

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A BUSCA PELO PROCESSO JUSTO

Valter de Souza Lobato¹

Vinícius Andre de Oliveira Soares²

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de investigar as maneiras com que a celebração de negócios jurídicos processuais, em matéria tributária, pelos sujeitos da relação jurídica processual, pode apresentar-se como uma poderosa ferramenta para a solução de parte dos problemas verificados no atual contencioso tributário judicial brasileiro.³

Será necessário, primeiro de tudo, relatar pesquisas empíricas que oferecem um dimensionamento da magnitude dos problemas hoje enfrentados pelo contencioso tributário judicial no país. Após isso, caberá tecer breves considerações sobre o novo paradigma do processo civil brasileiro. Esses apontamentos serão essenciais para que, na sequência, compreenda-se bem os contornos dos negócios jurídicos processuais (nas matérias em geral, sem ainda descer-se à matéria tributária) e, também, para que se compreenda o sentido em que se pode dizer que tais negócios processuais são capazes de promover um processo justo.

Aprofundando, será então o momento de descer-se ao estudo dos negócios jurídicos processuais especificamente em matéria tributária (especialmente no atinente às execuções fiscais). Tal aprofundamento mostra-se necessário, porquanto a matéria tributária, dadas as suas peculiaridades, oferece complicações adicionais. Será necessário atingir a constatação de que os negócios processuais não esbarram em impedimentos incontornáveis na matéria tributária, podendo ser aplicados, contanto que tomados os devidos cuidados para seu controle neste subsistema. Na sequência, será comentado brevemente o tratamento infralegal que tem sido dispensado aos negócios processuais em matéria tributária.

¹ Professor de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT). Coordenador da Liga Acadêmica de Direito Financeiro e Tributário da UFMG. Advogado e Consultor.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diretor acadêmico-científico da Liga Acadêmica de Direito Financeiro e Tributário da UFMG. Pesquisador.

³ Um dos autores do presente, em outra oportunidade, já tangenciou o tema. Ver LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Tiago Conde; ALMEIDA, Rafael Caldeira. Transação tributária e negócio jurídico processual. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. (Org.). **Transação e arbitragem tributárias**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, v. 2, p. 79-95.

Tudo isso para concluir que a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, em matéria tributária, apresenta-se como um valioso meio de se promover a justiça do processo na medida em que prestigia a instrumentalidade e a efetividade da tutela jurisdicional, a celeridade processual e, ainda, o princípio da cooperação e a confiança nas relações jurídicas processuais.

2. CENÁRIO DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Como um dos autores do presente já observou em outra oportunidade⁴, o contencioso tributário brasileiro (judicial e administrativo), segundo os dados mais recentes do Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER)⁵, alcança o aterrador importe de 5,44 trilhões de reais.

Trata-se de situação sem paralelo em nações minimamente competitivas. Em relação à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), por exemplo, o contencioso administrativo médio é de 0,28% do PIB. Na América Latina (excluindo o Brasil) a mediana fica em 0,19% do PIB. No Brasil, apenas o contencioso tributário administrativo federal está em 15,9% do PIB.⁶

Por consequência lógica, níveis elevados de contencioso tributário são sintomáticos de insegurança jurídica e, ao mesmo tempo, ajudam a agravá-la. Se as discussões administrativas e judiciais se avolumam, é certo que a confiança sistêmica é mitigada, pois a relação entre contribuinte e fisco passa a se resolver pelo litígio e pela desconfiança.

De relevo as contribuições da DERZI⁷, firme em LUHMANN, para quem a confiança sistêmica representa não mera esperança, mas expectativa confiável (neste caso, no Estado). É que, para a autora, somente a manutenção da confiança, da segurança e das estabilidades nas relações sociais pode fazer com que o Direito sobreviva; que as relações sociais sobrevivam.

Níveis elevados de contencioso tributário demonstram que os atores (contribuintes e Estado) do sistema estão em permanente desacordo sobre a sua própria aplicação e

⁴ LOBATO, Valter de Souza; FONSECA, Pedro Henrique Esteves. O contencioso tributário brasileiro do diagnóstico à reforma do sistema processual: relações institucionais tributárias e compliance. In: BOSSA, Gisele Barra; CARMIGNANI, Zabetta Macarini; BRIGAGÃO, Gustavo; TORRES, Heleno Taveira. (Org.). **Cooperative compliance e medidas de redução do contencioso tributário: das boas práticas à criminalização de condutas**. 1.ed. São Paulo: Almedina, 2022, v., p. 215-234.

⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2020 – Ano de Referência 2019**. Brasília: CNJ, 2020.

⁶ Ibidem.

⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Editora Noeses, 2009, p. 48.

interpretação. Não é o desacordo, *per se*, que fragiliza a confiança sistêmica, mas o conjunto persistente de litígios, de duração desarrazoada, sem pacificação judicial.

Especificamente sobre o contencioso tributário judicial, o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), por demanda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), produziu valiosa radiografia. No *Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro - 5ª Edição*⁸, o instituto busca responder 74 perguntas, agrupadas em 12 hipóteses. Vejam os dados essenciais para o deslinde deste trabalho, especialmente aqueles tocantes às execuções fiscais.

A partir da análise do fluxo e das etapas de tramitação dos processos tributários existentes no sistema judicial brasileiro, foi possível identificar que o tempo médio de tramitação das execuções fiscais é de 771 dias⁹, com tempo médio de 201 dias entre o ajuizamento e o despacho inicial, de 508 dias entre o ajuizamento e a penhora e de 218 dias entre a penhora e a expropriação dos bens.

