



A Recomendação CNJ nº 120/21 e as audiências de conciliação ou mediação: motivação, cabimento e expectativas.

The Recommendation CNJ n. 120/21 and the conciliation or mediation hearing: motivation, feasibility and expectations.

Lucas Gasparete dos Reis Carvalho¹

Resumo

Este artigo apresenta o atual cenário do contencioso tributário no Brasil e sugere que a promoção da consensualidade pode ser um caminho para a melhora do ambiente de negócios. São indicados alguns instrumentos criados nos últimos anos, destacando-se a recente Recomendação CNJ nº 120/21. Entre as medidas propostas pelo CNJ, aprofundou-se a orientação aos integrantes do Poder Judiciário para não dispensar a audiência de conciliação e mediação prevista no art. 334 do CPC. Este artigo defende que é cabível a autocomposição entre a Fazenda Pública e contribuintes na referida audiência, sobretudo naqueles casos que dependam do exame da verdade material.

Palavras Chave

Contencioso Tributário – Consensualidade – Audiência - Conciliação

Abstract

This paper presents the Brazilian tax litigation scenario and suggest that promotion of consensual framework may be a way to improve business environment. It also addresses the legal instruments that have been created in recent years, giving special attention to the Recommendation CNJ nº 120/21. This article focusses on the recommendation to the members of the judiciary for not dismissing the conciliation or mediation hearings set forth in Civil Procedure Code. This paper claims that is legally possible to obtain an agreement between Treasury and taxpayers on said hearing, mainly in those cases that depends on the analysis of facts.

Keywords

Tax Litigation - Consensualism – Conciliation and Mediation Hearings

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Advogado. E-mail: lucasgasparete@gmail.com



1. Introdução

É senso comum que o Brasil precisa de uma ampla reforma tributária que torne o sistema mais racional, evite a sobreposição de tributos, contenha fórmulas menos complexas para aproveitamento de créditos e redução de obrigações acessórias.

No entanto, outro aspecto que merece atenção é alta litigiosidade na área tributária, marcada pela imperatividade da Administração Pública e pelos escassos canais de comunicação com o contribuinte, ambos amparados em uma suposta impossibilidade de desenvolvimento de relações mais consensuais nesse ramo do direito.

Esse cenário, contudo, vem sendo alterado gradualmente. A valorização da consensualidade em todos os ramos alcança aos poucos o direito tributário, dando origem a instrumentos jurídicos louváveis como os negócios jurídicos processuais firmados com as Fazendas Públicas e a transação tributária, regulamentada no âmbito federal e em muitos outros entes federativos.

O passo mais recente para o aprimoramento do relacionamento entre a Fazenda Pública e contribuintes foi dado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que em 28.10.2021, aprovou a Recomendação CNJ nº 120/21 que, a despeito da controvérsia quanto a seu grau de vinculação, recomenda o tratamento adequado de conflitos de natureza tributária, quando possível pela via da autocomposição.¹

Este artigo examinará a referida Recomendação nº 120/21, conferindo especial atenção à orientação aos magistrados para não dispensarem a realização de audiências de conciliação e mediação prevista no art. 334, salvo se a Administração Pública indicar expressamente a impossibilidade legal de autocomposição ou apresentar motivação específica para a dispensa do ato.

¹ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-07/opinio-recomendacao-cnj-autocomposicao-tributaria>. Acesso em 08.05.2022



Essa questão será abordada da seguinte forma neste artigo. Após essa pequena introdução, será feita uma breve análise do atual contexto do contencioso tributário e seu impacto para a economia. Em seguida, serão apresentados instrumentos recentemente desenvolvidos como alternativas ao alto número de litígios. Na seção seguinte, serão expostos os procedimentos iniciados pelo CNJ e as orientações constantes da Recomendação CNJ ° 120/21. Por fim, após uma seção específica sobre a viabilidade das referidas audiências no âmbito tributário, serão apresentadas as respectivas conclusões.

2. Do contencioso tributário e dos efeitos para a economia

É conhecida a informação de que o Brasil usualmente ocupa as posições inferiores do ranking Doing Business, o qual avalia as dificuldades para se fazer negócio em 190 países do mundo à luz de diversos aspectos como obtenção de licenças, acesso a crédito, segurança jurídica. No ano de 2020, o país foi classificado na 124ª posição, atrás de Chile, Colômbia, Peru e Uruguai, para restringir a comparação aos países sul-americanos.²

Contudo, é na seção relativa à facilidade para pagamento de tributos que o Brasil obtém a pior posição. Somos o 184º colocado nesse ranking, superando apenas República do Congo, Bolívia, República Centro Africana, Chade, Venezuela e Somália.

