

A large, high-contrast portrait of Paulo Almeida, an older man with glasses, is the background of the cover. The image is split vertically by a white jagged line. The left side of the portrait is tinted with a warm orange-brown color, while the right side is tinted with a dark purple color. The text is overlaid on the right side of the image.

Revista Eletrônica
— **PRÊMIO**
PAULO ALMEIDA
EDIÇÃO ESPECIAL

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA

ISSN 0103 – 2682

RPGE	Salvador	v.39	p.1-	2021
------	----------	------	------	------

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA

Endereço: 3ª Avenida, 310 – Centro Administrativo da Bahia

CEP: 41745-005 Salvador Bahia

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO

Procurador Chefe – Ailton Cardozo da Silva Júnior

SERVIÇO DE BIBLIOTECA E DOCUMENTAÇÃO

Agnubia Pereira de Oliveira Souza

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Waldimara Silva Santana

Organização:

Maria Angélica dos Santos Rodrigues

Edição, diagramação e projeto gráfico:

ASCOM-PGE

Ilustração da Capa:

Mônica Santiago

Todos os direitos reservados, proibida a reprodução parcial ou total, sem citação da fonte

Periodicidade – Edição especial

Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia - v. 1 (1974) – Salvador:
Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Serviço de Biblioteca e
Documentação, Salvador, 2021.

p.

Trabalhos Jurídicos - Prêmio Paulo Almeida - Edições 2014 a 2018.

Edição especial

ISSN 0103 – 2682

CDU 340.05
CDD 34(814.2)(05)

Ficha catalográfica elaborada por Agnubia Pereira de Oliveira Souza CRB-5/1012.

HISTÓRICO DO — PRÊMIO PAULO ALMEIDA

EDIÇÃO DO PRÊMIO	GANHADOR	CATEGORIA
1977	Mário Marques de Souza Yon Yves Coelho Campinho	Representação Judicial Consultoria Jurídica
1978	-	-
1979	Johnson Barbosa Nogueira	Consultoria Jurídica
1980	Raimundo Dias Viana Mário Marques de Souza	Consultoria Jurídica Representação Judicial
1981	Milton Moreira Oliveira Thomas Barcellar da Silva	Representação Judicial Consultoria Jurídica
1982	-	-
1983	Fernando Santana	Consultoria Jurídica
1984	Fernando Santana	Consultoria Jurídica
1985	Raymundo Pereira	Consultoria Jurídica
1986	Johnson Barbosa Nogueira	Consultoria Jurídica
1987	-	-
1988	-	-
1989	Thomaz Hélio da Silva Barros	Consultoria Jurídica Representação Judicial
1990	-	-
1991	Marília Muricy Machado Pinto Ivan Brandi da Silva	Consultoria Jurídica Representação Judicial
1992	Franklin do Nascimento Gomes	Representação Judicial
1993	Franklin do Nascimento Gomes	Consultoria Jurídica

1994	-	-
1995	Johnson Barbosa Nogueira	Consultoria Jurídica
1996	Sônia Maria Teixeira Campello Joselita Cardoso Leão	Consultoria Jurídica Representação Judicial
1997	Sônia Maria Teixeira Campello	Consultoria Jurídica
1998	Sônia Maria Teixeira Campello Joselita Cardoso Leão	Consultoria Jurídica Representação Judicial
1999	Sônia Maria Teixeira Campello Silvio Avelino Pires Britto Júnior	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2000	Paulo Borba Costa Bruno Espíñeira Lemos	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2001	Paulo Moreno Carvalho Silvio Avelino Pires Britto Júnior	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2002	Silvio Avelino Pires Britto Junior Sônia Maria Teixeira Campello	Representação Judicial Consultoria Jurídica
2003	Paulo Moreno Carvalho Silvio Avelino Pires Britto Júnior	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2004	Aloysio Moraes Portugal Junior Bárbara Camardelli Loi	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2005	Leyla Bianca Correia Lima da Costa Cinthya Viana Fingergut	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2006	Maria Hermínia Angeli Almeida Cristiane de Araújo Góes de Magalhães	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2007	Raimundo Luiz de Almeida Lorena Miranda Santos Barreiros	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2008	Mariana Cavalcante Tannus Freitas Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2009	Gustavo Lanat Pedreira de Cerqueira Filho Maria Vitória Brandão Tourinho Dantas Vicente Oliva Buratto	Consultoria Jurídica Consultoria Jurídica Representação Judicial
2010	Marco Valério Viana Freire Marco Valério Viana Freire Flávia de Almeida Pita	Consultoria Jurídica Representação Judicial Representação Judicial

2011	André Luiz Alves Magalhães Marcos Sampaio de Souza Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas	Consultoria Jurídica Representação Judicial Representação Judicial
2012	Fabiana Maria Santos Barretto Paulo Emílio Nadier Lisboa	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2013	André Luiz Alves Magalhães Antonio Lago Júnior Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas	Consultoria Jurídica Representação Judicial Representação Judicial
2014	Deraldo Dias de Moraes Neto Luiz Paulo Romano	Consultoria Jurídica Contencioso
2015	Alzeni Martins Nunes Gomes Sílvio Avelino Pires Britto Júnior	Consultoria Jurídica Contencioso
2016	Cláudia Magalhães Guerra Attiná Antônio Lago Júnior	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2017	Janaína Bittencourt Faneca Mascarenhas Cláudia Magalhães Guerra Attiná	Consultoria Jurídica Representação Judicial
2018	Arlley Cavalcante de Oliveira Vinícius Cardona França	Consultoria Jurídica Contencioso

Obs.: Nos anos 1978,1982,1987,1988,1990,1994, não houve premiação.

A edição do Prêmio abrange os trabalhos realizados no ano anterior.



COMISSÕES JULGADORAS DO — PRÊMIO PAULO ALMEIDA

2014

Comissão julgadora:

Raimundo Luiz de Andrade
Edite Mesquita Hupsel
Antônio Lago Júnior

2015

Comissão julgadora:

Ruy Deiró da Paixão
Selma Reiche Barcelar
Lizea Magnavita Maia

2016

Comissão julgadora:

Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
Leonardo Sérgio Pontes Gaudenzi
Isabela Moreira de Carvalho

2017

Comissão julgadora:

Marco Valério Viana Freire
Paula Gonçalves Morris Matos
Flávia Almeida Pita

2018

Comissão julgadora:

Cristiane de Araújo Góes Magalhães
Ana Cristina Barbosa de Paula e Oliveira
Eugênio de Souza Krusvhewcky.

SUMÁRIO

Clique sobre os prêmios para ter acesso aos trabalhos jurídicos.

CONSULTORIA JURÍDICA

PRÊMIO 2014

Pedido de Restituição de ITD sobre doação de Transcon. Empresa doadora integrante do Grupo OAS situação em São Paulo. Alegação de ilegitimidade tributária do Estado da Bahia com base no art. 11, inciso II, alínea “a” do Decreto Estadual nº 2.487/1989. Recurso Voluntário não provido. Natureza jurídica da Transcon. Servidão Aderente a imóvel obrigatoriamente situada em Salvador. Primazia do contrato realidade (Boa-fé Objetiva). Direito Urbanístico. Princípio da função social da propriedade. Ausência de interesse do Estado de São Paulo. Competência do Estado da Bahia. Entendimento pelo não provimento do recurso.

Deraldo Dias Moraes Neto

PRÊMIO 2015

Regularização Funcional

Alzeni Martins Nunes Gomes

PRÊMIO 2016

Tributação - ICMS - Decadência

Cláudia Magalhães Guerra Attiná

PRÊMIO 2017

Aposentadoria. Invalidez.

Janaína Bittencourt Faneca Mascarenhas

PRÊMIO 2018

Limite Bahia e Sergipe

Arlley Cavalcante de Oliveira

REPRESENTAÇÃO JUDICIAL

PRÊMIO 2014

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Luiz Paulo Romano

PRÊMIO 2015

Recurso Extraordinário em Apelação Civil em Ação Ordinária

Silvio Avelino Pires Britto Júnior

PRÊMIO 2016

Ação Ordinária de Nulidade de Escritura Pública e Cancelamento de Registro de Imóvel C/C Reconhecimento de Domínio.

Antônio Lago Júnior

PRÊMIO 2017

Tributação. ICMS. Fornecimento de Energia Elétrica.

Cláudia Magalhães Guerra Attiná

PRÊMIO 2018

Danos Socioambientais

Vinícius Cardona França

APRESENTAÇÃO

O Prêmio Paulo Almeida, criado pelo decreto nº 24.885, de 02 de outubro de 1975, passou a ter esta denominação com o decreto nº 25 13/76. Recepcionado pela Lei Complementar nº 34/2009 e regulamentado pela Resolução nº 010/2011 do Conselho Superior, foi assim denominado em homenagem ao eminente jurista e primeiro Procurador Geral do Estado da Bahia, com o objetivo de estimular, no âmbito da Procuradoria, pesquisas e estudos que promovam o aprimoramento jurídico dos procuradores deste Estado no desempenho das funções inerentes ao cargo e que tragam repercussão para a boa gestão pública. Aos dois melhores trabalhos realizados durante um exercício, um na área de consultoria jurídica e outro na área de representação judicial, é conferida a premiação, no exercício seguinte, com um diploma alusivo ao prêmio e o valor em dinheiro correspondente ao vencimento básico do cargo de procurador de classe especial.

Sua primeira edição ocorreu em 1977, premiando os insignes Procuradores Mário Marques de Souza e Yon Yves Coelho Campinho. Neste decurso histórico registra-se a premiação de ilustres colegas, aposentados e em atividade, muitos presentes entre nós, outros de saudosa memória, perpetuados em suas respeitadas produções jurídicas.

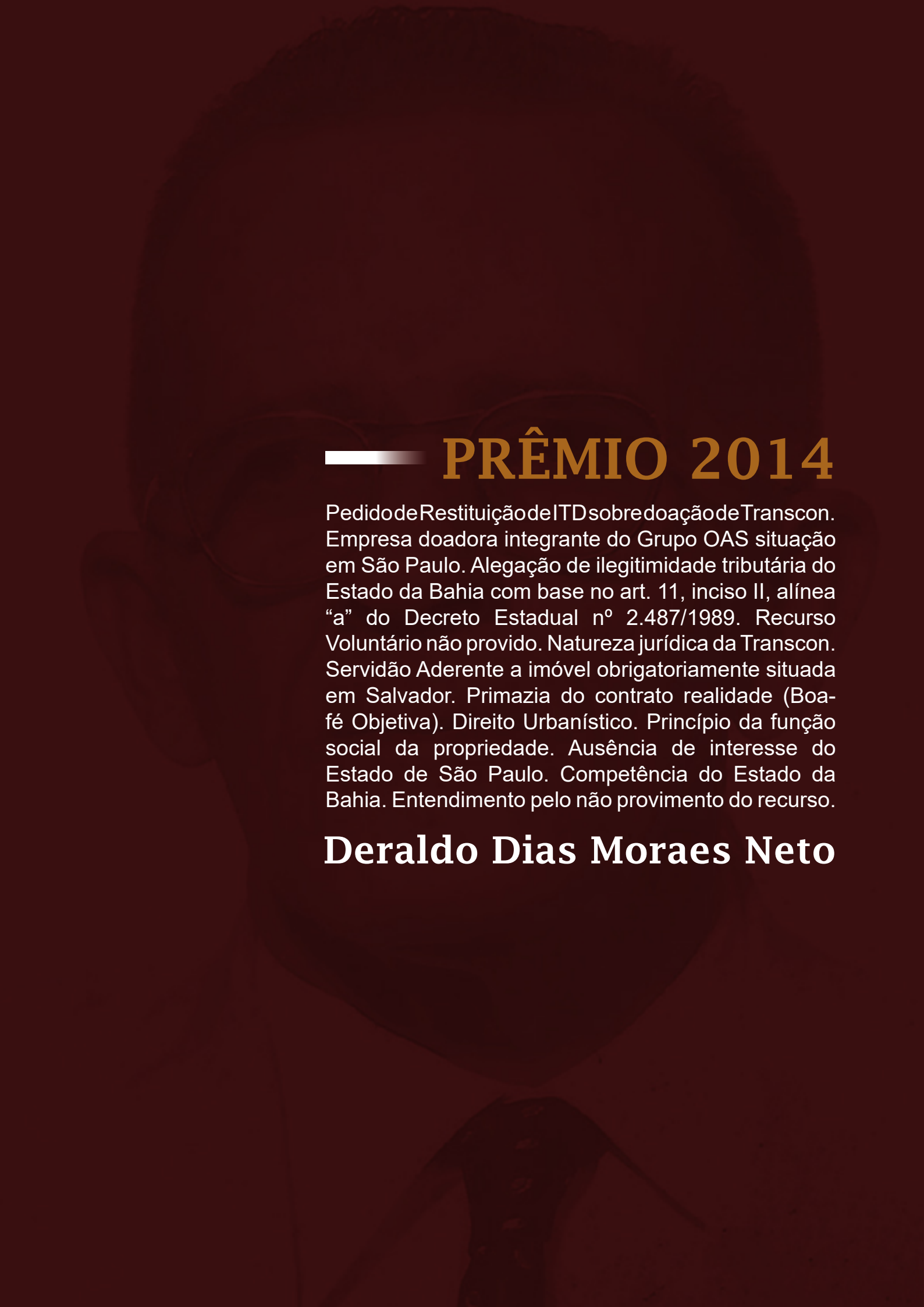
No ensejo da passagem dos 55 anos de criação da Procuradoria, nos animamos a proporcionar aos colegas e ao público interessado a oportunidade de acesso à parte da produção jurídica premiada, destacando os trabalhos referentes aos exercícios de 2014 a 2018, com a publicação digital desta edição especial da revista PGE. Não corrigimos injustiças por não haver publicado os trabalhos anteriores, pelo que nos desculpamos fazendo constar a relação dos premiados em página específica desta edição, o que é deveras ínfimo em face da profundidade da riqueza deste precioso acervo científico, disponível em nossa Biblioteca.

Lançar esta Edição Especial da Revista da PGE, mais do que uma obrigação, é atender a antigo anseio da classe, e uma forma singela de contribuir para o resgate de uma tradição de pesquisa e publicação no âmbito da PGE, construída em diversas iniciativas de quase todas as gestões desta instituição, não apenas para dar destaque aos contemplados pelo Prêmio Paulo Almeida, o que já constituiria um bom motivo, eis que são o testemunho do esforço de cada um, mas principalmente como um meio de subsidiar estudos e permitir reflexões sérias e consistentes sobre os temas trazidos pela administração pública e pela coletividade à apreciação dos Procuradores em sua atuação cotidiana. Que esta Revista não constitua uma novidade, mas que seja parte da rotina da instituição, servindo como incentivo a todos os colegas Procuradores a continuar produzindo com excelência.

Paulo Moreno Carvalho

Procurador Geral do Estado da Bahia

CONSULTORIA JURÍDICA



— PRÊMIO 2014

PedidodeRestituiçãodeITDsobre doaçãodeTranscon. Empresa doadora integrante do Grupo OAS situação em São Paulo. Alegação de ilegitimidade tributária do Estado da Bahia com base no art. 11, inciso II, alínea “a” do Decreto Estadual nº 2.487/1989. Recurso Voluntário não provido. Natureza jurídica da Transcon. Servidão Aderente a imóvel obrigatoriamente situada em Salvador. Primazia do contrato realidade (Boa-fé Objetiva). Direito Urbanístico. Princípio da função social da propriedade. Ausência de interesse do Estado de São Paulo. Competência do Estado da Bahia. Entendimento pelo não provimento do recurso.

Deraldo Dias Moraes Neto

EMENTA: *PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE ITD SOBRE DOAÇÃO DE TRANSCON. EMPRESA DOADORA INTEGRANTE DO GRUPO OAS SITUADA EM SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO DA BAHIA COM BASE NO ART. 11, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO DECRETO ESTADUAL Nº 2487/89. R E C U R S O VOLUNTÁRIO NÃO PROVIDO. NATUREZA JURÍDICA DA TRANSCON. SERVIDÃO ADERENTE A IMÓVEL OBRIGATORIAMENTE SITUADO EM SALVADOR. PRIMAZIA DO CONTRATO REALIDADE (BOA-FÉ OBJETIVA). DIREITO URBANÍSTICO. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA. ENTENDIMENTO PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.*

Trata-se da revisão e complementação de aspectos não respondidos e aprofundados nos pareceres desta Douta Procuradoria de fls. 284, e 297 a 298 que analisaram tanto o PAF (Processo Administrativo Fiscal) em epígrafe, como o Recurso Voluntário interposto pela OAS EMPREENDIMENTOS S.A., em que a mesma questiona a posição adotada pela Fazenda Pública Estadual nos Pareceres de nº 17110/2011 e 15854/2012, cujos auditores fiscais entenderam pelo indeferimento de seu pedido de restituição do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITD), no valor de R\$ 319.441,04.

Os argumentos fáticos e jurídicos expendidos pela requerente nas fls. 62 a 63, em pedido formulado em 23 de Maio de 2011, se limitam a dizer que a mesma teria recebido gratuitamente da empresa Multicorp Patrimonial Ltda um saldo credor de 34.174,32m², situados no Município de Salvador, através do instrumento particular de cessão de direto (doc. 03); e que, como a sede dessa empresa era em São Paulo, deveria ser neste Estado o local do recolhimento do ITD, vide artigo 11, inciso II, alínea “a” do RITD. Entretanto, por equívoco, a ora Recorrente realizou o pagamento espontâneo do tributo na Bahia ex vi fls. 108; motivo pelo qual solicitou a devolução do ITD no valor de R\$ 319.441,04 com fulcro no artigo 77, inciso III.

Afirma, também, que a gratuidade da transferência decorreu de acordo firmado entre as duas empresas para ajuste de patrimônio, acordo que pôs fim a um conflito societário decorrente do não cumprimento pelo Sr. Carlos Seabra Suarez, então sócio da autora, da transferência de terreno de sua propriedade situado em Salvador para a empresa Odebrecht, e com o qual havia integralizado as suas quotas no capital social da OAS Participações Ltda., conforme demonstram as diversas peças processuais colacionadas extraídas dos autos da ação n. 1631770-8/2007 em

curso na 1ª. Vara Cível de Salvador-Ba, conforme demonstram as fls. 02, 23 a 39; bem como do respectivo termo de transação e desistência da ação em epígrafe de fls. 41 a 46.

Demonstra, ainda, de forma acessória, por meio de volumosa e farta documentação anexada (fls. 64 a 115 e 166 a 281), a individualização da TRANSCON, sua legitimidade, e a validade das operações de transferência patrimonial dentre as diversas empresas que formavam o Grupo OAS e Grupo CSS; onde se destaca o fato de que a origem dessas TRANSCONS se deu em razão da desapropriação da área correspondente ao Bairro da Paz pela Prefeitura Municipal de Salvador, com o fito de promover a regularização fundiária urbana dos imóveis edificadas naquele local, nos termos e princípios estabelecidos no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01); de forma que a interpretação que levou à incidência do ITD sobre a doação ora examinada, *data venia*, só poderia ser interpretados à luz deste microssistema jurídico, bem como da nossa Carta Magna, como também do Código Civil, e, ainda, da legislação tributária estadual e federal.

Não obstante a complexidade e riqueza do tema, a peticionante o reduz ao seguinte silogismo positivista¹: se a empresa doadora tem domicílio em São Paulo e o art. 11, inciso II, alínea “a”, do RITD pressupõe que ele seja em nosso Estado, logo a competência tributária ativa para receber tal tributo não seria da Bahia, motivo pelo qual requer a devolução do ITD recolhido indevidamente, nos termos do Memorial de fls. 155 a 165.

Contudo, como o direito não deve ser interpretado como uma clava mágica capaz de alterar a realidade fática da doação ora analisada, mister se faz desvelarmos a verdadeira função da norma jurídica acima, especialmente à luz do princípio da função social da propriedade², que alcança não só as empresas como as cidades; como também da boa-fé objetiva³ e da primazia da realidade. Até porque, como dizem Liam Murphy e Thomas Nagel, em sua clássica obra “O mito da propriedade”⁴:

“Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva.”

Já no parecer de fls.143 a 144, os nobres auditores da SEFAZ criticam a inexistência de laudo pericial de iniciativa da Secretaria da Fazenda Estadual ou da SUCOM (Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município), em ofensa ao art. 10 da Lei 4826/89; bem como a existência de dois instrumentos de doação do mesmo saldo credor de TRANSCON, referentes a negócios distintos (fls. 50/51 e 53/54); ocasião em que verificou que em um deles a

¹ BOTREL, Sergio. **Direito societário constitucional**. São Paulo : Atlas, 2009. p. 7 e 8;

² ANDRIOTTI, Caroline Dias & GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Breves notas históricas da função social no Direito Civil**. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2008. p. 9 a 12;

³ BOTREL, Sergio. **Direito societário constitucional**. São Paulo : Atlas, 2009. p. 3.

⁴ MURPHY, Liam & NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. São Paulo : Martins Fontes, 2005. p. 5.

empresa doadora tinha sede nesta capital, o que tornaria impossível identificar a partir de qual dos dois negócios foi realizado o pagamento e qual seria a competência tributária.

Muito embora a Recorrente tenha vindo a explicar (fls. 161) que a doação realizada pela empresa situada em Salvador, PATRIMONIAL VENTURE

(fls. 53), tratava-se de permuta, e que tal identificação não prejudicaria o reconhecimento do imposto recolhido indevidamente, o parecer final foi ratificado, indeferindo-se o pedido, com fundamento na ineficácia da petição inaugural, bem como na ausência de novos fatos que justificassem a reforma da decisão, *ex vi* fls. 285 a 286

Isto posto, a Recorrente apresenta nova petição indicando a ausência de pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (fls. 291), requerendo retorno dos autos para análise e emissão de parecer opinativo. Por sua vez, o Diretor de Administração Tributária em seu pronunciamento de fl. 295 a 296, ponderou que para firmar um juízo de valor sobre o presente feito seria necessário que esta Douta Procuradoria respondesse aos seguintes quesitos jurídicos:

1. *Em sentido amplo, o que é TRANSCON e, do ponto de vista patrimonial, como seria classificado?*
2. *Relativamente à natureza, é um bem derivado do imóvel, é imóvel ou um direito relativo à imóvel?*
3. *Considerando-se o artigo 11, do Decreto 2.487/89, seria a TRANSCON enquadrada no inciso I ou II?*
4. *Na hipótese de seu enquadramento no inciso II daquele Decreto, como seria classificado e qual a fundamentação legal para tal?*

Por sua vez, o nobre colega Antonio Luiz Sampaio Figueira, talvez premido pela exiguidade de tempo e aumento do volume de trabalho, aliados a complexidade e ineditismo da matéria, que envolve ramos do Direito ainda recentes como o Urbanístico e o Civil Constitucional; em seu parecer de fls. 297/298, não conseguiu, salvo melhor elucidar todas as dúvidas levantadas para que a Fazenda Pública Estadual pudesse ter maior segurança na liberação ou não do pedido de restituição da peticionante; razão pela qual o Procurador Chefe da Fiscal solicitou o reexame da matéria pelo então núcleo do ITD.

Neste sentido, nunca é por demais frisar que a matéria se encontra ainda em discussões jurídicas iniciais nesta Capital, sendo público e notório o embargo à utilização do instituto ocorrido nos últimos anos, embargos que só recentemente foi removido pela justiça⁵, resultando em liberação ao seu uso com restrições.⁶ Cabe lembrar, em tempo, que a área do Bairro da Paz é uma das que ainda se encontram com restrição em função das “evidências ou indícios de irregularidades”, reportadas pelo então Superintendente da SUCOM.⁷

Por estas e outras razões é que, nos próximos tópicos, iremos nos ater ao desenvolvimento

dos temas conexos as perguntas acima formuladas, com vistas a trazer esclarecimentos que possam dar mais segurança, bem como motivar e fundamentar a decisão da autoridade fazendária.

DAS PARTES ENVOLVIDAS NA TRANSAÇÃO OBJETO DA LIDE

Inicialmente, restou demonstrado no breve resumo fático e análise documental que a alienação em exame é a doação de 34.174,32m² de saldo credor de TRANSCON no Bairro da Paz, realizada pela MULTICORP PATRIMONIAL LTDA em favor da OAS EMPREENDIMENTOS LTDA. O pedido de restituição tem fundamento no fato de que a doadora estaria sediada em São Paulo, o que em tese impossibilitaria a tributação baiana; mas não foi devidamente destacado pela requerente o fato de que a área do Bairro da Paz teria sido objeto de processo de regularização fundiária, nos termos do artigo 35, inciso III do Estatuto da Cidade, citado na fl. 297 pelo ilustre colega Luiz Figueiras, em seu parecer de fl. 297 a 298.

Nunca é demais frisar que tanto a norma acima como o PPDU e a LOUIS derivam do artigo 182 da CF/88, que, ao adotar os princípios desenvolvidos pelo Direito Urbanístico, determinou que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei, no caso concreto pelo Estatuto da Cidade, fosse condicionada não há ao objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, como também de garantir o bem-estar de seus habitantes.

Sendo assim, entende a doutrina constitucional que se trataria de um direito de terceira geração, cuja titularidade seria dos moradores de um determinado município, ou seja dos soteropolitanos; haja vista que serão eles que sofrerão e suportarão os efeitos negativos oriundos da transferência do direito de construir, de uma área periférica como o Bairro da Paz, para uma área nobre de Salvador, como o Horto Florestal ou a Avenida Tancredo Neves, locais onde houve uma rápida expansão imobiliária.

Dito isto, ao analisar o presente feito, verifica-se estar documentada a situação da empresa no Estado de São Paulo, conforme documentos acostados como o CNPJ da empresa e ata de assembleia; entretanto, não constam do documento elementos patrimoniais, ativos e passivos da MULTICORP PATRIMONIAL LTDA a TRANSCON, vide fl. 72, nem tampouco no laudo de avaliação de fl. 77 a 80, fatos estes que precisam ser esclarecidos, vez que trazem insegurança sobre a correspondência entre a vontade declarada e o negócio jurídico realizado concretamente (princípio da boa-fé objetiva).

⁵ Reportagem: “TJ adia inconstitucionalidade de lei sobre ocupação do solo de Salvador”, em <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2013/07/tj-ba-nega-pedido-de-anulacao-de-inconstitucionalidade-da-louos-e-pddu.html>

⁶ Comunicado oficial da Prefeitura de Salvador: http://www.comunicacao.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=42417:decreto-restabelece-uso-da-transcon-em-salvador&catid=57:sp-690&Itemid=178

⁷ Reportagem: “ACM Neto dá início à liberação de transcon”, publicada em 12/09/2013, em <http://atarde.uol.com.br/materias/1533365>

Por outro lado, o instrumento particular de cessão de bens de fls. 104 a 110, firmado entre a MULTICORP PATRIMONIAL LTDA e a OAS EMPREENDIMENTOS LTDA em 03/05/10, objetiva transferir gratuitamente à cessionária o saldo credor de TRANSCON, avaliado em R\$175.677,50 conforme laudo produzido por empresa privada contratada pela interessada (fls. 120/143). Contudo, ao compulsar os autos, em vários documentos como os relativos a transação de fls. 41 a 45 observamos que quando é do seu interesse as empresas do então autodenominado Grupo OAS se colocam como se fossem uma única empresa, ou seja, como se fossem uma holding em estrela⁸.

Porém, como inexistente uma empresa controladora que centralize as funções de administração, esta forma de organização se aproxima mais de um conglomerado puro, ou grupo de empresas onde as mesmas podem atuar de forma conjunta ou separada na obtenção de um resultado comum (lucro), ou até um investimento específico, como a construção de um edifício com uso de TRANSCON; sendo que, neste caso, como o seu uso se restringe ao Município de Salvador, o direito de crescer, tanto pela nossa Carta Magna como pelo Estatuto da Cidade está adstrito ao território de nossa Soterópolis.

Sendo assim, não seria demais pressupor a hipótese de que a TRANSCON sub judice venha a ser no futuro, ou até já tenha sido, utilizada pela Construtora OAS LTDA, cuja sede fica na Rua Humberto de Campos, n. 251, Graça num de seus inúmeros edifícios e construções na capital baiana. Entretanto, cabe observar, também, que a confirmação da hipótese acima exige a realização de uma auditoria na contabilidade de todas as empresas do Grupo OAS para detectar qual delas realizou a utilização final em uma de suas obras em Salvador, ou simplesmente oficiar à SUCOM para levantar toda a movimentação da mesma desde a sua geração quando da desapropriação do Bairro da Paz para fins de regularização fundiária urbana até que este direito de construir fosse incorporado a uma obra como se fosse uma verdadeira propriedade virtual que se encaixasse como servidão de um imóvel limitado em seu coeficiente de aproveitamento, aumentando em até 50% o seu potencial construtivo.

DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ITD NO ESTADO DA BAHIA

No afã de investigar a possibilidade ou não de a referida doação ser tributada pelo Estado da Bahia, vê-se a necessidade de esclarecer os quesitos apresentados, essenciais à compreensão do feito, conforme se fará abaixo.

1. Qual a natureza jurídica das TRANSCON?

Não podemos definir a natureza jurídica de um novo direito sem realizar um estudo histórico e comparativo deste instituto na legislação europeia e americana, pois foi na Itália, em 1970, que primeiro ocorreu a separação absoluta do direito de propriedade e o de edificar, entendido este

⁸ LODI, Edna Pires & LODI, João Bosco. **Holding**. 4 ed. rev. atual. São Paulo : Cengage Learning, 2011. p. 60.

como o concedido aos particulares por concessão ou autorização administrativa, o que não quer dizer que o direito de construir seja totalmente desvinculado da função social das cidades; nem muito menos das normas constitucionais que o estabelecem ou da legislação federal e municipal que regula o seu exercício efetivo, restrito apenas ao Município onde houve a desapropriação para fins de preservação do patrimônio artístico e cultural ou para regularização da propriedade urbana.⁹

Já na França, em 1972, quando foi criado o PLD (Plafond Légal de Densité) e estipulado um limite legal para o seu exercício, manteve-se a faculdade de construir limitada ao interesse da coletividade, pelo estabelecimento de um coeficiente de aproveitamento limitado a 50% no máximo, como no caso de Paris; como também estabeleceu-se que se deve pagar uma quantia igual ao valor do excedente, ou seja, uma outorga onerosa para gerar receita pública derivada, através da cobrança de um preço público capaz de financiar as obras de infraestrutura acima citadas.

Por fim, foi nos Estados Unidos da América, em 1973, que foi criado o Banco de Direitos da Construção, operado pela prefeitura de Chicago, para gerir os créditos dos proprietários de imóveis (Space Adrift) tombados no centro histórico daquela cidade, evitando o desembolso de vultosas quantias indenizatórias, isto é criou-se um mecanismo de troca e compensação com a criação de “propriedades virtuais” capazes de recompensar os proprietários destes imóveis pela perda do seu direito de propriedade, gerando um título capaz de ser incorporado em outro imóvel situado sempre na mesma cidade, embora em bairros diferentes, de acordo com os limites estabelecido pelo Plano diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU) e pela Lei de Ordenamento do Uso e Ocupação do Solo (LOUOS).

