez 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900420648&dt\\_publicacao=16/12/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900420648&dt_publicacao=16/12/2013)> Acesso em: 9 set 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; CUNHA, Maurício Ferreira. **Novo Código de Processo Civil**. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.
- GIULIANI, Carlos M. Fanrouge. **Derecho Financiero**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1962.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 7 ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SZVLAROWSKY, Leon Frejda. Execução Fiscal. **Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 17 p. 227-230, 2003.