Com efeito, a sobreposição de tributos, a imposição de inúmeras obrigações acessórias e a complexidade da legislação têm por consequência – além da degradação do ambiente de negócios – a formação de um contencioso tributário de enormes proporções, que congestionam os órgãos administrativos e os tribunais do país.

Nesse particular, a pesquisa Justiça em Números 2021, produzida pelo CNJ com dados do ano base 2020, apontou que o Poder Judiciário contava com acervo de 75 milhões de processos ativos, destacando-se, desse total, o volume de aproximadamente 26 milhões de execuções fiscais.³

² Disponível em <https://documents1.worldbank.org/curated/en/688761571934946384/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies.pdf>. Acesso em 08.05.2022

³ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 08.05.2022



Esses números, entretanto, não correspondem à totalidade do contencioso tributário do país, seja porque parte relevante dos litígios ainda está em discussão na fase administrativa, seja porque, no âmbito judicial, muitos questionamentos se dão por meio de mandados de segurança, ações ordinárias e medidas cautelares.

Por sua vez, em termos monetários, na Pesquisa Contencioso tributário no Brasil Relatório 2020 - Ano de referência 2019, publicada pelo INSPER, estimou-se que o contencioso tributário no país alcançou a expressiva quantia de R\$ 5,44 trilhões naquele ano.⁴ Para efeitos de comparação, o PIB brasileiro daquele mesmo ano foi de R\$ 7,389 trilhões.⁵

É preciso ter em mente que não são apenas as sucessivas alterações legislativas que causam insegurança tributária, mas também as diferentes interpretações conferidas pelas autoridades, pela jurisprudência e até mesmo pelos próprios contribuintes (NIEMANN, 2007). E, nesse passo, embora haja poucas pesquisas empíricas sobre o assunto, é razoável presumir que a incerteza do ambiente tributário prejudica os investimentos a serem realizados.⁶

Assim, para o melhor desenvolvimento do país é essencial que seja dada atenção a mecanismos de redução de litigiosidade, destacando-se nesse estudo a necessidade de maior utilização de mecanismos que comportem uma relação consensual de conflitos. Por essa razão, é salutar a recomendação de Toffoli e Peres (2020, p. 52) para que seja dada maior atenção a métodos alternativos na seara tributária:

“A racionalização deve contemplar todas as esferas estatais. Não há fundamento válido, por exemplo, para a propositura automática de execuções fiscais, que superam 30 milhões de processos, sem qualquer exame da via judicial e com desprezo de outras medidas oferecidas pelo ordenamento à recuperação do crédito, no que se

⁴ Disponível em https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf. Acesso em 08.05.2022

⁵ Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-11/ibge-pib-cresceu-12-em-2019-chegando-r-7389-trilhoes>. Acesso em 08.05.2022

⁶ FMI; OCDE. Tax Certainty 2017: IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-report-oecd-imf-reportg20-finance-ministers-march-2017.pdf>.

inclui a transação tributária, prevista no art. 171 do Código Tributário Nacional, a qual vem sendo regulamentada timidamente pelos entes federativos”.

Esse caminho se torna ainda mais promissor quando se verifica que a já mencionada pesquisa Justiça em Números do CNJ identificou que, no ano de 2020, foram proferidas “2.426.027 de sentenças homologatórias de acordos pelos juízes e juízas no Brasil, ou 9,9% dos solucionados por meio da conciliação. Considerando apenas a fase de conhecimento, a taxa sobe para 15,8%.”⁷ Os números de 2020 são inferiores aos dos anos anteriores, possivelmente em razão da suspensão de prazos processuais e dificuldades para agendamento de audiências em decorrência da pandemia da COVID-19.⁸

A pesquisa não segrega os dados da conciliação por matéria, de forma que não é possível identificar o índice referente aos processos tributários. Todavia, considerando o atual estágio do contencioso tributário, este artigo apoia-se na premissa de que o número de acordos firmados em matéria fiscal é muito baixo.

3. Dos recentes instrumentos criados para a solução de controvérsias

É preciso reconhecer que nos últimos anos foram tomadas algumas medidas com o objetivo de promover um ambiente tributário mais consensual. Neste estudo, citaremos duas das mais recentes, ressaltando-se que ainda não existem dados que comprovem que as medidas são suficientes para solucionar o estado de congestionamento do contencioso tributário.

