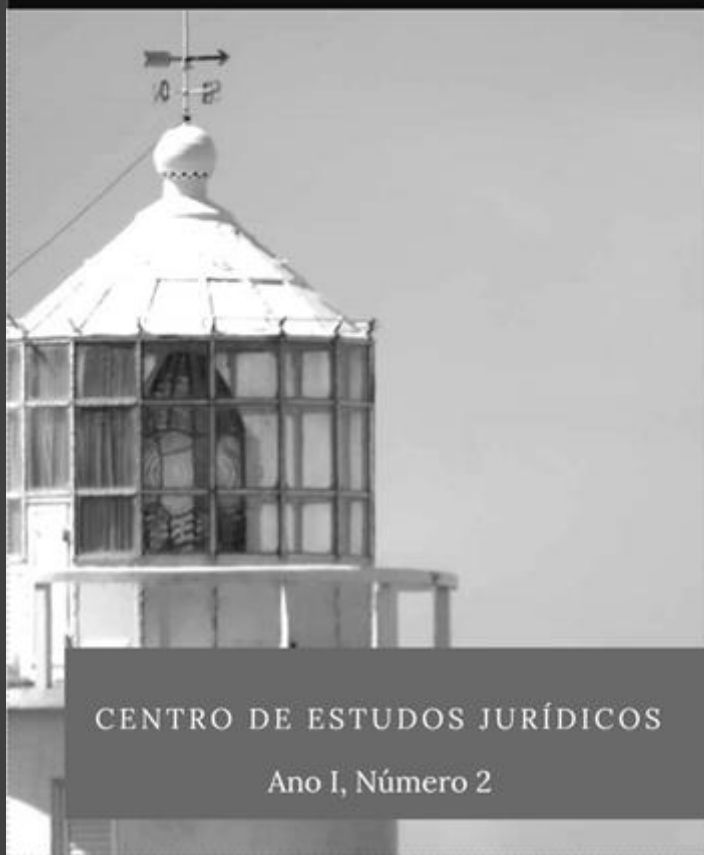


# Revista da Procuradoria Geral de Olinda



CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Ano I, Número 2

**Esta Revista da Procuradoria Geral de Olinda  
foi impressa com o apoio da Associação dos  
Procuradores Municipais de Olinda**

**APROMO**



**Prefeito de Olinda**  
**Lupércio Carlos do Nascimento**

**Vice-prefeito de Olinda**  
**Márcio Antony Domingos Botelho**

**PROCURADORIA GERAL DE OLINDA**

**Rafael Carneiro Leão**  
**Procurador Geral de Olinda**

**Dayseanne Dolores do Monte Monteiro**  
**Sub-Procuradora Geral Extrajudicial**

**Henrique de Andrade Leite**  
**Sub-Procurador Geral Judicial**

Olinda, agosto 2021





### Procuradores de Olinda

Ana Carolina Dantas Loureiro  
Antonio Tide Tenório A. M. Godoi  
Daniella Viana Duque Lima  
Danielle Alheiros Diniz  
Dibulo Calábria C. da Silveira  
Felipe de Brito e Silva  
Flaviano Vasconcelos Pereira  
Gisele Lennon da A. L. Roichman  
Helvio Polito Lopes Filho  
Igor Augusto Oliveira Lins  
João Henrique F. L. Rocha  
José Carlos Farias de Arruda  
José Cláudio Ribeiro Viana  
José Sother e Silva Neto  
Josany Xavier de Menezes  
Leonardo Sales de Aguiar  
Lígia Maria Duarte Lima  
Lilian Meira Fialho Fonseca  
Marcela de Almeida Lima  
Paulo Roberto de Carvalho Maciel  
Ricardo André Bandeira Marques  
Tais Correia Benevides



## Apresentação

Mais importante que o início, a concretização inaugural, é a manutenção de uma ideia. O segundo exemplar da Revista da Procuradoria Geral de Olinda representa exatamente isso. Serve de fonte de incentivo aos estudos e de ferramenta de apoio a todos aqueles que militam na advocacia pública.

O artigo preambular volta-se às prerrogativas da Fazenda Pública no âmbito da justiça trabalhista, ao seu modo de atuação e às regras que lhe oferecem uma condição especial no litígio em curso. A grande dificuldade enfrentada repousa na enorme gama de normas esparsas, que exigem do operador um conhecimento especializado do tema, ao lado da vivência prática. Muitas vezes é do exercício cotidiano de uma atribuição que se constrói a informação. Através do labor é possível simplificar o que se aparenta como complexo. Esse foi um dos escopos propostos pelo autor, qual seja, o de compilar os regramentos de forma sistêmica, de modo a evidenciar uma linha argumentativa passível de ser manejada pelo ente público quando em juízo no palco processual em referência.

A sequência da revista mostra uma temática que é objeto de acalorados debates e de relevância indiscutível. Apesar dos mais de sete anos de vigência da Lei n. 12.846/13, pode-se afirmar que se trata um diploma que permeia decisões conflitantes e que merece maior atenção e verticalidade por parte dos operadores. É fruto das manifestações populares de 2013, que, embora difusas e desorganizadas, terminaram por ensejar a formação de uma norma com vistas a punir a pessoa jurídica infratora em suas relações com a administração pública. Antes, os instrumentos legais em vigor limitavam-se

a responsabilizar os atos de corrupção e fraudes à licitação às pessoas físicas. De forma técnica e didática, o autor promove um exame dos conceitos utilizados na norma e do alcance pretendido pelo legislador, passando, inclusive, por uma crítica ao instrumento do acordo de leniência, sugerindo um uso racional, a fim de se evitar a desnaturação de sua essência.

Uma verdadeira aula de história e geografia é oferecida no artigo sobre o Patrimônio Cultural de Olinda, apontando-se o marco temporal em que o Sítio Histórico, apenas nos meados do século XX, principia por ter uma ação preservacionista. O conhecimento do autor, fruto de sua paixão e vida no local, aborda curiosidades desconhecidas de muitos, como as intervenções do Poder Público que culminaram com a lamentável demolição do Convento do Carmo em 1907 e da Igreja do São Pedro Mártir, em 1915, até mesmo aquilo que felizmente deixou de ser implementado por falta de recursos públicos, que seria o projeto de urbanização da área encravada do perímetro entre os Conventos de São Bento e do Carmo, com a objetivo de se construir uma enorme via e que importaria na eliminação da Igreja do Carmo e sua colina. Com riqueza de detalhes a narrativa estabelece uma linha do tempo, explicando a evolução preservacionista paulatinamente posta, inclusive com referências aos vários documentos internacionais, a exemplo da Carta de Veneza de 1964 e a Declaração de Amsterdã de 1975, que serviram de inspiração aos normativos locais. Enfim, é um escrito enriquecedor, que merece uma leitura atenta.

Por seu turno, o denso e minudente artigo sobre a imunidade tributária na incorporação do bens em realização do capital social de pessoa jurídica muito contribui para a qualidade da revista. Muita polêmica circunda a matéria. O descortinamento do recente e importante precedente do STF, o Recurso Extraordinário n. 796.376, reconhecido como tema de repercussão geral, bem demonstra as premissas consideradas para se firmar o entendimento de que a imunidade relacionada ao ITBI alcança exclusivamente o

valor do bem até o limite do capital social subscrito, tributando-se com a espécie tudo aquilo que o exceder, ainda que os sócios o declarem como reserva de capital.

O arremate do periódico se dá com o elucidativo texto que aborda a celebração do termo de ajustamento de conduta celebrado no seio da Câmara de Conciliação do Município de Olinda e o seu potencial como ferramenta de corporificação da efetividade do interesse público. Com a efetiva experiência em vigor, dado o elevado número de casos concretos submetidos ao órgão municipal, são elencados diversos aspectos e circunstâncias para fomentar a prática, inclusive com a amparo legal previsto no art. 174, III do novo CPC, que incentiva o Poder Público, sempre que possível, a firmar os TAC's nas hipóteses legalmente admitidas.

Decerto, como ressaltado no início, a pluralidades dos temas e a boa técnica utilizada nas respectivas exposições se constituem em importantes estímulos ao leitor, permitindo-lhe uma visão teórica e prática sobre os variados segmentos que formam a procuradoria de um ente público, assim como dos desafios que se colocam diante daqueles que pretendem ingressar nessa nobre carreira jurídica.

*Rafael Carneiro Leão*  
*Procurador Geral de Olinda*

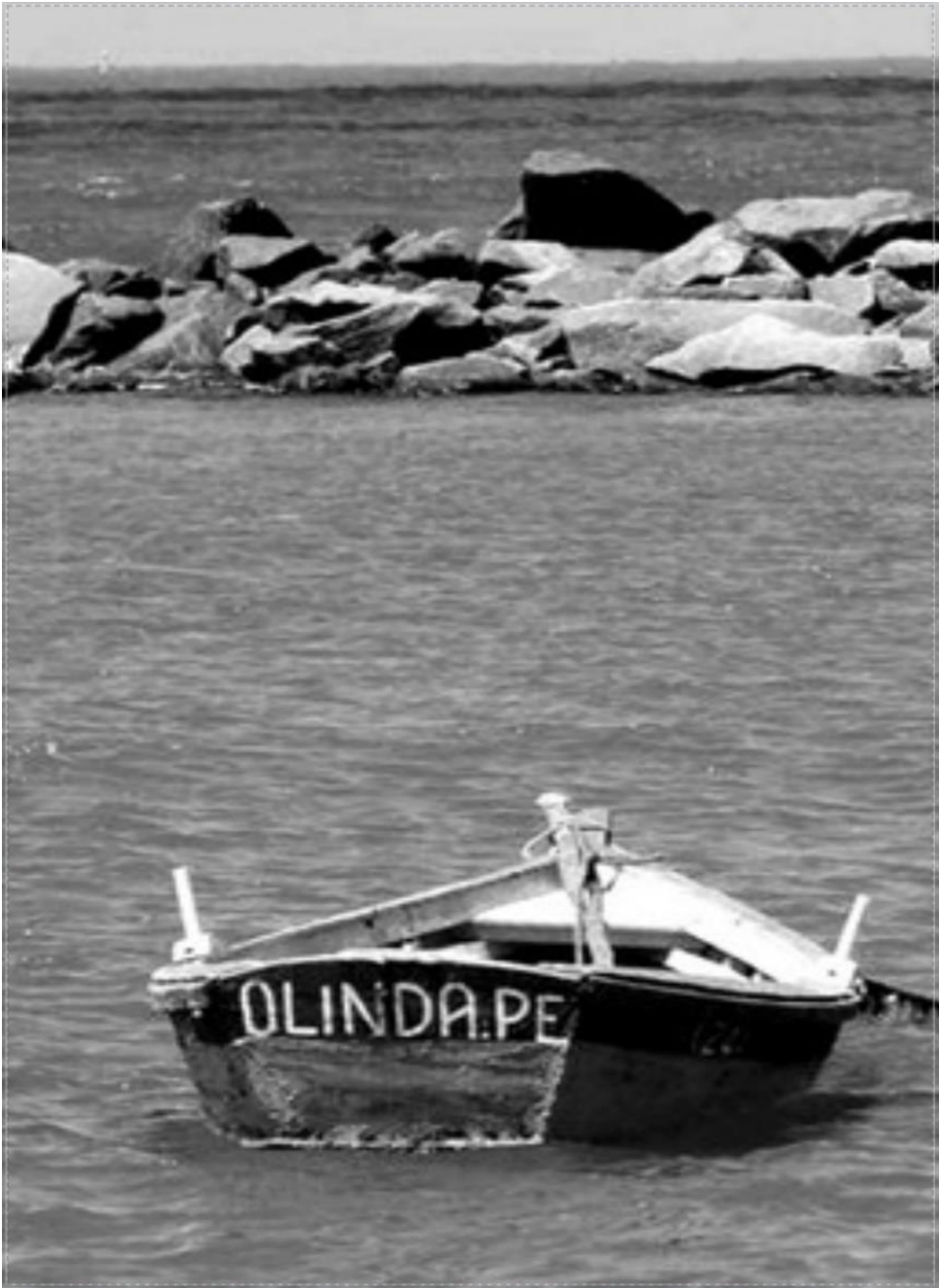


# Sumário



## SUMÁRIO

FAZENDA PÚBLICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UM ESTUDO EM DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS	
Flaviano Vasconcelos Pereira.....	12
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O COMBATE À CORRUPÇÃO	
Antonio Tide Tenório Albuquerque Madruga Godoi.....	75
A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DE OLINDA	
Hélvio Polito Lopes Filho.....	81
IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI) E A IMUNIDADE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS SUBSCRITAS NO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA	
Josany Xavier de Menezes.....	98
DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MECANISMO DE PROTEÇÃO E EFETIVIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	
Ana Carolina de Araújo Dantas Loureiro.....	148



# FAZENDA PÚBLICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UM ESTUDO EM DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS.

Flaviano Vasconcelos Pereira  
Procurador do Município de Olinda

## I. INTRODUÇÃO

É comum entre os processualistas utilizar a expressão “fazenda pública em juízo” para se referir à atuação de uma pessoa jurídica de direito público em um processo judicial.

O idioma português herdou a palavra “fazenda” do latim vulgar *facenda* que significa “aquilo que deve ser feito” que vem do latim *facere* que significa fazer. Curiosamente, a expressão foi alocada pelos guardiões do dinheiro público, numa alusão que significaria “aquilo que deve ser feito com o dinheiro público”. Surgia, então, inicialmente, fazenda como codinome para tesouro público.

No Brasil, o termo foi usado pela primeira vez em 1821 (antes mesmo da independência), com a criação da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda. Antes disso, as finanças do país eram administradas pelo Erário ou Tesouro Geral e Público, criado em 1808, ano em que a corte portuguesa se transferiu de Lisboa para o Rio de Janeiro. A denominação “Ministério da Fazenda” surgiu em 1891, dois anos após a proclamação da República e existe até hoje.

No âmbito do direito, trata-se de mera praxe forense, usualmente explicada pelo fato de que o dispêndio com a demanda é debitado ao erário do respectivo ente público. Entretanto, Fazenda Pública igualmente não é pessoa jurídica, de modo que, encontrando-se tal referência no processo, deverá ela ser interpretada como indicativa de que a parte é a União, o Estado, o Município e, enfim, a pessoa jurídica a que se referir a "Fazenda".

O Direito material e processual do Trabalho é um ramo específico do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo regramentos próprios e diferentes dos demais ramos.

O objeto deste artigo, é o estudo das normas processuais e jurisprudências que regem o processo trabalhista, em específico, as prerrogativas processuais garantidas a Fazenda Pública em juízo.

A finalidade do estudo vai ser de compilar tais prerrogativas processuais que estão esparsas em diversos diplomas legislativos, em uma tentativa de sistematizá-las e de forma didática reafirmar a sua consolidação, fazendo, sobretudo, uma construção argumentativa em defesa destas prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo.

A Fazenda Pública ou as pessoas jurídicas de direito público tem peculiaridades em relação aos particulares, já que enquanto estes, via de regra, objetivam a tutela de interesses pessoais ou mesmo de um grupo restrito de indivíduos, a Fazenda Pública tem por escopo o atendimento de interesses fundamentais de um indiscriminado número de pessoas, não raro de toda a população de um Município, Estado, ou mesmo do país. Assim, essas distinções de objetivos não podem ser olvidadas, sob pena de dar-se tratamento idêntico a pessoas diferentes, o que violaria, até mesmo, o princípio da isonomia, que em seu sentido mais profundo, implica em dar tratamento igual aos iguais e diferenciado aos desiguais, na medida dessa desigualdade.

## II. DA DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE PROCURAÇÃO PELO ADVOGADO PÚBLICO

Em regra, somente os bacharéis em Direito, após aprovação no Exame de Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e posterior inscrição nos quadros da referida entidade de classe, possuem capacidade de postular em juízo.

A Justiça do Trabalho destoa como regra do dos demais ramos do jurídicos do ordenamento jurídico brasileiro ao conferir capacidade postulatória (*jus postulandi*) a qualquer pessoa que queira ter acesso ao Poder Judiciário do Trabalho, isto é, dispensa-se a presença de Advogado para ajuizamentos de Ações Trabalhistas, nos termos que foi conferido pelo art. 791 da CLT, a saber:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Posteriormente o TST limitou o *jus postulandi* das partes ao editar a súmula 425, estabelecendo que o art. 791 da CLT, restringe-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Contudo, é oportuno destacar, que a apesar desta concessão legal, a referida possibilidade da capacidade postulatória conferida as partes não é muito usual, preferindo essas optar por ser representada por Advogados.

Sabe-se que, nos termos do art. 5º do Estatuto da OAB (Lei Federal n.º 8.906/94) o Advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato/procuração. Nos termos do

art. 104 do CPC, o Advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

Neste jaez, enquanto é obrigatória a juntada de procuração por parte dos Advogados privados, aos Advogados Públicos foi dispensada a referida obrigação, conforme se extrai da súmula 436 do TST. Vejamos:

**Súmula 436/TST** -  
25/09/2012 - Advogado. Mandato. Procurador da União, Estados, Municípios e DF, suas autarquias e fundações públicas. Procuração. Juntada dispensável. Lei 9.469/1997, art. 9º. CPC/1973, art. 36 (conversão com alteração da Orientação jurisprudencial 52/TST-SDI-I).

I - A União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, **quando representadas em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, estão dispensadas da juntada de instrumento de mandato e de comprovação do ato de nomeação.**

II - Para os efeitos do item anterior, **é essencial que o signatário ao menos declare-se exercente do cargo de procurador**, não bastando a indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.»

Destarte, declaração basta para que procurador represente município em ação. Não é necessária a

apresentação de procuração, número de matrícula ou comprovação do ato de nomeação para que procuradores exerçam suas atividades, bastando assinar como exercente do cargo público de Procurador.

### **III. DA DESNECESSIDADE DE PREPOSTO EM AUDIÊNCIA PARA REPRESENTAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Nos processos da seara trabalhista, facultou-se ao empregador fazer-se substituir-se, em audiência, por um terceiro denominado preposto, conforme o § 1º do art. 843 da CLT.

Em algumas hipóteses, a ausência do preposto pode implicar na revelia o que poderia incorrer na decretação dos efeitos da confissão ficta.

A questão que emerge é se a Administração Pública, enquanto empregadora, estaria obrigada a levar preposto a audiência.

Considerando o art. 75 do CPC, a resposta é não, pois é assegurado que a representação em juízo seja feita pelo próprio Procurador, sendo dispensada a participação do gestor ou de preposto.

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;

II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;

III - o Município, por seu prefeito ou procurador;

Sabe-se que o CPC é fonte legislativa subsidiária do processo do trabalho, conforme o art. 769 da CLT, o que nos autorizaria a aplicação do art. 75 do CPC. Quanto a este tema da



necessidade de se fazer representar por um preposto, é válido mencionar o precedente do TST, abaixo:

RECURSO DE EMBARGOS.  
AUSÊNCIA DO PREPOSTO NA  
AUDIÊNCIA. ENTE PÚBLICO  
REPRESENTADO PELO  
PROCURADOR DO ESTADO.  
MATÉRIA RELACIONADA A  
DESVIO DE FUNÇÃO DE  
EMPREGADO PÚBLICO.  
INEXISTÊNCIA DE PROVA.  
INAPLICABILIDADE DA  
CONFISSÃO FICTA. VIOLAÇÃO  
AO ART. 896 DA CLT NÃO  
RECONHECIDA.

A v. decisão não entendeu pela aplicação de confissão ficta ao Estado, em face da ausência de preposto na audiência, por entender que a presença do Procurador do Estado elide a revelia. Tal decisão não viola a literalidade do art. 844 da CLT. Estando o procurador presente em juízo, está o Estado regularmente representado, **não havendo se falar na exigência de preposto, na medida em que o próprio procurador poderá sê-lo, obrigando o Estado por suas declarações, em face do que dispõe o art. 12, I do CPC.** Embargos não conhecidos.

(TST - E-RR: 4932308819985045555  
493230-88.1998.5.04.5555, Relator:  
Aloysio Corrêa da Veiga, Data de  
Julgamento: 23/04/2007, Subseção I  
Especializada em Dissídios Individuais,  
Data de Publicação: DJ 11/05/2007.)

Assim, não deve aplicada a confissão ficta ao Estado, em face da ausência de preposto na audiência, por entender que a presença do Procurador elide a revelia.

#### **IV. DA DISPENSA DA AUDIÊNCIA INICIAL**

No Processo do trabalho, temos três tipos de Audiência: **1.) Una ou Única** (que acontece obrigatoriamente nos procedimentos sumário (art. 2º da Lei n.º 5584/70) ou sumaríssimo (art. 852-A, CLT), determinados pelo valor da causa ou por determinação da distribuição) **2.) Inicial** (geralmente do Rito Ordinário) e **3.) Instrução** (sequência da audiência Inicial, designada após a audiência inicial).

**Na Audiência Una ou Única**, todos os atos deverão ser realizados em uma única audiência. Primeiramente, tenta-se a conciliação. Sendo essa frustrada, a reclamada entregará a defesa, da qual o reclamante deverá lançar sua impugnação oralmente e após, inicia-se o depoimento das partes (reclamante/reclamado) e das testemunhas – que deverão comparecer independente de intimação, devendo sua convocação ser comprovada em caso de não comparecimento.

Ao final da ação, caso relevante, os advogados terão 10 minutos para expressar as razões finais orais. Importante saber: O depoimento das partes (Reclamante/Reclamado) deve ser requerido antes das testemunhas, logo após finda a proposta de conciliação.

**Na Audiência Inicial**, busca-se a conciliação. Sendo a conciliação frustrada, a reclamada entregará sua defesa, da qual o reclamante terá vista fora de secretaria para impugnação, designando-se nova audiência de instrução.

**Na Audiência de Instrução e Julgamento**, que é realizada após a audiência inicial, em data própria, serão

produzidas, principalmente, as provas testemunhais e demais produções de provas requeridas pelas partes.

Passado esses esclarecimentos iniciais, oportuno destacar que a CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, através da Recomendação n.º 7/2019, estabeleceu a dispensa da designação de audiência inicial quando a administração pública for parte. Vejamos:

**Art. 1º** - Recomendar que, nos processos em que forem partes os entes da Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações Públicas, **não seja designada audiência inicial**, exceto quando, a requerimento de quaisquer das partes, haja interesse na celebração de acordo.

Assim sendo, embora tal prerrogativa não tenha origem na lei, demonstra-se como legítima prerrogativa processual da Fazenda Pública em Juízo.

## **V. DA ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS E DISPENSA DE DEPÓSITO PRÉVIO RECURSAL**

A fazenda pública está dispensada de recolher as custas e nem pode ser condenada a paga-las, ao final do processo, devido a isenção conferida pelo art. 790-A da CLT. Vejamos:

Art. 790-A. São isentos do pagamento de custas, além dos beneficiários de justiça gratuita: [\(Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002\)](#)

I – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas

autarquias e fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica;

Na justiça do Trabalho, para a interposição de alguns recursos se exige o pagamento do depósito prévio recursal. Ao contrário do que podemos pensar em um primeiro momento, o depósito recursal não tem natureza de taxa judiciária, logo, estaria fora do alcance do art. 790-A da CLT.