Constatou-se, ainda, a baixa efetividade do instituto da penhora de bens nas execuções fiscais, aclarando que apenas 0,5% das inscrições em dívida ativa da União estão integralmente garantidas e, se considerado o valor exigido, apenas 12% foi integralmente garantido.

Ainda no que toca à efetividade das execuções fiscais, importa destacar que apenas em 2% destes feitos ocorre a expropriação de bens, à proporção que ocorre a decretação de indisponibilidade de bens em 12,6% delas e apenas 9% são julgadas extintas pela satisfação do débito.

A partir da análise dos meios de defesa, denotou-se que os embargos à execução fiscal representam 5,4% dos processos judiciais tributários, dos quais 8,2% foram precedidos por exceção de pré-executividade - o que, tendencialmente, indica a baixa utilização das exceções, por estreito que é o seu cabimento.

Não obstante, foi possível inferir também que 22% das exceções de pré-executividade com mérito apreciado foram julgadas procedentes em primeira instância. Corretamente, constata-se que, como “as EPE’S veiculam matérias cognoscíveis de ofício ou que não demandam dilação probatória, são processos que poderiam ter sido evitados caso houvesse meios de diálogo entre as partes, na esfera administrativa, sem a provocação do Judiciário”.¹⁰

⁸ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro: relatório final de pesquisa**. Brasília: CNJ, 2022.

⁹ O dado contrasta com a pesquisa Justiça em Números do CNJ, que identificou trâmite alargado em 8 anos e 1 mês. Ver: BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números: 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

¹⁰ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro: relatório final de pesquisa**. Brasília: CNJ, 2022, p. 287.

Enfim, fica claro a inaceitável morosidade e inefetividade que o sistema processual tem apresentado na tentativa de solucionar litígios de fundo tributário. Não raro, chega-se ao cúmulo de os recursos despendidos superarem os valores discutidos, podendo a solução judicial não se mostrar interessante nem para o Fisco, nem para o contribuinte.

3. O NOVO PARADIGMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O processo civil brasileiro, alinhando-se à tendência global de superação da visão liberal herdada do século XIX, têm passado, nos últimos anos, por um intenso movimento reformador. Foi nesse contexto que foi editado o Novo Código de Processo Civil (NCPC). Longe de ater-se à valorização das formas, a nova de codificação mostra-se atenta ao resultado prático da resposta jurisdicional. Assume-se o compromisso com a celeridade processual e com uma justiça humanizada, e utiliza-se dos expedientes da desburocratização do processo e do prestígio a meios alternativos de solução de conflitos, na lição de THEODORO JR.¹¹

Ganham destaque a instrumentalidade e a efetividade do processo. Estes dois conceitos entrelaçam-se, pois, “para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento”.¹² A ideia é que de pouco adianta a serviência cega e irrestrita às formas, ao procedimento previsto em lei, se, ao final, não se estiver garantindo aos litigantes o direito a que fazem jus no plano material. É claro que não se deve chegar ao extremo de negar-se qualquer importância às formas, o que não se mostraria consentâneo com a necessidade de segurança jurídica no desenrolar do processo. As formas, antes, passam a se justificar na medida (e somente na medida) em que garantam “o adequado debate em contraditório e com ampla defesa”.¹³

Atento à concepção instrumental do processo, o legislador fez incluir no NCPC disposições que repudiam o rigorismo na observância das formas, por assim dizer. Na análise aguda de THEODORO JR.¹⁴, pode-se citar (i) o art. 277, que estatui que, “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”; o art. 282, § 1º, que reza que o ato de pronunciamento de nulidade “não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte”; (iii) o art. 282, § 2º, onde se lê que, “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil - Vol. 1.** 58.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. i.

¹² Idem, p. i.

¹³ Idem, p. i.

¹⁴ Idem, p. i.

da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”; e (iv) o art. 283, que prevê que “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais”.

Importante ter-se em mente que tais disposições não esgotam o sentido da concepção instrumental do processo. Consistem, apenas, em hipóteses típicas de aplicação da instrumentalidade (que podem dela deduzidas) que o legislador houve por bem fixar. Como ainda será visto, há, inclusive, uma maneira de os próprios sujeitos componentes da relação jurídica processual, tendo em vista a instrumentalidade e a efetividade da prestação jurisdicional, virem a suplantar os procedimentos previstos em lei.

Já não se mostra mais suficiente falar em devido processo legal. É necessário ir além e buscar-se o processo justo.¹⁵ Entende-se por processo justo “aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.¹⁶ Vê-se que somente atentando-se à instrumentalidade e à efetividade do processo e, portanto, repensando-se a importância das formas no processo, é que se pode garantir um processo justo.

Cumprir notar que a promoção da justiça no processo não pode significar a aceitação de que valores externos ao sistema jurídico sejam tidos em conta. Aportes de outros sistemas que não o jurídico são bem-vindos, mas somente por obra do legislador, “selecionados e filtrados pelos conversores internos, em operações fechadas às heterodeterminações externas”¹⁷ (fechamento operacional e abertura cognoscitiva do sistema jurídico, como em LUHMANN¹⁸). Isso sob pena de o Direito misturar-se com outros ambientes e, assim, tornar-se imprestável para a planificação de comportamentos, como bem alerta DERZI.¹⁹

Portanto, a justiça a ser promovida no processo não pode ser outra, senão aquela encerrada no próprio ordenamento, de forma que “justo e injusto medem-se, no processo, pelos padrões objetivos próprios do direito, e não pela ótica subjetiva e intimista da moral”.²⁰ Acerta ÁVILA quando pontua que tais padrões objetivos identificam-se com os deveres de

¹⁵ Idem, p. i.

¹⁶ Idem, p. i.