Com efeito, como aponta DINIZ (2021), a tendência de desjudicialização e utilização de meios alternativos de conflitos foi alçada à condição de *norma fundamental* pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que, em seu art. 3º⁹, incumbiu ao Estado, sempre que possível, promover a solução consensual de conflitos, inclusive no âmbito do processo judicial.

⁷ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 08.05.2022

⁸ Em termos de comparação, os índices de conciliação em 2019, foi de 12,5%. Em 2018, foi de 12,7%.

⁹ “Art. 3º (...) § 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.”



Assim, com fundamento no art. 190 do CPC/15¹⁰ e 19, § 13º, da Lei nº 10.522/02¹¹, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) editou a Portaria PGFN nº 742/18, que estabeleceu os procedimentos para celebração de negócio jurídico processual no âmbito daquele órgão para fins de equacionamento dos débitos inscritos em dívida ativa. A iniciativa permite que as partes celebrem acordos relativos a questões como calendarização da execução fiscal, plano de amortização de débitos, oferecimento de garantias e modo de constrição ou alienação dos bens.

Contudo, o fato é que o programa tem seu alcance reduzido pelo art. 1º, § 1º, da referida portaria que determina expressamente que “*é vedada a celebração de NJP que reduza o montante dos créditos inscritos ou implique renúncia às garantias e privilégios do crédito tributário*”. Nessas condições, portanto, o negócio jurídico processual parece destinado a resolver questões procedimentais, como aquelas envolvendo contribuintes que tenham contra si diversas execuções fiscais tratando da mesma matéria, que tenham dificuldades para garantir os débitos executados ou efetuar o pagamento nos moldes dos programas de parcelamento existentes.

Por outro lado, a medida mais promissora tomada até o momento foi a edição da Lei nº 13.988/20, que após quase 54 anos de espera, estabeleceu procedimentos para celebração da transação prevista no art. 171 do Código Tributário Nacional.

De fato, dados do relatório de pesquisa sobre a transação tributária produzido pelo Insper mostram que houve grande adesão por parte dos contribuintes aos editais de transação propostos pela PGFN entre dezembro de 2019 e junho de 2021 alcançado o total de 325.839 transações e a negociação do valor de R\$ 48.772.786.263,19.¹²

¹⁰ “Art. 190 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, antes ou durante o processo. (...)”

¹¹ “Art. 19. (...) § 13. Sem prejuízo do disposto no § 12 deste artigo, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional regulamentará a celebração de negócios jurídicos processuais em seu âmbito de atuação, inclusive na cobrança administrativa ou judicial da dívida ativa da União.”

¹² Disponível em https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/11/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Relat%C3%B3rio_Avan%C3%A7os-e-N%C3%BAmeros-da-Transa%C3%A7%C3%A3o-Tribut%C3%A1ria-no-Brasil.pdf. Acesso em 08.05.2022



Todavia, embora a utilização da transação por adesão possa ser considerada um sucesso, o fato é que na modalidade de transação individual, na qual os mecanismos de consensualidade seriam mais visíveis, o resultado ainda não é o mesmo. Segundo dados do Portal da Transação disponibilizado pela PGFN, até o momento da elaboração deste artigo, haviam sido celebradas apenas 103 transações individuais em todo o país.¹³

Algumas das razões para o lento desenvolvimento da transação individual podem ser a rigidez do procedimento, o excesso de documentos, a obrigatoriedade de incluir todas os débitos inscritos em dívida ativa em aberto e uma sistemática voltada à concessão de planos de amortização e não propriamente à construção de um ambiente consensual.