O depósito recursal é um pressuposto recursal objetivo dos recursos trabalhistas (art. 899, da CLT), especificamente do Recurso Ordinário, do Recurso de Revista e do Agravo de Instrumento que tem como finalidade garantir a execução dos créditos trabalhistas.

É preciso esclarecer, outrossim, que diferentemente do CPC, o depósito prévio recursal não tem natureza de multa.

A fazenda pública é dispensada do pagamento de depósito prévio recursal, a partir do que se extrai do art. 1-A da Lei 9494/97, bem como do que já ensinava o inciso IV do art. 1º do Decreto-Lei 779/69, a saber:

Lei 9.494/1997:

Art.1o-A. Estão **dispensadas de depósito prévio**, para **interposição de recurso**, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.

Decreto-Lei 779/69

Art. 1º Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da

União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica:

**IV - a dispensa de depósito para interposição de recurso;**

Assim, não pode ser considerado deserto o recurso da fazenda pública sob alegação de ausência do pagamento de depósito prévio recursal.

**VI. DA DISPENSA DA DEMONSTRAÇÃO DO PAGAMENTO DE MULTA PARA EXERCER O DIREITO AO RECURSO**

O processo civil como fonte subsidiária do processo do trabalho faz com que as partes possam ser condenadas em multa por embargos de declaração considerados protelatórios.

Contudo, vale ressaltar que o CPC (§3º do art. 1026) excluiu a fazenda pública desta obrigação. Vejamos:

Art. 1.026.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, **à exceção da Fazenda Pública** e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

O TST aceitou a exceção e podemos encontrar esse amparo na sua OJ 389, a saber:

Orientação Jurisprudencial 389/TST-SDI-I

Constitui ônus da parte recorrente, sob pena de deserção, depositar previamente a multa aplicada com fundamento no [CPC/2015, art. 1.021](#), §§ 4º e 5º - [CPC/2015 \(CPC/1973, art. 557, § 2º](#) - [CPC](#) de 1973), **à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de justiça gratuita, que farão o pagamento ao final**

Isto posto, não pode ser considerado deserto o recurso da fazenda pública sob alegação de ausência do pagamento de depósito prévio recursal da multa cominada em embargos declaração julgados protelatórios.

## VII. DA DISPENSA DO PAGAMENTO DE DEPÓSITO PRÉVIO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA

A partir dos tópicos anteriores, sabemos que a fazenda pública fica dispensa do pagamento de depósito prévio para interposição de recurso. Contudo, a dúvida emerge quanto a necessidade do pagamento de depósito prévio na hipótese prevista no art. 836 da CLT, afinal, ação rescisória não se trata de recurso, tendo natureza jurídica de ação.

A princípio, se formos ler o que diz o 1-A da Lei 9494/97, o inciso IV do art. 1º do Decreto-Lei 779/69, a dispensa de pagamento de depósito prévio seria tão somente para interposição de recurso.

No processo do trabalho, o ajuizamento de ação rescisória reclama que seja pago previamente 20% do valor da causa.

Contudo, vale consignar o que decidiu a jurisprudência consagrada do TST que faz interpretação extensiva do art. 1º-A da Lei 9494/97, o inciso IV do art. 1º do Decreto-Lei 779/69 para fins alcançar o depósito prévio da ação rescisória (TST - ROAR: 614001820065060000 61400-18.2006.5.06.0000, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 01/04/2008, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 25/04/2008.)

### **VIII. DA DISPENSA DE GARANTIA DE JUÍZO PARA APRESENTAR EMBARGOS À EXECUÇÃO**

Nos termos do art. 884 da CLT, a apresentação de embargos à execução fica condicionada a garantia do juízo.

Quanto a nomenclatura, o CPC utiliza a expressão “impugnação ao cumprimento de sentença” para execução de títulos executivos judiciais e embargos à execução para a execução de títulos extrajudiciais.

No processo do trabalho, utiliza-se a expressão de “embargos à execução” independentemente da natureza do título executado. Então, passaremos a adotar a expressão “embargos à execução” ainda que se trate de execução de título executivo judicial (sentença).

Em face da fazenda pública, não se impõe a obrigação do juízo para a oposição de embargos à execução.

A intimação dirigida á fazenda pública não se consubstancia em ordem de pagamento, mas tão somente oportunidade para apresentação de meio de defesa do órgão público e dos recursos públicos.

O Processamento da execução em face da fazenda pública leva em consideração o fato de os bens públicos serem impenhoráveis. Elimina-se do judiciário a principal ferramenta de promoção da execução de natureza sub-rogatória. Na realidade, a construção do rito procedimental próprio da fazenda pública não consiste em verdadeira garantia assegurada ao ente público, mas sim uma adequação procedimental em face da impossibilidade de serem penhorados bens públicos, bem como em razão do rito preconizado pelo art. 100 da Constituição Federal.

### **IX. DA VEDAÇÃO DA ADOÇÃO DO RITO SUMARÍSSIMO EM QUE A FAZENDA PÚBLICA FOR PARTE**

O processo do trabalho tem em sua possibilidade, a adoção do rito sumaríssimo que visa beneficiar o reclamante trabalhista, vez que preza, sobretudo, pela celeridade e diminui as hipóteses recursais.

Quanto ao rito sumaríssimo, há vedação legal expressa (art. 852-A, p.u. da CLT). Estão excluídas do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

A vedação estende-se, inclusive, aos casos em que pessoa jurídica de direito público tem como litisconsorte passivo empresa privada (exemplo de terceirização e responsabilidade subsidiária).

### **X. QUANTO AOS PRAZOS PROCESSUAIS**

No processo do trabalho, a fazenda pública tem o prazo em quádruplo do prazo fixado no art. 841 da CLT, isto é, tem que ter no mínimo o prazo de 20 dias para apresentar sua contestação, e o prazo em dobro para os recursos, conforme previsão do decreto-lei 779/69.



A dúvida que emerge é quanto ao prazo para apresentar as contrarrazões aos recursos, visto que a uma omissão legislativa quanto a essa modalidade de manifestação, considerando que a previsão legal foi expressa em prever o prazo em dobro para o “recurso”.

Com efeito, tal dúvida não existe nos processos da justiça comum, já que no CPC prevê o prazo em dobro para qualquer manifestação, conforme o art. 183.

Assim, considerando que o legislador quis conferir maior prazo para as manifestações da fazenda pública ao recorrer, não seria coerente, ao meu sentir, não estender o referido prazo em dobro para apresentação de contrarrazões.

Ademais, em omissão de normas processuais trabalhistas e sendo o CPC de fonte subsidiária, entendemos que deve ser utilizado o prazo em dobro com fulcro no art. 183 do CPC para as hipóteses de contrarrazões no processo do trabalho.

Por outro lado, não localizamos jurisprudência do TST em sentido de restringir o alcance do inciso III do Decreto-Lei 779/69 para as contrarrazões, aliás, a única restrição que o TST faz é quanto a aplicação da dobra do prazo quando ocorrer litisconsórcio e as partes tiverem Advogados diferentes, isto é, não se observaria a previsão do art. 229 do CPC, conforme a OJ n.º 310 do TST.

## **XI. DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO PÚBLICO**

No que se refere às intimações, até a edição do NCPD, a jurisprudência trabalhista tendia apenas reconhecer a prerrogativa de intimação pessoal à advocacia pública federal, em razão de previsões legais e específicas nesse sentido, nas normas de regência das carreiras, senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA DA  
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE  
FEDERAL DE SÃO CARLOS -  
FUFSCAR. INTIMAÇÃO POR

DIÁRIO ELETRÔNICO.  
FAZENDA PÚBLICA.

A prerrogativa esculpida nos arts. 17 da Lei 10.910/2004 e 35, IV e 38 da Lei Complementar nº 73/93, no sentido de que os Procuradores Federais devem ser intimados e notificados pessoalmente nos processos nos quais atuem em razão de suas atribuições não pode ser suprida pela simples ciência, em audiência ou pela publicação do DEJT, ante o seu caráter cogente e por ser norma especial. Recurso de revista conhecido e provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO DA IRON SEGURANÇA ESPECIALIZADA LTDA. Considerando o provimento do recurso de revista da FUFSCAR, no sentido de determinar o retorno dos autos ao TRT de origem, fica prejudicado o exame desse tópico, podendo ser objeto de novo recurso de revista sem que haja preclusão.

(TST - ARR: 4075720115150008, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 21/11/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/11/2018)

Atente-se que para os Procuradores estaduais e municipais, antes do NCP, não se reconhecia a prerrogativa em questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO  
INTERPOSTO PELA RECLAMADA  
FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO .

INTEMPESTIVIDADE.  
PROCURADORIA DO ESTADO.  
INTIMAÇÃO PESSOAL. O Código de Processo Civil/73 (vigente à época) previa, em seu art. 236, que a intimação das partes seria feita pela publicação dos atos no órgão oficial. Nesse contexto, inexistia previsão legal para que a intimação de Procurador do Estado fosse pessoal, aplicando-se, por conseguinte, a regra geral do Código de Processo Civil/73. Precedentes desta Corte Superior. Incidência do art. 896, § 7º, da CLT. Agravo de instrumento de que não se conhece. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELAS RECLAMANTES ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. SUCESSÃO DE EMPREGADORES. FEPASA. CPTM. ESTRADA DE FERRO SOROCABANA. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. PARIDADE COM OS FERROVIÁRIOS ATIVOS DA CPTM. A Corte de origem, valorando fatos e provas e em estrita observância do princípio do livre convencimento motivado, asseverou não haver sucessão de empregadores. Assentou o acórdão regional que esposos das reclamantes pensionistas eram empregados da Estrada de Ferro Sorocabana. A jurisprudência desta Corte Superior vem, reiteradamente, decidindo que a Estrada de Ferro Sorocabana não foi sucedida pela CPTM, o que torna incabível a pretensão de diferenças de complementação de pensão com base no plano de cargos e salários da CPTM.

Assim, a pretensão recursal encontra óbice no art. 896, § 7º, da CLT . Recurso de revista de que não se conhece. (TST - ARR: 15126720105020040, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 15/08/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018)

De modo contrário, é certo que sob a égide do atual art. 183 do CPC, deve-se reconhecer a necessidade de intimação pessoal da advocacia pública, sob pena de nulidade, como se verifica do seguinte e recente precedente do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SEGUNDO RECLAMADO, MUNICÍPIO DE CANOAS. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ENTE PÚBLICO SOBRE A INCLUSÃO DO RECURSO ORDINÁRIO EM PAUTA DE JULGAMENTO .

Ante a demonstração de possível ofensa ao art. 5º, LV, da CF, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SEGUNDO RECLAMADO, MUNICÍPIO DE CANOAS. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ENTE PÚBLICO SOBRE A INCLUSÃO DO RECURSO ORDINÁRIO EM PAUTA DE JULGAMENTO . A

intimação constitui ato judicial que visa dar publicidade aos atos processuais e ciência às partes dos atos e termos do processo, assegurando eventual manifestação e acompanhamento dos atos praticados, razão pela qual incumbe ao julgador zelar pela sua regularidade, a fim de preservar a condução íntegra do processo e a observância do devido processo legal, garantindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. **No tocante à intimação de entes públicos, o art. 183 do CPC/2015 preceitua que a contagem do prazo de suas manifestações " terá início a partir da intimação pessoal" , a qual " far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico" , conforme regra estabelecida no § 1º da referida norma. No caso dos autos, não está evidenciada a efetiva intimação pessoal do recorrente, Município de Canoas, acerca da inclusão do feito em pauta de julgamento do recurso ordinário. Nesse contexto, impõe-se o acolhimento da questão preliminar arguida, a fim de declarar a nulidade absoluta do acórdão regional, decorrente da ausência de regular intimação pessoal do ente público sobre a inclusão do recurso ordinário em pauta de julgamento, em respeito às garantias constitucionais positivadas no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido.**

(TST - RR: 211772720185040204,  
Relator: Dora Maria Da Costa, Data de

Julgamento: 14/04/2021, 8ª Turma,  
Data de Publicação: 16/04/2021)

Essa é a posição prevalecente do TST, superando a jurisprudência anterior, tendo sido inclusive objeto e decisão do órgão especial do TST, em sede de embargos de declaração (ED-Ag-ED-Ag-AIRR – 14900-24.1993.5.06.0201).

Quanto a contagem do prazo em dias úteis, após a última reforma trabalhista (2017), é contada em dias úteis, igual a forma de contagem do CPC, com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento, nos termos do art. 775 da CLT (artigo equivalente ao art. 224 c/c art. 212 do CPC).

Contudo, existe uma **grande armadilha aos operadores do direito que litigam no TST**, pois quanto a contagem de prazos para interpor agravo interno, **naquela corte não vem se considerando a contagem em dias úteis**. Vejamos:

AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA DO TST EM QUE NÃO ADMITIDO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM BASE EM PRECEDENTE DE REPERCUSSÃO GERAL. PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 239, INCISO II, DO REGIMENTO INTERNO DO TST. INOBSERVÂNCIA.

1. Trata-se de agravo interposto em face da decisão da Vice-Presidência do TST pela qual denegado seguimento ao recurso extraordinário com base em precedente de repercussão geral. 2. Na esteira do julgamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal no AI 760.358/SE (Relator Gilmar Mendes),

a decisão em que aplicado precedente de repercussão geral desafia agravo interno para a Corte de origem. Tal orientação foi consolidada no CPC vigente (artigo 1.030, § 2º). 3. Justamente pelo fato de o agravo interno ser o remédio jurídico cabível para impugnar decisão da Vice-Presidência do Tribunal de origem em que negado seguimento a recurso extraordinário, com base na sistemática da repercussão geral, a aplicação do CPC vigente deve ser subsidiária e supletiva, desde que haja compatibilidade com as normas do Direito Processual do Trabalho. Nesse sentido, o artigo 1º, "caput", da Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho que dispõe sobre as normas do CPC/2015 aplicáveis ou inaplicáveis ao Processo do Trabalho. 4. **O agravo interno está previsto no inciso II do artigo 239 do Regimento Interno do TST, com prazo de 8 (oito) dias, razão pela qual é inaplicável o § 5º do artigo 1.003 do CPC vigente ao caso.** Corroborar tal afirmativa o § 2º do artigo 1º da referida Instrução Normativa nº 39/2016. 5. Por sua vez, em decorrência de regra expressa na CLT a respeito da contagem dos prazos (artigo 775), não se cogita da contagem do oitídio apenas em dias úteis, pois é inaplicável o artigo 219 do CPC vigente (artigo 2º, inciso III, da Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho). 6. **Assim, não observado o prazo de 8 (oito) dias, contado de forma contínua,** o não conhecimento do agravo, **por**

**intempestivo**, é medida que se impõe. Agravo não conhecido. (TST - Ag-ED-AgR-E-RR: 4981120115090657, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 05/02/2018, Órgão Especial, Data de Publicação: DEJT 14/02/2018)

No que pese o entendimento do TST quanto a ao recurso de agravo interno naquela corte, ousou discordar, considerando sobretudo o art. 775 da CLT, bem como uma ausência de justificativa plausível para se manter de forma diferenciada a contagem do agravo interno no TST, afinal, os operadores do direito vem contando os prazos em dias úteis desde a origem do processo e de repente poderá ser surpreendido com uma contagem em dias contínuos.

## **XII. DAS PRERROGATIVAS ENQUANTO RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO**

Preambularmente, as demandas de responsabilização do ente público decorrente de terceirização representam talvez a maioria das ações da fazenda pública no âmbito trabalhista. Em cada demanda proposta por empregado terceirizado geralmente apresenta, no polo passivo, o ente público tomador, cuja responsabilização subsidiária é pretendida pelo autor, na forma da Súmula 331 do TST.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços somente é possível com a participação do ente estatal na relação jurídica processual, conforme requisitos constantes da parte



final do inciso IV da Súmula 331 do TST (“desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”).

Assim, o TST definiu que, por óbice da coisa julgada material, não se revela possível ao empregado ajuizar nova reclamação trabalhista em face do tomador de serviços com pedido de responsabilização subsidiária deste em relação a direitos trabalhistas reconhecidos em ação anterior, conforme se exemplifica pelo julgado seguinte:

RECURSO DE REVISTA –  
IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO  
PEDIDO - RECLAMAÇÃO  
TRABALHISTA AUTÔNOMA  
AJUIZADA EM DESFAVOR DO  
TOMADOR DOS SERVIÇOS  
TERCEIRIZADOS -  
RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA –  
IMPOSSIBILIDADE –  
EXISTÊNCIA DE DECISÃO  
TRANSITADA EM JULGADO EM  
QUE FIGUROU NO POLO  
PASSIVO DA AÇÃO APENAS A  
EMPRESA PRESTADORA DOS  
SERVIÇOS.

Há carência do direito de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, quando o empregado ajuíza reclamação trabalhista autônoma em desfavor do tomador dos serviços terceirizados, pleiteando sua responsabilização subsidiária quanto à satisfação dos direitos trabalhistas reconhecidos em ação anterior, já cobertos pelo manto da coisa julgada material, em que figurou no polo passivo apenas a empresa prestadora dos serviços, real empregadora. A responsabilização do

tomador dos serviços está condicionada à sua integração no polo passivo da reclamação trabalhista cujo título executivo judicial venha a assegurar ao obreiro a percepção de direitos trabalhistas não satisfeitos a tempo e a modo pela empresa prestadora dos serviços, real empregadora. **Seria impróprio reabrir a discussão em torno dos direitos trabalhistas pleiteados na primeira reclamação trabalhista, a fim de possibilitar, nesta segunda ação, que a empresa tomadora exercesse o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, demonstrando o cumprimento das obrigações trabalhistas devidas pela real empregadora, pois, como se disse, tal controvérsia já fora dirimida pelo título executivo judicial transitado em julgado.** A credibilidade da Justiça e dos provimentos jurisdicionais dela emanados não convive com decisões contraditórias a respeito da mesma relação jurídica, o que seria natural caso fosse admitida a pretensão em análise e possibilitado o ajuizamento de ação autônoma em desfavor do tomador dos serviços tratando da mesma matéria objeto de título executivo judicial devidamente aperfeiçoado. Recurso de revista conhecido e desprovido.

(TST - RR: 14614001620065090011, Relator: Luiz Philippe Vieira De Mello Filho, Data de Julgamento: 14/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 23/09/2011)

Desta forma, seria impróprio ajuizar nova reclamação trabalhista para condenar o tomador de serviços.

### A) SOBRE ÔNUS PROBATÓRIO DA DEMONSTRAÇÃO DA *CULPA IN VIGILANDO* DA FAZENDA PÚBLICA

Em se tratando de responsabilização subsidiária da fazenda pública na Justiça do Trabalho, o tema palpitante é quanto a distribuição do ônus probatório da demonstração de *culpa in vigilando* da fazenda pública.

Sabe-se que o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações, que afasta a responsabilidade da Administração Pública por débitos trabalhistas na hipótese de inadimplência do contratado (ADC 16, relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, publicado em 09/09/2011). Vejamos a redação do art. 71, §1º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/93):

Art. 71.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais **não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. [\(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

Mais recentemente, o STF reafirmou esse entendimento no julgamento do RE 760.913/DF (Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017), fixando a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento,

seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93).

No verdadeiro afã de restringir o alcance da literalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) e da jurisprudência do STF, o TST, sobre a responsabilidade subsidiária da fazenda pública, editou a súmula 331, em destaque o inciso V, a saber:

***Súmula nº 331 do TST***

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

**V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.**

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A partir disso, a grande discussão que passou a existir na responsabilidade subsidiária da fazenda pública é sobre a *culpa in vigilando* e sobre a distribuição do ônus probatório em se demonstrar essa dita *culpa in vigilando* da fazenda pública.

Quanto ao ônus probatório a jurisprudência do TST foi oscilante, chegando em diversos julgamentos fixar o

entendimento que esse ônus probatório cabia ao Reclamante. Vejamos:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇO. Demonstrada possível violação do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇO. O Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do RE 760.931, com repercussão geral, **firmou o entendimento de que o ônus da prova da culpa in vigilando cabe ao reclamante, no caso de terceirização trabalhista praticada pela Administração Pública.** Na hipótese, o Tribunal Regional registrou que "em casos como o dos autos, deve ser invertido o ônus probatório, atribuindo-se à Administração Pública o dever de demonstrar que, de forma efetiva, fiscalizou o contrato de trabalho". Portanto, a culpa in vigilando foi atribuída ao ente público, tomador de serviço, com fundamento de que incumbia à Administração Pública o ônus da prova, uma vez que

o ente público não logrou em demonstrar a efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviço firmado com a primeira reclamada. Desse modo, **o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento exarado pela Suprema Corte. Não há como manter a responsabilidade subsidiária atribuída ao ente público**, ressalvado o entendimento pessoal dos Ministros que compõem esta Turma. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 113173520145010039, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 08/05/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/05/2018)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA SEGUNDA RECLAMADA - PETROBRAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ATRIBUIÇÃO DA CULPA POR MERA PRESUNÇÃO. PROVIMENTO. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, firmou posição de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito. Ressaltou, contudo, ser possível a

imputação da mencionada responsabilidade, quando evidenciada a sua conduta culposa, caracterizada pelo descumprimento de normas de observância obrigatória, seja na escolha da empresa prestadora de serviços (culpa in eligendo) ou na fiscalização da execução do contrato (culpa in vigilando). Ainda sobre a conduta culposa, o STF tem entendido que a conclusão da sua demonstração não pode decorrer de mera presunção, baseada no simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, e desvinculada do exame probatório. Para esses casos, aquela excelsa Corte tem decidido que a responsabilização subsidiária do ente público ofende a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC nº 16. Precedentes do STF. Na hipótese, **depreende-se da leitura do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por mera presunção da sua conduta culposa, o que configura responsabilização automática do ente público, procedimento que destoia do comando contido na decisão da ADC nº 16 e, por conseguinte, do entendimento perfilhado na Súmula nº 331, V.** Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST - ARR: 10000420125170006, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 24/08/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/08/2016)



AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO - DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 760.931. REPERCUSSÃO GERAL . SÚMULA Nº 331, IV E V, DO TST. RATIO DECIDENDI. Depreende-se que a ratio decidendi da decisão proferida pelo STF no julgamento do RE 760.931 é: a condenação subsidiária do ente público tomador de serviços, em relação às empresas contratadas por meio de licitação, depende de prova robusta e inequívoca da ausência sistemática de fiscalização, **quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, ônus que incumbe ao empregado.** No caso, considerando que o quadro fático delineado na decisão regional não evidencia essa prova, deve ser excluída a responsabilidade trabalhista subsidiária. Agravo conhecido e não provido.

(TST - Ag-RR: 17305820125010071, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 14/11/2018, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/11/2018)

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS.