Quando este instituto foi discutido no Brasil, houve a sistematização do pensamento urbanístico pátrio em um documento denominado Carta de Embu, de 1976, que, ao desenvolver a ideia de “Solo Criado”, ressaltou que esta tecnologia alienígena vinha de encontro aos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e permitindo **a criação de solo novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural**; ressaltando que esta criação legislativa valoriza diferentemente os imóveis em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça, as quais deveriam ser limitadas e disciplinadas pelo Princípio da Função Social da Propriedade, com o fito de preservar e garantir o interesse social de toda a coletividade, que deverá ser recompensada, tanto pelo Poder Público quanto pelo particular, com o reequilíbrio urbano derivado da criação do solo adicional dentro da ideia de que é necessário internalizar as externalidades negativas oriundas do exercício do direito de construir, de forma a evitar a socialização dos danos ambientais e urbanísticos, bem como a privatização dos lucros derivados destes empreendimentos imobiliários.

As discussões acima desaguaram nos arts. 28 e 29, do Estatuto da Cidade, onde, ao se regular o direito de construir, criaram-se duas alternativas. Uma que compensava com o aumento

⁹ REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Solo criado: um instituto controverso**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 03. 2002;

de potencial de construir a perda derivada da desapropriação de áreas privadas pelo Poder Público, de forma que por exemplo se o limite do gabarito fosse dez andares no Corredor da Vitória, cujo metro quadrado ultrapassa e muito a R\$ 10.000,00, se poderia acrescentar mais cinco andares neste mesmo prédio, em tese com os metros quadrados indenizados pela Prefeitura Municipal em um imóvel localizado, no Bairro da Paz. Outra que, com o intuito de buscar maior justiça social, bem como gerar recursos para financiamento das obras de infraestrutura urbana, prefere cobrar, por este mesmo direito de acrescentar, uma outorga onerosa; tanto isso é verdade que o Prefeito Antônio Carlos Magalhães Neto tem pautado a sua gestão por este segundo instituto, que gerou receita financeira não-tributária para recuperar tanto a Orla da Barra como a de São Tomé de Paripe. Conforme demonstra o texto legal abaixo transcrito:

Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado **em cada** área.

Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, **mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.**

Por sua vez, em nossa Soterópolis, a TRANSCON, ou Transferência do Direito de Construir foi regulada através da Lei nº 3.805/87, que, em seu art. 1º, determinou:

“Art. 1º - Fica instituído, no Município de Salvador, o instituto Jurídico de transferência do direito de construir, para fins de preservação de áreas de interesse do patrimônio histórico, artístico, paisagístico e ecológico, implantação de infra-estrutura urbana, equipamentos urbanos ou comunitários, ou utilização pelo próprio Município, regularização de situação fundiária e formação de estoque de terrenos pelo Município.”
(Nova redação dada pelo Art. 4º da Lei nº 4.668/92.)

Assim, tem-se a TRANSCON como instrumento de planejamento e organização espacial do município para atender aos fins de seu interesse, sendo instituto de gênese intrínseca à concepção de “solo criado”, que é atrelada à noção da criação de um coeficiente ótimo de utilização do solo para então se compreender como “solo criado”, na lição do Nobre Ministro Eros Grau, como “o resultado de construção praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento”.¹⁰

Assim, ainda que, sob as luzes do Eminentíssimo Ministro, o direito de construir seja entendido

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1983

não como algo integralmente separado do direito de propriedade, mas sim como “o delineamento do perfil do próprio direito”, a separação entre os institutos do direito de construir e do direito de propriedade fica muito clara: ela visa compensar os proprietários de imóveis que tenham o seu potencial construtivo reduzido em benefício da preservação do patrimônio ambiental ou paisagístico, no pressuposto de que haja infraestrutura disponível.

Com essa limitação imposta por lei, fica claro que a utilização desta infraestrutura será realizada em imóvel distinto, ultrapassando-lhe o coeficiente ótimo de construção, mas nunca em limite superior ao estabelecido no PDDU como coeficiente de aproveitamento máximo.

Desta forma, o que de fato ocorre é que, **surgindo um ônus a ser suportado pelo proprietário do imóvel que virá a ser utilizado pelo Município, este oferece-lhe compensação na forma da ampliação do direito de construir em outro local, o que nada mais é que uma servidão, sempre limitada pela função social da propriedade individualmente considerada, como também da função social da cidade.**¹¹

É por meio da regulamentação do direito de construir que a sociedade, representada pelo Município, regula a função social da cidade, da propriedade e demais restrições normativas a que a propriedade imóvel está submetida, razão pela qual, a cada contrapartida do proprietário, o mesmo poderá ter ampliado o seu direito de construir em cada lote, desde que respeitada a já comentada limitação do Plano Diretor.

Tal manifestação da capacidade concreta de construir acresce valor econômico a um bem imóvel, fato este que permite, por exemplo, a percepção da nova valoração daquela propriedade imóvel urbana como expressão da capacidade econômica, fato gerador do IPTU.

“Assim, o direito de construir pode ser caracterizado como uma servidão constituída em favor de um terreno, pela qual este passa a ser o prédio dominante e o meio ambiente urbano o prédio serviente. A sociedade, representada pelo Poder Público Municipal, é quem dispõe do direito de modificar o ambiente urbano, podendo aliená-lo, nos termos do plano diretor, ao proprietário do lote. A partir deste momento, ela se vê obrigada a suportar o exercício do direito de construir pelo proprietário do imóvel que o tiver incorporado. Temos, então, no polo passivo da servidão um sujeito difuso, que é a coletividade.”¹²

Nunca é demais frisar que esta contrapartida não se encontra fundamentada no instituto da responsabilidade civil do Estado, vez que, como bem autônomo que é, o direito de construir tem como titular original o Estado e a coletividade, haja vista ser o meio ambiente um bem comum de uso do povo; e o potencial construtivo transferido corresponde a uma quantidade de consumo da infraestrutura existente em uma determinada área, naquela em que o solo criado será incorporado.

¹¹ PINTO, Vitor Carvalho. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹² Obra supracitada.

Deste modo, parece-nos que somente a partir da definição do conceito de “solo criado” é que se pode compreender o instituto da transferência do direito de construir, haja vista que a transferibilidade deste direito presume o exercício do direito de um coeficiente em propriedade imóvel distinta daquela que lhe deu origem, dentro de um mesmo ente político.

O direito de construir, em nosso atual Código Civil, encontra melhor definição em seu art. 1.299, que assim versa:

“Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.”

Já as servidões assim são definidas:

“Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.”

De tudo exposto, parece-nos clara a definição da TRANSCON como um negócio jurídico privado, realizado entre particulares e administração pública, em que há criação de uma servidão administrativa por meio da transferência de um coeficiente de utilização do solo urbano de determinado ente político, no caso do Município de Salvador, para acrescer a quota de uso do solo destinatário impondo à sociedade o suporte do exercício daquele direito de construir incorporado.

Entretanto, cabe ressaltar que, este direito de construir está condicionado à função social da cidade, onde prevalece a ideia de que se trata do exercício de um direito limitado aos interesses coletivos, posto que se trata de um verdadeiro direito difuso, cuja titularidade, na verdade não se restringe apenas à figura do doador ou do donatário, fato este que, *data máxima vênia*, torna totalmente despiciendo o local da sede da empresa doadora, como equivocadamente acreditou a peticionante, **até porque este direito só pode ser concretizado na cidade de Salvador, Estado da Bahia.**

Ora, se a própria natureza jurídica deste direito não faculta seu exercício em outro estado, não podemos ignorar este aspecto para nos limitarmos à formalidade de um contrato particular que, como todos sabemos, pode ser desprezado pela Fazenda Pública quando ferir seus interesses tributários, conforme faculta o parágrafo único do art. 116 do CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

No caso subjudice, salvo melhor juízo, deve prevalecer o Princípio da Função Social da Cidade, uma vez que é de conhecimento cediço que o levantamento de novas edificações, como, por exemplo, as do bairro de Patamares, do Imbuí e mega empreendimentos na Paralela, como o Le Parc, exigiram contrapartida do Poder Público Estadual e Municipal: a ampliação da Avenida Pinto de Aguiar, construção de diversos viadutos, reprogramação viária, além da ampliação da rede elétrica e hidráulica dessas localidades. Sendo assim, como ignorar o interesse público derivado da afetação de todos os imóveis e moradores dessas regiões para privilegiar os habitantes do estado mais rico do Brasil, apenas porque a doadora foi forçada a transferir a sua sede para aquele centro financeiro, o maior da América Latina?

Por outro lado, é bem verdade que não devem ser agraciados apenas os moradores desses bairros de classe média-alta, mister se faz também agraciar os moradores do Bairro da Paz, haja vista tratar-se de comunidade carente, que precisa de infraestrutura urbana, como postos de saúde, delegacias de polícia, escolas, transporte coletivo, para garantir os direitos fundamentais de acesso à educação, segurança pública, habitação e saúde previstos em nossa Constituição Federal. Entretanto, como poderá um estado pobre como a Bahia assegurar estes direitos fundamentais abrindo mão de parte da sua receita tributária?

É claro que não, pois como afirma magistralmente Murphy e Nagel¹³:

“Os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral do direito de propriedade que eles mesmo ajudam a criar. A justiça ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa se não a justiça ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado regime tributário.”

2. É possível enquadrar o crédito de TRANSCON como bem imóvel? Ou como simples direito?

Salvo melhor juízo, perguntas mal formuladas, vez que remontam o equivocado silogismo jurídico construído pela requerente quando reduziu esta complexa realidade jurídica a duas premissas falsas: 1)TRANSCON não é imóvel, mas sim um direito; 2) a competência para computar direitos é a da sede da empresa doadora; logo, se a empresa está sediada em São Paulo a competência é de São Paulo; o que é um absurdo jurídico vez que a ninguém é lícito negar a força normativa da Constituição, e muito menos a efetividade do Princípio da Função Social da Cidade, especialmente nos conceitos estabelecidos no art. 182, onde fica clara a existência de um interesse difuso capaz de deslocar completamente o raciocínio acima para preservar os interesses dos habitantes de um determinado município. Tanto isso é verdade que o Estatuto da Cidade, em seu art. 35, incisos I, II e III, determina expressamente o respeito aos interesses da comunidade municipal; e, quando Salvador disciplinou o direito de construir, no art. 1º da Lei nº 3.805/87, não se afastou um milímetro deste conteúdo semântico.

¹³ MURPHY, Liam & NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. São Paulo : Martins Fontes, 2005. p. 11.

Deste modo, raciocinar de maneira diversa significa retornar ao Século XIX, quando o Código Civil era a “Constituição” que regulava os Direitos Privados¹⁴, como se fosse possível, em hipótese absurda, subordinar o interesse público previsto em normas fundamentais, verdadeiras cláusulas pétreas, ao interesse privado derivado da ideia equivocada de que o contrato é lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e de que existiria ainda a primazia da autonomia da vontade sobre princípios constitucionais como a Função Social do Contrato, da Empresa e da Cidade; o que é um absurdo jurídico, que contraria as mais mezinhas regras hermenêuticas que buscam, por exemplo, interpretar a função das normas jurídicas, tal qual Bobbio explicava magistralmente em sua derradeira obra.¹⁵

Não obstante isso, o pedido de restituição pauta-se no pueril argumento de que o exercício dos direitos acima estaria limitado ou restringido pelo rele fato de que a localização da doadora seria em São Paulo; para justificar a frágil hipótese de que este fato impediria o Estado da Bahia de tributar a doação disciplinada pelo artigo 11, inciso II, do RITD, Decreto Lei nº 2487/1989, que segue *in verbis*:

“Art. 11. Considera-se local de transmissão “CAUSA MORTIS” ou doação:

- I - tratando-se de imóveis e de direitos a eles relativos, o da situação dos bens;
- II - tratando-se de bens móveis, direitos, títulos e créditos, onde tiver domicílio:
 - a) o doador ou onde se processar o inventário ou arrolamento;”

Assim, para examinar se assiste razão ao pedido formulado pela OAS Empreendimentos LTDA, faz-se necessário revisitar os conceitos e as próprias definições legais aduzidos no item anterior, para então aferir se o pedido encontra fundamentação jurídica que o torne possível.

Neste sentido, parece-nos impossível, sob boa técnica jurídica, deixar de examinar preliminarmente as hipóteses de incidência, posto que é nela que vamos encontrar a verdadeira aplicação das normas tributárias e, por consequência, resposta às nossas dúvidas jurídicas. Senão, vejamos o que diz o art. 1º do RITD:

Art. 1º O Imposto sobre Transmissão “CAUSA MORTIS” e doação de quaisquer bens ou direitos tem como fato gerador a transmissão “CAUSA MORTIS” e **a doação, a qualquer título de:**

- I - propriedade ou domínio útil de bem imóvel por natureza **ou acessão física**, nos termos da Lei civil;
- II - **direitos reais sobre imóveis;**
- III - bens móveis, direitos, títulos e créditos.

A simples leitura do dispositivo legal em epígrafe deixa claro que a TRANSCON, ou transferência do direito de construir, pode ser enquadrada, por ser um direito híbrido, no inciso I; não há dúvida de que quando ela se materializa, ou seja, quando se encerra o seu ciclo, o potencial construtivo nela previsto é anexado, isto é, passa a integrar a matrícula de um novo imóvel, localizado normalmente em um bairro nobre como se fosse um solo criado, como por exemplo, a

¹⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 47 a 104.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria de direito**. Barueri, SP : Manole, 2007.

liberação de mais cinco andares em um prédio restrito a dez. Por outro lado, apesar da maioria da doutrina civilista¹⁶ ter afirmado que é impossível a criação de novos Direitos Reais, como, por exemplo, as limitações condominiais (redução do potencial construtivo em 50% para preservação de área verde) e a criação de novas obrigações previstas em empreendimento de alto luxo como Alpha Ville, a exemplo submeter o projeto arquitetônico dos imóveis ao padrão estético estabelecido na convenção condominial. Porém, quando se trata de princípio constitucional estabelecido na Carta Magna, como a Função Social da Cidade, não há como negar a existência de uma força normativa da Constituição nem tampouco a necessidade imperiosa de aplicá-la independentemente da existência de norma infraconstitucional. No caso subjudice, este princípio está regulamentado expressamente, tanto na legislação federal, no Estatuto da Cidade, quanto na Municipal, na Lei nº 3.805/87.

Cabe ressaltar também que a transferência do direito de construir, por se tratar de um novo direito urbanístico municipal, necessita ser interpretado à luz dos novos paradigmas estabelecidos neste novo ramo do Direito, e não à luz do Direito Civil infraconstitucional do século XIX, estabelecido no Código Civil de 1916. Haja vista que o Novo Código Civil traz expressamente o princípio da função social da propriedade e da boa-fé objetiva em seu texto legal para que não haja dúvidas da sua obrigatoriedade e regulação, muito embora se tratem de conceitos jurídicos indeterminados, o que significa dizer que eles precisam ser interpretados à luz de um caso concreto, como o que estamos a estudar, de modo a gerar uma tecnologia jurídica específica.¹⁷

Nunca é demais destacar que este mesmo diploma legal disciplinou, nos arts. 79 e 80, a servidão conforme contorno legal apresentado abaixo:

“Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;”

Quando observamos o enquadramento do “solo criado”, objeto da transferência nas TRANSCON, vislumbramos a existência de uma incorporação artificial ao solo, posto que a inclusão da transferência do crédito derivado do direito de construir se adequa perfeitamente a esta hipótese; como também a possibilidade de entender os direitos reais sobre imóveis para considerá-lo, por analogia, como se imóveis fossem, até porque, na gíria urbanística, TRANSCON é chamada de “propriedade virtual”. Tanto isso é verdade que a própria Requerente teve o bom senso de fazer o recolhimento espontâneo.

Este entendimento, como dito, não encontra guarida apenas nas esferas da disposição

¹⁶ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade nos direitos reais**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000;

¹⁷ MAMEDE, Gladston. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. São Paulo : Atlas, 2011.

legal, mas, principalmente, na vida prática da ordem econômica. Assim é que para a formulação de pareceres técnicos, como o da avaliação de fls. 120 a 142, toda a análise é realizada por meio de parâmetros de imóveis urbanos, em metros quadrados, e pautada nas prescrições da NBR 14.653 quanto a imóveis urbanos; bem como é necessário, em toda operação com TRANSCON, o registro em escritura pública.

Vale lembrar que o disposto na NBR 14653-1, em seu artigo 7.5 recomenda:

“a metodologia escolhida deve ser compatível com a natureza do bem avaliado, a finalidade da avaliação e os dados de mercado disponíveis. Para a identificação do valor de mercado, sempre que possível preferir o método comparativo direto de dados de mercado conforme definido no item 8.3.1”

Outro ponto atinente ao caso em exame é que o setor público, no caso, o Município de Salvador, não poderia ceder direitos de criar solo que não fossem de sua propriedade. Assim, é impossível estabelecer qualquer analogia perfeita entre a transmissão de um direito de construir e a alienação de um crédito móvel, pois o direito de construir jamais poderia ser gozado fora da área do Município cedente da TRANSCON; ao passo em que um título de crédito como um cheque, por exemplo, pode ser depositado e compensado em qualquer banco brasileiro, mesmo que situado no exterior, em virtude do Princípio da Circularidade que lhe é inerente e garantido pela Lei Uniforme de Genebra.

Deste modo, parece claro e cristalino que, embora a titularidade do crédito possa ser transferida, à mesma maneira que ocorre com bens imóveis diga-se de passagem, a localidade de exercício deste direito jamais poderia ser outra que não o próprio Município; de modo que, a nosso ver, o único regime a ser aplicado com coerência ao caso das TRANSCON é aquele dos bens imóveis, especialmente quando se compara a acessão de ilhas e terrenos fluviais à incorporação deste direito de construir, ou de “solo criado”, à matrícula de outro imóvel preexistente. Considera-se neste sentido, junto com a doutrina¹⁸, erro grosseiro confundir a transferência do direito de construir com o direito de utilização de um espaço aéreo desvinculado de uma propriedade de solo, e, assim, impossível considerar a TRANSCON como um simples direito de crédito.

3. Qual o regramento jurídico aplicável ao TRANSCON?

O entender desta Procuradoria, já sugerido nos quesitos anteriores, é de que, embora inexistia espaço no Direito para a possibilidade de aplicar uma interpretação extensiva aos direitos reais, sujeitos, como cediço, aos Princípio da Tipicidade e do *numerus clausus*, tais princípios referem-se apenas a uma das técnicas legislativas existentes, e não a uma fórmula perene de hierarquização das figuras jurídicas.¹⁹

¹⁸ Obra sup. Citada.

¹⁹ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

O princípio do *numerus clausus* se refere à impossibilidade de se ampliar os institutos sobre os quais incidem os direitos reais: uma vedação à constituição de formas ou figuras não previstas em lei. Este é o entendimento positivista predominante em nosso ordenamento.

Contudo, não há, em qualquer texto de lei ou mesmo na concepção positivista da tipicidade, a proibição da criação ou modificação dos direitos reais existentes. Nem se poderia cogitar esta possibilidade, a não ser que se quisesse imaginar a sociedade como imutável, estagnada, e, contrariando a realidade material e o próprio bom senso, se quisesse acreditar que o direito não muda, não se atualiza.

Tal pontuação é de extrema importância pois, na atualidade, é impossível não subsumir os institutos do Direito Privado, dentre eles estes em exame, a uma interpretação constitucional dos princípios e quiçá mesmo ao princípio da verdade real, pois, como bem ilustra o Mestre Osório Gondinho, “o caráter real de uma situação prende-se à sua natureza mesma e não ao conceito do legislador.”²⁰

Não é inoportuno lembrar que a própria ideia de TRANSCON, fundamenta-se, como já explicado, em uma limitação do direito de construir dos proprietários de imóveis para atender aos melhores interesses sociais, definidos, no caso, pelo Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, Lei nº 7.400/2008.²¹ Em outras palavras, a sua própria existência configura uma modulação do direito de propriedade oriunda de processo legislativo e com fulcro no atendimento de programas institucionais, que, por sua vez, não têm outro objetivo se não materializar preceitos constitucionais relativos à habitação, deslocamento e tantos outros.

Assim é que, na edição da Lei nº 3.805/87, já transcrito, e posteriormente da Lei nº 7.400/2008, utilizou-se o legislador de toda a normatização de direitos reais sobre coisas imóveis para a instituição das TRANSCON. Senão, com grifos, veja-se por exemplo:

“Art. 259. A Transferência do Direito de Construir, TRANSCON, é o instrumento pelo qual o Poder Público Municipal poderá permitir ao proprietário de imóvel urbano, privado ou público, exercer em outro local, ou alienar, **mediante escritura pública o direito de construir**, previsto neste Plano Diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o imóvel de sua propriedade for considerado necessário para fins de: (...)”

Desta senda, vê-se ainda vivo o pensamento do inesquecível Washington de Barros Monteiro²², ao afirmar que:

²⁰ Obra sup. Citada.

²¹ PINTO, Vitor Carvalho. **Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²² Apud GONDINHO, obra sup. Citada.

“Outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador, ou pelas próprias partes, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores sustentam este ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explicita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais ou a modificação de direitos reais já existentes.”

Mais ainda, independentemente do parâmetro que se utilize para definir o que seria direito real, verifica-se, nos mais modernos entendimentos doutrinários, a concepção de que os direitos reais passam principalmente pelo critério da oponibilidade do direito frente a terceiros.²³

Oponibilidade, neste sentido, entende-se pela expressão dos reflexos do vínculo real na esfera de terceiros que venham a se encontrar em determinada situação jurídica ou de fato em relação à coisa.

Por tudo isto, e pela complexidade do próprio problema, percebe-se imperativa a necessidade de abordar o tema sob o prisma da nova hermenêutica constitucional, especialmente com base no princípio da primazia da veracidade, para desmistificar os conceitos dogmáticos adotados pela maioria da doutrina civilista; bem como, nos princípios norteadores do direito civil, a exemplo da boa-fé objetiva e, ainda, da transferência patrimonial como principal indicador da existência de doação, dos conceitos basilares de direito das coisas, notadamente a questão da cessão de cotas e da gravação de servidão à propriedade imóvel.

A complexidade da vida moderna exige uma mudança paradigmática na interpretação dos institutos civilistas como, por exemplo, as questões da doação bem como da servidão. Isto porque a dificuldade do legislador em criar um Código Civil totalmente novo, ou seja, desvinculado das normas anteriores, fez com que tivéssemos de conviver com normas fechadas, no estilo das que refletiam a ideia de codificação do sistema civil francês, derivado de um Estado Liberal, e com normas abertas garantidoras de um Estado Social que tornam efetivos os princípios esculpidos em sua Constituição Federal.

Deste modo, o Direito Civil perde seu papel de Constituição de Direito Privado, na medida em que os princípios como autonomia da vontade e *pacta sunt servanda* passam a ser interpretados à luz da função social da propriedade, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana e solidariedade, de forma a limitar tanto a propriedade como o contrato, já que matérias típicas de direito privado passam a ser reguladas a partir dos parâmetros hermenêuticos estabelecidos em nossa Carta Magna, assegurando, assim a sua força normativa e a constitucionalização do Direito Civil.²⁴

Com isso, mesmo “os interesses exclusivamente individuais passaram a compartilhar a tutela jurídica com os interesses sociais e públicos, compondo o núcleo complexo e ambivalente

²³ Idem.

²⁴ NETO, Deraldo Dias de Moraes. **Renúncia abdicativa travestida de cessão de crédito ou renúncia translativa: uma nova modalidade de sonegação fiscal, em face da identificação do cessionário ou beneficiário.**

da contemporânea concepção de contrato.” Isto fez com que ele deixasse de ser visto como instrumento de autocomposição de interesses privados formalmente iguais, para alcançar outras relações jurídicas contratuais que, por se desenvolveram longe desse modelo voluntarista, passaram a exigir uma regulação social, em face da relevância da conduta negocial típica dos contratos de doação de TRANSCON, onde há a necessidade de sopesar não só a abstração da vontade, como também e principalmente a dimensão da função social da propriedade, para manter um equilíbrio entre as prestações avençadas entre as partes contratantes e a função social da cidade, representada pelo melhor interesse dos munícipes.

De igual modo, se faz necessário redimensionar a função do juiz na aplicação do direito para que ele possa suprir as novas necessidades de uma interpretação dos negócios jurídicos conforme a Constituição, pautada na moderna teoria principiológica em que deverão ser assegurados tanto os direitos individuais e sociais como os transindividuais. Entretanto, para que isto se torne realidade, mister se faz pensarmos em mecanismos de interpretação capazes de evitar o enriquecimento ilícito e quiçá assegurar uma justiça social através da substituição da teoria subjetiva da vontade pela teoria objetiva, onde se abandona a necessidade de buscar investigar a vontade interna para analisar a sua conduta objetiva.

Sendo assim, ao analisarmos a natureza da doação, deveríamos transcender a vontade expressa pelas partes, já que, na confusão natural à aplicação de novos institutos, pode-se não pagar o imposto incidente sobre a transferência patrimonial, terminando por sonegar o negócio jurídico efetivamente realizado, isto é, a doação decorrente da real cessão dos quinhões de TRANSCON caracterizada como ocorrida dentro do território de competência tributária do Estado.

Contudo, é o fato desta última ser considerada como ato jurídico unilateral que justifica a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na busca da verdade real e no combate à sonegação fiscal de eventual simulação subjetiva.

Torna-se imperioso neste caso, superarmos o método tradicional da subsunção do fato à norma, para que possamos extrair a força normativa do princípio da boa-fé objetiva em casos de doações como estas, em que se constata que houve mais de uma doação da TRANSCON, enquanto se verifica registro de apenas uma delas, como bem pontuou a Nobre Auditora Fiscal às fls. 146; e, ainda, que tais transações ocorreram com a transferência do patrimônio entre empresas de um mesmo grupo, holding e controladas, como bem pontuado às fls. 28.

Isto porque, a simples alegação de que uma das transferências ocorreu em virtude de suposta permuta não é capaz de elidir o fato concreto de que houve acréscimo substancial no patrimônio de ambas as cessionárias, caracterizando a existência de fato gerador do tributo de competência da Fazenda Estadual.

Necessário se faz notar afinal que, pelo RITD, embora exista a previsão de estabelecer o local da doação como o domicílio do doador, e alegue a requerente que entende ser o domicílio tributário competente para o recolhimento o Estado de São Paulo, não obstante, não se pode deixar

de observar que não há qualquer menção ou referência à intenção de lá recolher os tributos.

De mesma sorte, não se pode desenhar qual motivo poderia levar o contribuinte a querer fazer leitura do RITD para localidade a nosso ver incompetente à luz do princípio da função social da cidade, e com alíquota superior à do Estado da Bahia em 0,5%, a não ser mero equívoco quanto à disposição normativa do RITD e um inexplicável desejo de cumprir com suas obrigações tributárias em São Paulo.

4. Pode-se afirmar como domicílio tributário do doador o Estado da Bahia?

Quanto à ocorrência da doação, não há quaisquer dúvidas, estando a operação fartamente documentada no pedido de restituição, bem como que a mesma versa sobre bens situados no Município de Salvador e que foi operada por grupos (holdings) que operam e têm sedes e filiais domiciliadas nesta mesma capital.

Embora tenha opinado a interessada no sentido de que a doação da TRANSCON cairia na hipótese prevista no supracitado inciso II, do art. 8º do RITD, em verdade equivocou-se. Não apenas na conceituação do referido instituto, como já informamos em hermenêutica histórica e teleológica, mas também em interpretação literal e sistêmica verificamos ser outro o sentido da norma. Explica-se: parece-nos, por tudo quanto já explicado, que equivocou-se a interessada ao isolar o problema, considerando-o como questão tributária simples e de positivismo puro.

A lei da Bahia dá duas competências para distribuir o pagamento do imposto, as hipóteses apresentadas nos incisos I e II do art. 8º do RITD:

“Art. 8º Considera-se local da transmissão “CAUSA MORTIS” ou doação:

I - tratando-se de imóveis e de direitos a eles relativos, o da situação dos bens;

II - tratando-se de bens móveis, direitos, títulos e créditos, onde tiver domicílio: (...)”

Entretanto, como cediço na melhor técnica jurídica, a análise de competência tributária não é tomada a partir dos fatos jurídicos considerados em si mesmos, mas sim de forma derivada diretamente das hipóteses de incidência, de tal modo que é somente a partir delas que se pode apurar, após a verificação da ocorrência de um fato gerador e de qual seja a sua identidade, se haveria competência ou não. É este entendimento doutrinário e legal que cria o simples fato de que no RITD as hipóteses de incidência estejam elencadas no art. 1º, enquanto a competência, no art. 8º.

Sob tais luzes, verifica-se que o silogismo empreendido pela empresa interessada errou nas premissas utilizadas. Ele considera, primeiramente, o TRANSCON como um direito simples ou puro, regulado pelas normas de Direito Privado, nos moldes do Positivismo Jurídico, em dissintonia à nova realidade jurídica e com o já festejado Neo-constitucionalismo. Trata-se de caso, na

realidade, a ser investigado sob a ótica de um outro ramo jurídico, chamado de Direito Urbanístico, que criou um microssistema próprio, chamado Estatuto da Cidade, o qual concebeu o instituto da transferência do direito de construir, TRANSCON, para ser disciplinado pelo PDDU de cada município, bem como pela lei de ordenamento e uso do solo dos mesmos.

Em segundo lugar, firmando-se a necessidade de interpretar os dispositivos legais à luz dos fatos reais, ou seja, sob o Princípio da primazia da realidade, também indispensável à persecução da tão estimada justiça social, não é fútil observar que o estabelecimento do domicílio tributário não pode ser confundido com domicílio da empresa. É certo que esta distinção, tão bem conhecida, faz delimitar o espaço físico do domicílio tributário como aquele em que ocorrem os fatos geradores.

Nesta esteira, ainda quanto à determinação do domicílio tributário, bem como quanto às estratégias utilizadas pelas pessoas jurídicas para fugir às suas obrigações tributárias, não podemos esquecer de examinar as ferramentas legais dadas ao Poder Público para proteger seu crédito, conforme regulação do art. 116 do CTN, que dispõe:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Consigna nossa legislação que é possível às pessoas ter mais de um domicílio; entretanto, a faculdade de eleger o domicílio tributário não deve ser entendida como faculdade concedida ao sujeito passivo para escolher o sujeito ativo da obrigação tributária.