4. Da Recomendação CNJ nº 120/21

No ano de 2020, o CNJ iniciou diversos projetos com o intuito de oferecer alternativas para o aprimoramento do contencioso tributário no Brasil:

(a) em 01.10.2020, a Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica solicitou a realização do Projeto “Eficiência e Efetividade da Justiça Tributária no Brasil” para promoção de análise do contencioso judicial e administrativo tributário brasileiro, com foco em alternativas na redução do número de conflitos judiciais tributários. Esse pedido deu origem a um edital para contratação de instituição para diagnóstico do contencioso judicial, do qual sagrou-se vencedor o Insper;¹⁴

(b) em 24.11.2020, o CNJ e a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) firmaram o Termo de Cooperação Técnica nº 43/2020, com o objetivo de desenvolver pesquisas e atividades voltadas à eficácia e a eficiência do contencioso tributário administrativo e judicial pelo prazo inicial de 24 (vinte e quatro) meses. Esse estudo vem sendo realizado em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento;¹⁵

¹³ Disponível em <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-transacao-individual>. Acesso em 01.05.2022

¹⁴ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/contrato_05_2021.pdf. Acesso em 08.05.2022

¹⁵ <https://www.cnj.jus.br/parceria-prepara-diagnostico-do-contencioso-fiscal-do-pais/>. Acesso em 08.05.2022





(c) em 18.01.2021, foi instituído o Comitê de Apoio Técnico à realização de Diagnóstico do Contencioso Tributário administrativo e judicial e à elaboração de estudos e pareceres técnicos sobre a ampliação da eficácia e efetividade do referido contencioso, subdivididos em três comitês (geral, judicial e administrativo) e cujos resultados deveriam ser apresentados ao CNJ, à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e PGFN. Entre os objetivos do referido Comitê de Apoio Técnico, destacam-se o diagnóstico do tempo médio de um processo tributário e dos principais gargalos no sistema processual tributário e a sugestão de normas e procedimentos para aprimoramento do contencioso tributário; e

(d) em 10.02.2022, foi disponibilizado pelo CNJ o relatório final elaborado pelo INSPER com o resultado da pesquisa a “A Efetividade do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro”.¹⁶

Em paralelo a esses estudos, em 27.08.2021, o Presidente do CNJ, Ministro Luiz Fux, editou a Portaria nº 206 no qual ressalta que vigora no país um microssistema normativo de métodos adequados de tratamento de conflitos composto pelo Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.140 (Lei de Mediação), Lei nº 13.988/2020 (Lei da Transação Tributária) e pela Resolução CNJ no 125/2010, além de dispositivos do Código Tributário Nacional (art. 156, III, e art. 171) que preveem a transação como instrumento de resolução de litígios tributários.

Considerando esse contexto e a necessidade de pacificação social e efetividade ao contencioso tributário, portanto, o Presidente do CNJ instituiu na mesma portaria, grupo de trabalho para auxiliar na implementação da autocomposição tributária no Poder Judiciário, o qual foi composto por representantes do Poder Judiciário, do próprio CNJ, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Secretarias de Fazenda Municipais, Procuradorias Estaduais, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do Banco Interamericano de Desenvolvimento.

¹⁶ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>. Acesso em 08.05.2022



As conclusões do grupo de trabalho criado pela Portaria nº 206/21 foram levadas em mesa para a pauta do Plenário do CNJ de 22.10.2021, nos termos do art. 102, §1º do Regimento Interno do CNJ, que prevê essa possibilidade nos casos de relevância, urgência ou conveniência.¹⁷

Na referida sessão de julgamento, o Plenário do CNJ concluiu em seu voto que:

“Diante dos números das execuções fiscais e das ações tributárias, anualmente divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do relatório Justiça em números, mostra-se urgente a mudança na relação entre Fisco e contribuinte, fundada no pressuposto da consensualidade. (...)

A solução dos processos tributários por meio de mecanismos de autocomposição desdobra-se em duplo benefício. De um lado, garante-se a isonomia e segurança jurídica ao tratamento de demandas repetitivas que tratam da temática, beneficiando os contribuintes. De outro, ampliam-se as fontes de receitas públicas para as unidades federativas”. (...)

Consolida-se, assim, a imperiosa edição da Recomendação deste Conselho Nacional de Justiça para que se efetive a autocomposição tributária no âmbito do Poder Judiciário, que, embora prevista em normativos esparsos, já encontra previsão entre nós.

Trata-se de uma mudança paradigmática ainda em curso, um anseio não só do Poder Judiciário, mas de toda a Administração Pública. (...)

Notou-se, com base nas reuniões do referido Grupo de Trabalho, ser uníssona a vontade de se estimular a solução consensual das controvérsias tributárias. O interesse em priorizar a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem ou a transação tributária, com vistas a garantir tramitação mais célere e uniforme dos processos, é um movimento que permeia todas as esferas, sendo, também, um movimento global, do qual o Brasil não pode e não deve ficar na contramão. (...)”