¹⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Rev. Fac. Direito UFMG, Número especial em memória do Prof. Washington Peluso**, p. 327-352, 2013, p. 344.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Santiago: Anthropos, 1996.

¹⁹ DERZI, Misabel. Justiça Prospectiva no Imposto sobre a Renda. In: **Revista Internacional de Direito Tributário** n. 05, ABRADT. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil - Vol. 1**. 58.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. i.

proporcionalidade e de razoabilidade (consecutórios, respectivamente, dos princípios da liberdade e da igualdade), “que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado e justo”.²¹

Enfim, pode-se dizer que processo justo é aquele que, pautando-se por critérios de justiça encerrados no próprio ordenamento, atenta-se à instrumentalidade e à efetividade do processo, de modo que a tutela jurisdicional satisfaça o direito existente no plano material. É o que se exige do processo justo, ao menos num plano material.²²

Já num plano procedimental, como alerta THEODORO JR., requer-se que o processo consagre: “a) o direito de acesso à Justiça; b) o direito de defesa; c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes; d) a independência e a imparcialidade do juiz; e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional”.²³ Por ora, chama-se atenção para duas dessas exigências, que serão especialmente relevantes para o deslinde deste trabalho.

Primeiro, sobre a exigência da garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional. Atento a essa exigência, o poder constituinte derivado reformador fez incluir, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição, onde se lê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ora, como já visto, no plano material, requer-se que o processo seja efetivo. Acontece que se, no plano procedimental, não for assegurada a duração razoável do processo, não se chegando tempestivamente à tutela jurisdicional, então não se poderá falar em efetividade e tampouco em justeza da tutela. Mesmo que as exigências do direito material pareçam ter sido atendidas, elas na verdade não o terão sido, porquanto a oportunidade temporal da solução do conflito importa para a satisfação das exigências do direito material. “Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça”.²⁴

²¹ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de processo**, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil - Vol. 1**. 58.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. i.

²³ Idem, p. i.

²⁴ Idem, p. i.

Segundo, sobre a exigência do contraditório e da “paridade de armas” (processuais) entre as partes. Se, antes, para poder-se dizer atendido o contraditório, era suficiente que as partes fossem ouvidas previamente ao pronunciamento judicial sobre questões a serem decididas, hoje tal requisito não é mais bastante, em face do modelo de processo erigido pela Constituição de 1988. O contraditório há de ser pleno e efetivo, sendo indispensável que “o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado”.²⁵

O legislador processual implementou o contraditório por meio de três dispositivos, que devem ser lidos conjuntamente: os arts. 7º, 9º e 10 do CPC²⁶, como lembrou THEODORO JR.²⁷ O primeiro predica que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Trata-se de consagração da igualdade. E, como leciona KLAUS TIPKE, “a igualdade, que se distingue da identidade, é sempre relativa. O que é completamente igual é idêntico. O princípio de que o igual deve ser tratado igualmente não quer dizer idêntico, mas relativamente igual”.²⁸ O aludido art. 7º, então, é melhor compreendido como um comando para que, no bojo do processo estruturado em contraditório, confira-se tratamento desigual às partes na medida em que elas se desigualem (relativamente a algo, como, *v.g.*, à capacidade econômica).

A propósito - e isto é da maior importância -, saliente-se a impropriedade do termo “paridade de armas”, uma vez que remete a uma visão combativa de processo. Se, antes, a cooperação entre os sujeitos do processo era algo dependente de sua boa vontade, com o advento do NCPC, tornou-se norma princípio do ordenamento, a nortear o desenrolar do processo em todas as suas fases. Reza o art. 6º do *codex* que “todos os sujeitos do processo

²⁵ *Idem*, p. i.

²⁶ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil - Vol. 1**. 58.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. i.

²⁸ TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário. **Estudos em homenagem ao Profº Ruy Barbosa Nogueira**, Brandão Machado Coord. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 515/527, p. 519.

devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Eis o chamado “princípio cooperativo”.

É nesse contexto paradigmático de um processo justo, *i.e.*, atento à necessidade de instrumentalidade e efetividade, além de célere, estruturado em contraditório pleno e efetivo e, ainda, cooperativo, que o legislador processual previu a possibilidade de pactuação, pelos sujeitos do processo, de negócios jurídicos processuais.

4. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1. DEFINIÇÃO E REQUISITOS

Na melhor definição de DIDIER JR., “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”. Aduzem MARINONI, ARENHART e MITIDIERO que se deve entender por *contratualização do processo* “todos os acordos realizados na pendência de um processo judicial que disciplinam o modo como o magistrado deverá conduzir a tramitação da causa visando à prestação da tutela jurisdicional”.²⁹

Importante ter-se claro que a celebração de negócio jurídico processual não consiste, em si, em meio alternativo de solução de conflito (ainda que possa com eles ser cumulada, como ainda se verá), como vem dizendo irrefletidamente parte da doutrina. Isso porque, quando se diz “meio alternativo de solução de conflito” neste contexto, alude-se a meios de solução alternativos ao judicial (às demais “portas” do sistema multiportas), o que não é cogitado, tratando-se de negócio processual. É certo que os negócios processuais proporcionam muitas das benesses comumente reconhecidas aos meios alternativos de solução de conflitos, como cooperação e celeridade, mas acontece que, diferentemente deles, atuam sobre normas procedimentais do processo e, portanto, sobre a própria relação jurídica processual, mesmo que tenham sido celebrados previamente à sua formação ou mesmo administrativamente (o que são possibilidades, como ainda será visto).

O Código de Processo Civil de 1973 já trazia a previsão do que podia-se chamar de negócios jurídicos processuais típicos, como (i) no art. 111, que previa que as partes poderiam

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil - Vol. 1 - Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 524.

“modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações”; e (ii) no art. 333, que possibilitava a distribuição do ônus da prova de maneira diversa à estipulada legalmente, desde que a convenção não recaísse “sobre direito indisponível da parte” ou, então, tornasse “difícil a uma parte o exercício do direito”; entre outros.³⁰

Contudo, foi somente com a previsão do art. 190 do NCPC que as partes passaram a dispor de maior criatividade na celebração de tais negócios, podendo ir além das hipóteses típicas, *i.e.*, contempladas por expressa previsão legal. São exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos: “acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo para superação de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico”³¹ etc.

PAULO MENDES bem ilustra a que vem o aludido dispositivo:

O endereço de tais inovações parece ser bem claro: proporcionar adequação e tempestividade processuais. Adequação, pois o processo civil deve ser apto a dar respostas idôneas de acordo com as peculiaridades da relação substancial em julgamento. (...) Tempestividade, pois um dos grandes males com que o processo civil se depara atualmente é a excessiva morosidade, muitas vezes decorrente de incidentes desnecessários que geram um tempo patológico até a solução da demanda.³²

Lê-se no dispositivo 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, antes ou durante o processo”. Saltam aos olhos três requisitos que o dispositivo traz para a sua aplicação.

Em primeiro lugar, o negócio processual será possível se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição. Por mais que o objeto do negócio jurídico processual não seja o direito do plano material, senão apenas as normas procedimentais, o legislador processual não ignorou que tais negócios podem “acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes”.³³

³⁰ FRATINI, Danielle Eugenne Migoto Ferrari. **Negócio jurídico processual em matéria tributária no Estado de São Paulo**. Orientador: Juliana Furtado Costa Araujo. 2022. 110 f. Dissertação (mestrado profissional em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2022, p. 16. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/32781/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Danielle%20EugenneMigotoFerrariFratini.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

³¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 430.

³² DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais. Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 1**. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v., p. 417-444. Pp. 425-426.

³³ Idem, p. 437.

Sendo esta a razão de ser do dispositivo no ordenamento, por assim dizer, é de se perguntar sobre a razoabilidade de levar este primeiro requisito às suas últimas consequências.

Uma interpretação teleológica do dispositivo é bem-vinda, de forma que, se tomados os devidos cuidados para que não se influa de maneira relevante na solução do mérito, nada obsta a celebração de negócios processuais em processos cujo direito de fundo não admita autocomposição. Nem se diga que uma tal interpretação estaria a extrapolar as possibilidades semânticas do dispositivo, pois em momento algum ele a rechaça expressamente. Isto sem contar que a própria possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, muito mais do que depender do art. 190, parece decorrer do próprio modelo de processo insculpido no NCPC (justo, efetivo, célere, contraditorial e cooperativo).

Seja como for, tenha-se em mente que a questão de saber se o direito de fundo admite ou não autocomposição não se confunde com a questão de ser ele indisponível ou não. Na lição de DIDIER JR., “o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos”.³⁴ No mesmo sentido, PASSO CABRAL:

A indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade.³⁵

Em coerência com esta constatação, foi editado o Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que registra que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Em segundo lugar, as partes devem ser plenamente capazes. Este requisito não oferece maiores dificuldades, cabendo apenas comentar que o negócio jurídico processual, negócio jurídico que é, insere-se na teoria geral do negócio jurídico. Assim, no plano da validade, mais do que a parte ser capaz, deve o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável, além de o negócio possuir forma prescrita ou não defesa em lei, sob pena de nulidade.³⁶ Não havendo forma prescrita em lei para os negócios jurídicos processuais atípicos, percebe-se que a sua forma é livre. Nada impede, ademais, que se cogite da aplicação dos vícios dos negócios

³⁴ Idem, p. 438.

³⁵ PASSO CABRAL, A. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais. Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 1.** 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v., p. 541-558. Pp. 550-551.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil.** Revisão e atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. 32.ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 411 e ss.

jurídicos, ou mesmo da resolução ou revisão do negócio (arts. 478 e 479 do CC/02, respectivamente), se constatada onerosidade excessiva.³⁷

Em terceiro e último lugar, o objeto da convenção das partes deve adstringir-se aos seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Evidente que seja assim: da mesma forma que não se pode alienar bem pertencente a terceiro, não podem as partes dispor de ônus, poder, faculdade ou dever processual que não seja seu. Assim é que não é dado às partes dispor sobre poderes do juiz ou, visto de outro ângulo, sobre “matéria de ordem pública inerente à função judicante”.³⁸

Ademais, é digna de nota a menção do art. 190 a que o negócio jurídico processual pode ser celebrado “antes ou durante o processo”. Se antes do processo, a única possibilidade que se abre é a de o negócio ser firmado pela via administrativa ou na fase de inscrição em Dívida Ativa, por exemplo. Se durante, tanto poderá o negócio ser firmado administrativa como judicialmente.³⁹ Em todo caso, é imperioso que o negócio jurídico se refira a um processo judicial, pois o objeto da convenção será sempre norma procedimental do processo, como já visto. Sobre a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais pela via administrativa, observou FRATINI que, “em que pesem, na maioria das vezes, os embates serem expostos nos autos judiciais, demandando-se a presença do Magistrado para intervir e instaurar um contraditório sobre a questão controvertida, é possível e até mesmo desejável que as partes entrem em acordo sobre o procedimento a ser adotado sem a necessidade da intervenção judicial, de forma consensual na seara administrativa”.⁴⁰

Por fim, é de se atentar a que, embora o art. 190 limite-se a mencionar que “é lícito às partes” celebrar negócio jurídico processual atípico, nada impede que também o juiz figure como parte no negócio. Tal possibilidade existe para determinados negócios processuais típicos, como a fixação de calendário processual (art. 191, NCPC) e a organização compartilhada do processo (art. 357, § 3º, NCPC).⁴¹ Já no plano dos negócios processuais atípicos, nada obsta esta mesma possibilidade, até porque, muito pelo contrário de haver

³⁷ Idem, p. 442.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil - Vol. 1**. 58.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. i.