Na relação tributária, a titularidade ativa emerge da ocorrência de fatos geradores no âmbito do território onde determinada entidade política desfruta de competência constitucional para instituir o tributo, independentemente dos negócios privados que tenham eventualmente tenham formalizado para atentar afastar a incidência dos tributos, conforme a inteligência do art. 127 do CTN:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em **qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.**

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

As normas tributárias acima elencadas possibilitam à autoridade tributária desconsiderar o domicílio tributário alegado pela peticionante para descortinar a verdadeira realidade fática oriunda de uma holding em forma de estrela, que tem a peculiaridade de não ter uma gestão centralizada, fato este que a enquadraria como um grupo de direito²⁵, que precisa ter sua contabilidade auditada para que se verifique, em sua escrita, e não apenas na formalização dos seus contratos e estatutos sociais a forma como ela realmente opera no mercado imobiliário e financeiro; até porque é de conhecimento público que a OAS Empreendimentos lançou ações em bolsa de valores, isto é, abriu seu capital para terceiros investidores de forma a se capitalizar, mas como não conseguiu honrar suas obrigações perante os seus acionistas, se valeu do mesmo princípio da função social da empresa para ajuizar pedido de recuperação judicial, conforme notícias na imprensa; logo, não pode se negar a aplicar este mesmo princípio para a interpretação da doação que estamos a discutir e examinar.

5. Seria o caso de chamar o Estado de São Paulo ao processo?

Caso esteja correta a análise do art. 11, II, do RITD, empreendida pela requerente, contrariando nosso entendimento e firmando a TRANSCON como simples direito creditório, resta claro que há interesse do Estado de São Paulo sobre o crédito decorrente do recolhimento efetuado pela MULTICORP PATRIMONIAL LTDA relativo ao ITD.

Isto porque, conforme a Lei Nº 10.705/2000, publicada no DOE/SP de 29 de Dezembro de 2000, haveria para aquele estado a competência tributária ativa, em mora inclusive, conforme os seus dispositivos abaixo transcritos com nosso grifo:

“Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:(...)
II - por doação.

Artigo 7º - São contribuintes do imposto: (...)

III - na doação: o donatário; (...)

Parágrafo único - No caso do inciso III, se o donatário não residir nem for domiciliado no Estado, o contribuinte será o doador.

Tudo posto, tendo o doador domicílio na cidade de São Paulo e se considerando como

²⁵ LODI, Edna Pires & LODI, João Bosco. **Holding**. 4 ed. rev. atual. São Paulo : Cengage Learning, 2011. p. 141

simples direito o crédito decorrente de TRANSCON, verifica-se que, para aquele Estado, ocorreu fato gerador de ITD, de modo que, sob a primazia da realidade, é de interesse público que seja o mesmo intimado do presente processo para manifestar-se sobre o seu eventual crédito tributário ou mesmo para negar sua competência.

6. O Estado da Bahia tem legitimidade para tributar a doação em questão? Deve o Estado restituir o valor pago?

Diante do que foi exposto exhaustivamente acima, concluímos pela legitimidade do Estado da Bahia para tributar a doação ora em exame; ou seja, que não deve a Fazenda Pública Estadual restituir o valor pago pela requerente, salvo melhor juízo. Entretanto, em face da relevância da matéria abordada no presente parecer e das graves implicações decorrentes da interpretação nele contida, sugere-se, além do posicionamento do ilustre Procurador Assistente do ITD, que seja ouvido o Procurador Chefe da Fiscal, submetendo-se a questão, por fim, à apreciação da Autoridade Fiscal, isto é, do Diretor da DAT Metro, razão pela qual submeto à instância superior o presente parecer, para que exerça o juízo de oportunidade e conveniência.

É o parecer. S.M.J.

PGE/PROFIS, 27 de novembro de 2014.

DERALDO DIAS DE MORAES NETO
Procurador do Estado da Bahia

— **PRÊMIO 2015**

Regularização Funcional

Alzeni Martins Nunes Gomes

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: PGE2014051762

PARECER N: 000804/2015

INTERESSADO: Maciel Auditores S/S

REGULARIZAÇÃO FUNCIONAL. Relatório de Auditoria da folha de pagamento do Tribunal de Justiça da Bahia no período de 2009 a 2013. Considerações. Estabilidade excepcional. Art. 19, do ADCT. Efetivação. Art. 263, da Lei 6.677/94. Inconstitucionalidade. Providências.

O presente expediente foi inaugurado pelo Ofício n. PGE-NTJ 03/2014, por meio do qual as Procuradoras do Estado em atuação no Núcleo do Tribunal de Justiça solicitaram, ao Chefe de Gabinete da Presidência, cópia do Relatório da Auditoria realizada na folha de pagamento daquela Corte pela empresa Maciel Auditores Independentes S/S.

A solicitação foi atendida, apresentando-se, por meio do Ofício n. 429/2014-CHGPR, o referido Relatório, subscrito pelos Contadores Roger Maciel de Oliveira e Rosangela Pereira Peixoto.

Os autos foram encaminhados ao exame do Núcleo de Pessoal, da Procuradoria Administrativa. Em seguida, foi encartada manifestação da Associação dos Servidores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apontando as matérias mais sensíveis abordadas no Relatório, que se caracterizam como potenciais demandas judiciais, na hipótese de a Presidência do TJ adotar as medidas sugeridas pela Auditoria.

É o breve relatório.

Da análise dos autos, impõe-se registrar, de plano, que o conteúdo do Relatório produzido pela Auditoria causa estranheza em diversos pontos, diante da natureza jurídica do exame e das conclusões, não obstante seja subscrito por contadores, contratados para examinarem a folha de pagamento do período de 2009 a 2013.

Com efeito, revela-se pertinente anotar que a Auditoria contratada não possui competência técnica, contratual ou institucional para alcançar conclusões em temas de indagação jurídica, a fundamentar a adoção de medidas aptas a vulnerar situações consolidadas há anos, ou a competência constitucionalmente reservada ao órgão de assessoramento jurídico do Estado.

Note-se que aqui ainda não se está defendendo qualquer tese jurídica, que não a simples fragilidade do Relatório como motivação de ato administrativo que pressuponha deslinde de tema de cunho jurídico, preservando-se, por outro lado, as conclusões de natureza contábil.

Feito este esclarecimento, cabe avançar na apreciação do Relatório.

Considerando que itens como rotina, Tecnologia da Informação, Sistema de Gestão de Segurança da Informação etc. não caracterizam matéria jurídica, não serão tratados nesta sede.

No que concerne às verbas presentes na folha de pagamento do TJ, sua maior parte foi considerada “conforme”, não comportando comentários. Em relação àquelas que demandaram maior atenção, aqui serão pinceladas considerações apenas sobre temas de natureza jurídica, não cabendo alusão às inconformidades pontuais, passíveis de pronta regularização.

1 ADICIONAL DE FUNÇÃO

Acerca do Adicional de Função, deve-se estabelecer, de plano, que a legislação invocada pelo Relatório não se aplica aos servidores do Poder Judiciário, para os quais a gratificação foi instituída por meio da Lei 6.355, de 30 de dezembro de 1999.

Desta forma, cabe esclarecer que a vantagem não foi extinta por meio da Lei nº 6.932 de 19 de janeiro de 1996, que cuidou do Adicional de Função inaugurado pela Lei nº 6.354, de 30 de dezembro de 1991.

Ademais, a sua percepção encontra-se em discussão judicial, por meio do MS n. 28.924/10, no qual 1.339 servidores do Tribunal de Justiça intentam desconstituir o ato do CNJ que suspendeu o pagamento da gratificação. Atente-se para excertos da decisão liminar do STF:

3. Anoto, de saída, que o CNJ suspendeu a Resolução TJBA 01/1992, sob o fundamento de que não é possível “a delegação à autoridade administrativa da competência para estabelecer a disciplina sobre remuneração de servidores públicos”. Ademais, segundo consta do ato impetrado, “não há critérios objetivos para a concessão do benefício, o que significa afronta ao princípio da impessoalidade”. Quanto à incidência do adicional sobre o somatório do vencimento com outras vantagens pecuniárias, em afronta ao inciso XIV do art. 37 da CF, o CNJ entendeu que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia adotou as medidas corretivas, dada a edição do Decreto Judiciário n. 152/2010.

4. Ocorre que a vantagem “adicional de função” foi instituída pelas Leis estaduais 6.354 e 6.355, há 19 anos, nos seguintes e inequívocos termos:

I – Lei estadual 6.354/1991:

Art. 39 - O adicional de função poderá ser concedido em percentual incidente sobre o vencimento do cargo ocupado ou salário do emprego permanente, nas hipóteses e percentuais máximos a seguir estabelecidos:

I - realização de atividades que exijam maior assistência do servidor, que há de ficar integralmente à disposição da Administração, e somente dela, até o limite de 150% (cento e cinquenta por cento);

II - realização de serviços que exijam demorados estudos e criteriosos trabalhos técnicos que, nem sempre, podem ser feitos nas repartições, requerendo ao servidor a preparação ou complementação em locais diversos da sede do serviço, até o limite de 100% (cem por cento);

III - realização de trabalho profissional para o qual se exige habilitação específica, em razão da qual se presume maior perfeição técnica e melhor rendimento administrativo, até o limite de 100% (cem por cento).

Parágrafo único - Na hipótese do servidor ocupante de cargo em comissão, a vantagem de que trata esta Seção será calculada sobre o vencimento a este atribuído, se a opção manifestada pelo beneficiário for pela percepção do valor integral do símbolo respectivo.

II – Lei estadual 6.355/1991:

Art. 5º - Ficam criadas as vantagens pecuniárias de Adicional de Função e Gratificação de Serviço nas mesmas condições estabelecidas para os servidores do Poder Executivo, **cabendo ao Tribunal Pleno disciplinar a sua concessão, mediante Resolução.**

Parágrafo único - As vantagens pecuniárias criadas pelo “caput” deste artigo são incompatíveis com as gratificações a título de incentivo, por condições especiais de trabalho, por regime de

tempo integral ou com vantagem pessoal percebidas a qualquer título.

5. Percebo, então, que a gratificação de “adicional de função” é daquelas gratificações destinadas a sobre-remunerar o desempenho, a produtividade, ou a complexidade de tarefas, passíveis de regulamentações no âmbito do órgão que administra os servidores beneficiados. Gratificações que operam como mecanismo de estímulo funcional, sendo possível ao legislador delegar à Administração a disciplina de concessão (no plano federal, cito o exemplo da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA -, cujo parágrafo único do art. 3º da Lei n. 10.404 assim disciplinou: “*Os critérios e procedimentos específicos de atribuição da GDATA serão estabelecidos em ato dos titulares dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal.*”). Isso porque a lei, não podendo dar conta de todas as especificidades e necessidades dos órgãos públicos, apenas cria a gratificação e dispõe sobre a forma de cálculo e limites mínimos e máximos.

6. Nessa marcha batida, entendo que uma gratificação permanente (de natureza alimentar, portanto), paga há 19 anos, não pode ter seu pagamento suspenso de forma linear, atingindo aqueles que a receberam por anos a fio, de modo a incorporá-la aos seus vencimentos. Entendimento que não prejudica o controle de eventuais desrespeitos ao princípio da impessoalidade. É dizer: a apuração de eventual ofensa ao princípio da impessoalidade se fará pela identificação, em cada caso, da utilização da norma (geral e abstrata) para, indevidamente, beneficiar determinada pessoa. Quanto à falta de indicação, nas disposições normativas, de todas as balizas objetivas da concessão da sobrepaga, é fator que não inviabiliza o poder regulamentar que é próprio da Administração Pública. Pelo que a suspensão abrupta do pagamento, me parece assumir contornos de falta de razoabilidade, ao menos neste juízo prefacial.

7. Por todo o exposto, **defiro** o pedido de medida liminar, o que faço para **suspender os efeitos da decisão do Conselho Nacional de Justiça** no PP n. 0005230-38.2009.2.00.0000, mas tão-somente com relação aos impetrantes, **sem prejuízo do reexame da matéria pelo relator desta ação mandamental, a ser sorteado**. Suspensão que não exime o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia de observar, no pagamento do questionado adicional de função, os incisos XI (teto remuneratório) e XIV do art. 37 da CF, bem como a nova disciplina do “adicional de função”, introduzida pela Lei estadual n. 11.919, de 22 de junho de 2010.

Como se vê, não é prudente que, nesta sede administrativa, haja deliberação acerca dos contornos da percepção do Adicional de Função. Na marcha ditada pela decisão do STF, no entanto, é possível, sim, recomendar que seja avaliada cada situação individual quanto à possibilidade de cumulação da gratificação com outras vantagens, observando-se eventual identidade de fundamento, e verificando se ocorreu fiel cumprimento às normas de transição ditas pela Lei 11.919, de 22 de junho de 2010, que finalmente extinguiu a gratificação.

2 . CET

No Relatório ora em foco, afirmou-se que as não conformidades atinentes à percepção de CET pelos servidores do TJ referiam-se a concessões indiscriminadas, inclusive a ocupantes de cargos comissionados.

A norma de regência da CET no âmbito do Poder Judiciário (Lei n. 11.919, de 22 de junho de 2010) estabelece as seguintes hipóteses de percepção:

Art. 1º - Fica estabelecida a gratificação pelo exercício funcional por Condições Especiais de Trabalho - CET, que poderá ser concedida a servidores ocupantes de cargos de provimento permanente ou de funções e cargos de provimento temporário.

§ 1º - A gratificação de que trata este artigo será concedida até o limite máximo de 125% (cento e vinte e cinco por cento), incidente sobre o vencimento básico ou sobre o valor que a este título for percebido pelo servidor, com vistas a:

I - compensar a extensão não eventual da jornada de trabalho; ou II - remunerar o exercício de atribuições que exijam habilitação específica e de atividades desempenhadas pelo servidor, quando no exercício de cargo de direção, chefia ou assessoramento.

§ 2º - A Gratificação por Condições Especiais de Trabalho - CET será concedida aos ocupantes de cargo ou função comissionada, observada a disponibilidade orçamentária e financeira... (Grifei)

Da simples leitura do dispositivo, percebe-se que não existe qualquer ilegalidade no recebimento da vantagem por parte dos ocupantes de cargos comissionados, antes sendo este um dos casos expressamente modelados para tanto. É, portanto, legítima, em tese, a percepção de CET por tais servidores.

Por outro lado, é certo que a concessão da vantagem deve sempre contemplar uma das hipóteses acima definidas. Neste cenário, acaso, em apuração individualizada, seja detectada a percepção da gratificação fora deste delineamento legal (incluindo-se as vedações de cumulação¹), impõe-se a supressão da vantagem. Não se olvide que isto somente pode ocorrer – repita-se – em apuração individualizada, a qual pode, inclusive, ser oportunamente submetida ao crivo desta Casa. Não se revela suficiente, contudo, o levantamento genérico feito pelo Relatório em tela.

3 ESTABILIDADE ECONÔMICA

No que concerne à Estabilidade Econômica, importa, inicialmente, esvaziar as impressões da Auditoria em torno no cálculo da vantagem. Atente-se para a norma constitucional baiana sobre o tema:

Art. 39 - Ao servidor e ao empregado público que exercer por dez anos, contínuos ou não, cargos em comissão, funções de confiança ou mandato eletivo estadual, é assegurado o direito de continuar a perceber, como vantagem pessoal, no caso de exoneração, dispensa ou término do mandato, o valor do vencimento ou subsídio correspondente ao mandato ou cargo de maior hierarquia que tenha exercido por mais de dois anos contínuos, obedecido para o cálculo o disposto em Lei.

Como se vê, o próprio dispositivo estabeleceu que a forma de cálculo seria ditada por lei, o que se deu por meio da Lei 6.677, de 26 de setembro de 1994:

Art. 92 - Ao servidor que tiver exercido por 10 (dez) anos, contínuos ou não, cargo de provimento temporário ou mandato eletivo estadual, é assegurada estabilidade econômica, consistente no direito de continuar a perceber, no caso de exoneração, dispensa ou término de mandato, como vantagem pessoal, retribuição equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do símbolo ou do subsídio correspondente ao cargo de maior hierarquia ou mandato que tenha exercido por mais de 2 (dois) anos, ou a diferença entre o valor deste e o vencimento do cargo de provimento permanente.

¹ Art. 3º - O servidor, cujas gratificações ou vantagens atualmente percebidas sob idênticos fundamentos aos que ora estabelece o artigo 1º desta Lei, inclusive as já incorporadas, bem assim que esteja percebendo a Gratificação de Atividade Externa - GAE, prevista no artigo 13 da Lei Estadual nº 11.170, de 26 de agosto de 2008, cujos respectivos percentuais, quando somados, alcancem índice igual ou superior ao limite estabelecido no § 1º do art. 1º, ficará impedido de perceber a gratificação pelo exercício funcional por Condições Especiais de Trabalho - CET.

Art. 4º - Fica vedado o deferimento do pagamento de horas extras, a qualquer título, para servidores que percebam a gratificação prevista no artigo 1º desta Lei.

Art. 5º - Fica vedada qualquer incorporação da gratificação pelo exercício funcional por Condições Especiais de Trabalho - CET prevista nesta Lei, salvo para fins de aposentadoria, conforme disposto no artigo 132, § 1º, da Lei nº 6.677, de 26 de setembro de 1994.

Art. 6º - As vantagens pecuniárias já concedidas a título de Adicional de Função e Gratificação de Serviço, instituídas na forma do artigo 5º da Lei Estadual nº 6.355, de 30 de dezembro de 1991, terão sua vigência limitada ao prazo máximo de 90 (noventa) dias, contado da publicação desta Lei, quando serão extintas.

§ 1º - Aos servidores que estejam percebendo as vantagens que serão extintas por este artigo poderá ser concedida, em substituição e observado o disposto no § 2º deste artigo, a gratificação pelo exercício funcional por Condições Especiais de Trabalho - CET.

§ 2º - A substituição estabelecida no parágrafo anterior ficará condicionada à solicitação da chefia imediata do servidor, dentro do prazo indicado no caput deste artigo, mediante exposição de motivos que justifiquem a existência das condições objetivas que

fundamentem a concessão da gratificação solicitada, bem assim o percentual pleiteado.

Da análise do ditame, tem-se que a vantagem será percebida, no mínimo, pela diferença entre o valor do vencimento do cargo efetivo e o valor do símbolo em que se deu a estabilidade. Este cálculo já assegura a totalidade do montante assegurado pela Constituição do Estado.

A lei, contudo, contemplou outra forma de cálculo, notadamente para alcançar aqueles que ocupam cargos efetivo cujo vencimento básico suplanta o valor do símbolo do comissionamento ocupado (para estes, a percepção da diferença seria negativa, ou inóqua).

Ademais, não se pode perder de vista que a finalidade do instituto é manter o padrão remuneratório do servidor que atuou em comissionamento por mais de dez anos no serviço público, tornando-o menos vulnerável a mudanças abruptas, já que tais cargos são de livre exoneração.

Não se há de falar, portanto, em “disciplinas diversas para o mesmo fato gerador”, nem em “incertezas quanto ao valor da verba recebida”, ou em “apurações por meio de tentativas”. O instituto em nada vulnera a transparência que se espera das contas públicas.

Avançando, e considerando que não foram minudenciadas situações individuais, convém mencionar as diretrizes fixadas pela Procuradoria Geral do Estado a respeito do tema:

I – A estabilidade econômica será conferida ao servidor que tiver exercido por 10 (dez) anos, contínuos ou não, cargos de provimento temporário, compreendidos esses no conceito técnico da concepção, ou seja, como unidades de atribuições criadas por lei, restando de fora designações para quaisquer atividades sem a ocupação de um cargo correspondente.

II – Inexistindo ato de exoneração após o alcance dos 10 (dez) anos de exercício de cargo em comissão, não poderá ser reconhecida a estabilidade econômica, já que o direito a esta vantagem se constitui com a exoneração (Parecer PP BE-178-2007);

III – O ato de reconhecimento da estabilidade econômica deve retroagir à data dos efeitos do ato de exoneração, inclusive quanto ao pagamento das diferenças decorrentes do reconhecimento da referida vantagem;

IV – A estabilidade econômica é reconhecida no símbolo, e não no cargo (Pareceres: PEA-U-99-99 e PEA-AI-158-99);

V – A estabilidade é reconhecida no símbolo de maior hierarquia que o servidor tenha percebido por, no mínimo, 02 (dois) anos consecutivos;

VI – A Administração deve, no momento do reconhecimento da estabilidade econômica, aplicar a forma de cálculo mais vantajosa para o servidor perceber a vantagem (diferença entre o símbolo e o vencimento, ou 30% do valor do símbolo, cf. art. 92 da Lei n. 6.677/94)

- Parecer PP- BQ-878-2008.

4 SALÁRIO-FAMÍLIA

Atualmente, o salário família encontra-se disciplinado na Lei n. 11.357/09, com as alterações introduzidas pela Lei 12597/12. Não houve, contudo, inovação relevante em comparação aos art. 137 e ss., da Lei 6.677/94, eis que não foram fixados parâmetros acerca de uma renda máxima limitadora para o seu pagamento.

Não se pode olvidar, no entanto, que, como o salário família está inserido no rol do art.

201 da Constituição Federal, é classificado no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) como benefício previdenciário. Já que o regime de previdência dos servidores públicos de cargos efetivos deverá, no que couber, obedecer aos requisitos fixados para o RGPS (art. 40, § 12, da Constituição Federal, c/c art. 5ª da Lei federal n. 9.717/98), mister seja obedecido limite de remuneração, fixado na própria Constituição Federal, para que se tenha acesso ao benefício.

A Constituição Federal, com a Emenda Constitucional n. 20, de 16 de dezembro de 1998, limitou o pagamento do salário família, no âmbito do RGPS, aos dependentes dos segurados de baixa renda (art. 201, IV, do corpo permanente), e definiu provisoriamente este valor em dispositivo transitório (art. 13 da Emenda 20/98) como sendo R\$360,00. Tal montante vem sendo reajustado periodicamente em Portarias do Ministério da Previdência e Assistência Social, devendo-se avaliar, em cada caso, se a remuneração do servidor fica aquém do teto fixado para pagamento do salário família (Parecer PA-NPE-RGM-613/2012).

5. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE EFICIÊNCIA

A Gratificação Especial de Eficiência - GEE foi instituída pela Lei nº 11.170 de 26 de agosto de 2008, in verbis:

Art. 14 - Fica instituída a Gratificação Especial de Eficiência GEE, devida exclusivamente aos servidores efetivos que ingressaram no Poder Judiciário após 04 de junho de 2001 que não a percebiam, nem a vantagem pessoal instituída pela Lei Estadual nº 7.816, de 04 de junho de 2001, passando a percebê-la a partir da vigência desta Lei.

Num cenário de contenção de gastos, e à luz da atuação do Conselho Nacional de Justiça, deu-se a suspensão do pagamento da vantagem, notadamente porque a legislação de regência não trouxe parâmetros para a aferição da eficiência que se pretendia gratificar:

Decreto Judiciário nº 152, de 29 de abril de 2010. Art. 9º Suspender o pagamento da Gratificação Especial de Eficiência prevista no art. 14 da Lei 11.170, de 26 de agosto de 2008, e determinar ao Setor de Recursos Humanos que apresente, no prazo de 10 (dez) dias, proposta de regulamentação, com critérios objetivos e prazos para avaliação dos servidores.

Calha destacar, entretanto, que o Decreto acima mencionado entrou em vigor em 1º de junho de 2010 (art. 13), e, em 22 de junho do mesmo ano, a Lei nº 11.919, de 22 de junho de 2010, dispôs:

Art. 8º. A Gratificação Especial de Eficiência, prevista no artigo 14 da Lei nº 11.170, de 26 de agosto de 2008, fica convertida em vantagem pessoal, pelo valor de R\$369,38 (trezentos e sessenta e nove reais e trinta e oito centavos).

Assim, do ponto de vista jurídico, tem-se apenas que aqueles que percebiam regularmente a GEE a tiveram convertida em vantagem pessoal. Acaso haja registro de percepções indevidas, inclusive de servidores que não estão abarcados pela antevisão do art. 14, da Lei 11.170/2008, a falha deve ser sanada.

6 REPOSIÇÃO ART. 39

Não é possível tecer considerações em torno da parcela, por não haver indicação específica do seu fundamento, a viabilizar discussão jurídica sobre o tema.

7 VANTAGEM PESSOAL

O multimencionado relatório trata de diversas normas que instituíram vantagens pessoais, questionando a sua pertinência, e classificando algumas como “aberrações jurídicas”.

Com efeito, a nomenclatura vantagem pessoal pode aludir a estabilidade econômica, a cotas de salário-família, ou a outras gratificações extintas.

Quando ocorre a extinção de gratificações, ou alteração de critérios de percepção, que deixem de alcançar determinados servidores, a Administração lança mão da instituição de vantagens pessoais, a fim de assegurar a observância ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos. Não se pode falar, portanto, em “aberração”.

Destaque-se que, quando determinada gratificação é extinta, e o respectivo valor é reconhecido como vantagem pessoal, a verba não mais fica vinculada aos requisitos de concessão ou compatibilidade da gratificação originária, salvo disposição legal em sentido diverso. Do contrário, ficaria perpetuada a gratificação, em desalinho com o novo regime remuneratório, restando inócua a sua extinção.

Importa, apenas, portanto, que as múltiplas vantagens pessoais percebidas em decorrência de situações diversas tenham sua fundamentação legal precisamente indicada na folha de pagamento, a fim de garantir o controle e a transparência das contas públicas.

8 TETO REMUNERATÓRIO

As ponderações do Relatório acerca do teto remuneratório, porque genéricas, não dão ensejo a discussão pormenorizada. Vale mencionar, por oportuno, apenas a disciplina constitucional para o assunto, com grifo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie

remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; [...]

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

[...]

Art. 39. ...

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de

1998)

Acerca das parcelas que possuem caráter indenizatório, e que, por isto, ficam à margem do teto remuneratório, importa invocar importante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR INATIVO. PROVENTOS. REDUÇÃO. TETO REMUNERATÓRIO. INCLUSÃO NO CÁLCULO DE VANTAGENS PESSOAIS. POSSIBILIDADE. EC Nº 41/2003. ART. 37, XI, DA CF. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. OFENSA À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. SUJEIÇÃO DA REMUNERAÇÃO À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. VERBAS DE CARÁTER INDENIZATÓRIO. DESCARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, também as vantagens pessoais, de qualquer espécie, devem ser consideradas no cômputo do teto remuneratório, nos termos do art. 37, XI, da CF: norma de eficácia plena, cuja aplicabilidade não depende de lei estadual fixando o subsídio do Governador.

2. O servidor público não possui direito adquirido ao recebimento de vencimentos ou proventos acima do teto constitucional.

3. O princípio da irredutibilidade de vencimentos não é violado quando a remuneração é reduzida para que seja respeitada a nova ordem constitucional consistente na observância do teto constitucional, dada a incidência do art. 17 do ADCT.

4. Este Tribunal Superior já consagrou o entendimento de que somente as parcelas de caráter indenizatório não serão computadas para efeitos dos limites remuneratórios estabelecidos para o teto constitucional, ex vi do art. 37, § 11, da CF. Logo, o que importa é a natureza jurídica da vantagem recebida pelo servidor - e não o nomen iuris atribuído a ela.

5. As rubricas conhecidas como "Indenização de Habilitação Profissional - IHP" e "Indenização Adicional de Inatividade" não ostentam caráter indenizatório, mas, ao revés, são parcelas remuneratórias, justamente porque são pagas indistintamente aos militares da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, sem haver qualquer relação de reembolso por despesas efetuadas no exercício de suas atividades. Precedente.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 26698 / RJ; Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA;T6; DJe 21/11/2011)

Verifica-se que aqui foram definidas diretrizes para a observância ao teto constitucional:

i) não existe direito adquirido a remuneração superior ao teto; ii) apenas parcelas indenizatórias não são incluídas no cômputo do teto; iii) a definição da natureza indenizatória de determinada vantagem não está atrelada a sua nomenclatura, mas à "relação de reembolso por despesas efetuadas no

exercício” das atividades do servidor (AgRg no RMS 37881/ CE); iv) vantagens pessoais não se caracterizam como indenizatórias, devendo ser consideradas para o cálculo do abate-teto.

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado, existe posicionamento no sentido de que, no caso de acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de cargos legalmente exercidos, os cargos devem ser considerados isoladamente para fins de eventual abatimento do teto (Processo PGE2011215861). Conclusão diversa alcança a acumulação de proventos com vencimento decorrente de cargo comissionado (Processo PGE2012320366-0), caso em que se considera o somatório das retribuições para esse efeito.

Definiu-se, também, que a remuneração e conselheiros estaduais, na forma de JETONs, está excluída do teto remuneratório, em virtude de sua natureza indenizatória (Processo 2600020035140).

9 PERMANÊNCIA DOS INATIVOS NA FOLHA DE PAGAMENTO DO TRIBUNAL – NECESSIDADE DE MIGRAÇÃO PARA A SUPREV

Historicamente, os atos de aposentadoria dos servidores públicos do Estado eram de competência do Chefe de cada Poder, e, no âmbito do Executivo, esta competência era delegada aos Titulares das diversas Pastas.

Em dezembro de 2007, no entanto, foi criada a Superintendência de Previdência, responsável pela gestão, administração e operacionalização do Regime Próprio Previdenciário de todos os servidores públicos do Estado, de qualquer dos Poderes:

Lei 10.955, de 21 de dezembro de 2007

Art. 1º - Fica criada, na estrutura da Secretaria da Administração, a Superintendência de Previdência, com a finalidade de gerir, administrar e operacionalizar o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado da Bahia, incluindo a arrecadação e gestão dos recursos e a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios previdenciários, integrada pela Diretoria de Administração dos Benefícios Previdenciários e pela Diretoria de Gestão Financeira Previdenciária e Investimentos.

Nesta senda, caberia à SUPREV a concessão dos benefícios previdenciários de todos os servidores públicos civis do Estado, mediante ato lavrado pelo Exmo. Secretário da Administração (Art. 1º, I, do Decreto 11.688, de 26 de agosto de 2009). Em sentido contrário, entretanto, versou o Regimento Interno do Tribunal de Justiça, de setembro/2008:

Art. 84 – Compete ao Presidente do Tribunal:

[...]

XIX – expedir os atos de nomeação, remoção, promoção, permuta, disponibilidade e aposentadoria dos Magistrados e Servidores do Poder Judiciário;

Acerca da envergadura do Regimento Interno dos tribunais, o STF estabeleceu:

O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro

depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a.
(Relator(a) Ministro Paulo Brossard - STF - ADI-MC - Voto na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade - processo: 1105/DF - DJ 27-04-01)

Tem-se, então, que a Lei 10.955/07 fixou, na SUPREV, a concessão dos benefícios previdenciários de todos os servidores públicos civis estaduais, porém o Regime Interno do TJ, de 2008, dispôs que tal incumbência seria do seu Presidente.