I. A Corte Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária sem que fosse especificamente comprovado o nexo de causalidade entre o dano ao empregado terceirizado e a conduta negligente do Ente Público no tocante à fiscalização da empresa prestadora de serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. II. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADC 16/DF, decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional. Todavia, entendeu que não há impedimento para o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública, desde que comprovada a omissão do tomador de serviços na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora em relação a seus empregados. Por sua vez, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 760 . 931/DF, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal firmou as seguintes teses sobre a controvérsia em exame: (a) não é possível a transferência automática da responsabilidade do Poder Público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas não quitados pela empresa prestadora dos serviços, sendo necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o

inadimplemento das obrigações trabalhistas e a conduta negligente dos integrantes da Administração Pública na fiscalização da prestadora de serviços, (b) a eficiência da fiscalização não é fator relevante para a responsabilização da Administração Pública, que se isenta de culpa com a fiscalização ainda que por amostragem, e (c) **é do empregado o ônus de provar a conduta culposa da Administração Pública na fiscalização das empresas contratadas na forma da Lei nº 8.666/93.** III. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST - RR: 570002220135210024, Relator: Alexandre Luiz Ramos, Data de Julgamento: 02/08/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/08/2018)

Contudo, apesar dos entendimentos acima referentes a pelo menos quatro Ministros diferentes do TST, é justo informar que houve uma reviravolta na formação dessa jurisprudência, sendo a hodierna jurisprudência do TST voltada a assentar que esse ônus probatório de comprovar a ausência da *culpa in vigilando* pertence a fazenda pública.

A alteração de entendimento ocorreu a partir do E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em 12/12/2019 e publicado em 22/05/2020). A SBDI-1 do TST, após análise dos debates e dos votos proferidos no julgamento do RE 760931, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da

prova da *culpa in vigilando ou in eligendo* da Administração Pública, sendo este o mais atual entendimento:

I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 331, V, DO TST. DECISÃO PROFERIDA PELA SUBSEÇÃO 1 ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (SBDI-1), NO JULGAMENTO DO E-RR-925-07.2016.5.05.0281, EM 12/12/2019. ATRIBUIÇÃO À PARTE RECLAMANTE DO ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. 1. De acordo com o artigo 896-A da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, deve examinar previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. 2. No presente caso, o Tribunal Regional decidiu a questão com amparo no ônus probatório acerca da conduta culposa do tomador de serviços. 3. A SBDI-1 desta Corte, no recente julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, em 12/12/2019, com sua composição plena, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca

do ônus da prova da culpa *in vigilando* ou da culpa *in eligendo* da Administração Pública tomadora dos serviços, concluindo caber ao Ente Público o ônus de provar a efetiva fiscalização do contrato de terceirização. Trata-se, portanto, de "questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista", nos termos do art. 896-A, IV, da CLT, o que configura a transcendência jurídica da matéria em debate . 4. Nesse contexto, afigura-se possível a tese de violação do artigo 373, § 1º, do CPC/2015. Agravo de instrumento conhecido e provido. II. RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 331, V, DO TST. DECISÃO PROFERIDA PELA SUBSEÇÃO 1 ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (SBDI-1), NO JULGAMENTO DO E-RR-925-07.2016.5.05.0281, EM 12/12/2019. ATRIBUIÇÃO À PARTE RECLAMANTE DO ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. 1 . A Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas

trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Ainda, no julgamento do RE 760931, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

**2. A SBDI-1 desta Corte, após análise dos debates e dos votos proferidos no julgamento do RE 760931, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa in vigilando ou in eligendo da Administração Pública, tomadora de serviços.** Ponderou que o STF

rejeitou o voto lançado pelo redator designado, Ministro Luiz Fux, no julgamento dos embargos declaratórios opostos em face da referida decisão, no qual ressaltou a impossibilidade da inversão do ônus da prova ou da culpa presumida da Administração Pública. Asseverou que, após o aludido julgamento, o entendimento de que não teria havido posicionamento acerca do ônus probatório - se do empregado ou da Administração Pública - passou a prevalecer, inclusive na resolução de Reclamações Constitucionais apresentadas perante aquela Corte. Destacou que a definição quanto ao ônus da prova acerca da regular fiscalização do contrato de terceirização fica a cargo desta Corte. Concluiu, assim, que o Ente Público, ao anotar a correta fiscalização da execução do contrato de terceirização, acena com fato impeditivo do direito do empregado, atraindo para si o ônus probatório, nos termos dos artigos 333, II, do CPC/73, 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT, **acrescentando que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (E-RR-925-07.2016.5.05.0281,** Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em 12/12/2019). 3. Nesse cenário, a Corte Regional, **ao destacar que competia à parte Reclamante provar a ausência fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços pelo Ente Público, proferiu acórdão**

**em dissonância com o atual entendimento da SBDI-1 desta Corte.** Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 175515920165160002,  
Relator: Douglas Alencar Rodrigues,  
Data de Julgamento: 23/06/2021, 5ª  
Turma, Data de Publicação:  
25/06/2021)

*Data maxima venia*, ousamos discordar desse atual entendimento do TST. Primeiramente, deve-se lembrar que os atos administrativos são revestidos do atributo da presunção de legitimidade e veracidade, em razão do que a atividade administrativa se presume em conformidade com o ordenamento jurídico e as informações contidas nos atos administrativos presumem-se verdadeiras.

Em razão disso, ainda que se trate de presunção relativa (*juris tantum*), admitindo-se prova em contrário, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos transfere o ônus da prova para quem alega a ilegalidade.

A propósito, o art. 374, IV, do CPC estabelece que “não dependem de prova os fatos(...) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”.

Nos casos de terceirização pela Administração Pública, a conduta culposa do ente público tomador constitui requisito para a responsabilidade subsidiária do ente estatal, o que configura “fato constitutivo do direito”, cujo ônus da prova recai sobre a parte autora (art. 818, I, CLT).

Como visto, entende o STF que a responsabilização subsidiária do ente público tomador é excepcional, exigindo-se para tanto a efetiva comprovação estatal com base na insuficiência probatória e na consequente aplicação de regras de distribuição do ônus da prova. Assim, cabe reclamação ao



STF para assegurar a autoridade de suas decisões. Vejamos como vem entendendo o STF a partir desse atual entendimento do TST (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em 12/12/2019):

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERIR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A OBRIGAÇÃO DE PAGAR ENCARGOS TRABALHISTAS RESULTANTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 7º DA LEI N. 8.666/1993 RECONHECIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A RECLAMAÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, **em dar provimento ao agravo regimental para julgar procedente a reclamação e cassar a decisão reclamada quanto à atribuição ao reclamante de responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela prestadora contratada**, nos

termos do voto da Ministra Cármen Lúcia, Redatora para o acórdão. (STF - Rcl: 42877 RS 0101083-72.2020.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/05/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 05/07/2021)

DECISÃO RECLAMAÇÃO.  
CONSTITUCIONAL.  
RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA DA  
ADMINISTRAÇÃO. ALEGADO  
DESCUMPRIMENTO DAS  
DECISÕES PROFERIDAS NA  
AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE N. 16 E  
NO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO N. 760.931,  
TEMA 246 DA REPERCUSSÃO  
GERAL. AUSÊNCIA DE  
COMPROVAÇÃO DA CULPA DA  
ENTIDADE ADMINISTRATIVA.  
RECLAMAÇÃO JULGADA  
PROCEDENTE.

O reclamante alega que “a Corte Superior laboral consignou o ônus probatório à Administração Pública para demonstrar que fiscalizou a execução do contrato com a empresa entreposta [e] tal orientação vai de encontro com as razões de decidir do precedente em Repercussão Geral, RE 760.931/DF, desta Corte Suprema, que ratificou a *ratio* da ADC 16” (fls. 6-7).

A presunção comum, diversamente da legal, não dispensa a autoridade

administrativa do ônus da prova, mas coloca-a em situação passiva, **cabendo ao autor da impugnação produzir a demonstração das irregularidades alegadas**” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: LÊ, 1994, p. 121-123).

Na espécie, a autoridade reclamada assentou que “é do Poder Público o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços” (fl. 2, e-doc. 13), não havendo nos autos indicação clara e precisa de conduta omissiva ou negligente atribuível aos agentes públicos responsáveis pela fiscalização do contrato de terceirização. **A decisão reclamada se assenta na presunção de culpa da Administração, em evidente dissonância com o decidido por este Supremo Tribunal nos paradigmas de controle suscitados pelo reclamante.**

(STF - Rcl: 47625 RS 0054980-70.2021.1.00.0000, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/06/2021, Data de Publicação: 08/06/2021)

Isto posto, acreditamos que o TST possa rever o seu entendimento a partir da jurisprudência que vem se firmando nas reclamações constitucionais julgadas no STF.

Por força do art. 988, §5º, II, do CPC, exige-se o esgotamento das “instâncias ordinárias” para que seja cabível reclamação contra decisão que viole entendimento do STF sobre a

responsabilidade do ente público decorrente de terceirização (RE 760.931/DF).

Sabemos que instâncias ordinárias se trata do primeiro e segundo grau de jurisdição, mas na hipótese de reclamação contra decisão que contrarie o entendimento do STF firmado no RE 760.931/DF, exige-se o esgotamento das instâncias antecedentes ao STF, de modo que só caberia reclamação constitucional após o julgamento de todos os recursos cabíveis no âmbito do TST (que em regra não se trata de instância ordinária). Nesse sentido Rcl 29297 AgR, Relator: Min LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/10/2018.

**B) DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA FAZENDA PÚBLICA QUANDO HOVER ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE ENTRE O RECLAMANTE E O RECLAMADO(EMPREGADOR)**

Nas demandas relativas à terceirização no âmbito da Administração Pública, é comum a ocorrência de acordos entre empregado e empregador, sujeitos diretos do contato de trabalho, sobretudo diante da forte cultura conciliatória desta Justiça Especializada.

Nesse contexto, imposta analisar a situação processual da Fazenda Pública nas hipóteses de acordo firmado entre empregado e empregador, sem a participação do ente público.

Sabe-se que o acordo uma vez homologado judicialmente encerra a fase de conhecimento e forma coisa julgada material. A questão a saber é: **e se o acordo não for cumprido, isto é, ante a inadimplência do empregador com os termos do acordo, a fazenda pública poderia ser demanda na fase executória como responsável subsidiário?**

Em caso de descumprimento de acordo homologado judicialmente, o Tribunal Superior do Trabalho, manifesta entendimento no sentido de não admitir o retorno do processo à fase de conhecimento e a não responsabilidade subsidiária da fazenda pública, conforme se exemplifica pelo precedente seguinte:

(...) O Município não pode ser responsabilizado pelo cumprimento de acordo do qual ele não tenha participado. Com efeito, justamente em respeito à coisa julgada, ou seja, ao acordo homologado em juízo (art. 5º, XXXVI, da CF), celebrado entre primeira Reclamada e a Reclamante, do qual o segundo Reclamado nem sequer participou, é que deve ser mantida a decisão a quo que acolheu a nulidade da sentença, afastado a responsabilidade subsidiária atribuída ao segundo Reclamado.(...)

(RR – 542-48.2013.5.09.0014, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de julgamento: 24/08/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/08/2016)

No mais, destaque-se que, para que não haja a responsabilidade subsidiária por descumprimento de acordo homologado, é necessário que a fazenda pública não tenha assinado e não tenha aderido aos termos do acordo.

### **C) DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA FAZENDA PÚBLICA EM CONTRATOS QUE NÃO SEJA DE TERCEIRIZAÇÃO**

Em se tratando de responsabilidade subsidiária da fazenda pública pelos encargos trabalhistas entre empresa contratante e o seu (ex) empregado deve se restringir as hipóteses

tão somente de terceirização da mão da obra, isto é, quando administração pública nitidamente for um tomador do serviço.

Assim, não deve a Administração Pública ser responsável pela falta de pagamento de verbas trabalhistas de toda e qualquer empresas que lhe preste serviço, ainda que se trate de contrato de empreitada de construção civil, conforme OJ 191 do TST, a seguir:

**OJ 191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**

- Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa.

Aos Magistrados se faz necessário que antes de aferir a *culpa in vigilando* e responsabilidade subsidiária da Administração Pública tenha como foco preliminar saber se existe hipótese de terceirização trabalhista, tanto é que a o inciso VI da Súmula 331 do TST falar de obrigações enquanto “tomador de serviços”.

É comum que um município contrate determinada empresa para fazer obras de saneamento e infraestrutura e esses contratos perdurem por vários anos, sendo comum também que tais empresas destaquem profissionais específicos para trabalhar nestas obras dentro do município, sendo que posteriormente, o ex-empregado da empresa acaba por ajuizar demanda trabalhista não só em face da empresa, mas também em face do município. No caso, aplica-se a OJ 190 do TST.

A par da OJ 191 do TST, o E. Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento no IRR-190-53.2015.5.03.0090, fixou as seguintes teses:

I) A exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária por obrigação trabalhista a que se refere a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST não se restringe à pessoa física ou micro e pequenas empresas, compreende igualmente empresas de médio e grande porte e entes públicos (decidido por unanimidade);

II) A excepcional responsabilidade por obrigações trabalhistas prevista na parte final da Orientação Jurisprudencial 191, por aplicação analógica do artigo 455 da CLT, alcança os casos em que o dono da obra de construção civil é construtor ou incorporador e, portanto, desenvolve a mesma atividade econômica do empreiteiro (decidido por unanimidade);

III) Não é compatível com a diretriz sufragada na Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST jurisprudência de Tribunal Regional do Trabalho que amplia a responsabilidade trabalhista do dono da obra, excepcionando apenas "a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado" (decidido por unanimidade);

IV) Exceto ente público da Administração Direta e Indireta, se

houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do artigo 455 da CLT e culpa *in eligendo* (grifamos).

Por fim, feito esse registro, alertamos que sob hipóteses nenhuma a fazenda pública pode ser condenada subsidiariamente quando figura na posição de contratante de obra de construção civil.

### **XIII. DO REMESSA NECESSÁRIA NO PROCESSO DO TRABALHO**

O ordenamento jurídico estabelece, em algumas situações, a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição para que determinadas decisões transitem em julgado e alcancem a eficácia definitiva.

Trata-se da chamada remessa necessária, também denominada de reexame necessário, duplo grau de jurisdição obrigatório, remessa obrigatória ou remessa *ex officio*, atualmente prevista no art. 496 do CPC.

No âmbito do processo do trabalho, o reexame necessário está previsto no art. 1º, V, do decreto-Lei n.º 779/69, nos termos seguintes:

Art. 1º Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica:



V - o recurso ordinário "*ex officio*" das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias;

Como se vê, tal disposição legal apresenta apenas uma previsão genérica de reexame necessário nos casos de decisões desfavoráveis às pessoas jurídicas de direito público, sem apresentar uma regulamentação legal sobre o tema.

Assim sendo, o TST, através do art. 3º, X, da Instrução Normativa n.º 39, reconhece aplicação subsidiária dos §§3º e 4º do art.496 do CPC e, também, editou a Súmula 303 do TST. Vejamos:

**SÚMULA Nº 303 DO TST  
FAZENDA PÚBLICA. REEXAME  
NECESSÁRIO (nova redação em  
decorrência do CPC de 2015) - Res.  
211/2016, DEJT divulgado em 24, 25  
e 26.08.2016**

I - Em dissídio individual, está sujeita ao reexame necessário, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a: a) 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; b) 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; c) 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

II – Também não se sujeita ao duplo grau de jurisdição a decisão fundada em:

a) súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

d) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

III - Em ação rescisória, a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório quando desfavorável ao ente público, exceto nas hipóteses dos incisos anteriores. (ex-OJ nº 71 da SBDI-1 - inserida em 03.06.1996)

IV - Em mandado de segurança, somente cabe reexame necessário se, na relação processual, figurar pessoa jurídica de direito público como parte prejudicada pela concessão da ordem. Tal situação não ocorre na hipótese de figurar no feito como impetrante e terceiro interessado pessoa de direito privado, ressalvada a hipótese de matéria administrativa. (ex-OJs nºs 72 e 73 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 25.11.1996 e 03.06.1996).

Compreende-se o reexame necessário como condição legal para a eficácia definitiva da decisão, cujo trânsito em julgado só ocorrerá após o duplo grau de jurisdição obrigatório.

Nesse aspecto, ressalte-se que o reexame necessário impede o trânsito em julgado de decisão. Nesse sentido determina a Súmula 423 do STF: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.”

Em fase de execução, se o Advogado Público identificar que a regra o reexame necessário não foi feito, caberia ajuizar uma ação rescisória?

Em razão desse impedimento ao trânsito em julgado, não cabe ação rescisória contra a decisão não submetida ao reexame necessário, conforme entendimento consolidado na OJ 21 da SDI-II do TST:

**OJ 21. AÇÃO RESCISÓRIA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. INOBSERVÂNCIA. DECRETO-LEI Nº 779/69, ART. 1º, V. INCABÍVEL (nova redação) - DJ 22.08.2005**

É incabível ação rescisória para a desconstituição de sentença não transitada em julgado porque ainda não submetida ao necessário duplo grau de jurisdição, na forma do Decreto-Lei nº 779/69. Determina-se que se oficie ao Presidente do TRT para que proceda à advocatória do processo principal para o reexame da sentença rescindenda.

Uma outra questão importante a ser pontuada sobre remessa necessária no processo do trabalho refere-se à impossibilidade de agravamento da condenação em face da fazenda pública. Apesar de não possuir natureza recursal (segundo entendimento majoritário), a remessa necessária tem por finalidade

a proteção do interesse da Fazenda Pública, através do reexame da causa afim de evitar condenações indevida em prejuízo do interesse público.

Neste sentido, considerando a finalidade do reexame de causa a fim de evitar condenações indevidas em prejuízo do interesse público em seu julgamento, conforme a Súmula 45 do STJ: “**No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à fazenda pública**”.

Esse entendimento também **se aplica no processo trabalho, de modo que não pode haver *reformatio in pejus* em reexame necessário.**<sup>1</sup>

#### **XIV. DAS REGRAS PRÓPRIAS PARA A FIXAÇÃO DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS (Juros DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA)**

Os consectários legais são condenações acessórias que acompanham a condenação principal quando há algum valor monetário a receber pela parte vencedora.

Nas ações trabalhistas, de acordo com o §1º do artigo 39 da Lei 8.177 de 1991 e com o artigo 883 da Consolidação das Leis do Trabalho, os juros de mora são de 1% ao mês e devidos desde o ajuizamento da ação.

Por sua vez, a correção monetária deveria ser feita com base no caput do art. 39 da Lei 8.177 de 1991, sendo devidos desde do inadimplemento da obrigação trabalhista.

---

<sup>1</sup> Neste sentido: ARANTES, Delaíde Alves Miranda; LEMOS, Maria Cecília de almeida Monteiro. A remessa Necessária no processo do trabalho à luz do Novo Código de Processo Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, v. 62, n.93, jan./jun. 2016, p. 126.

Se formos consultar o art. 39 da Lei 8.177/93, veremos que tanto no caput quanto no seu § 1º, se utiliza a nomenclatura “juros”, quando na verdade, no *caput* do art. 39 a nomenclatura correta deveria ser “correção monetária”. Essa atecnia legislativa é tema pacífico na doutrina trabalhista.

Assim, em resumo, nos primórdios, na justiça do trabalho os juros de mora eram contados a partir do ajuizamento (na justiça comum é a partir da citação), e a correção monetária a partir do inadimplemento.

A índice utilizado para correção monetária era a TRD(taxa de referência diária) e para o juros de mora era o índice de 1% ao mês.

Contudo, quanto à correção monetária, a TRD acabou sendo extinta em 1993 a partir do art. 2º da Lei 8660/93, e, então, a correção monetária passou a utilizar a TR que é o índice aplicado aos depósitos de caderneta de poupança (art. 7º).

Posteriormente, em 2015, surgiu nova alteração quanto a correção monetária.

Ao julgar a ADI 4.357, o STF havia declarado a inconstitucionalidade parcial do §12 do artigo 100 da CR/88, que, por ter redação semelhante ao aludido dispositivo legal.

Em resumo, no STF, quanto as correções monetárias, fixou-se que fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da emenda constitucional 62/09, até 25/3/15, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)".

Por sua vez, o TST, em julgamento plenário realizado no dia 04 de agosto de 2015, examinou a Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela 7ª Turma, nos autos do AIRR-479-60.2011.5.04.0231, e pronunciou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 39 da Lei da Lei 8.177/91.

Em resumos, após algumas oscilações, o TST fixou entendimento no sentido de que adotar a modulação insculpida pelo STF e definindo o dia 25/3/15 como o marco inicial para a aplicação da variação do IPCA-E como fator de atualização, mantendo-se a aplicação da TR para os débitos trabalhistas devidos até o dia 24/3/15.

Em 2017, outra reviravolta, no índice das correções monetárias. Não obstante as decisões do STF e do TST sobre a matéria, sobreveio então a Lei 13.467/17 (reforma trabalhista), incluindo o parágrafo 7º ao art. 879 da CLT, reafirmando que a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial trabalhista seria feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei 8.177/91.

A par disso, por força do cenário jurisprudência oscilante mais uma vez e por conta da nova legislação, o Excelso Pretório recebeu as ADCs 58 e 59.

Em 2019, nada obstante esse cenário confuso, quanto às correções monetárias, o tema sobre o índice de correção monetária dos débitos trabalhistas foi novamente objeto de mudança legislativa, dessa vez promovida pela Medida Provisória 905/2019, conhecida como MP do “contrato verde e amarelo”, ou por minirreforma trabalhista, que passou a prever a aplicação do IPCA-E em detrimento da TR.

Contudo, a MP 905/2019 acabou não sendo convertida em lei.

Em 2020, o STF decide pacificar a matéria em julgamento realizado no final de ano, que deve passar a repercutir no ano de 2021. Todas as ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF, ADC 59/DF), *verbis*:

por maioria julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao

art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e **à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC** (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio”. Plenário, 18.12.2020. (STF – ADIn 5.867/DF, ADIn 6.021/DF, ADC 58/DF, ADC 59/DF – Tribunal Pleno – relator Min. Gilmar Mendes. Sessão realizada por vídeo conferência em 18/12/2020 – resolução 672/20 – STF).

Além disso, também por maioria, houve a modulação, nos seguintes termos:

“modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora

de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 18.12.2020 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)”

Em síntese didática, a modulação dos efeitos do julgado do STF fica desta forma:



1. **débitos trabalhistas judiciais ou extrajudiciais já pagos**, permanecem inalterados os critérios com os quais foram pagos, e por decorrência ficam consolidadas as situações jurídicas estabelecidas (TR ou IPCA-e mais juros de 1% ao mês);
2. **processos judiciais com trânsito em julgado**, com definição dos critérios de juros e correção monetária – ficarão mantidos os critérios da sentença transitada em julgado (TR ou IPCA-e mais juros de 1% ao mês);
3. **processos judiciais com trânsito em julgado**, porém sem a definição dos critérios de correção monetária e juros. Neste caso incidência SELIC como índice de atualização e juros, em face de que a SELIC engloba os dois componentes de atualização do crédito trabalhista;
4. **processos em curso sem o trânsito em julgado**, a incidência de IPCA-e para fase pré-processual e a taxa SELIC para fase processual (a partir da citação);
5. **em processos ainda não instaurados**, a incidência de IPCA-e para fase pré-processual e a taxa SELIC para fase processual (a partir da citação).