³⁹ FRATINI, Danielle Eugenne Migoto Ferrari. **Negócio jurídico processual em matéria tributária no Estado de São Paulo**. Orientador: Juliana Furtado Costa Araujo. 2022. 110 f. Dissertação (mestrado profissional em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2022, pp. 29 e ss. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/32781/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Danielle%20EugenneMigotoFerrariFratini.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

⁴⁰ Idem, p. 30.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 427.

prejuízo, ganha-se com a fiscalização imediata do negócio jurídico pelo juiz, como observou DIDIER JR.⁴² E, novamente, isto sem contar que a própria possibilidade de celebração de negócios processuais parece decorrer do próprio modelo de processo entalhado no NCPC, e não apoiar-se meramente no art. 190.

4.2. CONTROLE JUDICIAL

Lê-se no parágrafo único do art. 190 do CPC que, “de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. Trata-se da consagração do controle judicial dos negócios jurídicos processuais.

Como observou CONRADO⁴³, os negócios jurídicos processuais são marcados pela característica da plasticidade, de forma que a possibilidade de sua celebração, ao menos num plano abstrato, não demonstra limites precisos. As suas possibilidades devem sempre ser buscadas no caso concreto, sendo certo que uma mesma convenção poderá se legitimar para alguns casos, mas não para outros, sem que se possa (necessariamente) falar em afronta à isonomia. É elucidativo o exemplo que dá o autor:

Se estamos falando de bem de família que serve de moradia apenas do devedor, poderíamos inferir que ele está abrindo mão da proteção legal em nome de uma vantagem que lhe é mais interessante (aspecto que poderia vir inserido, inclusive, como cláusula no NJP). Sem nenhum problema, portanto.

Agora, pensemos que, além do devedor, o mesmo imóvel serve de moradia para um núcleo familiar plural — cônjuge, filhos etc. O NJP, nessa situação, estaria dispondo sobre aspecto processual (penhora) fora dos limites legais (impenhorabilidade) — o que, em princípio, não seria um problema, afinal, o NJP serve para isso mesmo —, mas de modo a abranger mais do que o plano do processo concreto e suas partes: estariam sendo atingidos terceiros e a proteção legal que os recobre. Aqui, embora o conteúdo do NJP seja o mesmo, a cena oferecida pelo caso cria um limite, um impeditivo.⁴⁴

O que é certo que o controle judicial não deve adentrar no mérito da convenção, *i.e.*, não lhe é dado recusar aplicação ao negócio com fundamento no que seria mais proveitoso para as partes, *v.g.*, em termos de celeridade ou eficiência. Tal como sucede nos negócios jurídicos materiais, o que se prestigia é a liberdade de autorregramento dos sujeitos, e as molduras

⁴² Idem, p. 432.

⁴³ CONRADO, Paulo Cesar. **Limites do negócio jurídico processual: como avaliá-los?** Revista Consultor Jurídico. 3 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-03/processo-tributariolimites-negocio-juridico-processual-avalia-los>.

⁴⁴ Idem.

contingenciadoras da vontade das partes não podem se identificar senão com os limites objetivamente colocados pelo ordenamento. Mas quais são esses limites?

O negócio jurídico processual é, antes de mais nada, negócio jurídico, enquanto tal inserindo-se no estudo da teoria geral dos negócios jurídicos. Sendo assim, valem aquelas considerações pertinentes ao plano de validade dos negócios em geral: se algum dos agentes for incapaz, ou se o negócio tiver objeto ilícito, impossível, indeterminado e indeterminável, ou, ainda, se deixar de observar forma prescrita ou adotar forma vedada por lei, será o caso de nulidade. Nesta hipótese, caberá ao juiz negar aplicação ao negócio processual, por expressa previsão do parágrafo único do aludido art. 190.

Também as demais considerações pertinentes aos negócios jurídicos em geral poderão conduzir à nulidade ou anulabilidade (veja-se que o dispositivo fala em “de ofício *ou a requerimento*”) do negócio processual, conforme a hipótese. Isto abarca não só a menção do próprio dispositivo à hipótese de “inserção abusiva em contrato de adesão” como, também, todos os vícios do negócio jurídico (erro, dolo, coação etc.).

Ainda, o dispositivo demonstra sua preocupação com situações em que “alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”, prevendo, para esses casos, a negação de aplicação do negócio pelo juiz. Trata-se de mero reforço de algo que, se já não podia ser depreendido da teoria geral dos negócios jurídicos, explica-se pelo princípio do contraditório. Como já comentado, o princípio do contraditório (pleno e efetivo) exige que as partes possuam o que impropriamente se convencionou chamar de “paridade de armas” (processuais). Esta previsão está encartada no art. 7º do NCPC, onde se lê que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

A verdade é que a isonomia estará sempre a orientar o controle judicial dos negócios processuais. É escorreita a manifestação de ABREU:

De um lado, a igualdade pode servir como parâmetro de limitação e controle da viabilidade de certos negócios processuais, mediante contraditório prévio e decisão fundamentada. Nessa medida, a lente da igualdade pode funcionar como limite para a aplicabilidade de certas avenças, seja nos chamados negócios pré-processuais - efetivados antes mesmo do surgimento de determinado conflito interindividual -, seja nos negócios lavrados durante o iter procedimental (ou no momento de aplicação em concreto de previsão de negócio processual presente em contrato anterior), já após instaurado o conflito e no que diz respeito ao ato específico. De outro lado, a exigência de igualdade diante das decisões judiciais (e, portanto, de respeito aos precedentes) pode gerar problemas de ordem prática bastante importantes, seja relativamente à aplicação uniforme do regime de controle de negócios processuais, seja na possibilidade de que decisões proferidas em processos nos quais haja alguma

restrição procedimental em face de negócio jurídico processual venham a dar ensejo à formação de precedentes judiciais.⁴⁵

Enfim, é lícito dizer que o controle judicial dos negócios jurídicos processuais afigure-se de grande relevância, porquanto tais negócios possuem uma margem de atuação bastante ampla - bem mais ampla, por exemplo, que a da transação. Dá margem, portanto, para abusos, vícios, afrontas ao contraditório e à própria isonomia - a requerer um controle judicial sempre atento.

4.3. PRESTÍGIO À JUSTEZA DO PROCESSO

É fácil notar as benesses proporcionadas pela celebração de negócios jurídicos processuais, ou melhor, a forma com que estes prestigiam o modelo de processo consagrado no Novo Código de Processo Civil. Na medida em que se possibilita às partes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, prestigia-se:

Primus - a instrumentalidade e a efetividade da tutela jurisdicional. É justamente tendo em mente que o processo não pode servir a outro fim, senão o de satisfazer as exigências do direito material, que as partes convencionam, p. ex., suplantando procedimentos legais que, consideradas as especificidades da causa, revelam-se desnecessários;

Secundus - a celeridade da prestação jurisdicional. Não são raros os casos em que, devido à delonga do processo, a tutela dispensada torna-se inútil. O direito material pode até parecer ter sido atendido, mas, como já visto, na verdade não o terá sido. As partes, então, suplantando rigorismos desnecessários, evitam o cometimento de tais injustiças;

Tertius - o princípio da cooperação. É cediço que a via judicial de solução de conflitos, entre todas as possibilitadas pelo ordenamento, é a via dotada de maior heteronomia. Mas, pelo menos, “traz-se” para dentro da relação processual a possibilidade e o estímulo ao diálogo e à cooperação, o que, a propósito, labora em favor da confiança;

Contanto que, na celebração de negócios jurídicos processuais, seja respeitado o contraditório, notadamente em sua faceta da “paridade de armas” (processuais), o que se alcança em ampla medida é o processo justo.

4.4. ESPECIFICIDADES NA MATÉRIA TRIBUTÁRIA

⁴⁵ ABREU, R. S. B. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). **Negócios Processuais. Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 1.** 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v., p. 193-214. Pp. 205-206.

Como visto, o Novo Código de Processo Civil parece trazer como requisito da celebração de negócios jurídicos processuais a circunstância de o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição. Numa primeira aproximação, pode isso parecer um obstáculo à celebração de negócios processuais em processos tributários. Contudo, aprofundando-se a análise, este falso problema é logo afastado.

4.4.1. A MATÉRIA TRIBUTÁRIA ADMITE AUTOCOMPOSIÇÃO

Desde 1966, a transação, *modalidade de autocomposição*, possui previsão legal em matéria tributária. Trata-se do art. 171 do CTN, que, além de prever a transação, cuida de colocar os seus contornos gerais. Lê-se no dispositivo que “a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário”.

A regulação do dispositivo tardou, mas ingressou no ordenamento jurídico, com ares de definitividade, com a Lei nº 13.988/2020 (em que se converteu a Medida Provisória nº 899/19). Para além da regulação legal, diversos diplomas infralegais vêm cuidando de disciplinar o instituto.⁴⁶

Poder-se-ia argumentar que, a aceitar-se a possibilidade de autocomposição em matéria tributária, estar-se-ia indo de encontro ao “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” ou, então, ao “princípio da indisponibilidade do interesse público”, que decorreria daquele primeiro. O argumento não procede, por duas razões.

Primeiro, à luz de uma concepção crítica, moderna e constitucionalmente adequada do chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”, um argumento tão radical em desfavor da possibilidade de autocomposição em matéria tributária mostra-se de todo questionável. No pensamento de ÁVILA:

O esclarecimento dos fatos na fiscalização dos tributos, a determinação dos meios empregados pela administração, a ponderação dos interesses envolvidos, pela

⁴⁶ Destacam-se a Portaria PGFN/ME nº 6.757/22, que substituiu a Portaria PGFN nº 9.917/2020 e regulamenta a transação dos créditos inscritos em dívida ativa (individual e por adesão); a Portaria ME nº 247/2020, que regulamenta a transação do contencioso tributário (administrativo e judicial) relativa a controvérsias jurídicas relevantes e disseminadas e a transação do contencioso tributário de pequeno valor (limite de 60 salários-mínimos); a Portaria PGFN nº 9.924/2020, que regulamenta a transação extraordinária (Covid-19); a Portaria AGU nº 249/2020, que regulamenta a transação de créditos administrados pela Procuradoria-Geral Federal e dos créditos cuja cobrança compete à Procuradoria-Geral da União; e a Portaria PGF AGU nº 498/2020, que tem por objeto a realização de acordos ou transações em juízo para terminar o litígio.

administração ou pelo Poder Judiciário, a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes), a preservação do sigilo etc. são, todos esses casos, exemplos de atividades administrativas que não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar.⁴⁷