Considerando que o Regimento do TJ equipara-se hierarquicamente a lei ordinária, poder-de-ia, por um lado, entendê-lo como prevalecente sobre a legislação, também ordinária, que instituiu a SUPREV, por lhe ser posterior.

Atentando-se, por outro lado, para a especialidade da norma que criou e estabeleceu a competência da SUPREV, pode-se compreender que, neste particular, a norma anterior prevaleceria.

De qualquer sorte, observa-se que, na prática, e em sentido contrário à tendência da Administração, o Tribunal de Justiça manteve, em seu Presidente, a competência para a edição de atos aposentadores.

A disposição regimental não atraiu, no entanto, a competência para gerir, administrar e operacionalizar o Regime Próprio de Previdência Social, de forma que, uma vez editado o ato de inativação, importa que se providencie a imediata migração do inativo para a folha de pagamento da SUPREV.

Portanto, pode-se concluir que, num cenário ideal, a concessão dos benefícios previdenciários deveria estar concentrada na SUPREV – até porque não existe previsão constitucional de reserva desta atribuição aos tribunais. Independentemente da acolhida desta recomendação, contudo, tem-se que a folha de inativos do Tribunal de Justiça deve migrar para a SUPREV, à qual incumbe, afinal, além da concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios previdenciários de todos os servidores estaduais.

10 FÉRIAS

Segundo o multimencionado Relatório, os servidores do Tribunal de Justiça percebem dupla remuneração no mês de férias.

Ora, a vantagem foi instituída por meio da Lei 3.649, de 08 de maio de 1978, que assim versava:

Art. 5º - Fica assegurado ao funcionário público civil e militar do Estado o direito de receber, anualmente, mais um vencimento ou soldo básico do seu cargo efetivo, que lhe será pago na folha do mês imediatamente anterior ao que corresponder ao gozo de férias regulares, salvo se a opção for para o mês de janeiro, quando então perceberá no próprio mês.
§ 1º - O período aquisitivo de férias para efeito da vantagem prevista neste artigo será

contado a partir de 01 de julho de 1978.

§ 2º - Perderá o direito à percepção da vantagem de que trata este artigo o funcionário, civil ou militar, que, durante o período aquisitivo de férias:

I - tiver sofrido pena disciplinar superior à de repreensão;

II - tiver, no ano, mais de 15 (quinze) faltas ao serviço, sem causa justificada;

III - estiver afastado do efetivo exercício do seu cargo, salvo nas hipóteses dos incisos I a IV, VI a VIII e X a XIII, do artigo 97, da Lei nº 2.323, de 11 de abril de 1966.

§ 3º - Em nenhuma hipótese haverá acúmulo da vantagem a que se refere este artigo, ainda que ocorra eventual acumulação de férias.

§ 4º - A escala máxima mensal de férias fica limitada a um dez avos do número de servidores de cada Secretaria, órgão diretamente subordinado ao Governador ou autarquia, ressalvados casos especiais estabelecidos em regulamento.

A Lei nº 4.156, de 13 de outubro de 1983, alterou o dispositivo, ditando que:

Art. 1º - O artigo 5º, da Lei nº 3.649, de 08 de maio de 1978, mantidos os respectivos parágrafos, passa a ter a seguinte redação:

“Fica assegurado ao funcionário público civil e militar do Estado o direito de receber, anualmente, mais um vencimento ou soldo básico do seu cargo efetivo, que lhe será pago na folha do mês imediatamente anterior ao que corresponder ao gozo de férias regulares,

salvo se a opção for para o mês de janeiro, quando então perceberá no próprio mês.”

Não se pode perder de vista, entretanto, que, nos idos de 11 de agosto de **1988**, a Lei nº 4.794, que instituiu o Plano de Carreira do Serviço Público Civil do Estado, **extinguiu** a vantagem. Confira-se:

Art. 48 - Fica **extinta** a vantagem instituída pelo artigo 5º da Lei nº 3.649, de 08 de maio de 1978, estendida aos ocupantes de cargos em comissão e aos exercentes de funções gratificadas pelo artigo 16 da Lei nº 4.232, de 18 de abril de 1984, disposições que ficam revogadas a partir de 01 de janeiro de 1989. (Grifei)

Não há dúvidas, portanto, de que a percepção de mais uma remuneração por ocasião das férias (sobrepota ao 1/3 garantido constitucionalmente) não possui amparo legal, devendo ser imediatamente suprimida de toda a folha de pagamento.

Vale dizer que, enquanto estatutários, os servidores públicos não possuem direito adquirido a regime jurídico, estando submetidos às alterações legislativas que interfiram em sua remuneração. Como limite para a Administração, vige o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, a fim de evitar decréscimos remuneratórios repentinos, que comprometam o padrão de vida do servidor. Tal princípio não pode ser desvirtuado, no entanto, para perpetuar vantagens extirpadas do ordenamento, como aquela ora em foco, especialmente porque percebida uma vez ao ano.

11. ESTABILIDADE FUNCIONAL

A questão da estabilidade extraordinária introduzida pelo art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, merece reflexão mais detida. Atente-se, de início, para o referido dispositivo:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “*caput*” deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

12.1 Estabilidades e efetividade

É cediço que, no corpo permanente da Constituição Federal, estava prevista a estabilidade dos servidores que se submeteram a concurso público, após o cumprimento do estágio probatório (art. 41).

Da leitura da norma transitória acima transcrita, vê-se que instituiu uma estabilidade excepcional, com apenas uma condicionante: que os servidores estivessem em exercício no serviço público há, pelo menos, cinco anos contínuos. Garantiu a estabilidade, e nada mais. Assim, aqueles servidores adquiriram o direito de permanecer exercendo as funções que já desempenhavam, sem estar vulneráveis ao talante dos governos.

Tratou-se de uma estabilidade excepcional, adquirida simplesmente pelo decurso de tempo superior a 05 anos, livre da exigência de prévia seleção por certame público, ou de aprovação em avaliação de desempenho.

O §1º esclareceu que aquela estabilidade divergia, também, da efetividade, a qual poderiam ser alcançada pelos estáveis que viessem a se submeter a concurso. Cabe mencionar que a vinculação da efetividade à prestação de concurso não era uma novidade no ordenamento pátrio, tendo sido antevista pela Constituição de 1967:

Art 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

§ 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

§ 3º - Serão providos somente por brasileiros natos os cargos da carreira de Diplomata, os de Embaixador e outros previstos nesta Constituição.

[...]

Art 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso. (Grifei)

Como visto, a redação do aludido § 1º seguiu a esteira do Texto constitucional anterior. A redação originária da nova Carta não foi tão explícita quanto à efetividade, mas deixou claro que a estabilidade decorria da ocupação de cargo para cujo provimento tenha havido concurso público:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º - Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º - Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (Grifei)

A Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, conferiu, então, redação mais precisa ao dispositivo:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

Verifica-se, assim, que o ADCT instituiu comando transitório, e portanto, temperado – cuidou de concurso para efetividade, e não de concurso público –, porém não poderia caminhar em direção contrária à da nova ordem. Nesta linha, é certo que o caput do ditame em foco cuidou, portanto, de estabilidade, e não de efetividade.

Acerca da diferenciação entre tais institutos, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente definiu a efetividade como característica do cargo, ao qual poderá ser agregada a estabilidade, acaso o ocupante cumpra determinadas condições. Confira-se, com aditamento de grifo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ: § 2º DO ART. 35. LEI ESTADUAL Nº 10.219, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1992: ART. 70, § 2º. SERVIDORES PÚBLICOS ORIUNDOS DO REGIME CELETISTA: CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ESTADO: EFETIVIDADE E ESTABILIDADE: DISTINÇÃO.

1. Não afronta o princípio da iniciativa prevista no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, a norma da Carta Estadual que, exceto para fins de aposentadoria e disponibilidade, permite o cômputo do tempo de serviço prestado ao Estado para os demais efeitos legais.

2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, que se adquire pelo decurso de tempo. Precedente: RE nº 167.635.

3. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Por isso não se equipara ao servidor público efetivo no que concerne aos efeitos legais que dependam da efetividade.

4. Pedido de liminar deferido, em parte.

(ADI 1695 MC/ PR; Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA;

Julgamento: 30/10/1997; Tribunal Pleno; DJ 07-08-1998)

A doutrina também dissocia os institutos, asseverando que a efetividade seria atributo do

cargo, ao passo que a estabilidade seria uma condição alcançada por seu titular:

A efetividade consiste numa característica vinculada ao cargo em si mesmo.

[...]

Assim, um cargo de provimento efetivo é aquele cujo provimento depende de um concurso e que apresenta um regime jurídico destinado a permanecer ao longo do tempo, podendo produzir a aposentadoria de seu titular.

[...]

O primeiro ponto diferencial entre a titularidade de *cargo de provimento efetivo* e a *estabilidade* reside em que o titular do cargo efetivo poderá ser exonerado, sem adquirir estabilidade, por meio de uma avaliação discricionária a propósito da ausência de capacidade ou aptidão para o desempenho do cargo já o servidor estável não pode ser exonerado em virtude de avaliação discricionária da Administração.

[...]

O segundo ponto diferencial reside em que a estabilidade assegura ao servidor a manutenção do vínculo com o Estado se o cargo de que é titular vier a ser extinto. É o que estabelece o art. 41, §3º, da Constituição, ao determinar que extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor *estável* ficará em disponibilidade. Se houver a extinção do cargo ou for declarada sua desnecessidade, o efeito será a extinção do vínculo com o

servidor².

Ocorre que, ao tempo da instituição do Regime Jurídico Único, a Lei estadual n. 6.677, de 26 de setembro de 1994 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado da Bahia), estabeleceu, com ênfases acrescentadas:

Art. 263 - Ficam submetidos ao regime jurídico desta Lei, os atuais servidores dos Poderes do Estado, das suas autarquias e fundações, regidos pela Lei nº 2.323, de 11 de abril de 1966, bem como os regidos pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), exceto os servidores contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento dos respectivos prazos.

§ 1º - Os servidores contratados anteriormente à promulgação da Constituição Federal, que não tenham sido admitidos na forma regulada em seu artigo 37, são considerados **estáveis** no serviço público, excetuados os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, declarados, em lei, de livre exoneração.

§ 2º - Os empregos ocupados pelos servidores vinculados por esta Lei ao regime estatutário ficam transformados em cargos, na data de sua publicação, e seus ocupantes serão automaticamente inscritos como segurados obrigatórios do IAPSEB - Instituto de Assistência e Previdência do Servidor do Estado da Bahia.

§ 3º - Os contratos individuais de trabalho regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, extinguem-se automaticamente pela transformação dos empregos ou funções, assegurando-se aos respectivos ocupantes a continuidade da contagem do tempo de serviço para efeitos desta Lei.

Observa-se, de plano, que, em seu § 1º, o art. 263 previu a estabilidade para os servidores contratados antes da promulgação da Constituição Federal, não fazendo qualquer referência ao quinquênio anterior, ditado, pelo art. 19, do ADCT, como condição para a aquisição da estabilidade. O ADCT alcançava, então, apenas aqueles que adentraram no serviço público até 05 de outubro de 1983; a Lei 6.677/94, por seu turno, concedeu estabilidade aos admitidos até 05 de outubro de 1988.

Num primeiro olhar, o art. 263 não teria tornado efetivos, expressamente, os servidores estabilizados. No entanto, transformou seus empregos em cargos, e anteviu que todos os servidores abraçados pelo Regime Jurídico Único (leia-se: os servidores que estavam em exercício na data de

² Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. rev. e atual. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 895

publicação da Lei 6.677/94, qual seja, 26 de setembro de 1994, conforme o caput, do art. 263) se tornariam segurados obrigatórios do IAPSEB.

Ora, segundo a lei previdenciária vigente à época (Lei 3.373, de 29 de janeiro de 1975, revogada pelo art. 66, da Lei nº 6.915, de 10 de novembro de 1995), os segurados obrigatórios do IAPSEB eram os seguintes:

Art. 3º - São beneficiários da previdência social:

I - na qualidade de segurados obrigatórios, todos os servidores públicos estaduais, não celetistas, da administração centralizada e autárquica, de qualquer condição, civis e policiais-militares, ativos e inativos, efetivos, em comissão e os ocupantes de função gratificada, bem como o Governador, o Vice-Governador, os Secretários de Estado e os que lhes sejam equiparados;

Interpretando o ditame, tem-se que abrangeu todos os servidores estaduais não-celetistas, e passou a classificá-los quanto à natureza do cargo (civis/ militares), quanto à situação funcional (ativos/ inativos), e quanto ao provimento (efetivos/ comissionados/ocupantes de função gratificada), cuidando, em seguida, do Governador etc.

Buscando as categorias em que os estatutários se enquadrariam, tem-se que poderiam ser encontrados como civis ou militares, ativos... Na categoria seguinte, porém, relacionada à forma de provimento, não se poderia falar em comissionados ou ocupantes de função gratificada, eis que expressamente excluídos do alcance do art. 263, da Lei 6.677/94, bem como do art. 19, do ADCT, nos termos de seu § 2º. Resta-lhes, pois, a caracterização como efetivos. Aí está, extirpando as dúvidas, a sede da efetivação dos servidores em atuação no serviço público estadual em setembro/94, estabilizados ou não, a despeito de não haverem prestado concurso.

Tem-se, então, como primeira conclusão, que a norma estatutária alargou as fronteiras da excepcionalidade implantada pelo Ato transitório, de forma a:

- a) conceder estabilidade àqueles servidores que estivessem em atividade na data da promulgação da Constituição Federal, não fazendo menção ao quinquênio anterior;**
- b) tornar titulares de cargos efetivos aqueles servidores que estivessem em atuação no serviço público estadual em setembro/94 (estáveis, ou não), livre da submissão ao concurso exigido pelo § 1º, do art. 19, do ADCT, ou a concurso público (art. 37, II, da CF/88).**

Constitucionalidade do art. 263, da Lei 6.677/94 – jurisprudência

Em situações bastante semelhantes, verificadas em vários Estados da federação, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das normas estatutárias, por haverem dilapidado a previsão constitucional, descuidando-se da exigência do concurso (com destaques não originais):

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 28 E PARÁGRAFOS DO ADCT DA CARTA DE MINAS GERAIS. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA. ART. 19 DO ADCT DA CARTA FEDERAL.

1. A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público.

2. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal. Precedentes: ADI 498, rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 09/08/1996) e ADI 208, rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19/12/2002), entre outros.

3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente.

ADI 4876 / DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. DIAS

TOFFOLI; Julgamento: 26/03/2014; Tribunal Pleno

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial.

1. Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe.

2. O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI nº 289/CE, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07; RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04; ADI nº 243/RN-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/01; RE nº 167635/PA, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 7/2/97.

3. Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar nº 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88).

4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para,

i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população;

ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão

(a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima;

(b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e

(c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal.

5. Ação direta julgada parcialmente procedente.

ADI 3609 / AC – ACRE; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI;

Julgamento: 05/02/2014; Tribunal Pleno

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. EC nº 38/2005 do Estado do Acre. Efetivação de servidores públicos providos sem concurso público até 31 de dezembro de 1994. Violação do art. 37, II, CF. Precedentes.

1. Por força do art. 37, inciso II, da CF, a investidura em cargo ou emprego públicos

depende da prévia aprovação em concurso público, sendo inextensível a exceção prevista no art. 19 do ADCT. Precedentes: ADI nº 498, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 9/8/96; ADI nº 208, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19/12/02; ADI nº 100, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 1/10/04; ADI nº 88, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 8/9/2000; ADI nº 1.350/RO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1/12/06; ADI nº 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/3/07, entre outros.

2. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para se darem efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata do julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

ADI 289 / CE - CEARÁ; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA

PERTENCE; Julgamento: 09/02/2007; Tribunal Pleno

EMENTA:

I. Servidor Público: estabilidade extraordinária (ADCT/CF/88, art. 19). O Tribunal tem afirmado a sujeição dos Estados-membros às disposições da Constituição Federal relativas aos servidores públicos, não lhes sendo dado, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no artigo 19 do ato federal das disposições transitórias.

II. Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01).

III. Concurso público: exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa. 1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do “aproveitamento” de que cogita a norma impugnada. 2. Incidência da Súmula/STF 685 (“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”).

IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Ceará.

ADI 125/ SC - SANTA CATARINA; Relator: Min. SEPÚLVEDA

PERTENCE; Julgamento: 09/02/2007; Tribunal Pleno **EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade: arts. 6º, § 3º, e 15 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, que disciplinam a aquisição da estabilidade excepcional pelos servidores públicos civis do Estado e dos Municípios, da administração direta, autárquica e fundacional, inclusive os admitidos em caráter transitório, em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos, continuados ou não.

1. Servidor público: estabilidade extraordinária (ADCT/88, art. 19): restrição ou ampliação dos seus pressupostos por normas estaduais: inconstitucionalidade. Assentou a jurisprudência do Supremo Tribunal, ainda sob a égide da Carta pretérita, a impossibilidade de as normas locais - constitucionais ou ordinárias - criarem formas diversas e mais abrangentes de estabilidade no serviço público (v.g. RP 902, Baleeiro, DJ 27.9.74; Rp 851, Thompson, DJ 25.11.71; Rp 859, Amaral, DJ 5.11.71; Rp 862, Luiz Gallotti, RTJ 59/59). Essa orientação não foi modificada com o advento da Constituição de 1988, devendo-se interpretar estritamente a concessão da estabilidade excepcional pelo art. 19 ADCT e somente admitida com a observância dos pressupostos nele estabelecidos: v.g. ADIn 391/CE, Brossard, DJ 16.9.94; ADIn 495/PI, Néri, DJ 11.2.00; ADIn 498/AM Velloso, DJ 9.8.96; ADIn 100/MG, Ellen, DJ 1º.10.04. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das expressões “inclusive os admitidos em caráter transitório”, no caput do art. 6º; “ou que, admitido em data anterior à instalação da Constituinte, vier a preencher”, no § 3º do art. 6º; e do art. 15, em sua integralidade; e para atribuir interpretação conforme à expressão “em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos”, do caput do referido art. 6º, para reduzir a referência à Constituição Federal.

2. ADIn prejudicada, quanto às expressões “e dos Municípios” e “ou não”, constantes do art. 6º impugnado, que já foram objeto da ADIn 208, Moreira Alves, DJ 19.12.02, julgada procedente apenas quanto à possibilidade de considerar-se o prazo de cinco anos de forma não continuada, mantida a inclusão na norma dos servidores municipais.

ADI 2433 / RN - RIO GRANDE DO NORTE; Relator(a): Min.

MARCO AURÉLIO; Julgamento: 04/02/2015; Tribunal Pleno Ementa: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 103, § 3º, DA CARTA DA

REPÚBLICA. Ante a imperatividade do preceito constitucional, o papel da Advocacia-Geral da União é o de proteção à norma impugnada. ESTABILIDADE E EFETIVAÇÃO – NATUREZA. Descabe confundir a estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais da Carta de 1988 com a efetivação em cargo público. A primeira apenas viabiliza a permanência do servidor no cargo para o qual foi arrematado, sem direito a integrar certa carreira. A efetividade pressupõe concurso público. CARREIRA – INGRESSO. O ingresso em determinada carreira, mediante ocupação de cargo, depende de certame público – inconstitucionalidade dos parágrafos 3º, 4º e 6º do artigo 231 da Lei Complementar nº 165, de 28 de abril de 1999, com a redação imprimida pela Lei Complementar nº 174, de 7 de junho de 2000, do Estado do Rio Grande do Norte. LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA – CARGOS DE ESCRIVÃO – ACUMULAÇÃO – OPÇÃO. Surge constitucional preceito a ensejar a escrivães de cartórios judiciais que acumulam as funções notarial ou de registro e ingressaram no cargo público por meio de concurso a opção pelo de técnico judiciário. Interpretação do § 2º do artigo 231 da Lei Complementar nº 165/99, com a redação imprimida pela Lei Complementar nº 174/2000, do Estado do Rio Grande do Norte, conforme à Carta Federal .

ADI 1808/ AM - AMAZONAS; Relator(a): Min. GILMAR

MENDES; Julgamento: 18/09/2014; Tribunal Pleno

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar.

2. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Amazonas, que confere estabilidade excepcional a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta do Estado do Amazonas e de seus Municípios, inclusive aos servidores de suas empresas públicas, sociedades de economia mista e até mesmo aos empregados de outras entidades de direito privado de cujo capital participe o Estado ou o Município.

3. Alegações de violação dos artigos 25; 37, II; 41; 42 e 173, § 1º, da parte permanente da Constituição da República, assim como os artigos 11, 25 e 19 do ADCT.

4. Medida cautelar deferida, para suspensão, ex tunc, da eficácia da norma impugnada, até o julgamento final da ação.

5. Configurada usurpação de iniciativa privativa da União para dispor sobre estabilidade no emprego, matéria específica de legislação do trabalho, prevista no artigo 22, I, da Constituição Federal.

6. Inconstitucionalidade material do art. 6º do ADCT da Carta Amazonense ao estender a estabilidade excepcional aos servidores de suas empresas públicas, sociedades de economia mista e até mesmo aos empregados de outras entidades de direito privado de cujo capital participe o Estado ou o Município.

7. Ofensa aos artigos 37, II, 173, § 1º, da parte permanente da Constituição da República e 19 do ADCT.

8. Precedentes: ADI 83-7/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 18.10.91; ADI 1.515-0/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, DJ 11.04.2003 e ADI 112/BA, Rel. Min. Neri da Silveira, unânime, DJ 9.2.1996.

9. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

ADI 114 / PR - PARANÁ; Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA;

Julgamento: 26/11/2009; Tribunal Pleno

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 233, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE QUE AS NORMAS IMPUGNADAS TERIAM CRIADO CARGOS PÚBLICOS E PERMITIDO O PROVIMENTO EFETIVO POR SERVIDORES ESTÁVEIS SEM A PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DOS ARTS. 37, INC. II E 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. DISTINÇÃO ENTRE EFETIVIDADE E ESTABILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRINCÍPIOS DE ORGANIZAÇÃO DO ESTADO-MEMBRO NO TEXTO NORMATIVO. NECESSIDADE DE SE FIXAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME AO CAPUT DO ART. 233 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ E DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU PARÁGRAFO ÚNICO.

Como se vê, a estabilidade em questão, porquanto excepcional, tinha suas condições precisamente ditadas pelo art. 19, do ADCT, não comportando ampliações. Além disso, não ensejava

a efetivação dos servidores estabilizados (quicá de admitidos sem concurso depois de outubro/83, e, por isto, sequer estabilizados), porém apenas a sua manutenção na função em que se encontravam quando da promulgação da CF/88. Somente aqueles que se submetessem a concurso poderiam vir a ser titulares de cargos efetivos.

Como **segunda conclusão**, vê-se, conforme reiteradamente se manifestou o Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de normas de igual teor, editadas por outros Estados, que aqui não se fala em duvidosa, mas em **flagrante inconstitucionalidade do caput, bem como dos §§1º e 2º, do art. 263, da Lei 6.677/94.**

Vigência do art. 263, da Lei 6.677/94

Avançando, sobreleva registrar que a Emenda Constitucional Estadual n. 07, de 18 de janeiro de 1999, cuidou de dispor:

Art. 5º - Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal, aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.

Art. 6º - Os servidores públicos civis do Estado e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição Federal, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição Federal, são considerados estáveis, embora não efetivos, no serviço público.

[...]

Art. 12 - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Observa-se que o constituinte reformador se incumbiu de restaurar a ordem legal, esclarecendo os precisos contornos da norma federal transitória que estivera distorcida no âmbito estadual ante a vigência do art. 263, do Estatuto, o qual teve seus ditames inconstitucionais revogados por força do art. 12, da EC 07/99.

Vale notar que, no curso de ADI que tratava de assunto semelhante ao presente, o STF reafirmou que a revogação do dispositivo combatido ensejava a perda do objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3292/MS, alinhada à ADI 709 - Questão de Ordem).

Não é mais possível combater, nesta linha, os referidos dispositivos inconstitucionais, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Diante do exposto, pode-se alcançar a **terceira** conclusão: **as disposições inconstitucionais do art. 263, da Lei 6.677/94, foram revogadas por meio da EC 07/99, inviabilizando o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.**

Efeitos concretos do art. 263, da Lei 6.677/94

Não se pode perder de vista, no entanto, que, enquanto a norma estatutária se encontrava em vigor, diversas situações funcionais foram constituídas à luz de seu comando.

A situação que se apresenta, então, é que, com o advento da Lei 6.677/94, diversos servidores estabilizados por força do art. 19, do ADCT, passaram à condição de titulares de cargos efetivos, juntamente com outros servidores, sequer estáveis. Em janeiro/99, a norma que embasou tais atos foi revogada, porém nem todos os casos foram regularizados.

Como visto, padecem de patente inconstitucionalidade os ditames do art. 263, da Lei 6.677/94, de forma a concluir que, no plano da validade, a norma não podia subsistir, mesmo enquanto esteve em vigor. Não se pode restringir o exame da demanda, entretanto, apenas ao plano da validade, cabendo avançar na avaliação do campo concreto, eis que a norma inconstitucional produziu efeitos durante quase cinco anos.

Ocorre que, como o dispositivo legal revogado não foi objeto de controle concentrado - nem será, a prevalecer o atual posicionamento do STF -, é importante cuidar da discussão em torno de o Chefe do Poder possuir, ou não, o poder (dever) de afastar a incidência de uma norma flagrantemente inconstitucional, independentemente de autorização do Judiciário.

Em verdade, o cerne da discussão cinge-se à possibilidade de a Administração simplesmente deixar de aplicar a lei, com fundamento direto na Constituição, ou à necessidade de prévio pronunciamento do Judiciário, que a autorize a tanto.

Diante dos remédios ofertados pela Carta Magna para o controle concentrado da constitucionalidade de normas, majorando o rol dos legitimados a inaugurá-las, e abrangendo medidas cautelares que reclamam célere pronunciamento do Judiciário, com possível efeito suspensivo, parte da doutrina repele tal prerrogativa do Poder Executivo (ou do Chefe dos demais Poderes, no exercício de funções administrativas).³

Como o STF crê que a superveniente revogação da norma combatida por ADI acarreta a perda do objeto desta, restaria, neste caso, apenas recorrer à tese de cabimento de Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental como alternativa de controle abstrato da norma revogada.⁴

³ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. RDA – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-166, maio/ago. 2012

⁴ PÉRES, Taynah Litaiff Ispier Abraham Carpinteiro. *A ação direta de inconstitucionalidade e a perda superveniente de seu objeto*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8028> Acesso em 18 abr. 2015

De maior acerto e efetividade se revela, no entanto, a corrente que reconhece ao Chefe de Poder a possibilidade de deixar de aplicar norma inconstitucional, haja vista que a guarda da Constituição, em que pese constituir tarefa última do STF, é dever também da Administração Pública como um todo. Vale transcrever, por todos, os argumentos elencados pela autorizada lavra do i. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Gustavo Binenbim⁵:

As razões fundamentais que autorizam (e exigem) tal conduta da Administração são as seguintes:

I. a Administração está vinculada direta e primariamente à Constituição, cabendo-lhe zelar, ao lado dos demais Poderes, pela sua supremacia;

II. Diante de uma lei que se lhe afigure contrária à Constituição, deve o Chefe da Administração ordenar o não-cumprimento daquela como condição para a preservação da superioridade hierárquica da Lei Maior;

III. A possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo Presidente da República e pelos Governadores de Estados não é impeditiva do descumprimento auto-executório, pois ao Supremo Tribunal Federal reserva-se a última palavra, mas não o monopólio da interpretação e aplicação da Constituição;

IV. Ademais, ainda que assim não fosse, a circunstância de a legitimação ativa para a propositura de ação direta não se estender aos Chefes de outros Poderes, como Prefeitos municipais e Presidentes dos Tribunais de Contas, criaria uma situação de desigualdade injustificável entre as diversas administrações públicas do país;

V. Por fim, a disciplina da ação declaratórias de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 03/93, ao aludir ao Poder Executivo (e à Administração Pública em todos os níveis federativos, já sob a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004) como destinatário da decisão, tornou clara a possibilidade do descumprimento da lei pelos órgãos administrativos, com fundamento na sua inconstitucionalidade, quando inexistente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sede abstrata. Caso contrário, a alusão

constante do 102, § 2º, da Constituição seria ociosa e inútil.

Neste contexto, atinge-se a **quarta conclusão**: ainda que não tenha sido objeto de específico controle abstrato de constitucionalidade, **é possível que a Administração negue a aplicação do caput e dos §§ 1º e 2º, do art. 263, da Lei 6.677/94, mesmo no período em que vigiam.**

O presente esforço é no sentido, portanto, de buscar as medidas práticas necessárias a restituir a legalidade (restaurada, no campo normativo, pelo constituinte derivado), diante da notícia de que esta se encontra vulnerada no seio da Administração, que estaria estendendo vantagens de servidores efetivos àqueles estabilizados por força do art. 19, do ADCT, que não se submeteram a concurso, ou, pior, ainda manteria em seus quadros funcionários sequer estáveis.

Segurança jurídica

Cumpra avançar, então, na análise da conduta que se espera da Administração Pública em face de tais atos flagrantemente inconstitucionais, passados 20 anos desde a sua edição.

Em situações em que se constata ilegalidade perpetuada ao longo do tempo, relevante

⁵ In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 187-188

parte da doutrina abraça a prevalência do princípio da segurança jurídica sobre o princípio da legalidade (ou como forma última de concretização deste):

A previsão constitucional dos princípios da legalidade e da segurança jurídica pressupõe, assim, uma harmonização sistêmica que enseja, conforme as circunstâncias, interessantes combinações.

[...]

Mas como ponderar o princípio da legalidade administrativa com outros princípios, sem abdicar da própria ideia-força do Estado de direito, que é a primazia da lei e a submissão dos atos administrativos aos seus comandos? Estar-se-ia a permitir a sobreposição da vontade da Administração às determinações legais?

[...]

Pois bem. Tendo agido subjetivamente de boa-fé (boa-fé subjetiva), confiando legitimamente em uma situação digna de confiança gerada pelo Poder Público (*standard* de comportamento leal e confiável médio que se aproxima da boa-fé objetiva) e tendo orientado efetivamente a sua conduta em conformidade com essas premissas, não é *justo*, em maioria de casos, que essa *confiança legítima* do particular seja frustrada por uma *mudança de posição* do Estado – seja ela decorrente da invalidação de um ato administrativo ilegal ou da declaração da inconstitucionalidade de uma lei.⁶

Em reforço a tal entendimento, seus defensores invocam a manifestação do Supremo no Mandado de Segurança n. 22.357/DF:

EMENTA: Mandado de Segurança.

2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões.

3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU.

4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança.

5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.

6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público.

7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes.

9. Mandado de Segurança deferido

(MS 22357 / DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. GILMAR

MENDES; Julgamento: 27/05/2004; Tribunal Pleno)

A decisão invocada refere-se à contratação de servidores pela INFRAERO, por meio de processo seletivo, e não de concurso público, após a CF/88.