Atente-se que o acórdão que foi julgado em 18/12/2020 só foi publicado em 07/04/2021.

Assim sendo, após a celeuma no STF, era preciso vermos como seria o julgamento do TST a partir de então. Em 02/07/2021 podemos citar o seguinte julgamento, a saber:

I - AGRAVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADC 58/DF. INCIDÊNCIA DO IPCA-E NA FASE PRÉ-JUDICIAL E INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC A PARTIR DA CITAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. REGIDO PELA LEI 13.467/2017 .

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 18.12.2020, por maioria, julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade 58, conferindo interpretação, conforme a Constituição Federal, ao artigo 879, § 7º, e ao artigo 899, § 4º, ambos da CLT, para considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que venha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam, a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e da taxa SELIC a partir da citação.

4. Ante a possível violação do artigo 5º, XXXVI, da CF, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento parcialmente provido. II. RECURSO DE REVISTA. REGIDO

PELA LEI 13.467/2017. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADC 58/DF. INCIDÊNCIA DO IPCA-E NA FASE PRÉ-JUDICIAL E INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC A PARTIR DA CITAÇÃO. 1 . O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 18.12.2020, por maioria, julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade 58, conferindo interpretação, conforme a Constituição Federal, ao artigo 879, § 7º, e ao artigo 899, § 4º, ambos da CLT, para considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que venha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam, a **incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e da taxa SELIC a partir da citação.** 2. **No presente caso, o Tribunal Regional adotou como índice de atualização monetária dos débitos trabalhistas a TRD até 24/03/2015 e, após essa data, o IPCA-E.** 3 . **Nesse cenário, o Tribunal Regional proferiu acórdão dissonante do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.**

(TST - Ag: 267006020045050017, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 30/06/2021, 5ª

Turma, Data de Publicação:  
02/07/2021)

**Isto posto, finalizando sobre a fixação dos consectários legais(juros e correção) nas condenações em geral na justiça do trabalho, temos o seguinte:**

- **Na fase prejudicial**, tem utilização a correção monetária do IPCA-E, isto é, do inadimplemento das obrigações trabalhistas até a o ajuizamento, os valores podem ser corrigidos pelo IPCA-E.

- **Na fase judicial**, a partir da citação (não a partir do ajuizamento) utiliza-se a taxa SELIC que engloba tanto a correção monetária e os juros de mora.

Perceba que quando se corrige pela taxa SELIC a partir da citação, **não é mais necessário fazer a correção de juros de mora**, visto que geraria um bis in idem, considerando que a TAXA SELIC já engloba os juros de mora, sob pena de *bis in idem*. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. EXECUÇÃO. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL AOS DÉBITOS TRABALHISTAS. Em face de possível violação do art. 5º, II, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA.

ACÓRDÃO DO REGIONAL  
PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA  
LEI 13.467/2017. EXECUÇÃO.  
ÍNDICE DE CORREÇÃO  
MONETÁRIA APLICÁVEL AOS  
DÉBITOS TRABALHISTAS.  
DECISÃO DO STF.

- Observe-se que em relação à fase judicial, **a Corte Suprema foi enfática no sentido de que a aplicação da taxa Selic não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, sob pena de bis in idem.**

- Ainda por maioria, o Tribunal modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) **devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária)**, sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, II, da CF e provido.

(TST - RR: 6326020155090863,  
Relator: Alexandre De Souza Agra  
Belmonte, Data de Julgamento:  
30/06/2021, 3ª Turma, Data de  
Publicação: 02/07/2021)

Contudo, **em se tratando de fazenda pública em juízo na Justiça do Trabalho, o novel entendimento tem suas peculiaridades, isto por que naquele importante julgado do STF foi excepcionado a fazenda pública. Vejamos:**

DIREITO CONSTITUCIONAL.  
DIREITO DO TRABALHO. AÇÕES  
DIRETAS DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E  
AÇÕES DECLARATÓRIAS DE  
CONSTITUCIONALIDADE.  
ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS  
DEPÓSITOS RECURSAIS E DOS  
DÉBITOS JUDICIAIS NA JUSTIÇA  
DO TRABALHO. ART. 879, § 7º, E  
ART. 899, § 4º, DA CLT, NA  
REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.  
467, DE 2017. ART. 39, CAPUT E §  
1º, DA LEI 8.177 DE 1991.  
POLÍTICA DE CORREÇÃO  
MONETÁRIA E TABELAMENTO  
DE JUROS.  
INSTITUCIONALIZAÇÃO DA  
TAXA REFERENCIAL (TR) COMO  
POLÍTICA DE DESINDEXAÇÃO  
DA ECONOMIA. TR COMO  
ÍNDICE DE CORREÇÃO  
MONETÁRIA.  
INCONSTITUCIONALIDADE.  
PRECEDENTES DO STF. APELO  
AO LEGISLADOR. AÇÕES  
DIRETAS DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E  
AÇÕES DECLARATÓRIAS DE  
CONSTITUCIONALIDADE  
JULGADAS PARCIALMENTE  
PROCEDENTES, PARA  
CONFERIR INTERPRETAÇÃO  
CONFORME À CONSTITUIÇÃO

AO ART. 879, § 7º, E AO ART. 899, § 4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

5. Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), **à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009)**, com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810).

(STF - ADC: 58 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/04/2021)

Assim **nas condenações impostas a fazenda pública NÃO É CORRETO SE UTILIZAR A TAXA SELIC, devendo se utilizar o regramento específico tanto para correção monetária quanto para juros de mora previsto no art. 1º F da Lei 9494/97** e o disposto na OJ n.º 07 do Tribunal Pleno do TST, isto é, para correção monetária utiliza-se o índice IPCA-E e para correção monetária utiliza-se o índice oficial da caderneta de poupança.

Entretanto, só para demonstrar como o direito do trabalho e o processo do trabalho é um ramo cheio de detalhes e para ser justo neste artigo, cumpre-nos dizer que haveria uma hipótese em que o regramento específico do art. 1º F da Lei 9494/97 poderia ser afastado e a fazenda pública ser obrigada a pagar juros e correções monetária fincadas em índices mais onerosos. Seria na hipótese de quando for executada, no caso concreto, pela sua responsabilidade subsidiária, nos termos da inteligência da OJ n.º 382 SBDI do TST.

## **XV. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conquanto, de fato, a Fazenda Pública tenha uma posição diferenciada, não se trata de um privilégio, mas sim de prerrogativas conferidas ao Estado (sentido amplo) para atingir o interesse público e, principalmente, preservar o patrimônio público. Tais prerrogativas não surgem do nada, não é um fim em si mesmo, pois só existem para consecução dos interesses da sociedade.

A igualdade entre indivíduos perante o ordenamento jurídico, assegurada pela Constituição, não significa afirmar que todos devem ser tratados de forma idêntica, sobretudo em face das leis infraconstitucionais. É inconcebível pretender a igualdade nestes termos, pois, inviável impor a todos os indivíduos exatamente os mesmos ônus ou lhes conferir precisamente os mesmos direitos sem fazer qualquer distinção entre eles (HANS KELSEN)<sup>2</sup>

Destarte, o tratamento diferenciado se justifica, sendo a fazenda pública em juízo, em outras palavras, a representatividade “dos recursos públicos e patrimônio público em juízo”, sendo os Procuradores, naquele campo de batalha, o guardião do tesouro público, o guardião da “*fazenda*”, isto é, daquilo que melhor deve ser feito com os recursos públicos.

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 99.



## **XVI. DAS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CÂMARA, Miguel. Direito Material e Processual do Trabalho na Fazenda Pública. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha da. A Fazenda Pública em juízo. 13. ed., totalmente reformulada, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha da. A Fazenda Pública em juízo. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CORDEIRO, Wolney de Machado. Fundamentos do direito processual do trabalho brasileiro. São Paulo: LTr; 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil. Vol. 2. 6. ed. ver., 2007 atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 12. Ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017.



## **A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O COMBATE À CORRUPÇÃO<sup>3</sup>.**

Antonio Tide Tenório Albuquerque Madruga Godoi  
Procurador Municipal de Olinda

Em janeiro de 2014, entrou em vigor a Lei n.º 12.846. A norma comemorou seu sétimo aniversário, preenchendo o vazio legislativo existente sobre o tema da responsabilidade da pessoa jurídica, no que toca ao envolvimento desta com atos de corrupção.

A sanção da lei foi fruto da pressão popular, sentida em meados do ano de 2013, quando os movimentos populares foram às ruas, exigindo maior transparência e moralidade no trato da coisa pública.

Os anos passaram e o tema do combate à corrupção tornou-se até plataforma política para eleições em todo Brasil, demandando a análise crítica e revisitação do texto publicado anos atrás.

O legislador, naquele momento, atento às relações negociais, que permeiam o setor público, buscou inibir a corrupção, fraudes à licitação e outras práticas lesivas à administração pública. Isto porque, é claro que a corrupção e as outras atividades ilícitas dispostas na lei são fruto de atos bilaterais. Não há corrompido sem que haja corruptor. A nova lei, específica sobre o tema, deve ser louvada, pois trouxe como alvo, precisamente, a figura do corruptor. Aquele que alimenta a rede de corrupção impossibilita a sobrevivência do empresário honesto e escraviza a máquina pública. A conclusão é lógica: sufocando o corruptor, também o será o corrompido. O difícil é a mudança de cultura.

---

<sup>3</sup> Tema sempre atual. Revisitação do artigo publicado *in* <https://www.conjur.com.br/2014-jan-30/antonio-tide-lei-anticorruptcao-louvada-fois-mira-corruptor>

Frise-se, no entanto, que a responsabilização objetiva administrativa e cível da pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira não é uma ideia nova, aliás, é fruto de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, mas que, somente, viu-se implementada após o povo ir às ruas (v.g. Convenção de Combate à Corrupção de Agentes Públicos em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), datada de 1997).

Atos de corrupção ou fraudes à licitação, *verbi gratia*, até hoje, quando muito, apenas redundavam em responsabilidade das pessoas físicas. A exceção ficava por conta das declarações de inidoneidade ou proibições de contratação com o Poder Público, previstas nas Leis 8.666/1993 (14.133/2021) e 8.429/1992 (cuja modificação encontra-se no Senado) (Licitações e Improbidade Administrativa, respectivamente). Isso é muito pouco, sobretudo se observado o fato de que, em regra, são as empresas as grandes beneficiadas pelos crimes cometidos.

O referido diploma legal, resumidamente, responsabiliza as pessoas jurídicas, uma vez comprovados os fatos, onexo causal e o resultado, satisfazendo-se apenas com o vínculo entre o ato lesivo e o resultado. Importante registrar que o significado de pessoa jurídica, para efeito da lei, é amplo, albergando fundações, associações de entidades ou pessoas, instituições educacionais, de assistência social, regulares ou irregulares, e demais sociedades simples e empresárias.

Para a lei, consideram-se infrações: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada; financiar, patrocinar ou custear ou de qualquer modo subvencionar a prática de ato ilícito; utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (laranjas); frustrar, impedir licitação ou afastar licitante de modo fraudulento ou com o oferecimento de vantagem; criar de modo fraudulento ou irregular pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

A lei ainda indica sanções administrativas e judiciais, como multas que variam de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto, nunca inferior ao valor da vantagem irregular conseguida; na impossibilidade de se auferir esse montante, deve-se aplicar multa no valor entre R\$ 6 mil e R\$ 60 milhões. É possível, inclusive, dissolver, judicialmente, a empresa, decretando o perdimento de seus bens, além de outras penas já dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

Anote-se que a responsabilização da pessoa jurídica não impede que a pessoa física dirigente ou administrador, bem como ou coautores e partícipes sejam responsabilizados. Pelo contrário, a responsabilidade desses deve ser apurada, inclusive na seara criminal. A lei, no entanto, foca nas empresas, local onde se retiram recursos para corrupção.

Nessa senda, criou-se o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) para publicizar e elencar as penalidades impostas às empresas, com base na lei. A delação premiada (acordo de leniência), também está prevista. O instituto tem por escopo beneficiar os envolvidos — inclusive pessoa jurídica — que decidirem colaborar com as investigações, desde que seja a primeira a fazê-lo e, efetivamente, forneça informações, que esclareçam os fatos e identifiquem os envolvidos. Aqui cabe uma crítica. Essa inovação, popularizada no Direito Penal (constante da lei de lavagem de dinheiro, organizações criminosas e de concorrência), deve ser bem acompanhada, na prática, a fim de que não seja desnaturado seu conteúdo e se estimule a delação para fins de que concorrentes sejam prejudicados com denúncias infundadas, como se verificou, inicialmente em alguns casos pontuais, levados ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Outra importante inovação é a previsão na norma de valorização do compliance, como forma de atenuar as sanções a serem impostas às pessoas jurídicas. Isto quer dizer que se a empresa se preocupar e, efetivamente, se dispuser a criar mecanismos de controles internos, códigos de ética, auditorias regulares e de incentivo a denúncias, com o objetivo de evitar atos de improbidade, seu esforço será sopesado em favor dos empresários e da empresa, quando da imposição de penalidade.

Viu-se, na prática que os bancos são os reais catalisadores desta mudança. Isto porque, normas internacionais de combate à lavagem de capitais e terrorismo tornaram mais rígidos os critérios de concessão de empréstimos, forçando os entes a mudarem sua cultura de relacionamento, ainda em evolução.

Desta feita, a atenuante do compliance, sua relação com a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e imposição das penalidades (artigo 7º, inciso VII), estão fazendo surgir novas questões no ambiente das empresas. Tudo isso, porque o empresário que, fomentar as investigações no seio da própria empresa, terá um benefício legal, mas será, frequentemente, questionado sobre limites e direitos dos investigados. Só existe, portanto, uma forma de minorar os prejuízos às empresas e aos empresários: a confecção de códigos de ética e de procedimentos internos abrangentes e claros, consentâneos com o ordenamento jurídico e investimento em auditorias periódicas autônomas.

É muito importante que sejam adotadas essas providências, sobretudo no âmbito da administração Pública, pois certamente os resultados de dentro para fora serão mais rapidamente sentidos e conseguiremos dar um salto de qualidade no combate à prática de ilícitos contra seu patrimônio, o que em última análise, é seu objetivo. Criar mecanismos dentro da Administração Pública de proteção ao patrimônio social e ao mesmo tempo fortalecer, eticamente, o particular, para que esse não corrompa o público! E se o público tentar corromper o particular, esse não o faça, nem que seja pelo temor de multas e dissolução da empresa.

Destarte, elogio ao legislador anteriormente tributado deve ser renovado, pois esse anteviu a concretização do combate à corrupção, de maneira inteligente, não proliferando a legislação brasileira com a inútil e tão utilizada ameaça de prisão. Essa lei, acertadamente, não tem conteúdo de norma penal (ultima ratio), mas com a implementação de legislação de apoio será muito mais eficaz, pois inibirá comportamentos dos beneficiários dos ilícitos por lhes atingir no bolso.

A análise dos diplomas citados e da conjuntura política nos permitem afirmar que o combate à corrupção, a adoção de boas práticas, o aperfeiçoamento das instituições e diplomas legais devem ser perenes. A dinâmica das relações humanas e a

criatividade para cometer delitos devem ser acompanhadas de perto pelos cidadãos, que devem estar atentos e sintonizados com os gestores da Administração Pública. Só assim nosso patrimônio será preservado e os bons empresários valorizados por trabalharem na legalidade.





## **A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DE OLINDA.**

Hélvio Polito Lopes Filho

Procurador Municipal de Olinda.

O patrimônio cultural de Olinda, até o momento de criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em 1937, não possuía, por parte do poder público, uma ação preservacionista claramente identificada, podemos contrariamente afirmar que no início do século XX, o Sítio Histórico de Olinda sofre bruscas intervenções por parte do poder municipal como a demolição das ruínas do Convento do Carmo em 1907 e da Igreja de São Pedro Mártir em 1915, uma das mais antigas da cidade. Outra intervenção tencionada pela municipalidade olindense, que não seguiu adiante pela falta de recursos públicos, foi o projeto de urbanização da área compreendida entre os Conventos de São Bento e do Carmo, que vislumbrava a abertura de uma grande via, no qual se pretendia eliminar a Igreja do Carmo e sua colina, além da casa com muxarabi, edificação representativa da arquitetura civil seiscentista, localizada na Praça João Alfredo (conhecida como Praça de São Pedro), que posteriormente, em 1939, foi tombada em nível federal, no Livro das Belas-Artes.

A presença legal do poder público na preservação do patrimônio cultural de Olinda, tem seu marco inicial com o tombamento, em 1938, de monumentos isolados de arquitetura religiosa e civil. São deste ano as inscrições no Livro do Tombo de Belas-Artes do Antigo Palácio Episcopal; Igreja da Misericórdia; Igreja de Nossa Senhora da Graça e residência anexa, antigo Colégio dos Jesuítas; Igreja de Nossa Senhora do Monte; Igreja de Santa Teresa; Igreja do antigo Convento de Santo Antônio do Carmo; Igreja e Convento de Nossa Senhora das Neves; Igreja e

Mosteiro de São Bento. Em 1939, são tombadas as casas de nº 28, da Rua do Amparo e de nº 07, da Praça João Alfredo, finalizando o ciclo de tombamentos, em nível federal, de edificações isoladas em Olinda, tem-se, em 1966, a inscrição em Livro de Tombo, da Capela de São Pedro Advíncula e da edificação do antigo Aljube, na Rua 13 de Maio, além do Forte de São Francisco, ou do Queijo, em 1984.

O patrimônio arquitetônico de Olinda, somente é tombado em conjunto, mediante a inscrição nº 44, no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; da inscrição 412, no Livro Histórico e inscrição nº 487, no Livro de Belas-Artes, todas em 19 de abril de 1968.

Em 21 de março de 1968, o senhor Renato Soeiro, então Diretor do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, encaminha ao Prefeito de Olinda, Benjamim de Aguiar Machado, a Notificação nº 1004, que delimita a área tombada e faz as recomendações para a sua preservação.

Para fins estabelecidos no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, notifico a V.sa. (sic), que foi determinada a inscrição nos Livros do Tombo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a que se refere a artigo 44 do mesmo diploma legal, do seguinte conjunto arquitetônico compreendido na área delimitada pelo seguinte perímetro, na cidade de Olinda, PE:

Partindo-se da orla marítima pelas ruas Santos Dumont e Joaquim Nabuco até encontrar o prolongamento do rumo que passa pelas Igrejas de Nossa Senhora do Monte e São João Batista, por esse rumo, seguindo-se até a citada Igreja do Monte: daí por um segundo rumo, passando-se pelo Farol até a orla marítima: por essa orla marítima, até o início (sic) da rua Santos Dumont, por onde se principiou:

Foram inscritos, dentro desse perímetro, com destaque os conjuntos urbanísticos e arquitetônicos das ruas 13 de maio, Amparo e Bernardo Vieira de Melo.

Nas demais áreas e arruamentos, ficará a inscrição feita, como extensão dos tombamentos dos vários monumentos já tombados, e principalmente, além dos arruamentos acima referidos, das Igrejas de Nossa Senhora do Carmo (sic), de São João Batista,

da Misericórdia, da Conceição, de Nossa Senhora do Rosário dos Pretos, do Amparo, do Monte, do Convento de Nossa Senhora das Neves, da Antiga (sic) residência dos Jesuítas e da Igreja de Nossa Senhora das Graças, do Mosteiro de São Bento, do antigo Palácio dos Bispos, do antigo Aljubo (sic), atual Museu de Arte Contemporânea e da casa do Pátio de São Paulo (sic) [Pátio de São Pedro].

Essa preservação se refere, principalmente, à manutenção do gabarito e do caráter (sic) plástico das edificações – frontespícios (sic) e telhados de telhas antigas (procurando-se com o tempo, alterar as novas edificações), e a preservação da vegetação, pública e particular, com a fixação da densidade máxima de 20%, com vistas aos seus terrenos e limitada a um único pavimento para novas construções. A única exceção (sic) será na área plana, do litoral, onde não haverá limite de densidade mas tão somente limite de gabarito de dois pavimentos.

Augusto C. da Silva Telles, em seu artigo intitulado “Centros Histórico: notas sobre a política brasileira de preservação”, na Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nº19/1984, faz referência a essa época em que a preservação no Brasil amplia sua visão, saindo da esfera única do monumento isolado, para uma concepção que encarna a Carta de Veneza, admitindo uma visão de conjuntos urbanos:

A preservação e a revitalização dos “Centros Históricos”, como assunto prioritário na política de preservação dos bens culturais e naturais é relativamente recente, tanto no panorama mundial, quanto no âmbito brasileiro. Realmente, até há poucos anos, o enfoque da política, dita preservacionista, era o do “Monumento” em seu sentido etimológico, de edificação notável a ser colocada em destaque. A Carta de Veneza de 1964 foi, certamente, o primeiro documento de caráter internacional a definir que “os sítios urbanos ou rurais”, assim como “as obras modestas que alcançaram com o tempo um significado cultural” deveriam ser equiparadas aos “Monumentos”, criações arquitetônicas isoladas. Igualmente afirmou esta Carta, que a “conservação de um monumento exige a preservação da vizinhança à sua escala”, sendo “proscrita toda a construção nova, toda demolição ou alteração que possa modificar as relações de volume e de cor.

Neste sentido a Notificação Federal do SPHAN nº 1004, de 1968, revela sua fonte inspiradora, quando definindo o que ser preservado em Olinda, ressalta os espaços físicos compreendidos como às “áreas e arruamentos (...), como extensão dos tombamentos dos vários monumentos já tombados...” e quando nas determinações do preservar, fundamenta seu valor na questão da volumetria urbana, e características estéticas, “Essa preservação se refere, principalmente, à manutenção do gabarito e do caráter plástico das edificações.”