Segundo, deve-se ter em conta a distinção entre o interesse público primário e secundário, para então se perguntar: de qual deles se está dispondo? A depender da resposta, pode ser que o chamado “princípio da indisponibilidade do interesse público”, ao contrário de violado, esteja sendo na verdade prestigiado, *i.e.*, cumprido na maior medida possível ante as possibilidades fáticas e jurídicas.⁴⁸ Quem melhor explica é FRATINI:

Isso porque o interesse público primário nem sempre coincide com o interesse público secundário. Quando a Fazenda Pública atua para cobrar o crédito tributário, além de fazê-lo no interesse da coletividade, também o faz em seu próprio interesse, como parte da relação processual, residindo aí o interesse público secundário. Contudo, por vezes, é possível que o interesse público primário se sobreponha ao interesse público secundário, pois é mais interessante a resolução do conflito e a redução da litigiosidade do que uma eventual arrecadação integral do débito devido, no caso da transação tributária, ou da vitória, em caso de disputa processual que pode ser resolvida mediante um negócio jurídico processual.⁴⁹

De fato, os negócios jurídicos processuais, ainda mais se utilizados conjuntamente com a transação, promovem o interesse público primário. As benesses são evidentes. É notória a potencialidade para oferecer soluções mais rápidas, eficientes e econômicas, muitas vezes complementares entre si. Ressalte-se que a eficiência constitui princípio condicionante do próprio exercício da função pública, constando expressamente no caput do art. 37 da Constituição. Além disso, permite-se uma maior valorização das vontades das partes, principalmente do contribuinte, o qual se encontra em posição hipossuficiente em relação à Administração Pública.

A esse respeito, sustentam BECHO e FEDERIGHI que os ganhos de eficiência da utilização da transação tributária não se limitam a fins eminentemente fiscais, como o aumento da arrecadação. Com efeito, elencam como ganhos de eficiência extrafiscais (i) a redução do

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁴⁹ FRATINI, Danielle Eugenne Migoto Ferrari. **Negócio jurídico processual em matéria tributária no Estado de São Paulo**. Orientador: Juliana Furtado Costa Araujo. 2022. 110 f. Dissertação (mestrado profissional em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2022, p. 20. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/32781/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Danielle%20EugenneMigotoFerrariFratini.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

número de processos pendentes de julgamento perante o Poder Judiciário; (ii) a redução do tempo envolvido para a solução dos litígios; e (iii) a busca de “soluções consensuais não extremadas, aumentando com isso a confiança do contribuinte no Fisco”.⁵⁰

Certo é que, respeitados os limites trazidos pelas leis e demais regulamentações concernentes à matéria, a utilização conjunta desses instrumentos consensuais permite potencializar benefícios em favor do contribuinte e do ente público e, em muitos casos, facilitar a concretização de acordos que não seriam admitidos com a aplicação isolada de um dos institutos. Não se perca de vista que a morosidade do Poder Judiciário, endêmica no país, compromete em muito a garantia constitucional da duração razoável do processo.

A título exemplificativo:⁵¹ determinado contribuinte se encontra em recuperação judicial e, sendo assim, seus débitos tributários efetivamente são classificados como de difícil recuperação por parte do Fisco. Ademais, tal contribuinte sinaliza interesse em celebrar acordo para diminuição de seu passivo tributário, atualmente sob discussão em execuções fiscais devidamente garantidas por penhora.

Conforme preceitua o art. 11, § 5º, da Lei nº 13.988/2020, a transação tributária se mostra como instrumento viável de contrato entre Fisco e contribuinte, no que diz respeito à celebração de acordo que reduza a dívida tributária em questão. Frente a essa situação, cumpre destacar que não há lesão ao princípio da isonomia, presente no art. 150, II, da Constituição. Seria incorreto pensar que um executado que se encontra sem nenhuma capacidade contributiva deveria arcar com o mesmo ônus tributário em comparação a outro que, propositalmente, deixa de pagar os tributos devidos.

Retornando ao caso hipotético sob exame, em conjunto com a aplicação da transação, seria viável a celebração de um negócio jurídico processual com vistas a buscar a substituição ou mesmo a liberação célere das penhoras que estavam afetadas à dívida. Essa liberalidade encontra-se prevista na Portaria PGFN nº 742, bem como em diversas portarias que cuidam de modalidades de transação.

⁵⁰ BECHO, Renato Lopes; FREDERIGHI, André Catta Preta. Análise econômica da transação tributária: fundamentos de justificação e elementos de crítica. In: SEEFELDER FILHO, Claudio et al. **Comentário sobre a transação tributária à luz da Lei 13.988/20 e alternativas de extinção do passivo tributário**. São Paulo: Thomson Reuters, p. 388-389.

⁵¹ Um dos autores do presente já comentou este exemplo em outra oportunidade. Ver LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Tiago Conde ; ALMEIDA, Rafael Caldeira . Transação tributária e negócio jurídico processual. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. (Org.). **Transação e arbitragem tributárias**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, v. 2, p. 79-95.

A título exemplificativo, cita-se o artigo 15 da Portaria PGFN/ME nº 6.757/2022 e, de forma mais específica, o artigo 14 da Portaria PGFN nº 1.696/2021, respectivamente:

Art. 15. Sem prejuízo da possibilidade de celebração de Negócio Jurídico Processual para equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS, nos termos de regramento próprio, é vedada a transação que: [...]

Art. 4º Sem prejuízo da possibilidade de celebração de Negócio Jurídico Processual que verse sobre a aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias, nos termos da Portaria PGFN nº 742, de 21 de dezembro de 2018, a adesão às modalidades de negociação previstas nesta Portaria implica manutenção automática dos gravames decorrentes de arrolamento de bens, de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas administrativamente ou nas ações de execução fiscal ou em qualquer outra ação judicial.