Destaque-se, contudo, que, no item 7, a Corte esclareceu que, na situação específica, havia um conjunto de situações que justificavam a incidência do princípio da segurança jurídica,

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Op. cit.*, pp.192- 203

haja vista a boa-fé dos servidores que foram aprovados em rigoroso processo seletivo numa época em que a necessidade de concurso público para a admissão de servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista ainda era controvertida (a matéria só foi pacificada, no Supremo, em 1993 – MS 21.322/93).

Como se vê, a hipótese tratada naquele expediente diverge da situação fática ora em baila, notadamente porque, neste caso, era de amplo conhecimento a necessidade de realização de concurso público para fins de efetivação no serviço público, especialmente em um contexto em que diversos servidores tinham sido sumariamente desligados do serviço, porque não estáveis, com base na nova ordem constitucional. Além disso, como já visto, o próprio Pretório Excelso se manifesta de maneira absolutamente oposta - no sentido da não prevalência do princípio da segurança jurídica - em casos idênticos ao presente.

A própria doutrina reconhece, ademais, que incumbe ao Judiciário a última palavra na análise da legalidade/ constitucionalidade dos atos da Administração:

O poder de apreciação da legalidade de qualquer ato da Administração Pública pelo Judiciário, como já tratado, é determinação constitucional, logo, não se questiona a possibilidade de controle de tais atos, mas sim a operacionalização e a materialização dessa fundamental atividade estatal.

[...]

Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello assenta que “é ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Nesse mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.”⁷

Não se olvide, ademais, que as manifestações do STF acima transcritas, referentes às legislações de outros Estados, foram decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade de normas, de efeito vinculante e erga omnes, consoante expresso Texto constitucional:

Art. 102...

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

É verdade que o controle concentrado recaiu sobre normas de outras unidades da Federação, e não exatamente sobre o Estatuto baiano, o que poderia levar ao credo de que a deliberação não vincularia o Estado da Bahia.

⁷ FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da Administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp.121-122

Sobreleva firmar, todavia, que a doutrina defende que os órgãos constitucionais estão vinculados, não apenas à parte dispositiva, mas também aos fundamentos jurídicos levados a cabo pelo Supremo para alcançar declarações em controle concentrado. É o conclui o então Procurador Geral da República, atual Min. Gilmar Mendes, buscando, na doutrina alemã – de onde também bebeu o Constituinte brasileiro – inspiração para discorrer sobre o alcance do efeito vinculante (ainda sob a vigência da redação dada ao art. 102, §2º, da CF/88, pela EC 03, de 17 de março de 1993):

Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardarlhe plena obediência. Tal como acentuado, o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.

É certo, pois, que a não-observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado (cf., também, CPC, art. 133, I).

[...]

5. Conclusões

[...]

II - No estudo dos elementos do efeito vinculante, emerge a discussão acerca dos limites objetivos e subjetivos deste instituto. A melhor doutrina defende que o efeito vinculante transcende a parte dispositiva da decisão. Assim, os princípios extraídos da parte dispositiva quanto e dos fundamentos determinantes da decisão vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros.⁸

Pertinente mencionar que a tese acima vem sendo rechaçada pelo próprio STF em julgados recentes, especialmente para afastar o cabimento de Reclamação em situações que se identificam apenas com os motivos determinantes - e não com o real objeto - das decisões tomadas como paradigmas.

De qualquer sorte, não há dúvidas de que a matéria em foco nos autos já se encontra absolutamente consolidada naquela Corte, de forma que, em hipótese de insurgência de interessados frente ao Judiciário, o desfecho da demanda (ainda que por controle difuso de constitucionalidade) já seria conhecida.

Ademais, deve-se perseguir uma ordem mais ampla de controle de constitucionalidade, em que todas os órgãos constitucionais atuem de maneira legítima e moralizadora, na mesma direção, notadamente quando a voz do Guardiã da Carta Magna já se fez ouvida em repetidas oportunidades acerca da efetivação dos direitos fundamentais em casos semelhantes. Neste contexto, atente-se para as cuidadosas conclusões de Juarez Freitas⁹, com ênfases acrescentadas:

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>.

Acesso em 20 abr. 2015

⁹ FREITAS, Juarez. A Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 258, set./dez. 2011

a) Existe dever de resistir à ordem manifestamente inconstitucional, quando cumpri-la, ainda que baseada em lei, representar improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais. Não é exagero asseverar: *a falta de tutela ampliada da Constituição é, antes de tudo, uma falha moral.*

(b) *O controle de ofício de constitucionalidade, na esfera administrativa, deve ser visto como diferente do controle exercido privativamente pelo Poder Judiciário.* Aquele deixa de aplicar a lei ou o ato normativo com fundamento em inconstitucionalidade. Este declara a nulidade das leis ou dos atos normativos, fixando os efeitos. São operações jurídicas inconfundíveis. No entanto, tudo recomenda que se adote uma concepção de controle de constitucionalidade que, sem prejuízo do controle judicial, seja larga e elástica o bastante para não prender macunaimicamente o administrador público ao dócil cumprimento, “sem nenhum caráter”, de comandos manifestamente inconstitucionais.

(c) Uma das formas de controle de constitucionalidade, a ser efetuada pela própria administração (mas não só), é o controle das omissões ou inércias inconstitucionais. Em nosso ordenamento, os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade direta e imediata, independentemente de regulamentação legal. Cumpre, nessa medida, permitir, por assim dizer, que a Constituição administre e concretize direitos fundamentais.

(d) Outra das formas de realizar o controle administrativo de constitucionalidade reside, paradoxalmente, no pronto acatamento das decisões judiciais iterativas pela administração pública. Bem por isso, a administração pública (salvo motivo plausível) precisa, exemplarmente, acatar os pronunciamentos irrecorríveis do Poder Judiciário (notadamente as decisões definitivas do Plenário do STF, não apenas em sede concentrada), sob pena de perecer a credibilidade do sistema inteiro de controle, dele subtraindo o hálito vital do respeito mútuo e da interdependência dos poderes. Ademais, seria despropositado não acatar pronunciamentos em sede difusa, apenas com base numa carência de manifestação suspensiva do Senado, quando, sobre a matéria, o Poder Judiciário tiver iterativa e consolidada posição. Ainda: desde que largamente pacificada a orientação jurisprudencial superior, afigura-se cristalino o dever (não mera faculdade) de acatamento dos precedentes judiciais e da emissão célere dos atos declaratórios, pareceres normativos e súmulas administrativas com acorroboração de tais diretrizes. Presente o aludido acatamento de ofício, resultará, provavelmente, fortalecido o princípio da deferência. Por motivos de produtividade funcional do discurso deontológico da Carta e sem menosprezar o papel da autoridade administrativa (justamente, ao revés), forçoso entender que o legislador fecunda e parteja o preceito jurídico, mas incumbe ao Estado-juiz efetivar o controle cabal de adequação à Carta. Do entendimento e da aceitação da intangibilidade desse ciclo, resulta aperfeiçoado o controle de juridicidade constitucional, incluindo aquele efetuado pela própria administração. Eis tarefa crucial para que o Estado-administração aja, de ofício, como integrante do Estado constitucional que é. A não ser assim, a longo prazo, apresentam-se onerosíssimos prejuízos (perfeitamente evitáveis) para os cofres públicos. Paga-se para compensar a maliciosa resistência à Carta, que produz danos irreparáveis ou de difícil reparação, sobretudo quando se configura, nos processos, o caráter protelatório ou a litigância de má-fé.

(e) Quando o Estado-administração absorve a vinculação primeira à juridicidade constitucional, cria as condições favoráveis à constitucionalidade, no seio das relações administrativas. Assim como o agente público tem o dever de, motivadamente, recusar o cumprimento de ordem manifestamente ilegal, com muito mais razão, tem o dever de resistir à ordem manifestamente inconstitucional, na defesa real da presunção de legitimidade e de constitucionalidade dos atos administrativos.

(f) O controle ampliado da constitucionalidade, uma vez acolhido o acordo semântico proposto, deixa-se traduzir, no âmbito do escrutínio e da sindicabilidade dos atos administrativos, como *peculiar controle de conformidade dos atos administrativos com os princípios da Constituição, muito destacadamente com o princípio da moralidade.* Sim, cumprir — ou determinar cumprir — uma ordem manifestamente inconstitucional viola, inclusive, o princípio da moralidade.

(g) Não é nenhuma temeridade reconhecer que todos os poderes de Estado, em parceria com a sociedade, têm de realizar, às abertas, uma tutela sistêmica e integrada da constitucionalidade, de molde a fazer que aconteça a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais de várias dimensões. Dessa maneira, o Estado-administração também precisa, de maneira fundamentada, realizar, de ofício, o controle de constitucionalidade, em nome do direito fundamental à boa administração pública. Não significa — seja dito uma vez mais — declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, exclusividade do Poder Judiciário, mas deixar de aplicar lei ou ato normativo que inviabilizar o cumprimento da Constituição.

(h) Constata-se, em instância derradeira, o expressivo desafio de erigir o novo relacionamento entre a Constituição e o administrador público, tarefa que implica a expansão da rede sinérgica e cooperativa de guarda da constitucionalidade. Tal guarda de ofício (que pode deixar cautelarmente de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional, sem excluir as técnicas da interpretação conforme ou a abertura de exceções, muito menos a tomada de providências para que a inconstitucionalidade seja afastada, em definitivo, pelo

Poder Judiciário) ostenta o condão de aperfeiçoar, *nos limites das respectivas atribuições*, a implementação dos princípios, direitos e objetivos fundamentais, no campo das relações administrativas. Eis o robusto motivo pelo qual, no modelo brasileiro, revela-se, por todos os ângulos, altamente benéfico assimilar, vez por todas, que *bem administrar é, antes de tudo, aplicar a Lei Fundamental de ofício*.

Assim, ainda que a lei estadual não tenha sido especificamente declarada inconstitucional, e ainda que a doutrina recomende a prevalência da segurança jurídica, a amparar a manutenção da situação inconstitucional flagrada em seu seio, outra conduta não se espera da Administração, senão a de ampliar as fronteiras do controle de constitucionalidade, para atuar em uníssono com os demais órgãos constitucionais, sob a regência do intérprete último da Constituição Federal, sem que isto vulnere seu papel de questionar, por vias próprias, decisões que lhe pareçam infundadas.

Feitas estas considerações, e já fixando a inconstitucionalidade das normas em debate como premissa para a atuação da Administração, convém ouvir o que assevera o Supremo Tribunal Federal, também acerca da leitura cabível para o decurso do tempo em casos idênticos ao presente (grifos não originais):

EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Decisão que determina ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará que promova o desligamento dos servidores admitidos irregularmente sem concurso público após a Constituição Federal de 1988. Aplicação direta do art. 37, caput e inciso II, da CF. Decadência administrativa. Art. 54 da Lei 9.784/1999. Inaplicabilidade em situações flagrantemente inconstitucionais. Apreciação conjunta, pelo CNJ, de pedidos de providências com objetos similares. Possibilidade. Desnecessidade de nova intimação. Duração razoável do processo. Apreciação das razões de defesa pelo CNJ e por comissão especialmente instituída no TJPA. Contraditório e ampla defesa assegurados. Agravo regimental não provido.

1. Configura o concurso público elemento nuclear da formação de vínculos estatutários efetivos com a Administração, em quaisquer níveis.

2. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo na Administração Pública sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. (Precedente: MS nº 28.297/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado, DJ de 29/4/11).

3. Quando configurada a identidade de objetos, não há violação do contraditório, mas, antes, respeito à duração razoável do processo, na análise conjunta pelo CNJ de pedidos de providência paralelamente instaurados naquele Conselho. Fica dispensada, na hipótese, nova intimação dos interessados, máxime quando suas razões forem apreciadas pelo CNJ e por comissão especialmente instituída no tribunal para o qual for dirigida a ordem do Conselho.

4. Agravo regimental não provido.

(MS 29270 AgR/ PA - PARÁ; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI;

Julgamento: 10/04/2014; Tribunal Pleno)

EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Decisão que determina ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará que promova o desligamento de servidores irregularmente admitidos sem concurso público após a Constituição Federal de 1988. Aplicação direta do art. 37, caput, e inciso II, da CF/88. Decadência administrativa. Artigo 54 da Lei 9.784 /1999. Inaplicabilidade em situações flagrantemente inconstitucionais. Recurso não provido.

1. O concurso público é elemento nuclear da formação de vínculos estatutários efetivos com a Administração, em quaisquer níveis.

2. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo na Administração Pública sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784 /1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. (Precedente: MS nº 28.297/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 29/4/11).

3. Agravo regimental não provido.
(STF - AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA MS 30014 DF; Data
de publicação: 17/02/2014)

Constata-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o decurso do tempo não tem o poder de sanar vício de flagrante inconstitucionalidade, não sendo aplicável, assim, prazo decadencial.

Ainda que o art. 39, da Lei estadual n. 12.209, de 20 de abril de 2011, tenha tratado de prescrição, e não de decadência, observa-se que o lastro para o não alcance das situações flagrantemente inconstitucionais é o mesmo: o mero decurso do tempo não tem o condão de “cicatrizá-las”.¹⁰

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

Ementa

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE PESSOAS EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO APÓS 1988. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECE A PRESCRIÇÃO, COM APOIO NO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932. INAPLICABILIDADE ÀS HIPÓTESES DE FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. RETORNO DOS AUTOS PARA A PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que considerou o advento de prescrição, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ao pleito de ação civil pública ajuizada para desconstituir a efetivação de atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não realizaram concurso público. Diversas pessoas foram nomeadas, após o advento da Constituição Federal, para cargos efetivos na Assembleia Legislativa.

2. Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

3. O Superior Tribunal de Justiça considera aplicável, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, o prazo previsto no artigo 21 da Lei 4.717/65. Precedentes: AgRg no AREsp 113.967/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.6.2012; AgRg no REsp 1.185.347/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.4.2012.

4. No caso, contudo, não pode ser localizada prescrição da pretensão do Ministério Público, pela flagrante e continuada violação aos preceitos constitucionais de 1988. Tampouco seja possível reconhecer também eventual decadência, sendo desinfluyente, portanto, discussão sobre o termo inicial.

5. É assentado que, após o advento da Constituição Federal de 1988, há necessidade da realização de concurso público para a efetivação no cargo público. Súmula n. 685 do STF (“é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”).

¹⁰ LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *O Tempo pode cicatrizar a Inconstitucionalidade?* Disponível em

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-tempo-pode-cicatrizar-a-inconstitucionalidade>>. Acesso em 18 abr. 2015

6. Em razão de os atos administrativos de provimento serem absolutamente inconstitucionais e, logo, nulos, por violação ao direito, que nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia relevá-los (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não há falar em prescrição nem em decadência para o Ministério Público buscar, em juízo, as providências cabíveis para restaurar a necessidade de observância do princípio constitucional do concurso público, não importando o tempo que o cidadão permaneceu, ilicitamente, no exercício do cargo. Nesse sentido: STF, RE 216443, relator p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-026.

7. Deve-se esclarecer que o caso não enseja pronunciamento a respeito da constitucionalidade do art. 54 da Lei n. 9.784/1999 nem do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, pois, na verdade, em atenção ao princípio da especialidade e à luz do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, as disposições desses dispositivos não alcançam situações fático-jurídicas cuja ocorrência tenha-se dado com a não observância de direitos e garantias individuais. A respeito, pelo STF: MS 29270 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe- 105; MS 28273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-034; MS nº 28.297/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 29/4/11. E, pelo STJ: RMS 36.294/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/8/2013; REsp 1293378/RN, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 5/3/2013. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que a ação, retomando seu regular trâmite, seja julgada no mérito. (REsp 1310857/ RN; Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS; SEGUNDA TURMA;

Data do Julgamento: 25/11/2014)

Ademais, não se pode vislumbrar interesse público incidente apenas sobre a segurança daqueles que firmaram vínculos sabidamente precários com o Estado, quiçá em momento pós-constitucional, sem contemplar o interesse público que sustenta os princípios da impessoalidade, da isonomia e da moralidade públicas, lastros do concurso público, a amparar, inclusive, cidadãos que se submeteram (ou que gostariam de haver tido esta chance), sem o sucesso final da nomeação, a concursos públicos para o provimento de cargos efetivos que se encontram irregularmente ocupados.

Alcança-se, pois, a **quinta conclusão: não incide prescrição ou decadência em favor da manutenção dos atos de efetivação dos servidores que não prestaram concurso público (estabilizados, ou não, por meio do art. 19, do ADCT).**

Modulação dos efeitos da invalidação dos atos

Em que pese não ter força para obstar a invalidação dos atos, o fato de que estes terem sido editados há mais de 20 anos atrai a necessidade de uma cuidadosa modelagem do procedimento para esta invalidação, bem como de seus efeitos.

Servidores estabilizados por meio do art. 19, do ADCT, e funcionários de fato

Aqui importa diferenciar as situações de que se precisa tratar: de um lado, os servidores que deveriam apenas ser estáveis, por força do art. 19, do ADCT, por contarem mais de 5 anos de serviço público quando da promulgação da Constituição Federal; de outro lado, aqueles servidores que não tinham direito, nem à estabilidade do art. 19, do ADCT, por haverem ingressado no serviço público após 05/10/1983, e, mesmo assim, foram efetivados por força da Lei 6.677/94. Em ambos os casos, não houve submissão a concurso. Doravante, os primeiros serão denominados estáveis, e os últimos, **funcionários de fato**.

Quanto aos estáveis, a invalidação recairia sobre o ato de efetivação, e suas consequências, como aposentadoria pelo Regime Próprio, promoção etc.

No que se refere aos funcionários de fato, a invalidação deve incidir sobre o ato de efetivação e suas consequências, mas também sobre a admissão daqueles que ingressaram no serviço público após a CF/88.

Procedimento

De início, importa perquirir o que antevê a Lei estadual n. 12.209/11, em capítulo específico:

Art. 131 - Rege-se pelo disposto neste Capítulo o processo de invalidação de ato e contrato administrativo, que poderá ser instaurado pela Administração, de ofício, ou a requerimento de particular.

[...]

§ 2º - O processo de invalidação será instaurado de ofício pela Administração por iniciativa da própria autoridade que praticou o ato ou celebrou o contrato, bem como pelo seu superior hierárquico.

Art. 132 - O processo de invalidação obedecerá ao seguinte procedimento:

I- será inicialmente submetido à apreciação do órgão de consultoria jurídica, o qual, no prazo de 20 (vinte) dias, manifestar-se-á sobre sua pertinência, opinando pela invalidação, quando for o caso, salvo quando forem necessárias providências para a instrução do processo;

II - quando for reconhecido, pelo órgão de consultoria jurídica, que os efeitos da invalidação atingirão direito individual, a autoridade competente determinará a intimação do interessado para apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias e para ter conhecimento dos termos da decisão;

III - após a conclusão da instrução ou, na hipótese prevista no inciso II deste artigo, ultrapassado o prazo para apresentar alegações finais, a autoridade decidirá acerca da invalidação no prazo de 20 (vinte) dias, por despacho fundamentado;

IV - quando for reconhecido, pelo órgão de consultoria jurídica, que os efeitos da invalidação atingirão direitos transindividuais, a autoridade competente determinará publicação da decisão no Diário Oficial;

V- a autoridade administrativa, ao pronunciar a nulidade do ato processual, declarará os atos a que ela se estende;

VI - da decisão que invalidar o ato ou contrato administrativo caberá recurso hierárquico, sem efeito suspensivo.

Art. 133 - No curso do processo de invalidação, a autoridade poderá, de ofício ou em virtude de requerimento, suspender a execução do ato ou contrato, para evitar lesão ao interesse público de difícil ou impossível reparação, na forma prevista no Capítulo VI, do Título II, desta Lei.

Art. 134 - A decisão que declarar a invalidade do ato ou contrato estabelecerá as providências necessárias para desfazer os efeitos produzidos, observando-se os direitos de terceiros de boa-fé, e determinará a apuração de eventuais responsabilidades.

Art. 135 - Ao declarar a invalidade do ato ou contrato, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, poderá a autoridade restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que só tenha eficácia a partir do ato decisório ou de momento específico.

Neste momento, é sabido que o Chefe do Poder Judiciário baiano já instaurou o processo de invalidação dos atos cuja inconstitucionalidade ficou aqui demonstrada, servindo

o presente opinativo como a manifestação do órgão oficial de consultoria jurídica. A partir deste pronunciamento, deve-se abrir prazo para manifestação dos funcionários em foco, assegurando o amplo contraditório, restando à autoridade competente decidir, então, sobre a invalidação dos atos.

Parâmetro de modulação

Nota-se, ainda, que a Lei de Processo Administrativo do Estado previu a possibilidade de a própria Administração modular os efeitos da decisão que anula atos administrativos – no caso, as efetivações operadas em 1994.

Neste esforço, revela-se prudente tomar como parâmetro as já transcritas decisões do Supremo Tribunal Federal, que modularam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, diante das situações fáticas consolidadas. AADI 4876/DF, que cuidou da legislação mineira, merece especial atenção:

ADI 4876 / DF - DISTRITO FEDERAL

4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal.

Num primeiro olhar, tal modulação poderia parecer não aplicável ao caso em tela, haja vista que o Estatuto baiano datou de setembro de 1994, não tendo sido objeto do controle concentrado por parte do Judiciário, enquanto a norma mineira, publicada em 2007, foi julgada inconstitucional, neste particular, em 2014.

Calha destacar, no entanto, que, em 1990, foi editada a Lei que instituiu o Regime Jurídico Único no Estado de Minas Gerais (Lei n. 10.254/90), ocasião em que os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional - inclusive admitidos mediante convênio - tiveram seus empregos transformados em “função pública”. Deste modo, a LC n. 100/2007 teria apenas completado um ciclo de efetivação dos servidores mineiros, que vinham exercendo função de caráter permanente desde 1990. Vê-se, então, que as situações desconstituídas pela decisão do STF haviam sido consolidadas desde 1990, aproximando-se, sobremaneira, do cenário baiano.

Desta forma, tem-se que os parâmetros utilizados pelo STF para modular os efeitos de sua declaração na ADI 4876 podem ser adotados como farol pela Administração em sua atuação.

Servidores estáveis

Convém avançar, neste momento, no exame do regime a que os servidores estáveis estariam submetidos.

Os posicionamentos não são uniformes. Alguns consideram que tais servidores deveriam permanecer submetidos à CLT¹¹, haja vista, se fossem estatutários, não faria sentido admitir a possibilidade de que viessem a se submeter a concurso público para efeito de efetivação, eis que, como tais, já teriam acesso a todas as benesses dos titulares de cargos efetivos¹². Outra corrente entende que não há óbice para que servidores estabilizados em virtude do art. 19, do ADCT, tenham sido convertidos em estatutários¹³, por disposição legal¹⁴.

A diferenciação entre vantagens estatutárias, ou específicas dos titulares de cargos efetivos, em que pese ser bastante gril, deixou vestígios nos textos legais, sendo possível definir, por exemplo, que a aposentadoria fulcrada no art. 40, da Constituição Federal, seria própria dos titulares de cargos efetivos, bem como vantagens como estabilidade econômica e evolução na carreira, por meio de promoção (art. 40, da CF/88, arts. 30 e 92, da Lei 6.677/94).

Ocorre que, como o constituinte derivado estadual não revogou expressamente determinados verbetes do art. 263, da Lei 6.677/94, e a Administração não alocou os estáveis em qualquer quadro especial, é cediço que tais servidores permaneceram, além de irregularmente efetivados, também segurados obrigatórios do IAPSEB (e, sucessivamente, do FUNPREV), evoluindo, ainda, na carreira.

Como já visto, a efetivação dos estáveis foi flagrantemente inconstitucional, porém se percebe que as nuances do regime jurídico e das vantagens inerentes aos titulares de cargos efetivos constituem zona de difícil exploração. Quanto a estas nuances, portanto, não se pode falar em “flagrante inconstitucionalidade”, a ensejar o esvaziamento da incidência do prazo prescricional previsto pela Lei 12.209/2011, segundo a qual:

¹¹ ARAÚJO, Pablo Vinícius Félix de. Acesso a cargos e carreiras via estabilidade excepcional.. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2029, 20 jan. 2009. Disponível

em: <<http://jus.com.br/artigos/12218>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

¹² MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 55, 2011. Disponível em:

<<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=120629>>. Acesso em: 14 abr. 2015

¹³ CASTRO, José Nilo de; OLIVEIRA, Adilson José de; PASSOS, Carolina Pagani. Servidores ocupantes de quadro residual _ Regramento do art. 19 dos ADCT _ Emenda à Lei Orgânica Municipal _ Extensão de direitos de servidores efetivos e estáveis aos servidores ocupantes de função pública do quadro residual _ Discussão acerca da constitucionalidade da concessão de benefícios e direitos. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, ano 8, n. 23, jan./mar. 2007

¹⁴ RECURSO DE REVISTA RR 186300-95.1999.5.12.0018; Data de publicação: 20/04/2007

Ementa: RECURSO DE REVISTA. MUNICÍPIO.SERVIDOR CELETISTA ESTÁVEL.ARTIGO 19 DO ADCT.

FGTS. COMPATIBILIDADE . Sem prejuízo da estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT, os servidores têm direito ao depósito do FGTS, até a transformação do regime jurídico de celetista para estatutário. A aquisição da estabilidade por servidores não concursados, em razão da prestação permanente de serviços por cinco anos na época da promulgação da nova Constituição , não altera o regime jurídico e, mantida a relação de emprego, o regime do FGTS tem integral aplicação, por força do disposto no artigo 7º , III , da Constituição . Nesse contexto, compatível a convivência entre a estabilidade no emprego e o regime do FGTS. Recurso não conhecido. (Grifei)

Art. 39 - A Administração tem o dever de invalidar seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

§ 1º - Os atos administrativos ilegais de que decorram efeitos favoráveis ao administrado deverão ser invalidados no prazo de 05 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados.

§ 2º - Na hipótese de comprovada má-fé do administrado, a qualquer tempo, a Administração invalidará o ato ilegal e adotará medidas para o ressarcimento ao erário, se for o caso.

Calha registrar que, ao longo das discussões atinentes à ADI tomada como parâmetro, o STF levantou as controvérsias acerca do regime previdenciário a que os estáveis estariam submetidos, das ascensões funcionais havidas fora das funções nas quais foram originalmente investidos etc. Acerca, por exemplo, do provimento derivado por meio de concurso interno, acerca do qual havia controvérsias no seio da própria Corte, assentou-se que:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

I. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37,

II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999.

II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.

III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

IV. - RE conhecido, mas não provido.

(RE 442683 / RS; Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 13/12/2005; Segunda Turma)

Tem-se, portanto, que os atos de efetivação dos servidores estáveis por força do art. 19, do ADCT, são flagrantemente inconstitucionais, e, portanto, não podem ter seu vício sanado. **Diferente sorte merecem as consequências de tal efetivação (definição de regime funcional e previdenciário), as quais, porquanto pouco precisas, não comportam inconstitucionalidade tal, que lhes afaste da incidência do prazo prescricional.**

Com efeito, não se recomenda promover qualquer alteração, em especial, em torno do regime previdenciário a que os estáveis estão submetidos, notadamente porque, ao longo dos anos, têm vertido suas contribuições em favor do Regime Próprio, mediante incidência de alíquota em patamar superior àquele reservado ao Regime Geral.

Durante os debates travados no Supremo acerca da decisão ora tomada como referência, percebeu-se que, da leitura do art. 19, do ADCT, não se defluía o Regime a que os estáveis estariam vinculados, havendo divergência acerca disto. Acaso se entendesse pela vinculação ao RGPS, seria necessário um encontro de contas bastante complexo. Diante disto, a situação dos servidores aposentados, tanto os estáveis, quanto os funcionários de fato, também foi preservada

da invalidação, alcançando, ainda, aqueles que já tivessem adquirido o direito à aposentadoria até a data do julgamento da ADI.

Não se admite apenas que a evolução funcional tenha ocorrido em carreira diferente daquela em que o servidor foi estabilizado, haja vista que tal transposição também padece de flagrante inconstitucionalidade:

Súmula 685

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Verifica-se, portanto, como **sexta conclusão**, que incide o prazo prescricional previsto pelo art. 39, da Lei 12.209/11, sobre a definição do regime jurídico a que estavam submetidos os estáveis que foram efetivados, bem como sobre sua evolução funcional (desde que dentro da carreira referente ao cargo em que foram estabilizados), regime previdenciário e acesso a vantagens, sendo passíveis de desconstituição apenas aquelas concessões operadas nos cinco anos anteriores à data de invalidação do ato de efetivação.

Destaque-se, finalmente, que o STF excluiu os servidores **estabilizados por meio do art. 19, do ADCT**, da modulação dos efeitos de sua decisão, sendo pertinente apenas esclarecer sua situação doravante:

- aqueles que já se aposentaram não devem sofrer qualquer alteração em sua situação funcional;
- os que ainda estão em atividade podem permanecer no exercício do cargo, tendo seu histórico funcional preservado (desde que integrante da carreira em que foram admitidos, eis que seu vínculo com a Administração foi firmado, pelo menos, há 31 anos), exceto quanto a promoções ou concessões de vantagens próprias de titulares de cargos efetivos nos últimos cinco anos, não podendo ter acesso a qualquer nova progressão, ao exercício de função gratificada, a eventual estabilidade econômica ou a qualquer outra vantagem atrelada ao cargo efetivo, a partir da data da invalidação do ato inconstitucional por parte do Chefe de Poder;
- quanto à aposentadoria, recomenda-se que continuem sendo aplicadas as regras constitucionais próprias dos titulares de cargos efetivos.

Funcionários de fato

No que se refere aos funcionários de fato, constata-se que sua situação demonstra-se flagrantemente inconstitucional em sua totalidade, sendo certo que os próprios servidores sempre estiveram cientes da irremediável precariedade de seu vínculo com o Estado, impassível de ser sanada mesmo com o decurso de prazo decadencial ou prescricional.

Frise-se que, diante de tamanho vício, a modulação desenhada pelo STF para os funcionários de fato ainda em atividade fulcrou-se no cuidado em evitar solução de continuidade na

prestação dos serviços públicos, e não no princípio da confiança - pouco defensável na hipótese, diante do amplo conhecimento em torno da irregularidade da situação funcional -, notadamente porque qualquer tolerância ensejaria perpetuação da inconstitucionalidade.