Dessa forma, aprovou-se a Recomendação CNJ nº 120/21 com as seguintes orientações aos integrantes do Poder Judiciário:

¹⁷ “Art. 120. As pautas do Plenário serão organizadas pela Secretaria Geral, com aprovação da Presidência, encaminhando-se previamente aos Conselheiros os dados pertinentes aos pontos incluídos em pauta. § 1º Poderão ser apresentados em mesa, pela relevância, urgência ou conveniência, assuntos que não se encontrem inscritos na pauta da sessão.”



(a) estimular a negociação, conciliação, mediação ou transação tributária, observados os princípios da Administração Pública e as condições, critérios e limites estabelecidos nas leis e demais atos normativos das unidades da Federação, bem como a celebração de convenções processuais, o uso da arbitragem (quando autorizado por lei) –, e a submissão de proposta de transação às sociedades que tiverem o processamento de recuperação judicial deferido;

(b) não dispensar a audiência prevista no art. 334 do CPC nas demandas que versem sobre direito tributário, salvo se a Administração Pública indicar expressamente a impossibilidade legal de autocomposição ou apresentar motivação específica para dispensa do ato;

(c) a especialização de varas especializadas com competência exclusiva para processar e julgar demandas tributárias antiexacionais, com o objetivo de garantir tramitação mais célere e tratamento isonômico;

(d) a celebração de protocolos institucionais com os entes públicos para disponibilização dos parâmetros para autocomposição tributária e realização da audiência prevista no art. 334 do CPC, a ampla divulgação de editais de transação e outras espécies de autocomposição, a otimização de fluxos, rotinas e intercâmbio de informações

(e) a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos Tributários (CEJUSC Tributário) para questões pré-processuais ou demandas já ajuizadas, cujo funcionamento deverá se dar preferencialmente digital ou por meio de sistema informatizado para solução de conflitos, contar com a participação de mediadores e conciliadores especializados que atuarão em observância ao disposto no CTN, na Lei nº 13.988/2020, na Lei nº 13.140/2015, na legislação de cada ente federativo e na Recomendação CNJ nº 125/10;

(f) constatada a ocorrência de demandas repetitivas, informar ao CEJUSC Tributário, instaurar incidente de resolução de demandas repetitivas, suspender processos, atuar

em cooperação jurisdicional e sugerir à advocacia pública temas para serem objeto de transação ou desistência.

5. Da mudança de paradigma na resolução de conflitos tributários e a audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC

A Recomendação CNJ nº 120/21 representa uma mudança de paradigma no direito tributário brasileiro, pois a autocomposição deixa de ser um método alternativo de solução de conflitos para ser o primeiro item da caixa de ferramentas do magistrado. A prioridade deixa de ser uma intervenção heterônoma e passa a ser a construção de uma solução consensual entre as partes.

É certo que diversos outros chamados à consensualidade já foram feitos pela doutrina e pelo próprio Poder Judiciário, mas é preciso destacar que a Recomendação CNJ nº 120/21 traz medidas concretas a esse fim como a implementação dos CEJUSC Tributários e a recomendação para que os magistrados não dispensem a realização de audiência de conciliação e de mediação prevista no art. 334 do CPC/15. Esta última, é o objeto principal deste artigo.

Com efeito, o referido art. 334 do CPC dispõe que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação¹⁸:

“Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

¹⁸ A mediação é entendida como mecanismo para obtenção de autocomposição em que um terceiro imparcial facilita a comunicação, fazendo com que as próprias partes cheguem a uma solução. Por sua vez, a conciliação é promovida por um terceiro facilitador que sugere opções e estimula as partes à celebrarem um acordo. (TONIN, 2019).



§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

(...)

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.”

Note-se que, ainda na vigência do CPC/73, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que *“as causas de natureza tributária, por envolverem questões eminentemente de direito, não exigem, via de regra, a realização de audiência preliminar, comportando o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, I, do CPC. Nesses casos, deve o juiz conhecer diretamente do pedido, em nome dos princípios da celeridade e da economia processuais”*.¹⁹

E que, após o referido julgamento, todos os Tribunais Regionais Federais proferiram decisões rejeitando a realização de audiências de conciliação e de mediação em matéria tributária, sob o fundamento de que seria vedada a autocomposição em razão da indisponibilidade do interesse público.²⁰

Pelo contexto delineado acima, a Recomendação CNJ nº 120/21 tem o efeito inicial, portanto, de chamar a questão a ordem, isto é, esclarecer aos magistrados e à sociedade a posição do CNJ de que, a princípio, é sim possível a autocomposição em matéria tributária, não sendo possível sua recusa caso haja interesse das partes em sua realização.