Silva Telles ressalta que, com base na “Declaração de Amsterdã”, do Conselho da Europa, em 1975, é proposta a adoção da “Conservação Integrada”, mediante um relacionamento com o “Planejamento do Uso do Solo” e o “Planejamento Urbano e Regional”. Esta nova postura, segundo Silva Telles, é provocada por dois fatores, o primeiro, pela inclusão de bens considerados até então sem maiores significados, como os de arquitetura popular, ou vernacular, o que amplia o universo a ser preservado, e o segundo, pelo grande crescimento das nucleações urbanas, com crescente demanda para a implantação de novas vias e pelo aumento da especulação imobiliária, o que pressiona as áreas urbanas de importância cultural. Sobre o assunto, refere-se:

No Brasil, desde quando em 1937 teve início a política de preservação dos bens culturais e naturais, vários núcleos e centros de valor paisagístico, urbanístico e arquitetônico foram preservados – “tombados”. Como estes núcleos ou sítios localizavam-se em áreas que, na época, estavam marginalizadas, econômica e socialmente, em uma primeira fase, até as décadas de 1950/60, os problemas que neles se apresentavam como mais sérios eram, principalmente, os de manutenção das edificações mal conservadas, muitas vezes deficientemente usadas ou em desuso. Na época, foram se realizando algumas campanhas de esclarecimento público, quanto ao valor desses acervos, e das razões de sua preservação. Com o impacto desenvolvimentista dos anos 50/60, esses núcleos preservados e outros mais, que passaram a ser inscritos como de interesse cultural ou natural, começaram a ser atingidos, agredidos pela pressão demográfica, pela metropolização das áreas contíguas, pela implantação de indústrias em suas imediações, pela inserção dos mesmos em roteiros turísticos, pela abertura de rodovias em suas proximidades. Assim ocorreu com Ouro Preto, Mariana,

Tiradentes, São João Del-Rei, Parati, Olinda, Porto Seguro, com os núcleos do Pelourinho em Salvador e da Praia Grande em São Luiz, entre outros.

Em 1973, é elaborado o Plano de Desenvolvimento Local Integrado de Olinda (PDLI), que de uma certa forma na área da preservação cultural, antecipa-se às recomendações da “Declaração de Amsterdã”, e responde as novas realidades existentes no município. Na década de 60, Olinda praticamente dobra sua população, período em que são construídos vários conjuntos habitacionais pela antiga COHAB/BNH, carreando para o município não só uma população vinda do Recife, como também de toda a Área Metropolitana.

O Plano de Desenvolvimento Local Integrado de Olinda (PDLI) é elaborado simultaneamente com a Legislação Urbanística Básica do Município, aprovada pela Câmara Municipal, constituindo-se na Lei Municipal 3.826/73. Nesta Lei, o Livro III, trata especificamente do Sítio Histórico, estabelecendo um zoneamento para o conjunto urbanístico e arquitetônico, de acordo com as necessidades e critérios de preservação da época.

Nesse instrumento legal, compreende-se monumento não só a criação arquitetônica isolada, como também o ambiente no qual ela se insere e sua conservação deve ser sempre favorecida pela atribuição de uma função útil à sociedade.

São definidas restrições para as construções e reformas; normas de ocupação para as áreas vizinhas ao polígono tombado pelo SPHAN e identificadas as funções primordiais das zonas de Preservação Rigorosa e Ambiental, destinadas a “Conter o Centro Cívico Administrativo e Cultural da cidade, as sedes do Governo Municipal, dos principais órgãos públicos, as associações civis ou religiosas e instituições culturais como museus, bibliotecas, arquivos e Horto Botânico, e ainda ateliês e residências de artistas e artesãos, pousadas e estabelecimentos destinados ao comércio de artesanato e turismo (...). O Campus universitário, além da função residencial.”

Em seu artigo 82, a legislação, define a orientação que a conservação, valorização e restauração devem obedecer, adequando-se às normas da Carta Internacional sobre a

Conservação e Restauração de Monumentos e Sítios (Veneza, 1964).

Neste sentido, verifica-se que a Lei Municipal 3.826/73, nasce de alguns fatores como a explosão populacional que Olinda sofre, fazendo com que sua população passe de 62.435 habitantes em 1950, para 199.292 habitantes em 1970, com índices anuais de aumento da população de 5.8% ao ano, entre 1950 e 1960 e de 6.2% a.a., entre 1960 e 1970; nasce de uma concepção que busca tratar as áreas históricas dentro do macroplanejamento municipal, como parte contida no planejamento urbano de todo o território municipal, sabendo que não poderiam solucionar as pressões imobiliárias sobre os centros históricos com políticas setorializadas de uso do solo “cultural”.

Um marco fundamental para a concepção desta legislação urbanística olindense de 1973, no que se refere à preservação do Sítio Histórico de Olinda é o movimento nacional, gerado pelos “Encontros de Governadores”. Vera Milet, em seu livro “A teimosia das Pedras: Um estudo sobre a preservação do patrimônio ambiental do Brasil”, 1988, fazendo referência a esse período, diz:

Neste sentido, organizou os “Encontros de Governadores” em 1970 e 1971, que resultaram nos documentos conhecidos por “Compromisso de Brasília” e “Compromisso de Salvador”.

Ora, é precisamente a partir das recomendações da UNESCO e dos “Encontros de Governadores” que podem ser identificados os princípios que irão nortear a política de preservação, no Brasil dos anos de 1970, a saber: o culto ao passado, a valorização ao patrimônio ambiental e o planejamento como forma de dirimir os interesses conflitantes no âmbito da preservação.

Neste mesmo livro, Milet cita J. B. Brasil Perrin, que faz, em termos sintéticos, uma abordagem dos valores emanados destes encontros:

- noção de culto ao passado como elemento básico na formação da consciência da nacionalidade;

- substituição da noção de monumento histórico pela de conjunto monumental e de sua ambiência, através de legislação adequada, federal, estadual e municipal;
- adequação do patrimônio arquitetônico e ambiental aos novos requerimentos da economia, recomendando-se uma política de valorização que compreenda os seguintes mecanismos de ação:
  - incentivos ao investimento de capitais privados na obra de valorização dos conjuntos classificados;
  - incentivos aos proprietários através de vantagens fiscais e empréstimos a longo prazo e baixos juros;
  - assegurar através do turismo, base econômica à política de valorização dos bens culturais.
- integração entre as esferas de planejamento, ações conjuntas entre os órgãos responsáveis pelos planos de desenvolvimento nacional, planos de urbanização e planos de proteção a conjuntos classificados.
- ação supletiva à atuação federal devendo os Estados e Municípios organizarem a proteção aos bens de interesse regional.
- criação de organismos especializados – fundações – a nível estadual e municipal com estruturas que permitam agir de maneira operacional com o objetivo de assegurar a revitalização de conjuntos e locais classificados.
- adequação do aparelho escolar, tanto na formação da consciência de nacionalidade como da conservação e restauração do bem cultural, especialmente através de cursos de especialização nas Universidades.
- promoção e divulgação através dos meios de comunicação de massa.

A Lei Municipal 3.826/73, no seu Livro III, “Do centro histórico e acervo cultural do município”, recebeu notadamente influências dos “Encontros de Governadores”, se não bastasse os valores coincidentes, nota-se a participação direta de técnicos como Paulo Ormino David Azevedo, que apresentou, no encontro de

Salvador de 1971, o trabalho “Contribuição à criação de uma legislação específica para setores monumentais ou paisagísticos” e que fez parte ativamente da equipe técnica que elaborou o Plano de Desenvolvimento Local Integrado de Olinda (PDLI) e da legislação urbanística olindense de 1973.

A construção do Complexo Viário de Salgadinho, abre uma nova perspectiva para o Sítio Histórico de Olinda e a possibilidade de intervenções nas áreas de mangues aterrados, com prováveis prejuízos à paisagem e ao meio ambiente.

Como uma decorrência desta nova situação, em 1979 é aprovada pelo Conselho Consultivo do IPHAN, proposta de ampliação do antigo polígono tombado em 1968, sob a denominação de “Notificação Federal 1155”, que passaria de 1,2 Km<sup>2</sup> aproximados, para cerca de 10,4 Km<sup>2</sup>, quase ¼ do território municipal, onde são estabelecidas normas de proteção de visibilidade e de preservação das áreas naturais, mediante restrições de ocupação das áreas de entorno, sujeita ainda ao exame de seus efeitos pelo município e das modificações introduzidas na Lei Municipal nº 3.826/73.

De acordo com a Recomendação do Conselho do IPHAN, foi homologado pelo Ministro da Educação e Cultura, a inscrição, em 04 de junho de 1979, do novo polígono de preservação de Olinda:

“Começando no Molhe de Olinda segue os limites do município de Olinda até encontrar a Av. Agamenon de Magalhães, de onde prossegue novamente seguindo os limites do município, até atingir a Av. Correia de Brito, seguindo por esta e pela Av. Antônio da Costa até o encontro com a Av. Presidente Kennedy; da Av. Presidente Kennedy inflete-se para leste, ao longo da mesma até a Av. Agamenon de Magalhães, em Olinda, pela qual prossegue até encontrar a PE-1 e continua pela Av. Joaquim Nabuco até encontrar a Estrada Bultrins, pela qual inflete até a Estrada Velha do Rio Doce de onde segue até o litoral pela rua Alberto Lundgren; ao longo da orla marítima retorna até atingir o Molhe de Olinda, por onde se iniciou.”



Em setembro do mesmo ano, a Lei Municipal nº4.119/79, cria o Sistema Municipal de Preservação, composto pelo Conselho de Preservação dos Sítios Históricos de Olinda, órgão deliberativo, a Fundação Centro de Preservação dos Sítios Históricos de Olinda, órgão técnico e executivo das ações de preservação, o Fundo de Preservação e é instituída a figura do Tombamento Municipal. Novamente, verifica-se a influência dos “Encontros de Governadores”, sendo Olinda o primeiro município brasileiro, e quase o único, a adotar a recomendação de criar organismos especializados (fundações) em nível municipal com estruturas que permitam agir de maneira operacional com o objetivo de assegurar a revitalização de conjuntos e locais de interesse cultural regional.

Em introdução ao Livro de Atas, Volume I, do Conselho de Preservação dos Sítios Históricos de Olinda, 1983, o arquiteto Jorge Eduardo Lucena Tinoco, faz considerações sobre os fatores que influenciavam a atuação pública à época:

“O movimento cultural, promovido no início da década de 60 por grupo de jovens artistas e artesãos em Olinda, propiciou uma procura à cidade por parte de intelectuais, de artistas e da classe média alta. Esse florescimento e o desenvolvimento rápido das potencialidades culturais aceleraram o processo de substituição gradual da população local tradicional e, conseqüentemente (sic), dos hábitos e usos comuns à vocação histórica da cidade. Aos poucos e de modo contínuo, o núcleo histórico foi caracterizando-se como um pólo (sic) de lazer e turismo. Surgiram bares, restaurantes, galerias de arte e artesanato, antiquários etc., localizados em antigas residências (...). A instalação de três grandes unidades de ensino superior, situadas no Alto da Sé (Faculdade de Ciências Humanas de Olinda), na Rua de São Bento (Faculdade de Direito de Olinda) e na Praça do Carmo (Faculdade de Administração), acentuaram de maneira desordenada o tráfego no núcleo da cidade e transformaram os largos e as ruas estreitas e ladeiras em estacionamento de veículos (...). A construção do Complexo de Salgadinho e as construções da Avenida Agamenon Magalhães e da ponte Paulo Guerra permitiram a rápida e direta ligação de Olinda com a Zona Sul do Recife. Ofereceu-se assim, e a partir de então, o lazer noturno, através de bares e casas de shows etc. O exemplo maior desse fenômeno foi a ocupação total do Alto da Sé por uma feira de artesanato e de comidas típicas, situada na

“praça maior” da Cidade. (...) A implantação do Centro de Feiras, Exposições e Convenções dentro da atual área de preservação ambiental. (...) Além desses fatores que caracterizam a perda da qualidade de vida da cidade, arrolamos ainda a redução da cobertura vegetal provocada pela ocupação intensa das encostas dos morros da Sé, do Guadalupe, de São João e do Monte. (...) e ainda pelo avanço do mar que em meio século já provocou o desaparecimento de ruas inteiras.”

A partir de 1980, a Fundação Centro de Preservação de Olinda, somado ao Conselho de Preservação, iniciam estudos para adequação das normas contidas na Notificação Federal 1155, à realidade da cidade, estudos estes que se estenderam até 1982, quando foi encaminhada proposta ao Conselho Consultivo do SPHAN, obtendo aprovação sob a denominação de “Rerratificação da Notificação 1155”.

Esta institui o polígono tombado, constituído pelo núcleo do Sítio antigo e a área de entorno, formada ao sul pelo Complexo de Salgadinho, Triângulo de Peixinhos, parte do bairro de Sítio Novo e ao norte, pelos assentamentos de Bultrins e Bairro Novo.

A proposta procura aperfeiçoar a legislação anterior e ajustar-se à realidade da cidade. Entretanto, as definições quanto à normatização dos usos e atividades, assunto que mais afetava o novo ritmo de vida no Sítio Histórico, seriam da exclusiva competência do município, estabelecendo-se a partir de então, o compromisso da municipalidade de elaboração da nova legislação urbanística do Sítio Histórico, com a complementação necessária ao equacionamento da questão.

A edição da “Rerratificação 1155”, não atendeu a expectativa que possuía a cidade em termos de normatização dos conflitos existentes, o que mais comprometia a vida em Olinda, à época, eram as questões de uso e não do intervir fisicamente nos imóveis. A explosão do lazer traz para Olinda um ritmo de vida e problemas nunca enfrentados no século XX, como forma de barrar este grande fluxo de usuários, que invadiam Olinda em busca dos bares e casas noturnas, o vereador Fernando Gondim, com o apoio de setores da população residente no Sítio Histórico, fazem aprovar e ser sancionada a Lei Municipal nº 4.821, em 1985, este instrumento jurídico determina a proibição de bares e restaurantes,

casas noturnas e similares, apenas na área de Preservação Rigorosa do Sítio Histórico, funcionando como uma medida forte e emergencial de contenção da proliferação indiscriminada de usos incompatíveis numa área eminentemente residencial.

Em 1987, uma Ação Judicial, impetrada na 5ª Vara da Justiça Federal, contra a Prefeitura de Olinda e SPHAN, determinou, em março de 1987, a proibição de circulação de qualquer veículo no Sítio Histórico de forma emergencial e posteriormente de forma definitiva de veículos com peso superior a duas toneladas, cabendo à Prefeitura de Olinda e ao Detran fazer cumprir esta determinação judicial.

Neste contexto de luta, entre o uso residencial e os usos geradores de tráfego e poluição sonora, que é iniciada a elaboração da Legislação Urbanística dos Sítios Históricos de Olinda.

A Legislação Urbanística dos Sítios Históricos de Olinda, Lei Municipal nº 4.849, é aprovada na Câmara de Vereadores de Olinda em 17 de junho e sancionada em 23 de junho de 1992 pelo chefe do Poder executivo municipal. Esta lei encontra-se composta por 125 artigos, agrupados em 9 Títulos e tendo como sua parte integrante, 10 anexos, contendo mapas do Zoneamento Funcional, quadros de usos permitidos e de índices urbanísticos, além da listagem de usos e atividades.

Nestes quase 30 anos de vigência a Legislação dos Sítios Históricos viu nascer três novos Planos Diretores para Olinda e uma dinâmica urbana transformadora no município como a ocupação verticalizada do litoral em Casa Caiada, requalificação na PE-15 e a construção de um viaduto no circular, urbanização do Varadouro e entornos, requalificação do Canal da Malária, implantação do Memorial Arcoverde e do Espaço Ciência, requalificação do Fortim do Queijo, urbanização da Orla, criou um elevador na Caixa D'água do Alto da Sé e reordenou aquele logradouro público, restaurou o Observatório de Olinda, implantou o mirante da Misericórdia, implantou o calçamento do Largo da Igreja e Convento de Nossa Senhora da Conceição, restaurou o Largo de São Francisco, implantou praça no largo do Bonsucesso, Olinda trabalhou ainda a acessibilidade em suas ruas históricas, além de assistir às mudanças sociais decorrentes da revolução tecnológica, que trouxeram novas demandas como antenas de

telefonia móvel, embutimento da fiação de energia entre outras mudanças nunca previstas neste instrumento legal.

Olinda mudou nestes anos de vigência da legislação que disciplina o uso e ocupação do solo histórico patrimônio da Humanidade.

Paradoxalmente os antigos conflitos que orientaram a elaboração da Lei Municipal N° 4.849/92 ainda continuam existentes e contemporâneos. Desta forma em 2015 foi proposto o debate sobre a revisão deste estatuto urbanístico dos sítios históricos, sob as mesmas e fundamentais diretrizes:

- Estabelecer o Sítio como área predominantemente residencial;
- Preservar o traçado das ruas do sítio Histórico e os edifícios de interesse histórico e arquitetônico;
- Estabelecer setores predominantemente de comércio e serviços de turismo e lazer em função da localização e tendências;
- Permitir nas áreas predominantemente residenciais, apenas atividades de comércio vicinal (cotidiano) e serviços domiciliares;
- Rever e redefinir as normas de obras e posturas;
- Definir as normas de Proteção ao meio ambiente natural e urbano, proibindo entre outros aspectos a circulação de veículos pesados no Sítio, e modificação no relevo, corte de árvores e remoção da cobertura vegetal.

O processo de elaboração proposto, deveria resultar em um Projeto de lei para modernizar a legislação dos Sítios Históricos de Olinda, gerando um instrumento normativo resultado destas premissas:

- Democrático, sendo sua elaboração, atualização e implementação fruto de ampla participação dos diversos níveis do poder público, da população local e da sociedade civil;

- Inclusivo, tendo que contemplar medidas para promover a integração econômica e social de todos os agentes presentes ou utilizadores do Sítio Histórico de Olinda;
- Operativo, determinando e explicitando regras, ações e atividades objetivas e mensuráveis a todo e qualquer cidadão;
- Adaptável, podendo receber novas contribuições ao longo do processo de sua implementação;
- Sistêmico, integrado ao planejamento urbano e ambiental do município de Olinda.

Neste sentido, foi adotada uma metodologia de trabalho baseada no planejamento participativo, buscando a revisão da Legislação Urbanística dos Sítios Históricos de Olinda, Lei Municipal nº 4.849, pautadas nas seguintes premissas e valores:

- Promover e respeitar o controle social;
- Estimular o empoderamento da sociedade;
- Entender a implementação como aprendizado coletivo;
- Agir por uma rede de agentes implementadores.

O Controle social é ferramenta fundamental no processo de elaboração e implementação das regras pactuadas de uso e ocupação do solo.

O Empoderamento da sociedade é outro fator decisivo para a elaboração e o processo contínuo de implementação das regras pactuadas de uso e ocupação do solo. A participação institucionalizada das representações da sociedade na gestão dos assuntos e interesses públicos, devolve poder e dignidade a quem desejar o estatuto da cidadania, e principalmente a oportunidade de decidir e controlar seu próprio destino com responsabilidade e respeito aos anseios coletivos.

O entendimento que a elaboração e implementação das regras pactuadas de uso e ocupação do solo é um aprendizado coletivo e constante, recepcionando as novas idéias e realidades, além das próprias mudanças ocasionadas pela implementação das

atividades, é fator imprescindível para a adequação de processos, instrumentos e ação que possam redirecionar a gestão dos sítios históricos de Olinda, quando necessário.

E finalmente entender que a elaboração e implementação das regras pactuadas de uso e ocupação do solo no sítio histórico de nossa cidade não é tarefa de um só agente. Devemos agir por uma rede de agentes implementadores, como tese fundamental para o êxito da gestão.

Este agir interinstitucional pressupõe o trabalho compartilhado de diversos agentes públicos e sociais na tarefa integrada de gerar o Patrimônio Cultural, corresponsabilizando atores diversos da administração pública, organizações da sociedade civil, dos setores produtivos, dos moradores, das representações populares, das instituições acadêmicas, que devem, na medida de suas atribuições e possibilidades contribuir na tarefa de proteger a herança material e imaterial de nossa cidade.

No processo das oficinas de planejamento participativo de elaboração destas novas regras jurídicas para o Sítio Histórico de Olinda, outro debate se impôs, onde os problemas existentes neste território eram fortemente decorrentes do gerenciamento sobre este espaço urbano e não apenas por uma legislação urbanística que parecia ultrapassada.

Em decisão compartilhada entre as diversas entidades públicas e da sociedade civil, foi decidido o redirecionamento dos trabalhos no sentido de ter como produto final, não mais um Projeto de Lei, mas um Plano de Gestão para os Sítios Históricos de Olinda.

O trabalho buscou formular uma estratégia para pactuar um modelo de gestão a ser adotado no cotidiano das ações públicas no gerenciamento da cidade histórica de Olinda, visando garantir “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes”, conforme determinado pela Constituição Federal, em seu artigo 182.

Partiu-se de algumas premissas para orientar o trabalho:

□ Que Olinda é um patrimônio ambiental com suas características Naturais, Culturais e Artificiais, “bem de uso comum

do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”gerações”.(C.F. Art.225);

Que o espaço habitável é lugar para as relações da sociedade e da economia;

Que o espaço habitável possui vulnerabilidades Naturais e Sociais a serem enfrentadas;

Que o espaço habitável possui territórios a serem preservados nos aspectos Naturais e Culturais;

Que o espaço habitável é lugar para o exercício de direitos ambientais e sociais.

Tendo como base o colhido nas Oficinas de Planejamento Participativo, foram determinados os seguintes objetivos para o Plano de Gestão:

Garantir a conservação do casario;

Garantir o Sítio Histórico como área predominantemente residencial;

Garantir um Controle Urbano e Ambiental destinado a qualidade de vida e a preservação e conservação do Sítio Histórico de Olinda;

Garantir o comércio e serviços para a população e para as atividades de turismo e lazer em função da localização e tendências, garantindo baixo impacto ambiental;

Garantir normas e procedimentos para a proteção ao meio ambiente natural e cultural, proibindo entre outros aspectos a modificação no relevo, corte de árvores e remoção da cobertura vegetal;

Garantir a manutenção e ampliação da arborização em áreas de logradouro público;

Garantir a mobilidade e acessibilidade no Sítio Histórico de Olinda, minimizando impactos da circulação de veículos pesados;

- Garantir a Regularização Fundiária nas áreas ocupadas em autoconstrução;
- Garantir a retirada de população e edificações em áreas de risco (inundação e deslizamentos);
- Garantir o acesso e regularidade à água potável;
- Garantir o acesso ao serviço público de coleta e tratamento de esgoto sanitário;
- Garantir uma Drenagem urbana adequada;
- Garantir uma iluminação pública adequada;
- Garantir a limpeza e manutenção dos logradouros públicos para usufruto da coletividade
- Garantir a utilização e a manutenção dos equipamentos públicos;
- Garantir a utilização e a manutenção das edificações de uso coletivo (Igrejas);
- Garantir que as estruturas dos serviços de telefonia fixa e móvel, energia, serviços de transmissão de dados, televisão a cabo e outros serviços privados não interfiram na paisagem e segurança do Sítio Histórico;
- Garantir o acesso a processos de educação Ambiental e Patrimonial sobre o Patrimônio Ambiental da cidade.

A implementação do Plano de Gestão dos Sítios Históricos de Olinda, entregue a população em março de 2016, é uma tarefa em construção e que deve ser perseguida por todos os atores sociais da cidade. Sua efetiva execução traça um rumo seguro e justo para a preservação de nossa herança cultural com o atendimento às necessidades de qualidade de vida contemporâneas.