Nesta senda, quanto aos **funcionários de fato**, que não fazem jus à estabilidade funcional, vislumbra-se, na linha traçada pelo STF, que:

- a situação dos aposentados deve ser preservada;
- aqueles que já tiverem adquirido o direito à aposentadoria podem ser inativados pelo Regime Próprio;
- no que se refere aos ativos:
 - aqueles que atualmente ocupam cargos para os quais haja concurso público em andamento, ou dentro de prazo de validade, deve ocorrer o imediato afastamento, emitindo-se Certidão de Tempo de Contribuição, passível de averbação em qualquer Regime;
 - não havendo concurso em andamento, o afastamento deve ocorrer no prazo de 12 meses (prazo razoável para que a Administração providencie a realização do certame, se for o caso), a fim de evitar solução de continuidade na prestação dos serviços públicos;
 - o momento do afastamento se aplica, também, àqueles que já reuniram os requisitos para a aposentadoria, aos quais incumbe o imediato pedido (ou pedido no prazo de 12 meses, a depender do caso), sob pena de afastamento compulsório do exercício cargo;
 - aqueles que permanecerem por 12 meses em virtude da inexistência de concurso em andamento para o provimento dos cargos que ocupam, e adquirirem o direito à aposentadoria nesse interstício, poderão aposentar-se pelo Regime Próprio, devendo, como visto, requerer o benefício no curso do referido prazo.

Neste particular, pertinente mencionar a seguinte decisão do STF:

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO - AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE - CESSAÇÃO DO VÍNCULO. Tratando-se de servidor público arregimentado sem a aprovação em concurso público e que, à época da entrada em vigor da Carta de 1988, não contava com cinco anos de prestação de serviços, descabe cogitar de ilegalidade na ruptura do vínculo.
(RE 223380/ MG; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 28/11/2000; Segunda Turma)

Servidores do IPRAJ

No que concerne aos servidores oriundos do extinto Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária - IPRAJ, importa frisar que o simples fato de a autarquia haver sido criada em 1984 não leva à conclusão de que todos os servidores que ali atuavam foram admitidos no serviço público estadual naquele instante.

É notório que, ao ser criado, um novo ente da Administração não inicia suas atividades necessariamente com novos servidores. Em regra, a Administração remaneja pessoas que já estejam laborando em outras áreas, preferencialmente afins, lotando-as na nova unidade.

A própria lei de criação do IPRAJ previu esta movimentação:

Art. 17 - Os servidores pertencentes ao quadro da secretaria do Tribunal de Justiça, contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho até 13 de novembro de 1984, poderão ser absorvidos pelo IPRAJ, a critério do Conselho de Administração, sem a exigência do § 1º, do artigo 7º e respeitado, quanto ao salário, o disposto no § 2º do mesmo artigo.

Parágrafo único - O Tribunal de Justiça realizará a absorção de que cuida este artigo dentro de 90 (noventa) dias da publicação desta Lei, devendo, até 150 (cento e cinquenta) dias após, submeter à Assembléia Legislativa do Estado proposta de criação do quadro de pessoal a que se refere o artigo 7º.

Além da possibilidade de terem sido oriundos do Tribunal de Justiça, servidores de outros órgãos da Administração também podem ter sido recrutados para passar a exercer suas atividades no IPRAJ, sendo computável, em tese, para a aquisição da estabilidade funcional, o tempo de serviço nesses órgãos. Trata-se daqueles servidores que integralizaram o quinquênio exigido pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT por meio de averbação de serviço público anterior.

Ademais, o Relatório põe em vala comum todos os servidores do IPRAJ como tendo sido admitidos no serviço público sem concurso público, porque a autarquia teria realizado, em seus mais de 25 anos de história, apenas um processo seletivo, em 2009.

Informações públicas dão conta dos diversos concursos realizados pelo IPRAJ para a admissão de servidores, valendo apontar, como mencionado pela Associação dos Servidores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que o certame cujo edital foi invocado no Relatório sequer chegou a ser promovido.

Aqui se conclui que a situação de cada servidor em atuação do Tribunal de Justiça deve ser avaliada individualmente, observando-se se houve certame público para a admissão – a alicerçar a titularidade de cargo efetivo, qualquer que tenha sido a época do concurso –; se o ingresso no serviço público se deu antes do quinquênio anterior à Constituição Federal, ainda que se tenha averbado prévio tempo público, hipótese em que incide a estabilidade excepcional; ou se o servidor ingressou, de fato, sem concurso público, após a outubro/83, sem qualquer averbação de tempo público anterior, hipótese em que incide a recomendação acima formuladas.

Conclusões

Conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, o caput e os §§ 1º e 2º, do art. 263, da Lei 6.677/94, padeciam de flagrante inconstitucionalidade. Por haverem sido revogados pela EC 07/99, não podem mais constituir objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, porém a Administração Pública deve negar a aplicação de seus ditames, no período em que ainda vigiam, não incidindo prescrição ou decadência em favor de sua manutenção.

Devem ser declarados nulos, porque inconstitucionais, os seguintes atos, após cuidadoso estudo da situação específica de cada servidor:

- a) a admissão de servidores, sem concurso público, após a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988;
- b) a concessão de estabilidade excepcional aos servidores que ingressaram no serviço público, sem concurso público, após 05 de outubro de 1983;
- c) a efetivação de servidores que nunca prestaram concurso (§1º, do art. 19, do ADCT), ou concurso público para provimento dos cargos que ocupam, ou dos cargos iniciais das respectivas carreiras (art. 37, II, da CF/88).

Por outro lado, incide o prazo prescricional previsto pelo art. 39, da Lei 12.209/11, sobre a definição do regime jurídico a que estavam submetidos os estáveis que foram efetivados, bem como sobre sua evolução funcional (desde que dentro da carreira em que foram estabilizados), regime previdenciário e acesso a vantagens, sendo passíveis de desconstituição apenas as promoções e concessões de vantagens ocorridas nos cinco anos anteriores à data de invalidação do ato de efetivação.

No que se refere aos efeitos das invalidações ora sugeridas, devem ser observadas as modulações expressas neste opinativo, tanto para servidores estáveis, quanto para funcionários de fato.

Sendo estas as ponderações alcançadas após a análise do expediente, convém frisar, finalmente, **que a problemática da Estabilidade Funcional abarca toda a Administração Pública estadual, de forma que o estudo e as recomendações aqui desenvolvidos pretendem servir de orientação para a atuação dos Chefes de todos os Poderes do Estado.**

É o parecer. À superior consideração.

Salvador, 22 de abril de 2015.

Alzeni Martins Nunes Gomes
Procuradora do Estado

— **PRÊMIO 2016**

Tributação - ICMS - Decadência

Cláudia Magalhães Guerra Attiná

PROCEDIMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO JURÍDICA
DECRETO Nº 11.737/2009

PARECER

TRIBUTÁRIO – ICMS – Decadência

- Análise dos motivos determinantes que ensejaram a expedição da Súmula nº 8 do STF – Reconhecimento do caráter de norma geral das previsões legais que tratam de decadência e prescrição em direito tributário
- Reflexo quanto à contagem dos prazos decadenciais dos lançamentos efetuados com fulcro no art. 107-B, §5º, do Código Tributário do Estado da Bahia, aplicado até a revogação promovida pela Lei nº 13.199/14 – Reiteradas decisões contrárias à tese sustentada pelo Estado
- Revisão do entendimento da Procuradoria Geral do Estado.

1. REGISTROS INICIAIS.

Tendo em vista a existência de reiterados pedidos de dispensa de recurso nas hipóteses em que há decisão judicial reconhecendo a decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário de ICMS quanto aos autos de infração lavrados em virtude da verificação de débito declarado e pago a menor, o i. Procurador Chefe da PROFIS instaurou procedimento de uniformização de jurisprudência administrativa, da forma prevista pelo Decreto nº 11.737/2009.

Assim procedendo, nos autos do Processo PGE 2016194710-0, solicitou aos membros do NAIPE a elaboração de relatório com o objetivo de obter definição a respeito da melhor estratégia a ser adotada nos processos administrativos e judiciais que envolvem tal matéria. A conveniência da definição sistêmica, portanto, se justifica considerando a edição da Lei nº 13.199/14, que revogou o §5º, do art.107-B do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e, sobretudo, o grande volume de decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, uma vez que o TJ/BA, seguindo a orientação do STF, sedimentou o entendimento contrário à tese sustentada pela Procuradoria Fiscal, impondo, por conseguinte, consideráveis ônus sucumbenciais a serem suportados pelo erário.

Em verdade, a análise dos impactos decorrentes da pacificação da jurisprudência sobre determinado assunto coaduna-se com a diretriz dos estudos empreendidos por esta PROFIS, no sentido de promover maior eficiência da recuperação dos créditos tributários, evitando que a atuação dos Procuradores se volte para demandas cuja probabilidade de êxito seja considerada improvável, como no caso de que se cuida.

Consoante o pedido de dispensa de interposição de Apelação encaminhado pela i. Procuradora Eliete Sampaio Lacerda Senra, nos autos às fls. 06, a discussão versa em torno da aplicação do §4º, do art. 150, do CTN, nas hipóteses de pagamento do crédito tributário, ainda que a menor, em detrimento da previsão constante do §5º, do art. 107-B, do COTEB, então em vigor à época dos fatos.

Sobre este assunto, cumpre-nos registrar que, no ano de 2009, este assunto foi amplamente discutido nesta PROFIS, inclusive em sede de procedimento de uniformização de jurisprudência administrativa, oportunidade em que, considerando o contexto da época, não foram acolhidas as conclusões lançadas no parecer da minha lavra (PA-CMG-92-2009), exarado nos autos do processo nº PGE2009168051, no sentido de que a mudança de entendimento manifestada pelo STF quando da edição da Súmula Vinculante nº 8 ensejaria o reconhecimento da inaplicabilidade do aludido §5º, do art. 107-B do COTEB, que ainda encontrava-se em vigor e vinha sendo aplicado pelos prepostos fiscais.

Ocorre que, passados os anos, verificou-se que a jurisprudência do TJ/BA acabou por aplicar a tese manifestada nos precedentes da Súmula nº 8 do STF e consolidou o entendimento de que as regras concernentes à decadência e prescrição em matéria tributária são reservadas à lei complementar. Em razão disso, em todo esse período, não se verificou êxito da tese então sustentada pelo Estado da Bahia no sentido de que deveria ser aplicada a norma prevista na legislação estadual que fixava prazo distinto para início da contagem do prazo decadencial nas hipóteses em que havia pagamento integral ou parcial.

Feitos esses breves registros a respeito do expediente inaugural que ensejou a elaboração do presente opinativo, demonstraremos a seguir, de forma mais detalhada, as razões pelas quais reputamos ser necessária a definição sistêmica quanto à atuação da PROFIS nos processos sob nossa condução e responsabilidade mediante instauração de novo procedimento de uniformização de orientação jurídica, especificamente voltado à revisão a orientação anteriormente aprovada pela PROFIS no ano de 2009, da forma que autoriza o art. 22 do Decreto nº 11.737/2009.

Para tanto, reputo ser salutar reproduzir alguns dos argumentos suscitados naquela oportunidade, os quais ainda subsistem pertinentes, acrescendo outros pontos constantes da jurisprudência atualizada e da ulterior alteração da legislação estadual promovida pela Lei nº 13.199/14.

2. REPERCUSSÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA EXPEDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF.

A discussão a respeito da contagem do prazo decadencial em diversas autuações, nas quais se adotava o critério previsto pelo do §5º, do art. 107-B do COTEB, então em vigor até ser revogado pela Lei nº 13.199/14, surgiu com a expedição, em 12 de julho de 2008, da Súmula nº 8 do STF que assim estabeleceu:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário”.

Observa-se que, em que pese este enunciado referir-se à inconstitucionalidade de normas previdenciárias e não tratar especificamente do prazo para constituição do crédito tributário dos tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, seu conteúdo volta-se à concepção de que a decadência e prescrição de crédito tributário, porquanto possui natureza jurídica de norma geral de direito tributário, é matéria reservada à lei complementar.

Esta conclusão decorre da leitura dos precedentes de determinaram a expedição desta Súmula, conforme se extrai do trecho julgamento do RE 556664, (Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 12.6.2008, DJe de 14.11.2008):

“Ementa: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS À LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5 DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.” (grifos acrescentados).

Assim, ao analisar os precedentes que ensejaram a edição da Súmula nº 8, confirma-se que seu conteúdo não se restringe à declaração de inconstitucionalidade das normas ali citadas, mas abrange indubitavelmente o entendimento de que as normas que tratam da prescrição e decadência em matéria tributária possuem natureza de normas gerais, disciplina reservada, portanto, à lei complementar, no caso, o Código Tributário Nacional.

Isto se revela ainda mais claro, quando o Min. Relator, em seu voto, ao manifestar-se sobre o conhecimento dos recursos extraordinários, assim observou: “ressaltando o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional neles suscitada: a necessidade do uso de lei complementar para regular matéria relativa à prescrição e à decadência tributárias”.

Tendo em vista o reconhecimento da amplitude do conteúdo tratado no enunciado do STF, torna-se necessário verificar a sua repercussão quanto aos créditos tributários, cuja contagem

de prazos para constituição teve como fundamento o citado §5º, do art. 107-B, do COTEB, da forma como fora exposto linhas acima, especialmente considerando as diversas variáveis em que se desdobram as regras sobre os prazos decadenciais.

Por outro lado, antes de adentrarmos na análise do conteúdo da decisão em comento, cabe-nos ressaltar os efeitos processuais decorrentes da edição de Súmula vinculante pelo STF e, por conseguinte, o reflexo cogente do entendimento fixado pela Corte máxima quanto ao processamento e julgamento de demandas judiciais que tratam de matéria idêntica.

3. EFEITOS DA EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE PELO STF

O chamado efeito vinculante de súmula editada pelo STF impõe que a decisão exarada pela corte máxima deve ser obrigatoriamente obedecida para os demais tribunais que discutam questão idêntica.

Aliado ao fato de que a vinculação desta decisão deve ser necessariamente observada pelos tribunais quando do julgamento de processo com identidade de matéria, o entendimento fixado nas sumulas vinculantes aprovadas pelo STF devem igualmente ser seguido pela Administração Pública, como é o caso da situação tratada no presente expediente.

Este é o teor do impositivo constitucional:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Sendo, portanto, incontestável a observância, tanto pelo Poder Judiciário como pela própria Administração, da orientação fixada em súmula vinculante, resta-nos, agora, exclusivamente perquirir se há efetiva subsunção das situações discutidas no presente expediente – aplicabilidade da regra do §5º, do art. 107-B, do COTEB quanto aos fatos geradores ocorridos no período anterior a sua revogação – ao conteúdo dispositivo da referida Súmula nº 8 do STF, a partir do

exame das variáveis fáticas encontradas quando se aprecia as regras de contagem de prazos para constituição dos créditos tributários.

4. A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO DO ICMS E AS REGRAS SOBRE PRAZOS DECADENCIAIS – DELIMITAÇÃO DO OBJETO TRATADO NO PRESENTE RELATÓRIO.

Nesta oportunidade, a fim de confrontar a amplitude do impacto da orientação jurisprudencial em comento, necessário se faz discriminar as diferentes regras sobre prazos decadenciais disciplinadas no sistema jurídico pátrio, sobretudo considerando a existência da previsão constante §5º, do art. 107-B, do COTEB, a qual, apesar de revogada com o advento da Lei nº 13.199/14, subsiste como fundamento de validade de processos judiciais decorrentes da cobrança de autos de infração lavrados quando ainda estava em vigor a citada norma estadual.

Não é demasiado recordar certas particularidades acerca da natureza jurídica do ICMS, o qual, consubstanciado em espécie de tributo sujeito ao chamado lançamento por homologação, enquadra-se dentre aqueles em que o legislador outorgou competência ao particular para produzir a norma individual e concreta, contendo todos os elementos determinantes da obrigação tributária a fim de tornar possível a cobrança da exação. Assim, do regime jurídico aplicável ao ICMS se deduz que o particular produz esta mesma norma individual e concreta, com todas as características inerentes ao ato de constituição do crédito tributário.

Esta reflexão é importante na medida em que nos impõe reconhecer que as regras pertinentes à contagem dos prazos para constituir o crédito tributário – seja pelo lançamento strictu sensu, seja pelo ato do próprio contribuinte – são igualmente aplicáveis ao Fisco e aos particulares. Ou seja, a interpretação adotada quanto a estes dispositivos legais deve ser observada tanto pelos agentes fiscais quando da lavratura de autos de infração, quanto pelos particulares quando demandarem a repetição de possível indébito tributário.

Reprisados estes aspectos, torna-se mais fácil examinar as normas gerais dispostas na legislação federal que regulam a matéria, a fim de cotejá-las com o correlato regramento estadual.

Registre-se, por oportuno, que a presente manifestação volta-se especificamente às hipóteses em que houve constituição do crédito tributário de acordo com a disciplina então em vigor do §5º, do art. 107-B, do COTEB, a qual instituiu prazo decadencial diverso da previsão imposta pelo CTN, isto é, especificamente na situação em que se verifica a ocorrência de débito declarado e pago, ainda que parcialmente, desde que inexistia dolo, fraude ou simulação.

5. REGRAS GERAIS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE OS PRAZOS DECADENCIAIS (ARTIGOS 150, §4º E 173, I, DO CTN) – DISCIPLINA DISTINTA DA FIXADA PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL (ARTIGO 170-B, §5º DO COTEB).

Inicialmente, a identificação com segurança dos marcos para contagem dos prazos decadenciais em geral, pressupõe o reconhecimento de dois momentos distintos verificáveis no fluxo da constituição do crédito tributário, são eles, o momento da ocorrência, no mundo fático, do evento sujeito à incidência do imposto e o momento em que este evento foi convertido em fato jurídico e, finalmente, realizado o lançamento tributário.

Sobre o assunto, reproduzo as anotações lançadas no parecer anteriormente referido (PA-CMG-92-2009), o qual, como dito, ensejou a instauração do primeiro procedimento de uniformização de jurisprudência administrativa, ora sujeito à revisão.

Naquele opinativo anotei que não resta dúvida de que a verificação segura do início do prazo decadencial para constituir o crédito tributário se deduz da correta identificação do momento em que o evento sujeito à incidência do imposto efetivamente ocorreu, bem assim do momento em que este evento foi convertido em fato jurídico tributário, isto é traduzido em linguagem jurídica, mediante as provas admitidas no direito, e, finalmente constituído o fato jurídico tributário.

Com efeito, estas reflexões são importantes porque é necessário determinar no próprio lançamento tributário esses dois marcos temporais: (i) a data em que ocorreu o evento no mundo concreto e (ii) a data em que este evento foi traduzido em linguagem jurídica e passou a integrar o antecedente desta referida norma individual e concreta de imposição tributária.

Igualmente em outra oportunidade teci comentários sobre esta distinção¹, cuja reprodução também acredito ser conveniente para o fim de separar o momento em que se dá o ato de produção do enunciado prescritivo e o instante da expedição da norma propriamente dita ou, por melhor dizer, “uma coisa é o marco de tempo em que uma norma, individual e concreta, entra no sistema do direito posto; outra, a data que o enunciado registra como da realização do acontecimento”².

Especificados os elementos temporais na configuração do fato jurídico tributário, antecedente da norma individual e concreta descritiva da ocorrência do evento, PAULO DE BARROS CARVALHO distingue tempo do fato e tempo no fato. Segundo sua doutrina, o tempo do fato constitui a data em que o enunciado denotativo³ é introduzido no ordenamento jurídico mediante a expedição da norma individual e concreta. Trata-se, portanto, do tempo em que se dá o exercício da competência para a produção desta norma, da expedição do próprio lançamento tributário.

Como se sabe, a norma individual e concreta possui em seu antecedente a descrição de um evento já ocorrido na realidade fenomênica, subsumido à hipótese (conotativa) descrita também no antecedente daquela norma geral e abstrata que lhe serviu de fundamento de validade. Em se

¹ GUERRA, Cláudia Magalhães. Lançamento Tributário & sua Invalidação, Editora Juruá, 2ª edição, p. 88/89.

² CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência, p. 105.

³ O caráter de concretude da norma jurídica encerra sempre um enunciado denotativo, apontando para um evento ocorrido no passado. A norma abstrata, por sua vez, possui no seu antecedente, um enunciado conotativo, descritivo de um fato de possível ocorrência no futuro, indicando, portanto, apenas elementos identificadores.

tratando de descrição de algo sucedido no passado, há de fazer referência ao tempo em que tal evento ocorreu: é o tempo no fato.

PAULO DE BARROS CARVALHO, então, conclui que *“o tempo do fato vai ser o ponto de referência para a aplicação do direito positivo, no que toca à feitura como enunciado, disciplinando todos os procedimentos relativos à configuração factual, incluindo-se a própria competência do agente da Administração, ou do particular, para instituí-lo. (...) Seus efeitos serão, evidentemente, constitutivos: sem ele (ato de produção da norma) e antes dele, o fato inexistente, não está constituído”*.

E, ao tratar do tempo no fato, esclarece que *“vamos encontrar o tempo no fato obviamente depois de composto o enunciado prescritivo, ao entrarmos em contacto com o texto do ordenamento em vigor. Analisando sua redação, percebemos que menciona um acontecimento necessariamente pretérito. Esta menção é o tempo no fato, supinamente importante, na medida em que assinala os efeitos declaratórios do enunciado factual. A legislação aplicável será a vigente na data a que o fato se refere, isto é, na data do evento”*⁴.

A percepção da diferença entre esses dois momentos é importante, uma vez que as regras aplicáveis ao caso concreto (atos formais) serão aquelas em vigor na data da celebração do ato de lançamento, ou do documento formalizador da obrigação tributária expedido pelo particular. Já as normas jurídicas concernentes ao relato do evento, bem como as pertinentes à relação jurídica instalada com a constituição do fato, seriam as que estivessem em vigor na data do evento⁵.

Assim, uma vez apreciadas as particularidades destes marcos temporais (tempo do evento e tempo do fato jurídico tributário), pode-se avançar no exame da legislação federal sobre prazos decadenciais para constituir o crédito tributário. E, aqui, por mais uma vez, utilizaremos o estudo feito no Processo PGE2009168051 e que culminou no parecer PA-CMG-92-2009, no qual foram detalhadas sete situações que devem ser apartadas para fins de contagem do prazo decadencial, de acordo com os dispositivos do Código Tributário Nacional abaixo transcritos, inicialmente ignorando a regra disposta na legislação estadual anteriormente em vigor (§5º, do art.107-B do COTEB) e que deu ensejo à discussão ora relatada.

A primeira regra que merece destaque é a inserta no §4º, do art. 150, do CTN, segundo a qual:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

⁴Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência, p. 123-124.

⁵Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência, p. 107.

Em seguida, do art. 173 do mesmo diploma legal determina que:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado

(...)

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Cientes da existência dessas duas previsões legais, perfeitamente aplicáveis quanto aos tributos sujeitos ao chamado “lançamento por homologação”, a exemplo do ICMS conforme foi dito, podemos finalmente examinar separadamente as seguintes situações:

- (i) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido e, no prazo correto, efetua o pagamento e extingue a respectiva obrigação tributária;
- (ii) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, e efetua o pagamento em montante inferior ao que foi declarado;
- (iii) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude de dolo, fraude ou simulação;
- (iv) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, todavia não efetua o respectivo pagamento;
- (v) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido e, como não efetua o respectivo pagamento, o Fisco notifica o contribuinte a realizar este pagamento;
- (vi) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
- (vii) quando há anulação do lançamento anterior.

Para sistematizar melhor a identificação de cada caso, bem como o correlato dispositivo da legislação federal aplicável, analisaremos cada hipótese separadamente, sem ainda, repita-se, nos referir à legislação estadual que fixou prazos distintos da citada regra geral.

DÉBITO DECLARADO E TEMPESTIVAMENTE QUITADO.

A primeira hipótese reflete a mais comum situação quanto à extinção das obrigações

tributárias referentes ao ICMS. Neste caso, verifica-se o que se denomina “homologação tácita do lançamento”, aplicando-se a regra prevista no §4º, do art. 150, do CTN, isto é, cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Por muitas vezes anotamos que, em que pese o citado dispositivo legal falar que há homologação do lançamento, em verdade, o fisco realiza a homologação do pagamento, com a extinção do crédito tributário constituído por força da declaração constante da norma individual e concreta produzida pelo particular. Efetivamente são dois efeitos reflexos: a homologação tácita do pagamento antecipado e a decadência do direito Fisco de produzir o lançamento de ofício.

DÉBITO DECLARADO E PAGAMENTO PARCIAL (RECOLHIMENTO A MENOR).

Na segunda situação, o contribuinte da mesma forma produz a norma individual e concreta, todavia não efetua o pagamento da integralidade do montante devido (e declarado). Há o que se chama usualmente de “pagamento a menor” ou “pagamento parcial”, igualmente ensejando a aplicação da regra prevista no §4º, do art. 150, do CTN (cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador).

Apesar de, ao final, provocar a incidência da mesma regra sobre os prazos de decadência, fizemos questão de separar esta situação em virtude da particularidade ordinariamente verificada no sentido de que, em alguns casos, o valor recolhido é tão diminuto em relação ao valor declarado, que pode caracterizar a hipótese de fraude ou simulação e, por via de consequência, a aplicação da regra constante do art. 173, inciso I e/ou parágrafo único, do CTN.

Há também situações em que se configura pagamento a menor por força de utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos o que, a depender do caso, pode se subsumir a hipótese de dolo, fraude ou simulação, não obstante, à primeira vista, este comportamento do contribuinte se apresentar como pagamento parcial.

DÉBITO DECLARADO, TEMPESTIVAMENTE PAGO E POSTERIOR VERIFICAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Feitas estas advertências a respeito de situações específicas para se reconhecer a efetivação de pagamento a menor e, por conseguinte, aplicação da regra do art. 150, §4º, constatamos a importância da análise do caso concreto para fins de subsunção adequada ao critério de contagem do prazo decadencial.

Desse modo, em se confirmando que houve a prática de dolo, fraude ou simulação – hipótese prevista no item (iii) acima exposto – há de ser aplicada a regra constante do art. 150, §4º, c/c com art. 173, inciso I e parágrafo único do CTN, ou seja, o direito da Fazenda Pública de expedir o lançamento de ofício extinguir-se-á depois de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Sobre este tema, não poderíamos deixar de considerar os comentários de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI que, ao tratar sobre as regras de decadência aplicáveis quanto aos distintos comportamentos do contribuinte em face da realização do fato jurídico tributário, faz esclarecedora advertência sobre a constituição do fato jurídico dolo, fraude ou simulação, apontando que: *“o fato jurídico da existência ou não de dolo, fraude ou simulação (parte final do Art. 150, §4º, do CTN) deve, para consecução dos objetivos estabelecidos nesses dispositivos, ser constituído na via administrativa, determinando, desse modo, a obrigatoriedade do lançamento de ofício (Art. 149, VII, do CTN) ou a impossibilidade da extinção do crédito pela homologação tácita (parte final do art. 150, §4º do CTN). Importa asseverar que a ocorrência de dolo, fraude ou simulação só é relevante nos casos de efetivo pagamento antecipado. Se não houve pagamento antecipado, seja porque o contribuinte não o efetuou ou porque o tributo por sua natureza se sujeita ao lançamento de ofício, o dolo, a fraude e a simulação hão de ser apurados no procedimento de fiscalização realizado de ofício, não servindo como hipóteses determinantes de prazo diferenciado de decadência”*⁶. (grifos acrescentados)

Ocorre que, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” previsto no inciso I, do art. 173 do CTN, há de se levar em conta que esta atividade do Fisco pressupõe a constituição do fato jurídico dolo, fraude ou simulação.

Isto significa dizer que, na situação em comento, há atividade da Administração voltada à averiguação das provas necessárias para comprovar a ocorrência do ilícito, razão pela qual, deve ser igualmente considerada a previsão constante no parágrafo único do art. 173 do CTN, observando que a notificação ao contribuinte se presta para constituir o fato dolo, fraude ou simulação e, por conseguinte, apresenta-se como medida indispensável para justificar a expedição do lançamento de ofício.

Em razão disso, em existindo notificação de ato preparatório para constituir o ato ilícito, a regra constante do inciso I, do art. 173, do CTN, deve ser aplicada conjuntamente com o parágrafo único deste mesmo artigo. Desse modo, esta hipótese deve considerar a data da constituição do fato jurídico dolo, fraude ou simulação – ou da notificação ao contribuinte acerca de medida preparatória para sua constituição – como marco inicial da contagem do prazo decadencial. Em síntese, a constituição do fato jurídico dolo, fraude ou simulação apresenta-se como a data em que o lançamento poderia ter sido efetuado, apontada no inciso I, do art. 173, do CTN ou, em havendo notificação, há de ser aplicado o parágrafo único desse mesmo artigo

DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO.

A situação prevista no item (iv) refere-se ao caso de débito declarado e não pago, devendo ser aplicada a previsão do art. 173, inciso I, do CTN que marca o início da contagem do prazo

⁶ Decadência e Prescrição no Direito Tributário, p. 164.

decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do evento tributário.

A incidência deste dispositivo legal quanto à contagem do prazo decadencial é inerente ao entendimento no sentido de que a Administração Fazendária, em verdade, homologa o pagamento e não o lançamento expedido pelo particular.

Em razão disso, frise-se que a autoridade fiscal, ao expedir o ato administrativo de lançamento tributário, realizará o verdadeiro ato de constituição do crédito tributário, revelando-se como norma individual e concreta, em cujo antecedente deverá obrigatoriamente consignar a data da ocorrência do evento tributário, fixando, por conseguinte, o “tempo no fato” e, no consequente, a imposição da obrigação tributária quanto ao pagamento do tributo pelo sujeito passivo.

Considerando que esta previsão é idêntica à regra geral da legislação estadual prevista no §5º, do art. 170-B, do COTEB, está situação não gerou o conflito discutido no presente expediente, razão pela qual não foi esta hipótese objeto de discussão judicial e, por conseguinte, definição no procedimento de uniformização de jurisprudência administrativa.

DÉBITO DECLARADO, NÃO PAGO E COM NOTIFICAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA.

A hipótese delineada no item (v) assemelha-se à descrita no item anterior. Todavia, neste caso, a Administração Fazendária realiza, em momento antecedente, outra espécie de ato comissivo voltado à constituição do crédito tributário, qual seja, a notificação do sujeito passivo de medida preparatória indispensável ao lançamento.

Diante desta situação, deverá ser observado o parágrafo único do art. 173 do CTN, o qual determina que esta notificação passa a configurar como o marco inicial para a contagem do prazo decadencial de cinco anos.

Com isso, observa-se que, quando a Administração notifica o sujeito passivo acerca da execução de ato preparatório para expedir o lançamento de ofício, o *dies a quo* do prazo decadencial é antecipado, porquanto não mais se aplica a regra da contagem a partir do exercício seguinte à data do fato gerador.

DÉBITO NÃO DECLARADO E NÃO PAGO (OMISSÃO DA OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL).

A situação disposta no item (vi) não guarda distinção com àquela prevista no item (iv), ou seja, tanto na hipótese de débito declarado e não pago, como na simples omissão de operação ou prestação tributáveis, deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN, contando-se o início do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte à data da ocorrência do fato gerador.