¹⁹ REsp 591.965/RS, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 10.04.2006

²⁰ Entre outros, citem-se: TRF da 1ª Região: Agravo de Instrumento nº 0049376-38.2000.4.01.9199, relator Desembargador Wilson Alves de Souza, julgado em 30.07.2013, TRF da 2ª Região: Agravo de Instrumento nº 0100009-45.2018.4.02.0000, relator Desembargador Teophilo Antonio Miguel Filho, julgado em 28.06.2018, TRF da 3ª Região: Agravo de Instrumento nº 0000605-62.2016.4.03.0000, relator Desembargador Hélio Nogueira, julgado em 21.06.2016, TRF da 4ª Região: Agravo de Instrumento nº 5044157-57.2019.4.04.0000, relator Juiz Federal Convocado Luiz Carlos Cervi, julgado em 05.02.2020 e TRF da 5ª Região: 00108886620114050000, relator Desembargador Rubens de Mendonça Canuto, julgado em 27.09.2011.



Como se verifica das decisões anteriormente citadas, a posição daqueles que rejeitam a possibilidade de autocomposição em matéria tributária está fundamentada na concepção histórica de indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público, aqui representada pela doutrina de MELLO (2015), que o considera verdadeiro axioma do direito público, o qual proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, de forma que sendo os interesses qualificados como da coletividade não se encontram à livre disposição de quem quer que seja.

Não obstante, em que pese toda a contribuição do referido autor para o direito brasileiro e o fato de que sua posição continua a ser prestigiada em algumas decisões judiciais, a realidade é que teoria que legitima a atuação imperativa da Administração Pública com base nos referidos princípios tem sido flexibilizada pela doutrina administrativista moderna.

Com efeito, como ressalta BINENBOJM (2014), a ideia da existência de um interesse público inconfundível e superior aos interesses da Administração Pública e de seus ocupantes não resiste à emergência do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, assim como a posição de prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais não é compatível com uma Constituição com sistema aberto de princípios articulada por uma lógica de ponderação proporcional.

Por essa razão, MEDAUAR (2021, p. 139) fazendo referência ao princípio da indisponibilidade do interesse público, afirma que

“não se mostra adequado invocar tal princípio como impedimento à realização de acordos, à utilização de práticas consensuais (...) o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses.”

No atual contexto constitucional, sobretudo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, a atuação da Administração Pública deve sempre observar o princípio da eficiência, compreendido como a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de defini-la, uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos determinados pelo ordenamento jurídico,



privilegiando assim uma legalidade finalística e material e não uma legalidade meramente formal e abstrata (PALMA, 2015)

A atuação administrativa consensual passa a ser entendida como técnica de gestão administrativa, isto é, um dos meios para satisfação das finalidades públicas de que a Administração Pública pode dispor. A celebração de acordo passa a ser uma opção de escolha, sujeita a ponderação de eficiência com o então dominante ato imperativo e unilateral (PALMA, 2015).

Retornando à seara exclusivamente tributária, ressalte-se que, ao largo da discussão sobre a possibilidade de a Fazenda Pública abrir mão de direitos supostamente indisponíveis, o fato é que são inúmeros os casos em que uma demanda tributária poderia ser solucionada em audiência de conciliação. Como exemplo, citem-se aquelas que envolvem a cobrança de tributo em duplicidade, erro de preenchimento de obrigações acessórias, pagamentos não reconhecidos pelas autoridades públicas, controvérsias sobre substância econômica de operações comerciais, entre outras.

Nesse sentido, confira-se também a posição de TONIN (2019, p. 205) sobre a autocomposição em matéria tributária:

“(...) Isso poderia ocorrer em hipóteses como de tributo quitado (inclusive com registro no Cadin, protestou ou certidão positiva, quando alegação seja de pagamento da dívida que ensejou a restrição, com o respectivo comprovante), imunidade ou isenção tributária, erro no lançamento, homonímia, etc. Uma vez comprovadas essas situações e reconhecidas administrativamente, não haveria motivo para recusa à autocomposição.

Neste cenário, é recomendável à Fazenda Pública, ao reconhecer a procedência do pedido, propor a conciliação, visando a diminuição do ônus ao erário mediante acordo para extinguir a dívida, enquanto o autor abre mão das custas, despesas e honorários advocatícios de sucumbência, bem como de danos morais, quando for o caso.