A Proteção do Patrimônio Cultural de Olinda, continua o seu caminho.





# **IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI) E A IMUNIDADE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS SUBSCRITAS NO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA**

Josany Xavier da Menezes

Procuradora do Município de Olinda – PE

## **INTRODUÇÃO**

O fenômeno da incidência tributária atinge vários eventos da vida social. A prestação de um serviço, a manifestação de patrimônio, a circulação de mercadorias, a transferência de bens são exemplos disso. Cabe ao legislador destacar os fatos jurídicos tributários que merecem produzir efeitos no mundo jurídico, de acordo com as competências definidas na Constituição Federal (CF).

Para apreendermos os tantos eventos e enquadrá-los nos destaques normativos vigentes, é importante analisarmos, preliminarmente, a estrutura mínima da norma jurídica, idealizada por Paulo de Barros Carvalho como a regra-matriz de incidência

tributária (RMIT), sendo este o objeto do primeiro capítulo deste trabalho.

Desta regra-matriz, se extrai o fato jurídico que ensejará a obrigação tributária, apontando critérios que revelará onde e quando ocorrerá o seu surgimento, como será cobrada e cumprida, dentro de uma estrutura hipotética condicional, já antes delimitada pelo poder público.

Por isso, no curso do referido capítulo, o estudo também pretende analisar a competência tributária, como a aptidão demarcada no âmbito constitucional entre as pessoas políticas, anterior mesmo à criação do tributo, para inovar o ordenamento jurídico.

O destaque será dado ao Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) de competência dos Municípios, previsto no artigo 156, inciso II da Constituição Federal. Nesse ponto, mostra-se imprescindível estudarmos a regra-matriz do ITBI, esmiuçando todos os elementos da hipótese tributária e do seu conseqüente.

Por outro lado, o constituinte, apesar de reconhecer sua relevância, entendeu por excluir certas situações, bens e pessoas da competência dos entes públicos, de modo específico e expresso na Constituição Federal (CF), retirando-os do alcance das regras que criam tributos.

Eis aqui o propósito do segundo capítulo deste trabalho que, em sentido inverso, envereda para a seara da não incidência tributária, preocupando-se em identificar as premissas conceituais da imunidade tributária, além de buscar na doutrina e jurisprudência

o modelo de interpretação aplicável ao percurso da construção do sentido.

Essa análise é importante, porque tem levado muitos intérpretes a extrapolar o sentido dos textos jurídicos, ao risco de desvirtuar a sua finalidade, quando o que se deve ter em mente é uma interpretação dentro do contexto jurídico.

Seguindo o percurso da construção do sentido, passaremos à análise da situação de não incidência tributária sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, descrita no inciso I, do § 2º, do art. 156 da Carta Magna.

Adiante, abordaremos ainda no capítulo terceiro a definição de capital social e a sua função na sociedade empresarial, no intuito de refletir sobre o destaque dado pelo constituinte ao conferir imunidade na transmissão de bens imóveis para a formação do capital social de pessoa jurídica.

A relevância jurídica do tema escolhido justifica-se em razão do recente julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 796.376 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao qual foi reconhecida a repercussão geral, e, por maioria, teve por fixada a tese segundo a qual a imunidade ao ITBI prevista no art. 156, § 2º, inciso I da Constituição Federal (CF) não alcança o valor excedente dos bens imóveis à integralização do capital social (tema 796, publicado no DJe em 25/08/2020).

Assim, busca-se analisar os fundamentos da decisão da Suprema Corte, sob o enfoque da norma-padrão de incidência do ITBI e a intenção do constituinte quanto à imunidade em questão.

Para desenvolver o presente trabalho, a pesquisa bibliográfica foi utilizada como ferramenta de coleta de dados para contextualização e análise de textos legislativos em vigor, doutrina, artigos científicos e jurisprudências, por meio do método dedutivo. Quanto à abordagem do problema proposto, a metodologia utilizada foi a qualitativa e exploratória, com o objetivo de alinhar o levantamento bibliográfico e legislativo com a jurisprudência, em especial, o acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE nº 796.376, no intuito de verificar o alcance da imunidade tributária prevista na Constituição Federal para a integralização de capital de pessoa jurídica com bens imóveis. A base de estudo foi o Direito Constitucional, Tributário e Financeiro.

## **I. O IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI) NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL**

### **1.1. A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA**

A existência da norma jurídica revela a manifestação em linguagem do direito positivo, ao conferir enfoque a fatos e eventos sociais como proposição antecedente e a antever suas consequências. Na lição de Aurora Tomazini de Carvalho, “sem a norma jurídica não há direitos e deveres, não há ‘jurídico’”<sup>4</sup>.

Contudo, a tarefa de definir o que é norma jurídica deve levar em consideração o percurso gerador de sentido dos textos jurídicos, nos levando a constatar a existência de normas jurídicas em sentido amplo e normas jurídicas em sentido estrito.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, “o sentido completo das mensagens do direito depende da integração de enunciados que indiquem as pessoas (físicas e jurídicas), suas capacidades ou competências, as ações que podem ou devem praticar, tudo em determinadas condições de espaço e de tempo”<sup>5</sup>.

Para tanto, é preciso situar a norma jurídica em quatro planos linguísticos do direito positivo: (S1) plano de expressão, (S2) plano do conteúdo, (S3) plano dos significantes e (S4) plano da sistematização do direito.

---

<sup>4</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 213.

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 167.

Em sentido amplo, o termo “norma jurídica” pode ser utilizado para se referir à construção obtida em qualquer desses planos ou subsistemas. Mas para chegarmos à norma jurídica em sentido estrito, o percurso da construção do sentido deverá avançar até o plano das significações deonticamente estruturadas.

Então, para se obter o sentido completo da regra jurídica, o intérprete inicia sua incursão na literalidade textual da mensagem legislada, no plano de expressão do direito (S1), de onde se obtém as palavras, frases e períodos produzidos pelos órgãos legislativos. Seriam os enunciados linguísticos prescritivos.

Ao seguir para o plano de conteúdo (S2), a tarefa do intérprete é atribuir significação para cada enunciado, isoladamente. Vale o destaque de Paulo de Barros Carvalho ao afirmar:

É claro que a geração de sentido de uma oração prescritiva qualquer já pressupõe a atinência a outros enunciados. Tais remissões, todavia, levam em conta sentenças igualmente soltas, consideradas na sua individualidade semântica e sem qualquer forma específica de agrupamento lógico<sup>6</sup>.

Mas, chegado o plano das significações normativas (S3), o intérprete espelha as significações obtidas no plano do conteúdo com o sentido deôntico dos enunciados, extraindo a norma jurídica em sentido estrito. Promove-se, assim, a contextualização dos conteúdos até então obtidos nos planos anteriores.

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 125.

Nesse plano, observamos a norma jurídica estruturada na forma hipotético-condicional. “Toda norma, pois, contém uma hipótese e um comando. O comando só é obrigatório associado à hipótese. Não existe sem ele, que, por sua vez, nada é sem o respectivo comando”<sup>7</sup>.

Ao final, o intérprete se depara com um sistema de regras jurídicas, de maneira que segue organizando-as e observando os vínculos de coordenação e de subordinação que elas estabelecem entre si, no plano da sistematização do direito (S4).

Isto porque as regras jurídicas não existem isoladamente, pois são partes integrantes de um sistema. “A norma é proposição prescritiva decorrente do todo que é o ordenamento jurídico”<sup>8</sup>. Percorrido todo esse trâmite, temos que o intérprete construiu a norma jurídica.

No âmbito tributário, a norma tributária em sentido estrito é o texto jurídico que delimita o núcleo do tributo, possuindo a mesma estrutura de qualquer outra norma jurídica, cujos elementos mínimos compõe a regra-matriz de incidência tributária, sem os quais a norma jurídica não faria sentido.

É necessário ponderar que o processo de positivação do direito se inicia alicerçado nos preceitos de competência instituídos na Constituição Federal, conforme veremos a seguir.

---

<sup>7</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 26.

<sup>8</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 137.



## 1.2. COMPETÊNCIA **TRIBUTÁRIA**

A Constituição Federal distribuiu exaustivamente as várias competências entre as pessoas políticas. A competência tributária seria uma delas, como sendo a faculdade de editar leis que criem tributos. Na lição de Paulo de Barros Carvalho,

a competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos<sup>9</sup>.

Aqui também nos cabe examinar as suas características mais marcantes, a despeito de outras apontadas pela doutrina, quais sejam: indelegabilidade, irrenunciabilidade e incaducabilidade.

Tais atributos repousam conformidade na própria Constituição ao se ter em mente que a repartição cuidadosa e rigorosa das competências não faria sentido se pudessem ser delegadas, renunciadas ou esvaídas no tempo, o que ensejaria conflitos e insegurança jurídica.

Sobre isso, assevera Paulo de Barros Carvalho:

Que sentido haveria numa discriminação rigorosa de competências, quando se permitisse que uma pessoa delegasse a outra as habilitações

---

<sup>9</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 238.

recebidas? Em pouco tempo, no manejo das utilizações concretas, quando se manifestasse o direito no dinamismo do seu estilo peculiar, o desenho das atribuições competenciais passaria por diferentes e imprevisíveis configurações, dissipando a rigidez e a estabilidade pretendidas pelo legislador constituinte. Advém daí o entendimento perante o qual a indelegabilidade e a irrenunciabilidade seriam prerrogativas inafastáveis do exercício competencial, no sistema brasileiro<sup>10</sup>.

Em suma, cada ente político que recebeu sua competência tributária da Constituição Federal não pode renunciá-la ou permitir que outra pessoa a exerça, ainda que por meio de lei. Importa ainda afirmar que as competências já distribuídas não podem desaparecer diante do tempo, devendo manter-se perene tão quanto à norma superior que as criou.

É na Constituição que encontramos as diretrizes básicas para o exercício desta competência, estudadas por Paulo de Barros Carvalho como “normas de estrutura” ou de organização que

dirigem-se igualmente para as condutas interpessoais, tendo por objeto, porém, os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deôntico-jurídicas, motivo pelo qual dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem de que modo as regras devem ser

---

<sup>10</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 242.

criadas, transformadas ou expulsas do sistema<sup>11</sup>.

Trata-se de regras que têm como destinatário imediato o legislador, a orientá-lo dos limites previamente delineados de modo a não transbordar sua atividade legiferante para a competência de outro ente público. Ensina Roque Antonio Carrazza que “de fato, entre nós, a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo”<sup>12</sup>.

Registra-se que as possibilidades de tributação são, portanto, *numerus clausus*. Dentro dessa repartição de competências, interessa ao presente estudo a atribuição conferida privativamente aos Municípios para instituir imposto sobre transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, previsto no art. 156, inciso II, da CF.

Os Municípios, assim, possuem o direito subjetivo de editar as normas jurídicas tributárias a incidir na transferência onerosa de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis por ato entre vivos.

Por certo, o exercício da competência tributária encontra seus limites nos princípios constitucionais, dentre eles, o da legalidade, no sentido de que o tributo somente será válido se criado por lei. Não apenas isso, mas também

---

<sup>11</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 156.

<sup>12</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 573

se esta lei tiver sido editada de acordo com o processo legislativo (constitucionalmente traçado); se esta lei atender ao princípio da igualdade; se esta lei for irretroativa; se esta lei estiver dentro do campo tributário da pessoa política que a editou; se esta lei observar o princípio da anterioridade; e assim avante<sup>13</sup>.

A lei que cria o tributo deve descrever todos os seus elementos essenciais, sem os quais não será possível apreender o seu inteiro sentido. Eis o que Paulo de Barros Carvalho chama de “unidade mínima e irredutível” da mensagem deôntica: a regra-matriz de incidência tributária.

### **1.3. A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA**

Paulo de Barros Carvalho nos apresenta a regra-matriz de incidência tributária como a norma jurídica em sentido estrito, ao afirmar que:

baseados nessa verificação empírica, nada mais congruente do que designar por norma tributária em sentido estrito àquela que marca o núcleo do tributo, isto é, a regra-matriz da incidência fiscal,

---

<sup>13</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 580

e de normas tributárias em sentido amplo a todas as demais<sup>14</sup>.

Nessa construção, constata-se que o legislador se utiliza dos mesmos critérios para toda e qualquer norma jurídico-positiva, partindo de uma proposição hipotética antecedente, que descreve determinado evento tomado como relevante a desencadear efeitos jurídicos a implicar uma proposição consequente.

Por isso, conclui-se que “a regra assume, portanto, uma feição dual, estando as proposições implicante e implicada unidas por um ato de vontade da autoridade que legisla”<sup>15</sup>.

É certo que a descrição do evento é feita pela lei de forma abstrata e genérica, de onde se extrai necessariamente a ação nuclear do acontecimento, o local e o momento em que ele ocorre. “Na hipótese (descriptor), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial)”<sup>16</sup>.

Por sua vez, o consequente prescreve os efeitos jurídicos que o evento irá produzir, fazendo surgir uma relação jurídica onde um sujeito fica obrigado, proibido ou permitido de assumir determinada conduta (comissiva ou omissiva) perante outro sujeito. Na proposição de consequência, identificamos necessariamente a existência de dois sujeitos: ativo e passivo, bem como o objeto da

---

<sup>14</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 264.

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 131.

<sup>16</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 265.

conduta, que para o direito tributário, seria o dever de entregar aos cofres públicos uma quantia em dinheiro.

Em arremate, reforça Paulo de Barros Carvalho:

Já na consequência (prescritor), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária<sup>17</sup>.

Em suma, a regra-matriz de incidência é a norma jurídica produzida para incidir no caso concreto. Daí chama-la de norma jurídica em sentido estrito.

Ao delimitar a competência tributária, a Constituição Federal já descreveu a norma-padrão de incidência de cada exação, dela não podendo fugir o legislador ao criar o tributo, pois está adstrito a hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível já pré-estabelecida na Constituição.

A ausência de quaisquer dos critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo, enseja prejuízo na apreensão pelo intérprete da mensagem legislada e dificulta a construção de sentido da norma jurídica.

---

<sup>17</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 265.

Mas não apenas isto. A instituição e a cobrança dos tributos estão limitadas pelo princípio da legalidade como expressão do Estado de Direito a garantir que as pessoas somente são obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Assim também ocorre com as obrigações tributárias.

Reza o art. 150, inciso I da Constituição Federal que é vedado aos entes públicos exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Ou seja, é a própria lei e somente ela que deve criar ou majorar os tributos, delimitando todos os seus critérios.

A lei, em suma, deve indicar todos os elementos da norma jurídica tributária, inclusive os quantitativos, isto é, aqueles que dizem respeito à base de cálculo e à alíquota da exação. Enfatizamos que somente a lei pode (i) criar o tributo e (ii) redimensionar, para mais, o *quantum debeat*<sup>18</sup>.

É pela lei que o tributo deverá ser criado e descrito de forma pormenorizada, quanto à sua hipótese de incidência, seus sujeitos ativo e passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. A Constituição Federal apenas traça um arquétipo.

O princípio da legalidade é, pois, um limite à atuação do fisco, apreendendo-se da regra matriz de incidência tributária não apenas o conteúdo da norma, mas também o seu contorno.

---

<sup>18</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 276.

#### **1.4. HIPÓTESE TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI)**

Considerando que a função da hipótese tributária é delimitar o conteúdo e circunstâncias para reconhecer um acontecimento escolhido pelo legislador toda vez que ele ocorra, Paulo de Barros Carvalho observou três critérios, a saber, critério material, critério espacial e critério temporal. Para ele, “prever a ocorrência de um evento é oferecer critérios de identificação, de tal modo que possa vir a ser reconhecido ao ensejo de sua concretização”<sup>19</sup>.

O critério material é o núcleo do acontecimento que se concretiza por um verbo pessoal e seu complemento. Este verbo pode exprimir tanto uma ação a ser realizada pelo sujeito como um estado, uma condição em que se encontra o sujeito.

No caso da regra-matriz do ITBI, o critério material é caracterizado por um verbo de ação. É o que se depreende da leitura do art. 156, inciso II da Constituição Federal:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição<sup>20</sup>;

---

<sup>19</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 148.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em:



Não obstante o constituinte não ter explicitado o verbo núcleo do critério material do ITBI, a interpretação sistemática nos direciona a entender que a ação núcleo dessa regra seria “realizar”. Trata-se de um verbo pessoal, cuja ocorrência envolve necessariamente sujeitos.

Além da ação representada pelo verbo, observa-se o termo integrativo do seu sentido, que, segundo o texto constitucional, se apresenta pela expressão “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”<sup>21</sup>.

O complemento do núcleo verbal do critério material do ITBI se configura como a transferência do direito de uma pessoa a outra por força de um negócio jurídico. Trata-se de aquisição derivada da propriedade.

Por sua vez, o critério espacial ajuda o intérprete a identificar o local preciso em que o acontecimento deverá ocorrer. Quanto a este, o constituinte delimitou o acontecimento ao Município da situação do bem, consoante estabelece o art. 156, § 2º, inciso II da CF.

Ou seja, compete ao Município onde se localiza o bem imóvel transmitido instituir e exigir o referido tributo, atribuindo a este ente público a qualidade de sujeito ativo da relação jurídica tributária.

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 08 mai. 2021.

<sup>21</sup> Art. 156, inciso II da CF.

No caso do ITBI, o critério espacial da regra-matriz de incidência tributária coincide com o mesmo âmbito territorial de vigência da lei municipal. Sobre isso, esclarece Aurora Tomazini de Carvalho:

Importante ressaltar, no entanto, que uma coisa é a delimitação feita pelo critério espacial, enquanto enunciado indicativo do local em que fato a ser promovido à categoria de fato jurídico deve ocorrer, outra coisa é o âmbito espacial de vigência da norma, como a delimitação territorial onde a regra está apta a produzir efeitos jurídicos<sup>22</sup>.

Por fim, o critério temporal aponta elementos que identifiquem o momento exato em que se tem por ocorrido o evento.

Quanto a este critério, o constituinte optou por atribuir ao legislador ordinário a definição desse elemento, sendo da competência de cada Município delimitar o instante que o verbo do critério material será considerado praticado pelo sujeito, respeitando os preceitos constitucionais.

Ensina Paulo de Barros Carvalho que “o instante em que se considera ocorrido o fato jurídico tributário não pode ser anterior ao evento, devendo corresponder ao momento em que se efetiva a transmissão imobiliária”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 295.

<sup>23</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Derivação e positivação no direito tributário. vol. II. São Paulo: Noeses, 2013. p. 371.

Como bem assevera Leandro Paulsen, “a transmissão de bens imóveis e de direitos reais a eles relativos dá-se mediante registro do respectivo título (como a escritura de compra e venda) no Cartório de Registro de Imóveis”<sup>24</sup>. Esse é o comando do art. 1.245 do Código Civil (CC)<sup>25</sup>.

Importante destacar que o registro da escritura é apenas um dos atos necessários à transmissão da propriedade de bem imóvel. Contudo, “nada impede que a lei tributária, à semelhança do que ocorre em vários outros impostos, escolha um dos atos ligados à hipótese de incidência para considerar como sendo o do momento da ocorrência do fato tributável”<sup>26</sup>.

Definidos tais critérios, cumpre registrar que a toda hipótese tributária corresponde a produção de efeitos, nominada de consequente normativo, que enlaça os sujeitos, numa relação jurídica tributária, medida numa base de cálculo e alíquota delimitada na capacidade contributiva daquele a quem se atribui o dever de cumprir a obrigação.

Procede que os critérios pessoal e quantitativo do consequente normativo do ITBI foram deixados a escolha do legislador infraconstitucional.

---

<sup>24</sup> PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 420.

<sup>25</sup> Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 08 mai. 2021.

<sup>26</sup> CONTI, José Maurício. O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI): principais questões. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1401>. Acesso em: 05 maio 2021.

## II. CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

### 2.1. DENIFICAÇÃO

Assim como a Constituição Federal repartiu exaustivamente a competência tributária entre as pessoas políticas, informando para cada uma delas quais tributos e como, dentro de um arquétipo constitucional, poderia criá-los, também especificou hipóteses de não competência.

São hipóteses que, por expressa disposição constitucional, não podem ser alcançadas pela tributação, vedando-se ao legislador ordinário que exerça sua competência tributária em determinadas situações, bens ou pessoas. Daí afirmar José Souto Maior Borges que “a regra jurídica de imunidade insere-se no plano das regras negativas de competência”<sup>27</sup>.

A doutrina propõe outras conceituações, a exemplo de considera-la “limitação constitucional às competências tributárias”, ou “supressão do poder tributário”, ou “hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada”.

Eduardo Sabbag destaca a natureza dúplice da imunidade, pois ao tempo que demarca a competência tributária de forma negativa, também garante aos contribuintes o benefício de não serem obrigados a recolher tributo nas hipóteses previstas.

Observa-se, assim, um interessante “efeito reflexo”, resultante da norma

---

<sup>27</sup> BORGES, José Souto Maior. Isenções tributárias. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 209.

que imuniza a tributação: ela, de um lado, impede que a entidade impositora avance no mister tributacional em detrimento da pessoa ou situação protegidas e, de outro, confere aos beneficiários um direito público subjetivo de não serem incomodados pela via do tributo<sup>28</sup>.

Para entendermos melhor esse fenômeno da imunidade, mostra-se relevante a distinção entre regras de conduta e regras de estrutura.

Considerando a finalidade para quais são criadas, as normas podem se dirigir à conduta, regulando as relações intersubjetivas, sendo estas normas de conduta. Mas também as regras podem determinar o modo como outras regras serão inseridas validamente no sistema, sendo estas normas de estrutura.

Arremata Clélio Chiesa que

tanto as regras de conduta quanto as de estrutura integram o sistema do direito positivo, porém prestam-se a fins diversos. As de conduta regulam as relações entre sujeitos da interação social e as normas de estrutura destinam-se a regular a formulação de outras normas indicando o órgão competente, o procedimento a ser adotado e a forma de criação, modificação e eliminação de

---

<sup>28</sup> SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 366.

determinado instrumento normativo do sistema<sup>29</sup>.

Por isso, é possível afirmar que as normas constitucionais que dispõem sobre a imunidade tributária firmam hipóteses que colaboram com a delimitação da competência tributária dos entes públicos, sendo normas de estrutura que se dirigem ao legislador ordinário, vedando-o a produzir regra jurídica diante de determinados fatos, pessoas ou bens.

Isso porque “o legislador constituinte adotou a técnica de traçar, de modo cuidadoso, as áreas que refutam a incidência das exações tributárias, levando-se em consideração nosso sistema rígido de distribuição de competências impositivas”<sup>30</sup>.

Para o presente trabalho, importa a definição extraída das lições de Paulo de Barros Carvalho, para quem a imunidade tributária é

uma classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações

---

<sup>29</sup> CHIESA, Clélio. A competência tributária do estado brasileiro: desonerações nacionais e imunidades condicionadas. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 118.

<sup>30</sup> SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 364.

específicas e suficientemente caracterizadas<sup>31</sup>.