Recorde-se que, consoante explicitamos ao tecermos algumas ponderações acerca do

real conteúdo semântico da expressão “homologação do lançamento”, quando não há declaração, pelo contribuinte, da realização operação ou prestação tributável e, por conseguinte, inexiste o respectivo pagamento, não há o que o Fisco homologar, razão pela qual se aplica a regra inserta no art. 173, inciso I, do CTN.

ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO ANTERIOR.

Por fim, a última situação contemplada no item (vii) ocorre quando há anulação do lançamento anterior, isto é, quando existe decisão administrativa ou judicial que declare expressamente a anulação, por vício formal, do lançamento anteriormente realizado pelo Fisco.

Nos termos da regra constante do art. 173, inciso II, do CTN, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se depois de cinco anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Mais uma vez, utilizaremos dos comentários anteriormente expendidos sobre a matéria⁷, no sentido de que o enunciado prescritivo inserto do inciso II, do art. 173, do CTN não trata propriamente do limite temporal para o exercício do poder de revisibilidade do Fisco, mas sim, de uma particularidade quanto à contagem do prazo decadencial para produzir novo lançamento, caso a invalidação se dê por verificação de vício formal na norma impositiva anterior. Todavia, como o limite temporal para invalidar o lançamento coincide com o prazo em que o Fisco ainda dispõe para constituir o crédito tributário, torna-se importante analisar o conceito de vício formal a que se refere o art. 173, inciso II, do CTN.

Para o fim de explicitar melhor as situações em que é possível a aplicação desta regra do CTN, determinativa do início da contagem do prazo decadencial a partir da declaração de nulidade do lançamento anterior por força da verificação de vício formal, é preciso apontar os critérios para identificação deste tipo de defeito do lançamento, apartando-os das hipóteses em que se configura verdadeiro vício material.

De fato, o lançamento tributário, assim como qualquer norma prescritiva de obrigações, revela em sua estrutura a incidência de duas espécies de normas: normas de produção normativa e normas de conteúdo. Em razão disso é que, ordinariamente, nos referimos ao curso do processo de positivação do direito tributário formal (ou instrumental) e do direito tributário material, respectivamente, como condição de validade da norma individual e concreta produzida.

A separação desses dois tipos de normas é importante na medida em que percebemos que constituem igualmente o próprio fundamento de validade da norma individual e concreta, o lançamento tributário.

⁷ GUERRA, Cláudia Magalhães. **LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO & SUA INVALIDAÇÃO**, Editora Juruá, 2ª edição, p. 172/173

Por conseguinte, atento ao problema da hierarquia, LUÍS CEZAR SOUZA DE QUEIROZ⁸ observa que a norma de produção normativa, porque dispõe como outra norma pode ser criada, modificada ou extinta, sempre será hierarquicamente superior à norma produzida.

Dito isso, observamos que a expedição da norma individual e concreta e, consequentemente, a constituição do crédito tributário mediante a expedição do lançamento de ofício, pressupõe a incidência e aplicação das duas categorias de regras jurídicas simultaneamente. Isto significa dizer que há prescrições normativas que cuidam do conteúdo dispositivo do próprio lançamento (seus aspectos substanciais), bem como prescrições concernentes ao modo como deve ser ela produzida.

Esta é a lição de Kelsen, segundo o qual, *“as normas gerais a aplicar pelos órgãos jurisdicionais e administrativos têm, portanto, uma dupla função: 1a – a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles; 2a – a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo”*⁹.

Nota-se, portanto, que a primeira função das normas gerais destina-se à disciplinar o processo de geração normativa, o que significa dizer que o sistema jurídico, regulando sua própria criação, encerra normas que prescrevem o modo como outras devem ser introduzidas no ordenamento para serem reconhecidas como válidas. Trata-se de regras concernentes à competência do agente para a produção do enunciado prescritivo e, também, das que estabelecem determinados procedimentos indispensáveis à sua feitura. Na segunda função, reside o direito material, que cuida do cerne da prescrição normativa a ser inserta na norma individual e concreta.

Aplicando esta noção ao campo específico do Direito Tributário, poderíamos afirmar que o direito material a que alude Kelsen cuida do objeto da relação jurídica tributária: a obrigação do sujeito passivo de entregar recursos aos cofres públicos, e do seu contraponto, o crédito conferido ao sujeito ativo, em face do poder de exigibilidade.

Todavia, no que tange à produção da norma individual e concreta de imposição tributária, ainda se incluem no bojo do direito material as normas relativas (i) ao fato jurídico tributário; (ii) à regulação da conduta propriamente dita, com os respectivos direitos e deveres dos sujeitos da relação jurídica; e (iii) à indicação dos sujeitos ativo e passivo desta mesma relação.

ESTEVÃO HORVATH faz excelente síntese do tema em apreço – direito tributário formal e material e leciona que *“resumidamente se pode dizer que o Direito Tributário material, ou substantivo, é o que rege a obrigação tributária nos seus elementos essenciais: o fato imponível, a base imponível, a dívida tributária, tudo em conformidade com o princípio da legalidade. Já o Direito*

⁸ Sujeição Passiva Tributária, p. 68-69.

⁹ Teoria Pura do Direito, p. 256.

Tributário formal, ou administrativo, regula a atividade dos sujeitos passivos e da Administração Tributária para que as obrigações tributárias nasçam, desenvolvam-se e se extingam”¹⁰.

A utilização a concepção de direito material e formal nos termos acima evidenciados se revela bastante útil para o exame da situação ora em estudo, ao constatarmos que, a depender da categoria de norma violada, configurar-se-á nulidade ou anulabilidade da norma individual e concreta de lançamento tributário e, por conseguinte, aplicação do inciso II, do art. 173, do CTN.

Em verdade, a verificação da ocorrência de vício formal somente é possível quando nos debruçamos sobre a norma produzida e reconstruímos o modo como se deu seu processo gerativo, isto é, se foram efetivamente obedecidas todas as normas de direito formal aplicáveis, relativas ao sujeito competente para a expedição, das formalidades necessárias e do modo de exteriorização adequado.

No que se refere ao primeiro caso, ou seja, normas impositivas da competência para produzir o ato administrativo de lançamento tributário, o sujeito competente há de ser, obrigatoriamente, agente público. Assim, mediante a assinatura acostada ao lançamento confirmamos se foi o sujeito determinado em lei como apto para produzir o veículo introdutor que a proferiu.

WALTER BARBOSA CORRÊA¹¹ aponta duas espécies de violação de competência: territorial e objetiva. Segundo sua doutrina, há vício de competência territorial (*ratione loci*) quando a autoridade intervém em âmbito territorial cuja competência impositiva é deferida a outra autoridade, porém da mesma classe. Há violação de competência objetiva (*ratione materiae*) quando a autoridade pratica uma ação, no exercício de seu cargo, reservada a outra autoridade.

Disto se deflui que a incompetência do sujeito produtor do lançamento tributário é fruto da inobservância de normas correspondentes ao direito formal, pois também cuida do processo gerativo da norma individual e concreta.

Por outro lado, quando nos referimos ao que entendemos como “requisitos procedimentais”, registre-se que os consideramos como fatos jurídicos que, por imposição normativa, produzem efeitos jurídicos, e se revelam pressupostos essenciais para a expedição da norma individual e concreta de imposição tributária. EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI fala em procedimento, e o conceitua como “a solenidade jurídica prevista para o agente competente constituir o suporte fático do fato jurídico suficiente, para edição do ato-norma de lançamento tributário”.

Em verdade, seja adotando a nomenclatura “requisitos procedimentais”, seja utilizando a expressão “procedimento”, é importante salientar que, para a confecção do ato administrativo de lançamento tributário, há normas jurídicas estabelecedoras de condutas prévias voltadas para o modo

¹⁰ Lançamento Tributário e “Autolancamento”, p. 23.

¹¹ Lançamento Tributário e Ato Administrativo Nulo. *Revista de Direito Tributário* n. 01, p. 37.

como o agente competente deve verificar o fato jurídico tributário, calcular o montante do tributo devido, identificar os termos da relação jurídica e como se deve operar a formalização da prescrição normativa.

Assim, sem olvidar das particularidades concernentes à natureza jurídica do lançamento tributário como ato privativo da Administração, conclui-se que o aspecto de vinculação reporta-se ao procedimento (ato-fato) e não ao produto (ato- norma). Nos tempos modernos, as garantias dos cidadãos deixaram de vincular-se aos fins dos atos, mas, sobretudo, à maneira pela qual o Estado age. É o que se revela como atual tendência à procedimentalização dos atos administrativos.

Repita-se, porém, que a confirmação da obediência ao procedimento rigorosamente estabelecido em lei para a produção da norma individual e concreta é certificada mediante a observação de seus enunciados prescritivos. Por isso é que se diz que realizamos verdadeira análise do produto (ato administrativo) para constatar a legalidade do processo (procedimento administrativo).

Em contraposição, verificamos que a inobservância das normas de direito tributário material provocam defeitos não apenas no conteúdo prescritivo que o lançamento tributário deve possuir, porquanto se incluem também imperfeições na motivação, na causa e na finalidade da norma de imposição tributária.

Para corroborar esta perspectiva quanto ao processo de constituição do crédito tributário, salientamos que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF), aprovado pelo Decreto no 7.629/99, apesar de falar em “atos nulos”, relaciona no seu art. 18 os verdadeiros casos do gênero invalidade (nulidade e anulação) verificável por força de inobservância de normas de direito formal e de direito material, sem prejuízo de outras hipóteses que se possam constatar no caso concreto. Confira-se:

“Art. 18. São nulos:

I – os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II – os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III – as decisões não fundamentadas; IV – o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

b) em que se configure ilegitimidade passiva.”

De fato. Tome-se como exemplo a hipótese prevista no inciso I do citado art. 18 do RPAF, no qual se configura vício relativo à autoridade competente para expedição do ato administrativo, o que, conforme foi explicitado anteriormente, apresenta-se como vício de direito formal.

Por seu turno, a ilegitimidade passiva prevista na alínea b, do inciso IV, deste mesmo artigo, refere-se à desobediência à norma de direito material, uma vez que foi violada prescrição referente a elemento substancial da própria norma individual e concreta produzida.

Assim, identificados os vícios oriundos do descumprimento de normas de direito material e de direito formal, podemos avançar quanto ao específico problema da declaração de nulidade do ato de lançamento por vício formal e, em consequência, contagem do prazo decadencial consoante previsão do inciso II, do art. 173, do CTN.

EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI¹² observa que o lançamento é forma em relação à regra matriz de incidência, mas, quando nos voltamos para a norma de invalidação, a norma individual e concreta é matéria. Com isso, a partir da visão dinâmica do direito, esse jurista assinala a relação existente entre os conceitos de forma e matéria com o processo de positivação normativa. Sob outro enfoque do direito, o estático, verifica que há normas disciplinadoras de aspectos materiais e outras prescritivas do modo como as demais devem ser produzidas de maneira válida. As primeiras seriam aquelas a que denominamos normas de conteúdo, reguladoras de aspectos substanciais da norma individual e concreta de imposição tributária, e as segundas, normas de direito formal¹³.

Seguindo a proposta no sentido de que a anulação refere-se às hipóteses em que se verifica ofensa às regras que tratam de conteúdo formal da constituição de crédito tributário e a declaração de nulidade guarda pertinência com a violação às regras de conteúdo material da norma individual e concreta produzida, observa-se que o inciso II do art. 173 do CTN trata corretamente do assunto, ao vincular o conceito de anulação à hipótese de vício formal.

De fato. A anulação tem por suporte fático suficiente: (i) o reconhecimento de defeito do lançamento, por força da inobservância de preceitos que tratam do seu processo de produção normativa, os quais, em última análise, provocam vício formal, (ii) além do exercício da competência para invalidar a teor do prescrito no art. 145 do CTN.

Quando o lançamento é anulado em virtude do reconhecimento de vício formal, tal decisão não entra no cerne da norma individual e concreta, isto é, nada decide quanto ao cabimento ou não da imposição tributária. Apenas diz que a sua constituição não se deu com observância dos requisitos prescritos nas normas de superior hierarquia reguladoras do processo de produção normativa, e que tratam das formalidades essenciais à apuração do crédito tributário, do sujeito produtor, da notificação como garantia ao direito de defesa do particular etc.

Dessa forma, a decisão que reconhece o vício formal, anulando o ato administrativo existente, apenas tem o condão de marcar o início do prazo decadencial para o Fisco produzir novo lançamento, agora de acordo com os requisitos formais prescritos em normas de produção normativa. Esta decisão, portanto, não pode cuidar do conteúdo do lançamento, ou se é devida ou não a exação tributária.

¹² **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**, p. 123.

¹³ Para melhor compreensão dos efeitos decorrentes da classificação das regras jurídicas introdutórias de direito material e direito formal consideramos mais adequada sua análise sob o aspecto dinâmico, pois, como se sabe, o processo de positivação do direito se dá, inexoravelmente, com a aplicação e incidência de ambas as normas (de conteúdo e de forma), realizada mediante uma atividade de vai-e-vem constante. Concordamos, portanto, com Eurico Marcos Diniz de Santi ao afirmar: *"Importa notar, sob o enfoque da primeira visão, que direito formal e material se unem na realização de um único ato de aplicação do direito. No processo legislativo, por exemplo, estão presentes concomitantemente as normas constitucionais que disciplinam a forma do processo legislativo, bem como as normas constitucionais que delimitam o conteúdo da lei, definindo a competência material de cada ente tributante, de maneira que a lei é o resultado da aplicação da competência formal e da competência material"* (**Decadência e Prescrição no Direito Tributário**, p. 124).

QUADRO SINÓPTICO DAS REGRAS GERAIS DE DECADÊNCIA DO FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO PREVISTAS PELA LEGISLAÇÃO FEDERAL, SEM CONSIDERAR A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE PREVIA REGRAMENTO DISTINTO.

Situação	Regra aplicável do CTN
Débito declarado e pago	Art. 150, §4º
Débito declarado e pagamento parcial	Art. 150, §4º
Débito declarado e pago integral ou parcialmente, com verificação de dolo, fraude ou simulação	Art. 150, §4º c/c 173, inciso I ou parágrafo único (notificação de medida preparatória para constituir o dolo, fraude ou simulação)
Débito declarado e não pago	Art. 173, inciso I
Débito declarado, não pago e com notificação	Art. 173, parágrafo único
Débito não declarado e não pago	Art. 173, inciso I
Anulação de lançamento anterior	Art. 173, inciso II

6. DISCIPLINA PREVISTA PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL ACERCA DA CONTAGEM DOS PRAZOS DE DECADÊNCIA (ART. 170-B, §5º, DO COTEB), APLICADA ATÉ REVOGAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº 13.199/14.

Relacionados, ainda que sinteticamente, os contornos das regras gerais fixadas pelo Código Tributário Nacional sobre a contagem dos prazos decadenciais, passaremos a cotejá-las com os dispositivos da legislação estadual que tratam do tema, a qual, para fins do presente parecer, se voltam especificamente aos casos em houve constituição do crédito tributário em período anterior à edição da Lei nº 13.199/14, que expressamente revogou o §5º, do art. 170-B, do COTEB.

Em sendo assim, a proposta de uniformização de orientação jurídica abará exclusivamente as demandas judiciais e administrativas que envolvam os autos de infração cuja lavratura tenha adotado, como critério da contagem do prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o respectivo crédito tributário, a regra fixada pelo §5º, do art. 170-B, do COTEB, o que importa dizer que atinge lançamentos realizados até a entrada em vigor da Lei nº 13.199/14, ocorrida em 28 de novembro de 2014.

Pois bem, assim estabelecia o referido §5º, do art. 170-B, do COTEB, antes da revogação promovida pela Lei nº 13.199/14:

“Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, assim a homologa.

§5º. Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco anos), contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Verifica-se, portanto, que, diversamente do regramento previsto pelo Código Tributário Nacional, a legislação estadual, utilizando o permissivo constante do §4º, do art. 150, daquele diploma legal, disciplinou a matéria e adotou como critério uniforme para fins de contagem do início do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte ao do fato gerador, não prevendo, assim como consta da legislação federal, hipótese em que este prazo começa a ser contado a partir da data da ocorrência do fato gerador.

É exatamente neste ponto que se vislumbra o ponto central da divergência com a orientação jurisprudencial sedimentada pelo STF, qual seja, se o tratamento previsto na legislação estadual, instituindo prazo decadencial diverso da disciplina do CTN extrapolou os limites do exercício da competência legislativa instituída pelo art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal que reza:

“Art. 146. Cabe a lei complementar:

*III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
e) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.*

A tese até então sustentada pelo Estado da Bahia, a qual, repita-se, foi refutada pela Corte Máxima, aduzia que o exercício da competência estadual na fixação das regras decadenciais pelo COTEB, teria se dado nos estritos contornos previstos pelo

§4º, do art. 150, do CTN, porquanto este dispositivo legal não havia determinado expressamente que a lei a que se refere deve possuir status de lei complementar:

“Art. 150. (...)

§4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Ocorre que, como dito anteriormente, não podemos nos abster de ponderar que, com a edição da retro citada Súmula Vinculante nº 8, foi definitivamente fixado o entendimento do STF no sentido de que somente lei complementar poderá dispor sobre prazo de decadência e prescrição em matéria. Em razão disso, surgiu a incerteza sobre a constitucionalidade da previsão constante do COTEB, ainda que a referida decisão sumulada tenha apreciado questões concernentes à legislação previdenciária.

Isto significa dizer que, por cautela, tornou-se necessário sopesar se é pertinente que o Estado da Bahia continue a sustentar a tese que a norma prevista no art. 107-B, §5º, do COTEB reflete apenas norma procedimental sobre o momento para constituição do crédito tributário, expedida de acordo com o permissivo legal outorgado pelo §4º, do art. 150, do CTN ou se, diversamente, deve ser acolhido o entendimento do STF e admitir que houve inovação ilegítima do ordenamento jurídico.

Dito isso, também merece registro que, comparando a regra estadual com aquela instituída pelo CTN, o reflexo da mudança de entendimento do STF aparece apenas na situação

em que há ocorrência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, sem dolo, fraude ou simulação, hipótese sobre a qual delimitaremos as conclusões finais deste opinativo.

De fato. Conforme analisamos linhas acima, segundo a regra prevista pelo CTN, estas duas situações ensejam a aplicação do art. 150, §4º, ou seja, a contagem do prazo decadencial para expedir o lançamento de ofício inicia-se a partir da data da ocorrência do fato gerador. E, contrariamente, na forma prevista pelo art. 107-B, §5º do COTEB, este prazo inicia-se apenas no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

7. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE E O EXAME DA LEGITIMIDADE DA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA QUANTO À APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL ENTÃO EM VIGOR.

Em que pese o flagrante reflexo da orientação jurisprudencial sedimentada pelo STF na análise da aplicação do art. 107-B, §5º, do COTEB, não se pode olvidar que a Administração rege-se pelo princípio da estrita legalidade, inexistindo, portanto, possibilidade de negar cumprimento à lei, principalmente quando a norma nela prevista sempre figurou como disciplina legítima pelas decisões judiciais.

Com efeito. A Administração e, na situação em exame, representados pelos prepostos fiscais, se submetem à legislação aplicável ao caso concreto, razão pela qual, enquanto ainda em vigor o art. 107-B, §5º, do COTEB, encontravam-se impedidos de, ao seu critério, negar validade às regras previstas pela legislação estadual e se abster de constituir os respectivos créditos tributários que, segundo a regra do CTN, não poderiam mais ser objeto de fiscalização tributária.

Como se sabe, uma norma jurídica válida, vigente e eficaz, como à época era a regra constante do art. 107-B, §5º, do COTEB, somente perde sua força cogente quando retirada do sistema jurídico mediante a expedição de outra norma jurídica. Esta norma posterior, por sua vez, tratando o assunto de maneira distinta, pode ser tratar de lei de mesma ou superior hierarquia ou decisão judicial que declare expressamente sua inconstitucionalidade.

Verificamos que, até a expressa revogação do art. 107-B, §5º, do COTEB pela Lei nº 13.199/14, inexistia qualquer norma neste sentido, isto é, norma produzida por agente competente, cujo conteúdo seria a retirada do ordenamento jurídico a previsão da legislação estadual então aplicada, o que significa dizer que a disciplina estadual subsistia válida, vigente e eficaz e, por conseguinte, com todo poder de império que lhe é inerente.

Desse modo, enquanto remanescesse válida a norma estadual, não poderia a Administração deixar de aplicar seu conteúdo normativo, uma vez que não lhe seria permitido, em sede de processo administrativo fiscal, declarar inconstitucionalidade da norma do COTEB e reconhecer a invalidade de lançamentos tributários que teriam sido expedidos no lapso de tempo que, segundo a regra do CTN, estariam tragados pela decadência.

Contudo, não obstante a obrigatoriedade de aplicação da legislação estadual até a revogação determinada pela Lei nº 13.199/14, os órgãos da Administração, principalmente aqueles que exercem atividades de caráter sistêmico no sentido de orientar o comportamento de demais órgãos e setores que manifestam a vontade estatal, a exemplo da PGE, devem observar as constantes alterações das decisões do Poder Judiciário a fim de, na medida do possível, evitar constantes conflitos judiciais em que se questionam os fundamentos de validade dos respectivos atos administrativos.

Nesta oportunidade não podemos deixar de registrar que o verdadeiro interesse público é atingido quando se verifica a correta aplicação da lei, notadamente tendo em vista a manutenção do ordenamento jurídico positivo.

Desse modo, ao falarmos em Administração tributária judicante – atividade exercida por membros do Poder Executivo, no exercício da função administrativa, voltada à composição de discussões em matéria tributária, instaurada por força de impugnações do particular, por iniciativa do Fisco ou em virtude de recurso de ofício –, temos de atentar que o seu fim é, mediante a expedição de ato administrativo, dizer o direito em um caso concreto, proporcionando estabilidade às relações administrativas destinadas à cobrança de tributos.

Com efeito. No exercício da atividade judicante praticada por órgão estatal, o Poder Público se despe de todo caráter de parcialidade, ou seja, não lhe cabe prestigiar qualquer das partes envolvidas, ainda que uma delas seja integrante da Administração. Repita-se que as partes gozam das mesmas prerrogativas e que, sobretudo, o interesse público é alcançado quando há a devida aplicação da lei ao caso concreto.

Trata-se da busca do interesse público primário do Estado, isto é, a fiel aplicação do ordenamento jurídico, proporcionando garantias aos particulares quanto à estabilidade das relações jurídicas e sociais. O interesse secundário, manifestado pela percepção de recursos oriundos da exação tributária, somente poderá ser atingido se for coincidente com o interesse primário. Isto significa dizer que o interesse público na cobrança de tributos e o consequente abastecimento dos cofres públicos pressupõem o devido embasamento legal – em obediência ao princípio da estrita legalidade, de que não se afasta também a incidência da norma geral e abstrata de imposição tributária.

Disto se infere que, em última análise, o objetivo da organização estatal, seu interesse público primário, é a garantia aos particulares quanto à fiel aplicação da lei, mesmo com sacrifício do interesse secundário – o abastecimento dos cofres públicos –, se este não possuir base legal. Dessa forma, somente pautado em imparcialidade do órgão administrativo judicante, atinge-se o interesse público nos termos acima evidenciados.

Esta é a conclusão alcançada por PAULO DE BARROS CARVALHO, o qual, ao tratar do procedimento administrativo como manifestação de exercício do controle de legalidade, anota que “*se atinarmos à lição categórica de Seabra Fagundes, mediante a qual administrar é aplicar*

*a lei de ofício, poderemos reconhecer nessa atividade, de rigoroso e sistemático controle da legalidade dos atos administrativos, um signo expressivo da função administrativa, exercitada na plenitude de seu conteúdo essencial*¹⁴.

Isto nos faz concluir que, apesar de não ser possível aos chamados órgãos da administração judicante negar validade à lei estadual em vigor, poderiam ter reconhecido a mudança das decisões jurisdicionais e, a partir de então, orientar seus prepostos a observar o prazo reduzido previsto no CTN quanto ao início da sua atividade fiscalizatória para fins de lavratura de autos de infração e constituição dos respectivos créditos tributários.

Esta orientação, todavia, não teria o condão de provocar repercussão quanto aos autos de infração lavrados com observância da legislação estadual em vigor na época da autuação e antes da consolidação da jurisprudência pelo STF, através da expedição da Súmula nº 8, uma vez que, repita-se, não lhe havia sido retirado o fundamento de validade da atuação administrativa quanto ao momento da constituição do crédito tributário e inexistia provimento judicial definitivo e vinculante sobre a questão.

8. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS QUANTO AOS ATOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO, DECORRENTE DA ALTERAÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PELO STF.

Por força das advertências suscitadas linhas acima, cumpre-nos registrar com destaque que, no que se refere aos fatos jurídicos objeto de lançamentos tributários pretéritos, expedidos com fundamento na legislação estadual em vigor e em data anterior à consolidação da jurisprudência pela Corte Máxima, não seria adequado à Administração negar-lhes validade, submetida que está, repita-se ao princípio da estrita legalidade.

Em razão disso, a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula nº 8, acreditamos ser pertinente a aplicação da técnica da modulação dos efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da ocorrência de decadência. Por conseguinte, reputamos ser **cabível à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicaram o prazo previsto pelo art. 107-B, §5º do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, depois da edição da Súmula Vinculante nº 8, em 12 de junho de 2008.**

A técnica da modulação dos efeitos, ou por melhor dizer, limitação temporal dos efeitos da decisão judicial que declara inconstitucionalidade de norma jurídica, nada mais é que mecanismo eficiente para garantir a supremacia do princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações estabelecidas.

¹⁴ Processo Administrativo Tributário. **Revista de Direito Tributário**, n. 9-10, p. 280.

A advertência quanto a estes efeitos no que se refere ao caso concreto, isto é, exame da constitucionalidade do art. 107-B, §5º do COTEB, se mostra necessária quando percebemos que, ainda que esta norma seja declarada inconstitucional em sede de demanda judicial, é possível sustentar a modulação dos efeitos desta declaração, a fim de que se considerem legítimos os lançamentos tributários lavrados com base na norma estadual posteriormente retirada do ordenamento jurídico.

Em sendo assim, se é cabível ao Poder Judiciário, no caso de decidir pela declaração de inconstitucionalidade do citado dispositivo do COTEB, modular seus efeitos a exemplo do que decidiu quanto à situação tratada na Súmula Vinculante nº 8, com muito mais **razão poderá a Administração. ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial e com o fim de atender ao interesse público primário no sentido de evitar o volume de litigiosidade do Estado. reconhecer a decadência do direito de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados em data posterior à referida consolidação da mudança de entendimento jurisprudencial. ou seja, lavrados em data posterior a 12 de julho de 2008.**

9. DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO E DE RECURSO.

Tendo em vistas as considerações acima expendidas, notadamente quanto aos efeitos da edição da Súmula nº 8 do STF, o princípio da eficiência que norteia a atuação Administrativa impõe que sejam tomadas medidas acautelatórias voltadas a evitar sucumbências judiciais desnecessárias.

Diz-se que tais sucumbências seriam desnecessárias porque a consolidação da jurisprudência sobre o tema, associada aos efeitos objetivos fixados na legislação processual aplicável, nos impõe reconhecer que, com a consolidação da jurisprudência do STF no sentido de que regras atinentes à decadência e prescrição em direito tributário possuem natureza jurídica de norma geral, passível de disciplina apenas por lei complementar, dever ser acatada a tese segundo a qual não poderia o COTEB ter imposto regramento distinto quanto à matéria. Em razão disso, não há como se afastar da conclusão de que há manifesta previsibilidade do desfecho desfavorável das demandas judiciais em que se pretende adotar como válido os créditos tributários lançados com adoção da contagem do prazo decadencial fixado pelo art. 107-B, §5º do COTEB.

Assim, de forma sintética, aplicando a definição jurisprudencial fixada pela Súmula nº 8 do STF de acordo com a fundamentação exposta neste opintativo, sugere-se que dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observe a seguinte orientação:

“Reconhecer a procedência do pedido e abster-se de recorrer, nos processos relativos a autos de infração lavrados quando verificada a existência de operação declarada com pagamento integral ou parcial, sem ocorrência de dolo, fraude ou simulação, relativos a fatos geradores posteriores a 12 de junho de 2008 (Súmula vinculante nº 8, pelos seus motivos determinantes), devendo ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN (prazo decadencial contado a partir da ocorrência do fato gerador);

O entendimento aqui manifestado não implica prejuízo no dever de contestar e recorrer em relação a outras matérias objeto do processo.

Os débitos declarados em informações econômico-fiscais e não pagos terão o prazo prescricional contado na forma da decisão lançada pelo STJ sob sistemática dos recursos repetitivos RESP1120295-SP, de cinco anos a partir do vencimento da obrigação não paga”.

Efetivamente, justifica-se esta conclusão a partir da constatação de que seria perfeitamente adequado – e prudente, reitera-se – que seja fixada orientação uniforme no sentido desta Procuradoria se abster de oferecer contestação e interpor recursos nas demandas judiciais que discutam a matéria tratada no presente expediente, considerando os critérios para contagem dos prazos decadenciais da forma acima explicitada.

Por fim, não obstante o aspecto concernente à otimização da atuação desta Procuradoria Fiscal na busca da maior eficiência na recuperação do crédito tributário, ainda nos cabe destacar que a conveniência desta autorização revela-se ainda mais clara diante do disposto no §4º, do art. 90, do Novo Código de Processo Civil/2015 que estabelece: “*se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade*”.

São essas as considerações que submetemos à reunião do Núcleo de Procuradoria, a ser realizada no curso do Procedimento de Uniformização da Orientação Jurídica na Administração Pública Estadual, da forma prevista no art. 7º do Decreto nº 11.737/2009.

Salvador, 30 de agosto de 2016.

CLAUDIA GUERRA
PROCURADORA DO ESTADO

— **PRÊMIO 2017**

Aposentadoria. Invalidez.

**Janaína Bittencourt Faneca
Mascarenhas**

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 0603160028846, 0603150265998, 1500910000957

PGE.Net Nº: 2017.02.000599

ORIGEM: UNEB - UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA INTERESSADO (A): J. A. L .S

ASSUNTO: SERVIDOR - Previdenciário - Aposentadoria - Concessão - Invalidez Qualificada

PARECER N:001270/2017

APOSENTADORIA. INVALIDEZ. *Necessidade de compatibilizar a interpretação então vigente acerca da compulsoriedade da invalidez decorrente de deficiência com a proteção assegurada pela Lei nº 13.146/15. Considerações.*

Trata-se de processo de aposentadoria por invalidez do servidor epigrafado, no bojo do qual pede reconsideração do laudo que o declarou inválido em virtude de cegueira bilateral que lhe acometeu há quase trinta anos.