Na ótica dos incentivos, é importante considerar a economia que pode ser gerada pelos acordos, além dos custos relacionados à imagem da Administração. (...)”



Dessa forma, a Recomendação CNJ nº 120/21 tem o potencial de promover o desenvolvimento de uma relação mais consensual entre a Fazenda Pública e os contribuintes. Ainda que essas audiências possam ser inicialmente infrutíferas, a transformação de um contexto de litigiosidade para um cenário de consensualidade demanda que seus instrumentos sejam usados diuturnamente e não apenas em eventos pontuais (DALDICE e TAKAHASHI, 2020).

6. Conclusão

Este artigo procurou demonstrar que um dos caminhos para a melhora do ambiente de negócios é a promoção de uma relação mais consensual entre Fazenda Pública e contribuintes.

Alguns instrumentos foram criados nos últimos anos para esse fim e a tentativa mais recente para reduzir a litigiosidade tributária foi dada pelo CNJ ao editar a Recomendação nº 120/21 com uma série de medidas para a concretização desse objetivo.

Este estudou aprofundou-se sobre uma das alternativas propostas pelo CNJ: a realização de audiências de conciliação e de mediação prevista no art. 334 do CPC, que usualmente são rejeitadas pelos Tribunais do país sob a justificativa de que a Fazenda Pública não pode dispor do crédito tributário.

Na perspectiva apresentada por este artigo, os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia da Administração Pública não podem servir de fundamento para impedir a autocomposição em matéria tributária, caso as partes tenham interesse em sua celebração.

Considerando-se os bons resultados da promoção da consensualidade em outras áreas do direito, acredita-se que a realização das audiências em matéria tributária poderia, especialmente em hipóteses envolvendo questões fáticas, ajudar a reduzir o volume de litígios tributários e estabelecer caminhos para uma relação mais cooperativa entre Fazenda Pública e contribuintes. Esses resultados, contudo, poderão ser melhor analisados em pesquisas empíricas sobre os efeitos da Recomendação CNJ nº 120/21 a serem realizadas futuramente.



Referências bibliográficas

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32ª edição. Malheiros Editores. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Renovar. 3ª edição. 2014

MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. Fórum. 22ª edição. 2021

ARAGÃO, A. S. de.. O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo, 237. 2004

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública. Editora Malheiros. 2015

TONIN, Maurício Moraes. Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução de Conflitos envolvendo o Poder Público. Ed. Almedina. 2019

Santana, Daldice. Takahashi, Bruno. A transformação de conflitos com o Poder Público: uma proposta. In Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público. Ávila, Henrique e outros. Ed. Revista dos Tribunais. 2020

Diniz, Geila Lúcia Barreto Barbosa Diniz. A Transação na Lei nº 13.988/2020. O novo modelo de solução de conflitos tributários e suas interações com o sistema de precedentes do CPC/15. In Comentários sobre a Transação Tributária. À luz da Lei nº 13.988/20 e outras alternativas da extinção do passivo tributário. Ed. Revista dos Tribunais. 2021

Niemann, Rainer, The Impact of Tax Uncertainty on Irreversible Investment (August 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1005583> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1005583>





FMI; OCDE. Tax Certainty 2017: IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-report-oecd-imf-reportg20-finance-ministers-march-2017.pdf>. Acesso em 08.05.2022

Toffoli, José Antonio Dias e Peres, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a Constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. In Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público. Ávila, Henrique e outros. Ed. Revista dos Tribunais. 2020

<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-transacao-individual>. Acesso em 08.05.2022

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/contrato_05_2021.pdf. Acesso em 08.05.2022

<https://www.cnj.jus.br/parceria-prepara-diagnostico-do-contencioso-fiscal-do-pais/>. Acesso em 08.05.2022

https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/11/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Relat%C3%B3rio_Avan%C3%A7o-s-e-N%C3%BAmeros-da-Transa%C3%A7%C3%A3o-Tribut%C3%A1ria-no-Brasil.pdf. Acesso em 08.05.2022

<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 08.05.2022

<https://www.conjur.com.br/2021-nov-07/opinioao-recomendacao-cnj-autocomposicao-tributaria>. Acesso em 08.05.2022

https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-11/ibge-pib-cresceu-12-em-2019-chegando-r-7389-trilhoes>