Registra-se que todas as hipóteses de imunidade tributária estão explicitadas na Constituição Federal como normas jurídicas, afastando a aplicação do princípio implícito segundo o qual “o que não estiver permitido estará proibido”.

A regra imunizante parte de um comando constitucional que configura uma proibição explícita dirigida ao legislador infraconstitucional, possuindo um modal deôntico negativo, intitulado “proibido obrigar”<sup>32</sup>.

Apegando-se aos estudos de Norberto Bobbio, Paulo de Barros Carvalho enquadra as imunidades tributárias como normas de estrutura que proíbem obrigar, ao afirmar que “se as reduzirmos ao mínimo simbólico, vamos nos deparar, iterativamente, com a combinação (VO) – “proibido obrigar” – fazendo entrever que o constituinte estatui uma vedação que inibe o legislador ordinário de regular específicas matérias”<sup>33</sup>, ao lado das regras de competência que se revestem do modal deôntico “permitido obrigar”.

Neste enfoque, podemos entender que a Constituição Federal traz em seu bojo normas de estruturas indicativas de autorizações para tributar e vedações que traçam os limites materiais e formais da tributação, definindo, pois, o perfil das competências tributárias.

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 203.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 205.

<sup>33</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 366.

## 2.2. INTERPRETAÇÃO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Relevante esclarecer que as imunidades são normas constitucionais completas, prescindindo da atuação do legislador infraconstitucional para demarcar seu conteúdo e alcance.

Nesse ponto, Clélio Chiesa reforça que as regras imunizantes “são normas cujo arcabouço está todo delineado no próprio texto constitucional, não admitindo, nesse aspecto, nenhuma participação do legislador ordinário para complementá-lo”<sup>34</sup>.

É importante se ter em mente que não é permitido à lei ultrapassar o conteúdo da hipótese imunizante prevista na Constituição Federal, devendo o seu alcance traduzir a preservação dos valores fundamentais da República.

Nesse trilhar, ensina Carraza que a “imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional”<sup>35</sup>, pois é na Constituição Federal que encontramos limites à ação estatal de criar tributos. Por isso, o alcance da imunidade deve levar em consideração o contexto constitucional e seus princípios.

Ora, justamente por ter assento constitucional, o tema reclama análise

---

<sup>34</sup> CHIESA, Clélio. A competência tributária do estado brasileiro: desonerações nacionais e imunidades condicionadas. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 120.

<sup>35</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 814.



sob a exclusiva óptica da Carta Magna. Deveras, o alcance das imunidades tributárias não deve ser construído com base na normatividade infraconstitucional (v.g., no Código Tributário Nacional), mas apenas com apoio na própria Constituição Federal, que há de ser entendida e aplicada de acordo com os princípios e valores que consagra<sup>36</sup>.

Caberá sempre ao intérprete buscar a preservação do valor que inspirou a regra de imunidade, valorizando as escolhas do legislador constituinte, sendo vedado alterar a sua definição, conteúdo e alcance.

Sobre isso, o art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN) assim preconiza:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 815.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)> Acesso em: 08 mai. 2021

Não cabe ao legislador ordinário avançar os comandos materiais traçados na CF sobre imunidade, muito menos regredir no seu alcance. “O melhor a fazer é interpretar teleologicamente as regras imunizantes, ou seja, buscar o sentido e os bens jurídicos que protegem”<sup>38</sup>. A sua interpretação deve se harmonizar com o contexto do sistema tributário brasileiro, principalmente os princípios constitucionais que o constituinte objetivou proteger ao criá-la.

Contudo, essa orientação nem sempre foi percebida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ao julgar o Recurso Extraordinário RE nº 102.141/RJ, a Corte afirmou que “em se tratando de norma constitucional relativa às imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transparecerem os princípios e os postulados nela consagrados”<sup>39</sup>.

Já no julgamento do Recurso Extraordinário RE nº 504.615 AGR/SP, o STF entendeu que a interpretação da imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea “d” deveria ser feita de forma restritiva<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 824.

<sup>39</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 102.141/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Madeira. j. 18 out. 1985. Segunda Turma, DJ 29 nov. 1985. Disponível em <[https://www.google.com/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiO-\\_bUrLrwAhUrrpUCHTH6A4sQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D194456&usg=AOvVaw14XB9SS7sbhgny4\\_nig0rO](https://www.google.com/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiO-_bUrLrwAhUrrpUCHTH6A4sQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D194456&usg=AOvVaw14XB9SS7sbhgny4_nig0rO)> Acesso em: 08 mai. 2021.

<sup>40</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 504.615 AGR/SP – São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. j. 03 mai. 2011. Primeira Turma, DJe 19 mai. 2011. Disponível em

Contudo, aplicar uma interpretação ampla ou restrita às normas imunizantes não abate as inquietudes do intérprete na busca do seu exato sentido. Para o jurista Roque Antonio Carrazza:

a interpretação dos preceitos imunizantes há de ser o quanto possível favorável ao contribuinte, posto expressarem a vontade do Constituinte - explicitamente manifestada - de preservar da tributação valores de particular significado político, social ou econômico<sup>41</sup>.

É possível ainda encontrar vários julgados do Supremo afirmando que as imunidades devem ser interpretadas sempre de forma teleológica, “com que se intenta desvendar o sentido do preceito, tomando em conta a sua finalidade determinante e os seus princípios de valor”<sup>42</sup>.

Para Paulo de Barros Carvalho, “o conhecimento de toda e qualquer manifestação de linguagem pede a investigação de seus três planos fundamentais: a sintaxe, a semântica e a pragmática”<sup>43</sup>, considerando o método teleológico de interpretação inserido tanto no nível semântico quanto no pragmático.

Por isso, tão importante quanto analisar o resultado da interpretação é verificar o método utilizado no decorrer do

---

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2971059&ext=RTF>> Acesso em: 08 mai. 2021.

<sup>41</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 826.

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 125.

<sup>43</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 202.

processo interpretativo e os argumentos adotados na construção do sentido das normas imunizantes, sendo prudente se socorrer dos princípios constitucionais para então apreender qual deles lhes dará maior concretização.

Essa busca pela interpretação adequada deve nos levar a compreender de forma fiel a intenção embutida na norma de imunidade tributária.

Neste estudo, constata-se que o constituinte escolheu afastar a tributação do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) na transferência de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica quando em realização de capital, deixando ao intérprete a tarefa de delinear o seu alcance e conteúdo, quanto ao valor que excede a essa integralização, o que parece ter sido realizado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 796.376/Santa Catarina, o qual teve repercussão geral reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

### **III. ITBI E A IMUNIDADE SOBRE TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS SUBSCRITAS NO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA**

#### **3.1. FUNÇÕES DO CAPITAL SOCIAL**

Para se investigar o objetivo do constituinte em imunizar a transferência de imóvel para a realização de capital de pessoa jurídica é necessário entender qual a função do capital social.

Isso reforça a ideia de que as escolhas do constituinte na demarcação da competência tributária, seja de forma positiva ou de forma negativa, devem concretizar de forma ampla os institutos consagrados na Constituição Federal, sem sacrifício de outros valores também constitucionais.

Nesse trilhar, nosso Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus fundamentos, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, nos termos do art. 1º, inciso IV da CF, sendo observados os princípios da livre concorrência e da busca pelo pleno emprego, dentre outros<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O reconhecimento do empresário como sujeito atuante na produção e na circulação de bens e serviços nos remete não apenas à presença de uma identidade empresarial (firma, objeto, sede), mas também à necessidade de se destinar determinado valor inicial para sustentar as operações do empreendimento até que os resultados financeiros sejam positivos.

Para José Edwaldo Tavares Borba,

o capital social, o qual consta no contrato ou no estatuto, é a cifra correspondente ao valor dos bens que os sócios transferiram ou se obrigaram a transferir à sociedade. Os sócios, ao subscreverem suas cotas, comprometeram-se a integralizá-las, transferindo à sociedade dinheiro ou bens que a correspondam. Esses bens, face ao princípio da realidade do capital, devem representar efetivamente os valores declarados<sup>45</sup>.

Esse capital social pode ser integralizado por uma única pessoa, como ocorre na empresa individual, ou por sócios, no caso das sociedades empresariais, não se restringe a bens financeiros, podendo também se dar por bens materiais<sup>46</sup>.

É no contrato social que o valor do capital a ser integralizado é definido, como também repartida a responsabilidade quanto à quota parte de cada sócio e o modo como realiza-la.

---

<sup>45</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51.

<sup>46</sup> O art. 997, inciso III do Código Civil dispõe que o capital social pode ser formado por qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação econômica.

O patrimônio inicial próprio é indispensável para o surgimento da sociedade empresarial, sendo obrigação dos sócios a contribuição recíproca em prol dos fins da atividade econômica.

Esse é o teor do art. 981 do Código Civil, ao determinar que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Esclarecem Bertoldi e Ribeiro que o capital social de uma empresa desempenha tanto uma função interna, quanto externa.

Externamente, o capital social serve como garantia dos credores da sociedade empresária, que poderão se servir dele para a satisfação de seus respectivos créditos. A regra é de que os sócios somente poderão se assenhorar do capital social na hipótese em que se verifique a liquidação da sociedade (sua extinção). Durante a vida, os sócios somente terão direito aos lucros sociais – aquilo que exceder ao capital social: trata-se do chamado princípio da intangibilidade do capital social. Internamente, a função do capital social, composto inicialmente pelas contribuições aportadas à sociedade, é de supri-la de bens necessários para a exploração da empresa, nos termos preconizados por seus sócios e conforme seu objeto social. Destaca-se também a função do capital social em determinar as forças que agem internamente na sociedade e na condução de seus rumos, pois o peso do

voto de cada um dos sócios é determinado proporcionalmente em relação à sua participação no capital social<sup>47</sup>.

Das suas lições, se extrai que:

- a) O capital social tem a função interna de sustentar financeiramente o início do empreendimento até que se obtenha resultados positivos a equilibrar as despesas do negócio;
- b) O capital social tem a função interna de determinar a força econômica da empresa e o seu planejamento estratégico, pois o peso do voto leva em consideração a participação contributiva de cada sócio;
- c) O capital social também tem por objetivo externo indicar a responsabilidade assumida pelos sócios;
- d) O capital social serve externamente como garantia dos credores.

Para preservar tais funções, o capital social orienta-se pelos princípios da intangibilidade e da realidade, na medida em que esses valores econômicos iniciais contribuem para a sustentabilidade do negócio e para a formação do patrimônio empresarial, não sendo mera cifra contábil, mas um valor real.

---

<sup>47</sup> BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 146-147.



Essa visão plural do capital social, ora como capital nominal ora como capital real, mostra-se relevante na compreensão das suas funções, na medida que

a ênfase da noção de capital social está na definição de determinada cifra como a partida contábil que leva esse nome; noutra, a ênfase está na operação de transferência de dinheiro ou bens que o sócio faz à sociedade (integralização), em troca da aquisição originária – *i.e.*, aquisição primária, também chamada “subscrição” – de participação societária, isto é, de quotas ou ações, representativas de frações do capital social<sup>48</sup>.

Por vezes, o valor do capital social não corresponde à efetiva soma das entradas dos sócios e essa desconexão entre o capital nominal e o capital real, quando excedente, representa uma reserva de capital, que ultrapassa a importância destinada à sua formação e transborda as funções para as quais fora destacado.

Assim, importa investigar se a ambivalência na compreensão do que seja capital social é relevante para se apreender

---

<sup>48</sup> FOLLADOR, Guilherme Broto. VALLE, Maurício Dalri Timm do. A imunidade do ITBI sobre as operações de transmissão imobiliária efetuadas em realização do capital de pessoa jurídica. Revista Direito Tributário Atual, n. 46. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. p. 199-235. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjAhue0qcTWAhXHE7kGHYCzBwQQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fibdt.org.br%2FRDTA%2Fwp-content%2Fuploads%2F2020%2F12%2Fguilherme-e-mauricio.pdf&uscg=AOvVaw3MKc5luXlujABcpcm7\\_IF](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjAhue0qcTWAhXHE7kGHYCzBwQQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fibdt.org.br%2FRDTA%2Fwp-content%2Fuploads%2F2020%2F12%2Fguilherme-e-mauricio.pdf&uscg=AOvVaw3MKc5luXlujABcpcm7_IF)>. Acesso em 03/05/2021.

o alcance da imunidade do ITBI sobre as operações de transmissão imobiliária em realização do capital de pessoa jurídica.

### **3.2. ALCANCE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ART. 156, § 2º, INCISO I DA CF. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Afirma Paulo de Barros Carvalho que “conhecer o direito é, em última análise, compreendê-lo, interpretá-lo, construindo o conteúdo, sentido e alcance da comunicação legislada”<sup>49</sup>.

A construção do sentido da norma jurídica deve assumir o compromisso de revisitar os objetivos que determinaram a criação da regra.

Tratando-se de preceito constitucional, não há dúvidas de que o impacto da atribuição de sentido ao texto normativo é ainda mais percebido na sociedade. Daí se afirmar que, “na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social”<sup>50</sup>.

É nesse compasso que a interpretação das imunidades não pode buscar ampliar ou restringir o alcance da norma constitucional, mas deve se conformar com os princípios e valores constitucionais que a imunidade visa proteger.

Na mesma linha, afirma Regina Helena Costa que:

---

<sup>49</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 60.

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 119.

A interpretação da norma imunitória deve ser efetuada na exata medida; naquela necessária a fazer exsurgir o princípio ou valor nela albergado. Sendo assim, não se apresenta legítima a interpretação ampla e extensiva, conducente a abrigar, sob o manto da norma imunizante, mais do que aquilo que quer a Constituição, nem a chamada “interpretação literal”, destinada a estreitar, indevidamente, os limites da exoneração tributária. Em ambos os casos o querer constitucional estaria vulnerado<sup>51</sup>.

Assim, a exata medida do alcance das normas imunizantes deve ser obtida com a concretização do seu conteúdo.

A jurisprudência do STF tem interpretado as imunidades em função de sua finalidade, reconhecendo a importância do método teleológico para maximizar o potencial de efetividade da norma constitucional.

Nesse sentido, dá-se destaque ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do RE nº 595.676:

é a interpretação teleológica a que melhor atende ao mandamento constitucional, a interpretação constitucionalmente adequada dessa matéria. Porque as imunidades, bem lembrava o nosso querido colega e mestre da UERJ Ricardo Lobo Torres, estão associadas à proteção dos direitos fundamentais. De modo que o que se

---

<sup>51</sup> COSTA, Regina Helena. Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 115-116.

deve fazer aqui é verificar qual é o bem jurídico, quais são os valores envolvidos<sup>52</sup>.

Na mesma linha, o entendimento da Ministra Rosa Weber, no julgamento do RE nº 627.815, ao afirmar que a interpretação teleológica das imunidades teria por escopo “assegurar à norma supralegal máxima efetividade”<sup>53</sup>.

O posicionamento não foi diferente quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 796.376, admitido com repercussão geral.

O caso dos autos cuidava da cobrança de ITBI pelo município catarinense de São João Batista ao contribuinte que teria promovido a integralização do capital da pessoa jurídica no importe de R\$ 24 mil reais com a transferência de vários bens imóveis avaliados em mais de 800 mil reais.

Para os ministros do STF, a imunidade em análise tem por objetivo promover o desenvolvimento econômico, protegendo a livre iniciativa.

---

<sup>52</sup> BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 595.676. Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio. j. 08 mar. 2017. Tribunal Pleno, DJe 18 dez. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313496976&ext=.pdf>> Acesso em: 12 abri. 2021.

<sup>53</sup> BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 627.815. Repercussão Geral. Relator: Ministra Rosa Weber. j. 23 mai. 2013. Tribunal Pleno, DJe 01 out. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=173503232&ext=.pdf>> Acesso em: 12 abri. 2021.

A doutrina não destoa. Para Regina Helena Costa, “a finalidade é facilitar a formação, transformação, fusão, cisão e extinção de sociedades civis e comerciais”<sup>54</sup>.

Aires Fernandino Barreto reforça que o intuito é permitir “a mobilização dos bens imóveis de seus sócios para as pessoas jurídicas”<sup>55</sup>.

Na mesma linha, Sacha Calmon Navarro Coelho afirma:

A imunidade em tela é antiga. A regra colima facilitar a mobilização dos bens de raiz e a sua posterior desmobilização, de modo a facilitar a formação, a transformação, a fusão, a cisão e a extinção de sociedades civis e comerciais, não embarçando com o ITBI a movimentação dos imóveis, quando comprometidos com tais situações. Isto posto, na formação das sociedades é possível que alguns sócios realizem as partes a eles cabentes com imóveis. Nesse caso a operação é imune. Não há falar em ITBI<sup>56</sup>.

Nem mesmo o voto vencido, do Ministro Marco Aurélio, no RE nº 796.376 deixou de reconhecer que

---

<sup>54</sup> COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 422.

<sup>55</sup> BARRETO, Aires Fernandino. ITBI – transmissão de bens imóveis da empresa “A” para as empresas “B” e “C” – conceito de “atividade preponderante” – a imunidade específica prevista no artigo 156, parágrafo 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário nº 166. São Paulo: Dialética, julho 2009. p. 161.

<sup>56</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentário à Constituição de 1988 – Sistema Tributário. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 574.

a razão de ser da imunidade – e nada surge sem causa, princípio lógico e racional do determinismo – é facilitar o trânsito jurídico de bens considerado o ganho social decorrente do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República – artigo 3º, inciso III, da Lei Maior<sup>57</sup>.

Nesse contexto, ao prestigiar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a norma imunizante favorece, ainda que de forma indireta, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, na medida em que torna menos onerosa a transmissão de bens e direitos nas hipóteses do art. 156, § 2.º, inciso I, da CF/88.

Para além desse prisma teleológico, Guilherme Broto Follador e Maurício Dalri Timm do Valle também destacam outra finalidade a que se presta a referida imunidade: a promoção da neutralidade tributária.

Do ponto de vista da neutralidade tributária, a lógica que está presente no dispositivo é a seguinte: não houvesse essa imunidade, a aplicação de imóveis para a aquisição de participação societária seria desvantajosa em comparação com a utilização de dinheiro, ou de bens móveis, para essa mesma finalidade. A norma tributária,

---

<sup>57</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE n. 796.376. Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. j. 05 ago. 2020. Tribunal Pleno, DJe 25 ago. 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344140426&ext=.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2021.

portanto, operaria de modo contrário à neutralidade que se preconiza para operações que envolvem a formação e a modificação de estruturas societárias<sup>58</sup>.

No voto condutor, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que:

revelaria interpretação extensiva a exegese que pretendesse albergar, sob o manto da imunidade, os imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica que não fossem destinados à integralização do capital subscrito, e sim a outro objetivo – como, no caso presente, em que se destina o valor excedente à formação de reserva de capital<sup>59</sup>.

Para atender ao anseio do constituinte, apreende-se do texto constitucional que a desoneração se limita à proteção da

---

<sup>58</sup> FOLLADOR, Guilherme Broto. VALLE, Maurício Dalri Timm do. A imunidade do ITBI sobre as operações de transmissão imobiliária efetuadas em realização do capital de pessoa jurídica. Revista Direito Tributário Atual. n. 46. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. p. 199-235. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjAhue0qcTWAhXHE7kGHYCzBwQQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fibdt.org.br%2FRDTA%2Fwp-content%2Fuploads%2F2020%2F12%2Fguilherme-e-mauricio.pdf&cusg=AOvVaw3MKe5luXlujABcprm7\\_IF](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjAhue0qcTWAhXHE7kGHYCzBwQQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fibdt.org.br%2FRDTA%2Fwp-content%2Fuploads%2F2020%2F12%2Fguilherme-e-mauricio.pdf&cusg=AOvVaw3MKe5luXlujABcprm7_IF)>. Acesso em 03/05/2021.

<sup>59</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE n. 796.376. Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. j. 05 ago. 2020. Tribunal Pleno, DJe 25 ago. 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344140426&ext=.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2021.

constituição do empreendimento, quanto ao capital social e não quanto ao patrimônio jurídico da pessoa jurídica.

Como bem asseverou o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em parecer nº 188451/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR, emitido nos autos do RE nº 796.376:

Pelo viés da autonomia da vontade, os sócios têm, dentro dos parâmetros da lei, liberdade para estipular o valor do capital social da empresa que pretendem fundar. Se é seu desejo aportar bens imóveis de valor mais elevado e contar com a imunidade constitucional do ITBI, é razoável e constitucionalmente adequado que ajustem o valor do capital social que pretendem realizar<sup>60</sup>.

Ao analisarmos a regra constitucional imunizante, verificamos que a não incidência do imposto diz respeito ao bem imóvel ou direito transferido para se incorporar ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital.

Não se trata de qualquer acréscimo patrimonial, mas tão somente aquele voltado à subscrição do capital social.

Tal entendimento reforça o intuito do constituinte quanto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, resguardando uma situação de favorecimento a permitir que novas empresas possam utilizar-se de bens imóveis para integralizar o capital social,

---

<sup>60</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Parecer nº 188451/2015 ASJCIV/SAJ/PGR do Procurador-Geral da República, nos autos do Recurso Extraordinário RE n. 796.376. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307792393&ext=.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2021



de modo que a não tributação dessa transação imobiliária, destinada a sustentar o início no negócio, facilite a consolidação do empreendimento.

Por outro lado, o que excede ao valor do capital subscrito não encontra amparo na regra imunizante, do art. 156, § 2º, inciso I da CF, sendo devido o ITBI no saldo que ultrapassa o limite do capital social a ser integralizado, muitas vezes declarado como reserva de capital. Trata-se, pois, de transmissão de bens móveis para o patrimônio da pessoa jurídica, com destinação diversa daquela prevista pelo Constituinte.

Não obstante o STF já ter fixado a tese no RE nº 796.376/SC (Tema 796), o debate sobre a imunidade do ITBI permanece aceso entre os juristas. Com o julgamento do STF, outros temas surgiram, a exemplo do parâmetro utilizado como base de cálculo do imposto. Revela-se pertinente questionar qual o valor do bem imóvel deve ser considerado para cotejo com o valor do capital social que se pretende integralizar. Seria o valor venal constante no cadastro imobiliário? Ou o valor constante na declaração de imposto de renda do sócio?

A tese fixada pelo STF incentiva novas pretensões tributárias dos municípios. Contudo, não cabe, neste presente estudo, ampliar o debate com esses novos questionamentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como a Constituição Federal repartiu exaustivamente a competência tributária entre as pessoas políticas, informando para cada uma delas quais tributos e como, dentro de um arquétipo constitucional, poderia criá-los, também especificou hipóteses de não competência.

É possível afirmar que as normas constitucionais que dispõem sobre a imunidade tributária firmam hipóteses que colaboram com a delimitação da competência tributária dos entes públicos, sendo normas de estrutura que se dirigem ao legislador ordinário, vedando-o a produzir regra jurídica diante de determinados fatos, pessoas ou bens, possuindo um modal deôntico negativo, intitulado por Paulo de Barros Carvalho “proibido obrigar”.