O contribuinte, portanto, poderia utilizar os instrumentos de forma conjunta com vistas a permitir maior liquidez dos seus ativos, inclusive com a possibilidade de redirecionamento das penhoras para outros débitos inscritos em dívida ativa do Poder Público.

4.4.2. SUBSIDIARIAMENTE: INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 190 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Mesmo que se aceite que a matéria tributária inadmita a autocomposição, ainda assim os negócios jurídicos processuais em matéria seriam possíveis. Como já sustentado, é necessário proceder-se a uma interpretação teleológica do art. 190 do NCPC, notadamente do seu requisito de o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição.

Lembre-se: por mais que a atuação do negócio processual dê-se sobre normas procedimentais, e não sobre o direito de fundo (para o que interessa aqui, significa dizer que ele não atua sobre o crédito tributário em discussão), o legislador processual não ignorou que tais negócios podem acabar vindo a influir sobre a solução do mérito da causa. Esta a razão de ser do requisito no ordenamento, por assim dizer.

Logo, não se pode concluir, de uma leitura do aludido art. 190, que qualquer negócio jurídico será impossível no bojo de processos cujo direito de fundo não admita autocomposição. Valendo-nos da metáfora de ÁVILA, conceber o dispositivo dessa maneira é concebê-lo como “uma “bengala” para o intérprete positivista que só enxerga normas onde encontra dispositivos que lhes servem de suporte físico”.⁵²

Uma tal interpretação analógica depende da esmerada compreensão daquilo no que consiste o negócio jurídico processual, e de como o instituto se distingue da transação. *O*

⁵² ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de processo**, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008, p. 57.

negócio jurídico processual não visa à extinção, nem mesmo à redução do crédito tributário discutido junto ao Fisco - objeto por excelência da transação -, mas sim a celebração de acordos para o ajuste de eventos processuais no curso do litígio tributário.

Poder-se-ia argumentar que, mesmo não sendo o propósito do negócio processual influir sobre o crédito tributário, ainda assim este poderia acabar alterando-se (quer para mais, quer para menos). O argumento é correto, mas somente se precisamente delimitado o seu alcance. Ora, se o escopo de atuação do negócio jurídico processual sequer compreende ou pode compreender, por definição, o direito material de fundo, então a influência sobre a solução de mérito não pode ser presumida; deve, antes, ser comprovada para que se cogite da invalidação de eventual negócio processual firmado.

E é claro que a influência do negócio jurídico na solução de mérito há de ser relevante (leia-se: juridicamente relevante), não sendo lícito apelar-se para análises à moda *regressus ad infinitum*, afeitas a uma compreensão causalista ou mecanicista do direito.

4.4.3. OS CAMINHOS INFRALEGAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Deixando-se, por ora, de lado os apontamentos teóricos, o fato é que os negócios jurídicos processuais vêm sendo reconhecidos e disciplinados na matéria tributária por atos infralegais.

No processo tributário, havendo interesse público, a Fazenda Pública será parte apta a celebrar negócio jurídico processual, conforme revela o Enunciado nº 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Nesse mesmo sentido caminha o artigo 19, § 12, da Lei nº 10.522/2002.

Vislumbra-se, assim, um notório passo a permitir o estabelecimento de diálogo entre o Fisco e o contribuinte, privilegiando a manifestação de vontade das partes, ao passo que se torna possível a apresentação de proposta de negociação por parte do contribuinte para regularizar os débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS.

Alguns normativos da PGFN já contemplaram, de alguma forma, o negócio jurídico processual (Portarias PGFN nºs 985/2016, 565/2017, 360/2018 e 515/2018). Contudo, é a Portaria PGFN nº 742/2018 que versa especificamente sobre a celebração de negócio jurídico processual na execução fiscal.

Cumprir frisar a estrita proibição trazida no art. 1º, § 1º, desta portaria, a qual se expressa nos seguintes termos: “[é] vedada a celebração de NJP que reduza o montante de créditos inscritos ou implique renúncia às garantias e privilégio do crédito tributário”.

No mesmo sentido, GAJARDONI⁵³, em escrito anterior ao próprio advento do NCPC, salientava que a flexibilização procedimental não tinha o condão de compreender as garantias constitucionais em âmbito processual, bem como que os negócios jurídicos processuais encontrariam seu fundamento no princípio da instrumentalidade das formas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diagnósticos do contencioso tributário judicial brasileiro relatam números desanimadores. Desanimadores, mas que devem animar a doutrina na busca de soluções para os problemas da morosidade e da inefetividade da tutela jurisdicional. É a isso que, singelamente, este trabalho se propôs: a iluminar um possível caminho na solução de tais problemas, qual seja o dos negócios jurídicos processuais - a que a doutrina, surpreendentemente, tem falhado em dispensar a devida atenção.

A possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais revela-se uma verdadeira promotora do que se pode chamar de um processo justo, na medida em que prestigia a instrumentalidade e a efetividade da tutela jurisdicional, a celeridade processual e, ainda, o princípio da cooperação e a confiança nas relações jurídicas processuais.

Superada a questão de saber que os negócios jurídicos processuais, a princípio, óbice algum encontram na matéria tributária, é de se concluir que o contencioso tributário judicial brasileiro, em franco sufocamento, pode ao menos contentar-se com a possibilidade de celebração de tais negócios. Certamente que os apontamentos teóricos aqui feitos não dão conta de toda a magnitude dos problemas apresentados pelo sistema processual - até porque os próprios negócios jurídicos processuais não dão. Mas consistem em um primeiro passo.

⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 100-105.