O desafio é apreender o conteúdo e alcance das imunidades tributárias.

É importante se ter em mente que não é permitido à lei ultrapassar o conteúdo da hipótese imunizante prevista na Constituição Federal, devendo o seu alcance traduzir sempre a preservação dos valores fundamentais da República.

Por isso, tão importante quanto analisar o resultado da interpretação (a corresponder as escolhas do Constituinte) é verificar o método utilizado no decorrer do processo interpretativo e os argumentos adotados na construção do sentido das normas imunizantes, sendo prudente se socorrer dos princípios

constitucionais para então apreender qual deles lhes dará maior concretização.

Essa busca pela interpretação adequada deve nos levar a compreender de forma fiel a intenção embutida na norma de imunidade tributária, sendo a jurisprudência do Supremo reveladora na utilização do método teleológico.

Neste estudo, constatou-se que o constituinte escolheu afastar a tributação do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) na transferência de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica quando em realização de capital, conforme previsão no art. 156, § 2º, inciso I do CF. Coube ao STF delinear o seu alcance e conteúdo, quanto ao valor que excede a essa integralização, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 796.376/Santa Catarina, com repercussão geral reconhecida.

Acreditou-se que, para se investigar o objetivo do constituinte em imunizar a transferência de imóvel para a realização de capital de pessoa jurídica, era necessário entender qual a função do capital social.

O estudo, então, demonstrou que, nas lições de Bertoldi e Ribeiro, o capital social desempenha várias funções, internas e externas:

- e) O capital social tem a função interna de sustentar financeiramente o início do empreendimento até que se obtenha resultados positivos a equilibrar as despesas do negócio;

- f) O capital social tem a função interna de determinar a força econômica da empresa e o seu planejamento estratégico, pois o peso do voto leva em consideração a participação contributiva de cada sócio;
- g) O capital social também tem por objetivo externo indicar a responsabilidade assumida pelos sócios;
- h) O capital social serve externamente como garantia dos credores. Por vezes, o valor do capital social não corresponde à efetiva soma das entradas dos sócios e essa desconexão entre o capital nominal e o capital real, quando excedente, representa uma reserva de capital, que ultrapassa a importância destinada à sua formação e transborda as funções para as quais fora destacado.

Nesse compasso, considerando que a exata medida do alcance das normas imunizantes deve ser obtida com a concretização do seu conteúdo, as funções do capital social devem orientar a interpretação da regra imunizante, para que não seja ela ampliada nem restringida, mas sim conformada com os princípios e valores constitucionais que a imunidade visa proteger.

A jurisprudência do STF tem interpretado as imunidades em função de sua finalidade, reconhecendo a importância do método teleológico para maximizar o potencial de efetividade da norma constitucional.

O posicionamento não foi diferente quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 796.376, admitido com repercussão geral, cuja tese foi assim fixada: "A imunidade em

relação ao Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), prevista no inciso I do §2º do artigo 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado" (Tema 796).

Para os ministros do STF, a imunidade em análise tem por objetivo promover o desenvolvimento econômico, protegendo a livre iniciativa.

Nesse contexto, ao prestigiar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a norma imunizante favorece, ainda que de forma indireta, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, na medida em que torna menos onerosa a transmissão de bens e direitos nas hipóteses do art. 156, § 2.º, inciso I, da CF/88.

Desta feita, a regra constitucional imunizante não incide em qualquer acréscimo patrimonial, mas tão somente naquele voltado à subscrição do capital social, resguardando uma situação de favorecimento a permitir que novas empresas possam utilizar-se de bens imóveis para integralizar o capital social, de modo que a não tributação dessa transação imobiliária, destinada a sustentar o início no negócio, facilite a consolidação do empreendimento.

Por outro lado, sobre o valor que excede ao capital subscrito incide a regra-matriz do ITBI por se tratar de transmissão de bens móveis para o patrimônio da pessoa jurídica, com destinação diversa daquela prevista pelo Constituinte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARRETO, Aires Fernandino. ITBI – transmissão de bens imóveis da empresa “A” para as empresas “B” e “C” – conceito de “atividade preponderante” – a imunidade específica prevista no artigo 156, parágrafo 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário nº 166. São Paulo: Dialética, julho 2009.

BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORGES, José Souto Maior. Isenções tributárias. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm) Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compila\\_da.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compila_da.htm)> Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE

n. 796.376. Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. j. 05 ago.

2020. Tribunal Pleno, DJe 25 ago. 2020. Disponível em

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344140426&ext=.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Parecer nº 188451/2015

ASJCIV/SAJ/PGR do Procurador-Geral da República, nos autos

do Recurso Extraordinário RE n. 796.376. Disponível em

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307792393&ext=.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE

nº 102.141/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Madeira.

j. 18 out. 1985. Segunda Turma, DJ 29 nov. 1985. Disponível em

<[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiO-\\_bUrLrwAhUrrpUCHTH6A4sQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fportal.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D194456&usq=AOvVaw14XB9SS7sbhgny4\\_nig0rO](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiO-_bUrLrwAhUrrpUCHTH6A4sQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fportal.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D194456&usq=AOvVaw14XB9SS7sbhgny4_nig0rO)>

&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiO-\_bUrLrwAhUrrpUCH

TH6A4sQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fportal.stf.jus.br

r%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26doc

ID%3D194456&usq=AOvVaw14XB9SS7sbhgny4\_nig0rO>

Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE

nº 504.615 AgR/SP – São Paulo. Relator: Ministro Ricardo

Lewandowski, j. 03 mai. 2011. Primeira Turma, DJe 19 mai. 2011. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2971059&ext=RTF>> Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 595.676. Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio. j. 08 mar. 2017. Tribunal Pleno, DJe 18 dez. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313496976&ext=.pdf>> Acesso em: 12 abri. 2021.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 627.815. Repercussão Geral. Relator: Ministra Rosa Weber. j. 23 mai. 2013. Tribunal Pleno, DJe 01 out. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=173503232&ext=.pdf>> Acesso em: 12 abri. 2021.

BRITO, Wagner de Mello. Direito empresarial I. Rio de Janeiro: SESES, 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_. Derivação e positivação no direito tributário. vol. II. São Paulo: Noeses, 2013.



\_\_\_\_\_. Direito tributário, linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIESA, Clélio. A competência tributária do estado brasileiro: desonerações nacionais e imunidades condicionadas. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CONTI, José Maurício. O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI): principais questões. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1401>. Acesso em: 05 maio 2021.

COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. Regina Helena. Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001.

FOLLADOR, Guilherme Broto. VALLE, Maurício Dalri Timmo. A imunidade do ITBI sobre as operações de transmissão imobiliária efetuadas em realização do capital de pessoa jurídica. Revista Direito Tributário Atual. n. 46. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. p. 199-235. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjAhue0qcTwAhXHE7kGHYcZBwQQFjAAegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fibdt.org.br%2FRDTA%2Fwp-content%2Fuploads%2F2020%2F12%2Fguilherme-e-mauricio.pdf&usq=AOvVaw3MKe5luXlujjABcppm7\\_IF](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjAhue0qcTwAhXHE7kGHYcZBwQQFjAAegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fibdt.org.br%2FRDTA%2Fwp-content%2Fuploads%2F2020%2F12%2Fguilherme-e-mauricio.pdf&usq=AOvVaw3MKe5luXlujjABcppm7_IF). Acesso em 03/05/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



# **DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MECANISMO DE PROTEÇÃO E EFETIVIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**

Ana Carolina de Araújo Dantas Loureiro  
Procuradora do Município de Olinda – PE

## **1. INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Civil e outros normativos preveem a instituição de Câmara de Conciliação da Administração Pública com a possibilidade de celebrar termo de ajustamento de conduta (TAC).

As Câmaras de Conciliação da Administração Pública são órgãos executivos que podem analisar demandas administrativas e judiciais com a finalidade de promover a resolução célere do conflito, inclusive através do termo de ajustamento de conduta, se cabível no caso concreto.

O termo de ajustamento de conduta configura instituto célere que promove a solução de demandas administrativas e judiciais, alcançando-se o interesse público.

## 2. A BUSCA PELO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO COMO BASE DAS HIPÓTESES DE CONCILIAÇÃO PELO PODER PÚBLICO.

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) contempla os princípios da conciliação e mediação como ferramentas consensuais de solução de litígios, de forma a promover celeridade, economia processual e mitigação de conflitos.

Além de passagens esparsas do Código Instrumental que incentivam as formas consensuais de resolução de lides, pautadas na boa-fé objetiva (art. 5º) e cooperação entre as partes (art. 6º), a Seção V do Código Processual Civil (arts. 164 e seguintes), dedica-se a estabelecer uma estrutura procedimental para implementar a conciliação e mediação como forma de extinção do feito judicial com resolução de mérito (art.487, III, b ).

A conciliação e mediação conferem a possibilidade de solução dos litígios, dada disponibilidade das partes transigirem de forma alcançar interesses comuns. No caso de processo judicial em trâmite, permite-se que seja encerrado antes do que regularmente seria com o trânsito em julgado, de forma atender à celeridade, efetividade e razoável duração do processo.

Com efeito, no âmbito do ente, pode haver autorização em abstrato por instrução normativa ou sumular que aborde a questão, bem como pode exigir-se anuência em concreto mediante parecer do procurador responsável homologado pela autoridade competente (caso do procurador-geral, por exemplo).

A transação dá-se entre partes capazes e versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, sendo instrumento de tutela de direitos individuais, devendo haver identidade entre o titular do direito e o legitimado a transigir.

No âmbito do Poder Público, há limites para o encaminhamento de questões a serem conciliadas, em razão da importância de observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e impessoalidade, razão pela qual a regulamentação de requisitos a serem objeto de transação mostra-se prudente, para evitar desvirtuamento do instituto. Assim, protege-se o interesse público e normas indisponíveis no caso concreto, transigindo no que é de fato possível, com a segurança aos agentes públicos envolvidos.

Dessa forma, compete a Administração Pública a avaliação sobre eventuais hipóteses de resolução de conflitos, a partir do exame do objeto da lide e oitiva, se necessária, de equipe técnica especializada, através da prerrogativa de conciliar judicialmente ou em sede administrativa.

Ressalte-se ainda ser oportuna a transação quando constatada a procedência do direito da parte ante conduta lesiva do Poder Público, de forma a atender ao pedido, ainda em sede administrativa ou em reconhecimento do pleito judicial formulado, quando encontra guarida em jurisprudência consolidada e na legislação, revelando-se que prosseguimento da ação não leva a concretas probabilidades de êxito para o ente.

Com efeito, trata-se de exercício de advocacia de estado a partir da devida interpretação da norma aplicável ao caso, com diminuição da litigiosidade e promoção de efetiva defesa da comunidade.

No âmbito federal, há estímulo institucional do reconhecimento do direito da parte, otimizando o trabalho do advogado público e custos do processo:

“Logo, superada está a fase da defesa de interesses governamentais ou da busca desenfreada pela litigiosidade até as últimas instâncias, já que os advogados públicos federais buscam a defesa da sociedade brasileira. Portanto, clara está a nova visão da AGU, confirmada em suas Diretrizes Estratégicas, quando define que sua missão é: “Exercer a Advocacia Pública da União em benefício da sociedade por meio da proteção jurídica do Estado”.

Passamos então da defesa intransigente ao reconhecimento do erro administrativo; da visão míope de advocacia pública para a defesa do interesse público primário; da solução formal dos conflitos para a conciliação como forma de resolução efetiva dos conflitos, objetivando a pacificação social.

Enfim, nos dias atuais, o advogado público tem total apoio institucional e legal para promover a conciliação e a redução de processos, principalmente nas ações previdenciárias, isto é, é dever do advogado público sair da passividade para a proatividade.

Com efeito, está firmada a identidade da Advocacia Pública no Brasil, qual seja uma advocacia de Estado que visa dar segurança jurídica ao Estado Brasileiro, com enfoque no interesse público primário.

Essa perspectiva se coaduna com a leitura da condição do advogado – público e privado – como essencial à justiça, nos termos da Constituição:

“A advocacia pública demonstra a necessidade de o Estado lato sensu ter seu direito de defesa respeitado em juízo, a partir da capacidade postulatória de seu respectivo procurador, seja no âmbito da União, dos estados ou dos municípios. Não menos importante é a guarda da liberdade e esfera de direitos individuais do particular que vai a juízo discutir determinado direito, sendo

expressamente previsto na Carta Magna que o advogado é elemento indispensável para a administração e aplicação da justiça. Em plena harmonia com todo o exposto, a Defensoria Pública avança para a guarda dos interesses dos mais necessitados.”

## 2. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

No art. 174 do CPC , prevê-se a instituição de câmaras de conciliação na esfera administrativa pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com o objetivo de dirimir controvérsias envolvendo órgãos e entidades administrativas, examinar a admissibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação e promover, se cabível, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A instauração da Câmara de Conciliação pelo Poder Público admite que lides sejam satisfeitas sem necessidade de ajuizamento de processo pela Administração, através de autocomposição.

Dessa maneira, tendo por foco evitar a judicialização de novas demandas, através da Câmara de Conciliação, permite-se que seja buscado o consenso, negociação e regularização de infrações em sede de processos administrativos, como tentativa de finalização de conflitos e dispensa do ajuizamento de ações em caso de sucesso da conciliação.

De igual modo, a Câmara de Conciliação auxilia no encerramento de demandas judiciais, diminuindo o tempo na satisfação dessas controvérsias.



Em princípio, quaisquer controvérsias podem ser submetidas ao procedimento conciliatório, desde que haja possibilidade de regularização ou satisfação pela parte, cabendo ao Poder Público transigir sobre questões específicas, a exemplo do tempo e modo de execução e outros pontos, (a) com autorização legal específica (v.g., mediante lei, decreto, portaria, instrução normativa ou súmula do ente); (b) do chefe máximo da instituição (v.g., através de parecer que lhe tenha sido submetido); (c) podendo ainda legislação de regência da Câmara de Conciliação tratar especificamente de outras formas de conferir poderes para transigir:

“A possibilidade de soluções consensuais para conflitos envolvendo órgãos e entidade da administração pública é irrefutável. E por duas razões: primeiro porque nem todo direito defendido pela Administração Pública é indisponível, devendo se diferenciar as relações jurídicas de direito material de natureza administrativa e de natureza civil das quais participa a Administração Pública. Segundo porque mesmo no direito indisponível é possível a transação a respeito das formas e prazos de cumprimento da obrigação, exatamente como ocorre no processo coletivo. Há inclusive III do art. 174 do CPC a menção a possibilidade de promoção de termo de ajustamento de conduta pelas câmaras criadas para a solução de conflitos no ambiente administrativo, que necessariamente envolverão conflitos coletivos envolvendo a Fazenda Pública”

Destaque-se ainda que a Câmara de Conciliação pode ser um mecanismo de concretização de políticas públicas, vez que os órgãos públicos são instados a dialogarem com mais proximidade e a cooperarem na busca de soluções para as problemáticas da comunidade, sobretudo durante as sessões.

Importa registrar o advento da Lei nº 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e aborda a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. No seu art. 32, §3º, estabelece

a natureza de título executivo extrajudicial ao acordo celebrado entre as partes .

Já o art. 34 da referida Lei nº 13.140/2015 expressamente impõe a suspensão da prescrição com a instauração de procedimento administrativo voltado à resolução da controvérsia, nos termos dos parágrafos deste dispositivo . Assim, com a emissão de juízo de admissibilidade, a suspensão da prescrição retroage à data da formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

Destaque-se que a suspensão da prescrição tributária é regida pelo CTN (art. 34, §2º, da Lei nº 13.140/2015).

Na esfera federal, previamente ao advento do CPC/2015, foi instituída a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) pelo Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007.

No Município de Olinda, a Lei Complementar Municipal nº 48/2016 prevê a criação de Câmara de Conciliação vinculada à Procuradoria-Geral do Município, em redação semelhante a do art.174 do CPC (art. 10, IX e art. 18 ).

### 3. DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) EXARADO PELA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O termo de ajustamento de conduta (TAC) configura uma modalidade voltada à solução de conflitos, passível

de ser celebrada pela Câmara de Conciliação do ente público, conforme previsão do art. 174, III, do CPC/15.

O TAC indica uma forma de acordo pelo qual o devedor se compromete pela execução da obrigação, mediante ajuste de sua conduta às exigências legais, com previsão de cominações e eficácia de título executivo extrajudicial:

“Por meio do Termo do Ajustamento de Conduta, diante do espaço atribuído pelo ordenamento jurídico referido, as partes autorregulam seus interesses, visando a alcançar os objetivos indicados pela Lei 7.347/85, isto é, mais especificamente, um ajustamento das condutas às exigências legais, bem como a recuperação dos danos causados. Trata-se o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85 de uma previsão genérica, que, a princípio, pode versar sobre qualquer espécie de direito transindividual. É, portanto, reconhecido pelo ordenamento jurídico um espaço para que a expressão de vontade das partes, uma vez convergente, receba proteção jurídica, posto que considerada relevante, e, com isso, possa produzir os seus efeitos almejados. Há, portanto, um ajuste inter-partes. Trata-se, assim, de uma espécie de negócio jurídico bilateral, com espaço para as expressões das vontades já devidamente delimitado legalmente.”

A elaboração de termo de ajustamento de conduta (TAC) demonstra, em muitos casos, alternativa mais célere e efetiva do que o ajuizamento de ações, razão pela qual deve ser um instrumento de incentivo às resoluções extrajudiciais de controvérsias:

“Assim, no ajustamento de conduta não há disposição, mas reforço do direito objetivo, uma vez que o resultado do termo deve espelhar a determinação legal. Em outras palavras, não há no ajustamento de conduta concessões recíprocas, como há na transação. O órgão público não pode ceder quanto ao conteúdo do

direito transindividual, uma vez que a tutela extrajudicial deve ser a mesma que seria obtida em uma eventual ação judicial. A eventual flexibilização das condições de prazo, modo e lugar do adimplemento não está na esfera da transação, mas da mera negociação das partes celebrantes do ajustamento.

Na verdade, o termo de ajustamento de conduta consiste em um verdadeiro negócio jurídico entre as partes. Há uma negociação entre as duas partes envolvidas no ajustamento e há uma manifestação de vontade tanto do obrigado como do órgão público legitimado para a celebração do termo.”

Dessarte, o TAC pode ser celebrado no curso de um procedimento administrativo, consistindo em momento pré-processual (evitando a judicialização se houver sucesso nessa esfera administrativa), ou ainda no curso de demandas judiciais.

#### 4. DA CELEBRAÇÃO DE TAC PELA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE OLINDA.

A Lei Complementar do Município de Olinda-PE nº 48/2016 prevê a criação de Câmara de Conciliação vinculada à Procuradoria-Geral do Município, em redação semelhante a do art.174 do CPC (art. 10, IX e art. 18).

Os casos que são submetidos à Câmara de Conciliação Municipal são, após análise da Procuradoria Municipal, por análise de autos administrativos ou judiciais em que seja observada a possibilidade de regularização e/ou negociação. Podem também ser submetidos a requerimento da parte, após exame do órgão técnico competente e crivo da Procuradoria Municipal com despacho de encaminhamento fundamentado.

O art. 25 da Lei Municipal nº 6.161/2021 estabelece ainda que “poderão ser encaminhados pedidos de

submissão de casos à Câmara de Conciliação pelas Procuradorias especializadas, mediante parecer ou despacho, podendo na oportunidade indicar as questões passíveis de composição pelo Poder Público” .

Ressalte-se que, com o fito de garantir melhor assessoramento técnico e avaliação sobre a matéria tratada, poderá ser requerida ciência e manifestação da Procuradoria Especializada, do Secretario da Pasta e do Procurador-Geral do Município (art. 25, §3º, da Lei Municipal nº 6.161/2021).

Na busca por evitar judicialização, a Procuradoria Municipal tem procurado, sempre que possível, quando cabível negociação e a depender da matéria tratada, convidar as partes para conciliação, antes de propor uma demanda judicial.

Com o objetivo de permitir proximidade e diálogo com a equipe técnica da Edilidade que possa esclarecer melhor os fatos e documentações, com a observância dos princípios da boa-fé objetiva, lealdade entre as partes, celebra-se acordos com a validade e eficácia que podem ser submetidos à homologação judicial (se houver processos em trâmite) ou evitar a judicialização de demandas.

Nos termos do art. 9º da Portaria Conjunta PGM/SEMAPU/SEPAC nº 001/2019 de Instauração da Câmara de Conciliação do Município de Olinda, a elaboração de TAC é cabível, mediante prévia manifestação da Procuradoria Especializada e do Secretário da Pasta , com fundamento ainda no art. 174, III , do CPC/15 e no art. 18 da Lei Complementar do Município de Olinda-PE nº 48/2016.

Por conseguinte, a Câmara de Conciliação da Procuradoria-Geral do Município, tem promovido com êxito,

quando oportuna, a celebração de termo de ajustamento de conduta na defesa do interesse público envolvido.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção da conciliação pelo Poder Público como forma de solução de litígios pauta-se nos princípios da boa-fé objetiva, cooperação e primazia do interesse público, de forma a promover celeridade, economia processual e mitigação de conflitos.

A instauração das câmaras de conciliação pela Administração permite avaliar a admissibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação, com a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC).

A elaboração de termo de ajustamento de conduta apresenta em muitos casos, via mais célere e efetiva do que o ajuizamento de processos judiciais. Por conseguinte, merece ser fomentada para fins de alcançar as resoluções extrajudiciais de controvérsias.

Conclui-se que o TAC revela uma ferramenta exitosa de prevenção, com potencial para inibir o cometimento de práticas lesivas, como também de conciliação, para lidar de forma mais eficiente com situações em trâmite.

A solução de conflitos que envolvam o Poder Público é reforçada por uma advocacia de estado, na sua atuação como função essencial da justiça consagrada constitucionalmente.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Thereza; CUNHA, Ígor Martins da. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de Processo*, v. 304, p. 379-404, jun., 2020.

FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª Ed. Forense, 2016.

MOURA, Grégore Moreira de. Conciliação e advocacia pública: o protagonismo da AGU na resolução de conflitos. Publicado em 29/03/2021. Disponível em <<https://anafenacional.org.br/conciliacao-e-advocacia-publica-o-protagonismo-da-agu-na-resolucao-de-conflitos/>>. Acesso em 14/07/2021.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. JusPodivm, 2020

PACHECO, Danilo Sanchez. O termo de ajustamento de conduta como meio alternativo de solução de controvérsias no âmbito do mercado de capitais / The conduct adjustment term as an alternative means of dispute resolution under the scope of capital market. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/23438>>. Em *Brazilian Journal of Development*, ISSN 25258761, v.7, n.1, p.7292-7307, jan. 2021 Acesso em 13/07/2021.

Fotografias de Helvio Polito Lopes Filho





# Prefeitura de Olinda

Procuradoria Geral de Olinda

Centro de Estudos Jurídicos