Depreende-se dos autos que o postulante, em virtude de glaucoma congênito, perdeu a visão de um dos olhos aos 19 anos, tendo ingressado no serviço público, em 1988, com esta condição.

No ano de 1989, quando ocupava dois cargos no serviço público estadual – um de professor universitário da UNEB e outro de Assessor Técnico Chefe (comissionado) do INTERBA – ficou completamente cego, o que acabou por motivá-lo a requerer, em 1990, sua aposentadoria por invalidez do cargo ocupado junto ao INTERBA, por não se sentir capacitado a continuar exercendo-o.

Em que pese a sua deficiência em virtude da cegueira bilateral, o servidor continuou exercendo as funções do cargo de professor universitário até que, no ano de 2015, foi surpreendido com seu encaminhamento para a Junta Médica Oficial do Estado da Bahia, o que acabou por culminar no impulsionamento de seu processo de aposentadoria por invalidez, o qual refuta, por meio de substancioso arrazoado, o qual passo a analisar.

Em sua peça recursal, na qual se manifesta através de advogada regularmente constituída,

[Voltar ao sumário](#)

o servidor alega cerceamento de defesa, por não ter sido notificado sobre a conclusão do laudo de invalidez, como também ofensa a princípios constitucionais, requerendo, além da desconstituição do laudo de invalidez, o ressarcimento pela suspensão do pagamento dos proventos referentes ao cargo no qual se encontra aposentado.

Eis um breve relatório.

O processo, como se demonstra, trata de aposentadoria por invalidez qualificada, no qual o interessado questiona a compulsoriedade do afastamento em virtude da simples constatação da sua condição de pessoa com deficiência visual.

Para analisar a matéria, portanto, faz-se imperioso trazer à colação o regramento constitucional que disciplina a aposentadoria por invalidez do servidor público. Vejamos:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

Depreende-se do excerto transcrito que o dispositivo constitucional estabeleceu uma norma de eficácia limitada, deixando a critério da legislação infraconstitucional a regulamentação do conceito de invalidez e os critérios para o seu reconhecimento.

Diante da opção constitucional, e da competência concorrente estabelecida pelo art. 24, XII, da Carta Magna, que atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre previdência social, cabe a análise da legislação infraconstitucional para que se apure o real alcance daquela norma, extraindo-lhe a melhor interpretação.

Nestes termos, cabe transcrever o quanto disposto na Lei nº 6.677/94, antes da sua revogação pela Lei nº 11.357/09:

Art. 122 - Será aposentado por invalidez permanente o servidor que, estando em gozo de licença para tratamento de saúde ou por acidente em serviço, for considerado

definitivamente incapacitado para o serviço público, por motivo de deficiência física, mental ou fisiológica.

Art. 123 - A aposentadoria por invalidez permanente será precedida de licença para tratamento de saúde ou por acidente em serviço, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.

Parágrafo único - A concessão da aposentadoria dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo de junta médica oficial do Estado e produzirá efeitos a partir da data da publicação do ato concessório.

Art. 124 - Em caso de doença grave que necessite de afastamento compulsório, a aposentadoria por invalidez permanente independerá de licença para tratamento de saúde, desde que o requerimento seja embasado em laudo conclusivo da medicina especializada, ratificado pela junta médica oficial do Estado.

Parágrafo único - Consideram-se doenças graves que requerem afastamento compulsório, tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS), esclerose múltipla, contaminação por radiação e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Como o Estatuto do Servidor Público, associou-se ao conceito de invalidez o de incapacidade para o serviço, para viabilizar a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria.

A legislação, portanto, deixava claro que a aposentadoria por invalidez dependia de uma constatação de incapacidade do servidor para o serviço público, por motivo de deficiência física, mental ou fisiológica e ressaltava que, em caso de doença grave que necessitasse de afastamento compulsório, a aposentadoria independeria de licença médica prévia, elencando como uma das doenças graves a cegueira posterior ao ingresso no serviço público.

O teor dos artigos supra transcritos trazia algumas presunções que vêm norteando o trabalho da administração desde então.

A primeira delas pode ser extraída do artigo 123 que, ao estabelecer que “a aposentadoria por invalidez permanente será precedida de licença para tratamento de saúde ou por acidente em serviço, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses” diz, a *contrario sensu*, que expirado o prazo de 24 meses de licença, e permanecendo a patologia que acometeu o servidor, deverá este ser aposentado compulsoriamente, ante a impossibilidade legal de prorrogação da licença. A aposentadoria por invalidez reveste-se, portanto, de compulsoriedade nestes casos.

A segunda decorre da leitura do artigo 124 que, ao elencar o rol de doenças que considera graves e que requerem afastamento compulsório, permite a inferência de que tais patologias, *de per se*, autorizariam a aposentadoria por invalidez, independentemente da perquirição da capacidade para o serviço público.

Interpretando-se desta forma, estaria o Estado compelido, por exemplo, a aposentar por invalidez o servidor que ficasse cego após o ingresso no serviço público, independentemente da sua capacidade para o exercício do cargo, já que a lei determinava que a cegueira seria uma doença grave que impunha afastamento compulsório.

Ocorre que a Lei nº 11.357/09, que revogou os dispositivos de matéria previdenciária da Lei nº 6.677/94, passou a asseverar:

Art. 15 - A aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de licença para tratamento de saúde, for considerado, por laudo médico pericial oficial, incapaz de readaptação para o exercício de seu cargo e retroagirá à data da expedição do referido laudo.

§ 1º - O laudo a que se refere o caput deste artigo será elaborado mediante a realização de exame médico-pericial a cargo da junta médica oficial do Estado, ou por instituição credenciada pelo Poder Público.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria por invalidez serão proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

§ 3º - Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondilite anquilosante, hepatopatia grave, fibrose cística, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, contaminação por radiação e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

A nova lei, à semelhança da anterior, vincula o conceito de invalidez ao de incapacidade para o exercício do cargo, estabelecendo que as doenças elencadas em seu rol teriam o mero efeito de oportunizar a percepção de proventos integrais aos servidores que, em decorrência delas, venham a se aposentar por invalidez.

Note-se que, diferentemente do regramento anterior, a nova lei não determina que as patologias elencadas pelo seu artigo 15 imponham ao servidor o afastamento compulsório de suas atividades, sendo esta uma significativa alteração legislativa, que implicará numa mudança de paradigma, a impactar na atuação do administrador.

No que diz respeito à situação do requerente, cuja patologia, caracterizada como grave, configura-se também como deficiência, nos termos da Lei Federal nº 13.146/15, há que se proceder, ainda, a uma outra análise, à luz das regras que disciplinam os direitos da pessoa com deficiência no ordenamento pátrio.

Para contextualizar historicamente o cenário de aprovação da Lei nº 13.146/15, Estatuto da Pessoa com Deficiência, cumpre assinalar que sua publicação visou compatibilizar a legislação infraconstitucional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por decreto, valendo ressaltar que este constitui-se o único tratado de direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro observando-se o quórum especial do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o que representa grande avanço no que diz respeito à proteção da pessoa com deficiência.

Vejamos, assim, o que dispôs o Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O art. 2º representa transcrição do art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e contempla a ideia de “ser a deficiência um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. Vale dizer, a deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo”¹.

Resta superada, portanto, a ideia de que a deficiência é característica ínsita e inarredável,

¹ PIOVESAN, Márcia. Convenção da ONU sobre os direitos da pessoa com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença [et al.]. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. - São Paulo: Saraiva, 2012. P. 47.

desvinculada de fatores externos, a caracterizar definitivamente a incapacidade do indivíduo, ficando revogadas, inclusive, as disposições referentes a incapacidades por deficiência constantes no Código Civil.

Assim, a incapacidade passa a ser vista como resultado da relação entre o impedimento (físico, mental, intelectual ou sensorial) e as eventuais barreiras do meio, devendo ser apurada, para que reste comprovada, em cada situação vivida pelo indivíduo.

Tal conceito, inclusive, começa a ser validado pela jurisprudência do STJ, conforme se extrai do trecho abaixo transcrito:

“... Os critérios de exame das provas no processo previdenciário já não se restringem aos instrumentos e às formas tradicionais. Ainda que o caderno processual não contenha elementos probatórios categóricos com relação à incapacidade do segurado, caso não se possa chegar a uma prova absolutamente conclusiva, consistente, robusta, é adequado que se busque socorro na prova indiciária e nas evidências. Nesse aspecto, não é preciso romper com os paradigmas da dogmática, porque tal meio probatório é legal e, no contexto, pode e deve ser valorada, sobretudo para essa espécie de prestação social, intrinsecamente permeada pela subjetividade, haja vista o moderno conceito de incapacidade dado pela Organização Mundial da Saúde: “Incapacidade, genericamente falando, é a resultante da interação entre a disfunção apresentada pelo indivíduo (orgânica e/ou da estrutura do corpo), a limitação de suas atividades e a restrição na participação social e dos fatores ambientais que podem atuar como facilitadores ou barreiras para o desempenho dessas atividades ou da participação (CIF/OMS, 2004). A incapacidade pode ser operacionalmente definida como debilidades não compensadas do indivíduo frente às exigências do trabalho, sempre tendo em mente que debilidade e incapacidade não são apenas uma consequência das condições de saúde/doença, mas são determinadas, também, pelo contexto do meio ambiente físico e social, pelas diferentes percepções culturais e atitudes em relação à deficiência, pela disponibilidade de serviços e legislação (CIF/OMS, 2004).” (TREZUB, Cláudio José. Fundamentos para a perícia médica judicial previdenciária. Curso de Perícia Judicial Previdenciária/coordenação de José Antonio Savaris. Curitiba: Alteridade Editora, 2014. p. 168)...” (AREsp 1077556, publicado em 26/05/2017)

Resta demonstrado, portanto, diante da nova realidade vivida pelo Estado brasileiro, de tentar efetivar as políticas públicas de inclusão da pessoa com deficiência, seja através de garantias expressas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, que visam sua inclusão no mercado de trabalho (arts. 37 e seguintes da Lei nº 13.146/15), seja através da reserva de cotas para inscrição em concursos públicos (art. 37, do Decreto Federal nº 32.398/99, que regulamentou a Lei Federal nº 7.853/99), que a determinação do afastamento por “invalidez” de um servidor que vem mostrando sua plena capacidade para o trabalho por mais de duas décadas, em que pese sua condição de cego, é um verdadeiro retrocesso, que clama por reparação.

Poderíamos, inclusive, viver a esdrúxula situação de garantir vaga de professor universitário a uma pessoa cega, pela política de cotas, e, ao mesmo tempo, determinar o afastamento compulsório de um servidor integrante do quadro, em virtude da sua mesma condição de cego!

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos desses seres humanos, que se caracteriza pela afirmação de sua dignidade humana, autonomia, não discriminação e igualdade perante os demais indivíduos, concluir, por mero enquadramento legal, que um servidor cego é incapaz para o trabalho, sem avaliar a relação entre a sua limitação e as condições necessárias para o exercício do *múnus*, além de atentar contra tudo conquistado até então, representa grande afronta a todo acervo legislativo construído para se tentar modificar a realidade social até então vigente.

A situação analisada nos autos é ainda mais absurda, considerando que, desde 1989, quando ficou completamente cego, o servidor vem exercendo suas funções, sem qualquer registro que deponha contra a qualidade dos serviços prestados, aceitando, por outro lado, o afastamento decorrente da invalidez de outro cargo, para o qual não se sentia devidamente capacitado.

Observa-se, portanto, que testemunham a favor da constatação da capacidade laborativa do servidor tanto a comprovação dos serviços prestados até então, como sua intenção de permanecer em atividade, num momento em que, caso optasse pela aposentaria por invalidez, teria assegurada a percepção de proventos em valor integral, num momento em que tanto se fala em crise da previdência, com garantia de paridade com os servidores da ativa.

Diante da situação apresentada, entendo urgente e necessária uma mudança no procedimento de concessão de aposentadoria por invalidez qualificada a servidores que sejam portadores de doenças graves tipificadas na lei que se caracterizem como deficiências, de modo que, no momento da avaliação médica do servidor, seja apurado se a patologia que o acomete realmente se incompatibiliza com o exercício do cargo, mesmo com uso dos recursos de tecnologia assistiva ou ajuda técnica previstos na Lei nº 13.146/15.

Face tudo quanto o exposto, opino pelo deferimento do pedido do servidor, entendendo, inclusive, pela desnecessidade de avaliação médica para permanência no cargo, uma vez que não há qualquer elemento que demonstre sequer indício de incapacidade para seu exercício.

Opino também pelo pagamento dos proventos suspensos, referentes ao cargo no qual se encontra aposentado.

É o parecer que submeto a apreciação superior.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, 15 de agosto de 2017.

Janaina Bittencourt Faneca Mascarenhas

Procurador do Estado

[Voltar ao sumário](#)

A faded, dark-toned portrait of a man with short, curly hair and glasses, wearing a suit and tie. The image serves as a background for the text.

— **PRÊMIO 2018**

Limite Bahia e Sergipe

Arley Cavalcante de Oliveira

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: PGE2017299266

PGE.Net Nº: 2017.02.001494

ORIGEM: AL - ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

INTERESSADO (A): Assembleia Legislativa Da Bahia - Alba

ASSUNTO: PATRIMÔNIO - Terras Devolutas - Discriminatória - Administrativa

PARECER N:001558/2018

DIREITO ADMINISTRATIVO. DEFINIÇÃO DE LIMITES TERRITORIAIS ENTRE ESTADOS- MEMBROS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 12, §4º, DO ADCT DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *Assinatura de Termo declaratório de divisa territorial entre Bahia e Sergipe. Necessidade de homologação pelas Assembleias Legislativas de cada Estado. Projeto de Lei pioneiro a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Inexistência de qualquer inconstitucionalidade.*

Trata-se de processo que envolve proposta de definição territorial entre os Estados da Bahia e de Sergipe, visando a atualizar os seus limites territoriais, mediante a consolidação do primeiro projeto de norma territorial celebrado entre dois entes federativos no Brasil.

O estabelecimento de normas territoriais objetiva dar segurança jurídica indispensável a uma gestão estadual plena em todo o território baiano e sergipano.

O processo foi encaminhado à Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia - SEI (fl. 02) para acompanhamento e operacionalização do acordo, em atuação conjunta com a Secretaria de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão de Sergipe - SEPLAG, e sob a supervisão do IBGE.

Existem normas estaduais antigas com previsão de traçados divergentes entre os dois Estados, quais sejam: o Decreto 11.089/1938, da Bahia, e o Decreto-Lei 295/1940, de Sergipe.

O estabelecimento dos limites territoriais entre os Estados ocorreu pela interpretação de cada um, o que gerou 02 (duas) linhas contrastantes de divisa com superposição de algumas áreas.

Apartir da década de 90, os problemas de ocupação do território passaram a ficar evidentes, visto que há dificuldades claras para o reconhecimento no campo dos limites estabelecidos pelas leis supracitadas.

No ano de 2016, formou-se, então, o grupo de trabalho - GT, com participação dos Procuradores Gerais dos Estados da Bahia e de Sergipe, o qual identificou a necessidade de aprovação de uma legislação que representasse fielmente o acordo social na fronteira entre Bahia e Sergipe.

Para isso, a participação dos municípios limieiros em ambos os Estados foi fundamental para chegar ao consenso, não só pelo conhecimento que cada Prefeito possuía sobre a área que administra, como também para o exercício do contraditório em plenitude, como um projeto pioneiro desse porte exige.

Ademais, seria imprescindível a realização de um trabalho de campo, cuja metodologia levava em consideração o pertencimento da comunidade (abordagem com os agentes sociais), quando não houvesse elementos naturais de delimitação.

O SEI/Bahia utilizou a mesma metodologia prevista na Lei 12.057/2011, que foi aplicada para redefinição dos limites legais entre municípios baianos. Todo o procedimento foi acompanhado de perto pelas Assembléias Legislativas dos dois Estados-membros, sendo realizadas reuniões com os deputados da Comissão de Assuntos Territoriais e Emancipação da ALBA e da Comissão Territorial da ALESE.

Concluiu-se que as duas legislações são ineptas e desarticuladas, não mais servindo como normas norteadoras dos limites entre os dois Estados. Inexiste, pois, legislação que descreva com precisão as divisas estaduais entre Bahia e Sergipe, uma vez que cada Estado criou a própria legislação sem a devida articulação com os entes políticos vizinhos.

Diante disso, após a realização dos trabalhos, os técnicos e gestores da SEPLAG/Sergipe, do IBGE e da SEI/Bahia, em conjunto, reuniram-se para a criação de uma proposta de norma regulatória e declaratória do limite político-administrativo entre os dois Estados, a qual será objeto de análise.

A seguinte documentação está juntada ao processo:

- a) Proposta de divisa estadual Bahia X Sergipe (fls.18 a 31);
- b) Minuta do Termo de Acordo - fls. 75 a 79;
- c) Minuta do Relatório Técnico- operacional- fls. 80 a 113;
- d) Minuta de Projeto de Lei - fls.114 a 122;

É o relatório. Passo a opinar.

No Brasil, não há lei que descreva com precisão as divisas estaduais e unifique a questão dos limites. Com exceção do Distrito Federal, nenhum outro Estado possui seus limites definidos legalmente e por coordenadas.

O território está ligado diretamente à noção de poder político e econômico, sendo extremamente importante a sua delimitação para fins de auto-organização, autogestão e auto-administração. Em poucas linhas, trata-se de um espaço delimitado pelo uso de fronteiras ou limites, não necessariamente visíveis, responsável por identificar o povo, que não se imagina sem sua expressão territorial.

O problema da falta de delimitação precisa das divisas entre os Estados no Brasil é anterior à Constituição Federal de 1988, cujos limites interestaduais estão baseados em incertezas, como, por exemplo, a descrição desconhecida de acidentes naturais. Em uma perspectiva macro, a imprecisão de limites territoriais mexe com a própria noção de soberania, que, enquanto, elemento do Estado, pressupõe um processo absoluto de territorialização, que, se realizado de forma precisa, evitará conflitos e questionamentos futuros.

Tendo em vista que as legislações estaduais de Bahia e Sergipe geraram superposições e discrepâncias evidentes ao longo dos anos, o planejamento deste Projeto de Lei pioneiro entre os dois Estados-membros foi construído com a compreensão de que cada ocupação humana possui a própria diversidade, inter-relações e uma complexidade própria, as quais, se não fossem levadas em consideração, em conjunto com o critérios naturais, somente gerariam novos conflitos e não resolveria o ordenamento territorial de cada Estado.

Nesse ínterim, passa-se a analisar as questões por que perpassam o Termo declaratório de divisa territorial a ser celebrado entre os Estados da Bahia e de Sergipe, com a interveniência da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

A Constituição Federal traz algumas regras em relação a limites e delimitação de divisas, especificamente no ADCT:

Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução.

§ 1º No prazo de um ano, a Comissão submeterá ao Congresso Nacional os resultados de seus estudos para, nos termos da Constituição, serem apreciados nos doze meses subseqüentes, extinguindo-se logo após.

§ 2º Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação

da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.

§ 3º Havendo solicitação dos Estados e Municípios interessados, a União poderá encarregar-se dos trabalhos demarcatórios.

§ 4º Se, decorrido o prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, os trabalhos demarcatórios não tiverem sido concluídos, caberá à União determinar os limites das áreas litigiosas.

Conforme a previsão da Constituição Federal, a competência de delimitar seus respectivos territórios pertencia a cada Estado e aos municípios. Somente se houvesse divisas litigiosas, ou estas não fossem delimitadas no prazo de 03 (três) anos, isto é, até o ano de 1991, o dever passaria a ser da União.

Apesar dessa norma, inexistia qualquer previsão normativa que exponha como deve ser feita a delimitação territorial, nem qual metodologia deve ser usada.

Além de não regular, os Estados e os municípios nunca foram cobrados por essa omissão. Nota-se que, de certa forma, passados quase 30 anos da promulgação, a Constituição Federal não foi cumprida, ocorrendo, até hoje, o jogo de empurra-empurra entre os entes federativos.

De um lado, o Estado da Bahia fixou unilateralmente, através do Decreto nº 11.089, de 30 de novembro de 1938, os territórios que estão sob seu domínio. Do lado oposto, o Estado de Sergipe também fez o mesmo, através do Decreto-Lei nº 295, de 02 de setembro de 1940, o que gerou, sob respaldo legal, intersecções e duas linhas de divisas divergentes, sem reconhecimento do IBGE.

No meio dessa discussão, quem mais é atingido por esse problema é a população envolvida, que necessita de solução, para não ser mais prejudicada ainda na prestação dos serviços públicos de que tanto necessitam, uma vez que, em algumas ocasiões, são assistidas em suas necessidades imediatas por Estados e Municípios que não correspondem à sua jurisdição territorial.

Com base nos resultados positivos com o processo de atualização das divisas intermunicipais, na forma disciplinada pela Lei Estadual nº 12.057/11, o Estado da Bahia iniciou os trâmites com o Estado de Sergipe, para, de forma consensual, promover a definição das linhas divisórias entre os dois Estados, com a participação da União Federal, através da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. O processo todo possui a finalidade de redefinir os limites entre os municípios com o uso de coordenadas geográficas, já que a legislação e os dados cartográficos que remetiam à divisa desses dois Estados são dos anos 40.

Diante disso, algumas questões jurídicas precisam ser pontuadas, o que será feito a seguir:

I) TERMO DE ACORDO ou TERMO DECLARATÓRIO DE DIVISA TERRITORIAL: qual a expressão mais adequada?

A minuta do Termo de Acordo do limite político-administrativo dos Estados da Bahia e de Sergipe foi submetida à análise desta Procuradoria Geral do Estado.

Passado o triênio após a promulgação da Constituição Federal, ao entregar à União a competência para realizar a delimitação no território nacional, com base em informações, estudos e levantamentos realizados pelo órgão técnico competente em âmbito federal (IBGE), o art. 12 do ADCT não impediu que os Estados pudessem, de forma consensual, atualizar as divisas territoriais entre eles, com a participação da União.

Após a realização de reunião com a comissão especial de assuntos territoriais e emancipação da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (ALBA) e da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe (ALESE), a Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia - SEI, em atuação conjunta com a Secretaria de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão de Sergipe - SEPLAG, e sob a mediação do IBGE, iniciou a operacionalização do grupo de trabalho criado (GT) para a delimitação territorial, com a participação das Procuradorias Gerais dos Estados da Bahia e de Sergipe.

É de conhecimento geral, que, com a evolução tecnológica na área da cartografia e a introdução de mecanismos de levantamento topográfico, possibilitou-se estabelecer, com precisão submétrica, os limites e as fronteiras antes previstos de forma rudimentar e empírica, sem grande fundamento científico e base fática concreta. Isso, indubitavelmente, permite-nos a correção de erros cometidos no passado, tal como ocorreu com as legislações que previram linhas divisórias divergentes com superposições entre a Bahia e Sergipe.

A Constituição Federal de 1988 estabelece como parâmetro para a delimitação territorial entre os Estados-membros a identificação de acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes (art. 12, §2º, ADCT, CRFB).

Diante disso, os órgãos envolvidos, depois de realizadas reuniões para definição de objetivos e parâmetros, partiram para o trabalho de campo, visando a dirimir dúvidas sobre os limites interestaduais.

Apresentado o relatório técnico-operacional com as conclusões da proposta de divisa estadual Bahia X Sergipe, não se trata aqui de um acordo entre os Estados, afinal, isso pressupõe concessões recíprocas entre os envolvidos. Da forma como foi realizado, o novo mapa da divisão territorial entre Bahia e Sergipe não possui como base a teoria do “quem perde” ou “quem ganha”

parcela maior de seu território. Trata-se de uma declaração de reconhecimento de pertença da população envolvida a um determinado Município e, conseqüentemente, ao Estado, de forma que o componente humano falou mais alto na declaração dos limites entre os dois Estados.

Assim, não houve qualquer modificação de divisas, uma vez que os dois Decretos constituem impropriedade jurídica, já que foram elaborados por entes com hierarquia equivalente sobre limites territoriais comuns. Na verdade, apresentou-se um ATO DECLARATÓRIO de algo que sempre esteve estabelecido nas comunidades, e o conhecimentos dos técnicos quanto às áreas visitadas somente veio a ratificar a questão.

O mais importante nesse processo de regularização de limites é a atuação efetiva e equilibrada de todos os agentes envolvidos: deputados membros da Comissão Especial de Assuntos Territoriais e Emancipação de ambos os Estados-membros, a população local dos municípios envolvidos, agentes dos municípios (Executivo e Legislativo), agentes dos Estados-membros (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a supervisão do IBGE por ser o órgão com competência constitucional para organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional.

Diante disso, a efetiva participação e supervisão do IBGE valida todo o processo de atualização das divisas entre os Estados da Bahia e de Sergipe. Inexistiu qualquer espécie de acordo ou transação entre os Estados da Bahia e de Sergipe. Houve a declaração de algo que sempre existiu, mas que, pela falta de tecnologia adequada, nunca fora legalizado. Por conseguinte, a expressão mais adequada ao procedimento realizado entre os dois Estados- membros é TERMO DE DECLARAÇÃO DE DIVISA TERRITORIAL, e não “Termo de Acordo definidor de divisa territorial”.

II) Qual o fundamento constitucional do Termo Declaratório de divisa territorial?

O Estado da Bahia iniciou os trâmites com o Estado de Sergipe, para, de forma consensual, promover a definição das linhas divisórias litigiosas entre os dois Estados, com a participação e supervisão da União Federal, através da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, e de todos os agentes interessados.

Em se tratando de TERMO DECLARATÓRIO de limites territoriais entre os dois Estados-membros, o que só foi viabilizado pelo uso da tecnologia atual, não há que se falar em criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios, hipóteses para as quais existem regras próprias no art. 18 da Constituição Federal.

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei

estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

O objetivo dos Estados da Bahia e Sergipe é promover e definir as linhas divisórias atualmente em litígio, realizando a delimitação mediante o atendimento a acidentes naturais, critérios históricos, a conveniência administrativa e a comodidade da população limítrofe. Em virtude de que não se enquadra no art. 18 da Constituição Federal, não há necessidade de realizar plebiscito das populações limítrofes para validar o limite político- administrativo proposto.

O processo todo possui a finalidade de redefinir os limites entre os municípios com o uso de coordenadas geográficas, já que a legislação e os dados cartográficos que remetiam à divisa desses dois Estados são dos anos 40, caracterizada pela superposição de áreas.

Sendo assim, respeitada a competência da União, o fundamento constitucional do Projeto de Lei em questão é o art. 12, §4º, do ADCT da CRFB, não se confundindo com as hipóteses de criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios, previstas no art. 18 da Constituição Federal.

III) O Projeto de Lei está eivado de alguma inconstitucionalidade?

O art. 12, § 4º, do ADCT da Constituição Federal prevê que, “se, decorrido o prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, os trabalhos demarcatórios não tiverem sido concluídos, caberá à União determinar os limites das áreas litigiosas”. Como já se sabe, a competência, atualmente, para resolver questões litigiosas relativas a limites no território brasileiro é da União. Sobre isso, não há o que se questionar.

No Projeto de Lei que visa a delimitar as divisas entre os Estados da Bahia e Sergipe, houve, indubitavelmente, efetiva participação da União, mediante a supervisão do IBGE, com base em estudos, informações e levantamentos por este realizados, além disso, o texto constitucional, em momento algum, impede o envolvimento dos Estados na iniciativa, o que, inclusive, imprimiu maior eficácia à solução de eventuais litígios.

Os Estados-membros são os principais interessados em evitar qualquer espécie de conflito. A experiência do Estado da Bahia com outros Estados, como, por exemplo, Tocantins, ainda é objeto de conflitos, pelo fato de que os proprietários se insurgiram contra a nova limitação territorial entre os dois Estados. Não é o caso da delimitação político-administrativa entre Bahia e Sergipe, que contou com o envolvimento de todos os interessados, desde a população local de cada município, os Prefeitos municipais, as Assembléias Legislativas de ambos e os órgãos competentes em assuntos territoriais.

Ademais, não houve qualquer descumprimento do art. 12, § 4º, do ADCT, visto que não aconteceu qualquer acordo ou transação entre os Estados da Bahia e de Sergipe, ao contrário, a participação de ambos, através da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia - SEI, em atuação conjunta com a Secretaria de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão de Sergipe - SEPLAG, sob a supervisão do IBGE, (órgão competente) objetiva justamente evitar litígios e apenas traduz a expressão do federalismo cooperativo, adotado pela Constituição Federal de 1988.

O verbo “cooperar” significa “trabalhar em conjunto” e, diante da impossibilidade de garantir a estabilidade de um Estado federal, sem que haja a cooperação entre seus Entes, nada mais interessante que a atuação conjunta e consensual dos Entes como resposta a tensões de competência resolutive da União, de forma a garantir o equilíbrio entre pretensões e interesses locais, ajustados ao bem-comum.

No art. 23 da Constituição Federal, o federalismo cooperativo foi instituído mediante a previsão da competência comum da União, Estados, DF e Municípios, os quais devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. A delimitação de limites territoriais em litígio é competência da União, porém nada impede a participação dos Estados- membros e dos Municípios, enquanto maiores interessados e conhecedores da realidade de seu território. A competência da União foi a todo momento preservada, com a supervisão do IBGE, de modo que não há qualquer inconstitucionalidade no Projeto de Lei de delimitação territorial entre os Estados da Bahia e de Sergipe a ser levado ao Congresso Nacional.

A expansão do modelo de federalismo cooperativo depende justamente de projetos pioneiros como o ocorrido entre Bahia e Sergipe, sob a perspectiva de uma mudança de postura, muito mais preocupada com a pergunta “que deve ser feito?” do que “a quem compete fazer aquilo?”. Por fim, inexistiu qualquer supressão da competência da União - esta foi respeitada com a supervisão do IBGE, que supervisionou e convalidou o trabalho feito pelo SEI/BA e SEPLAG/ SE. Na presente experiência, apenas ocorreu a efetiva cooperação dos Estados e Municípios interessados e envolvidos na delimitação territorial.

Os órgãos técnicos de cada Estado-membro exerceram papel imprescindível na identificação da linha divisória correta, compreendendo a importância de cada ocupação humana e buscando preservar o patrimônio natural, construído ou cultural, visando a estabelecer o equilíbrio necessário à evolução de cada população envolvido no acesso aos serviços públicos essenciais.

IV) Qual o papel da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia e da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe?

O art. 70, IV, da Constituição do Estado da Bahia prevê que cabe à Assembleia

Legislativa, com sanção do Governador do Estado, legislar sobre limites do território estadual e bens do domínio do Estado, bem como criação, fusão, incorporação, desmembramento e extinção de Municípios e fixação de seus limites.

Art. 70 - Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:

IV - limites do território estadual e bens do domínio do Estado, bem como criação, fusão, incorporação, desmembramento e extinção de Municípios e fixação de seus limites;

Como já demonstrado, o objeto deste procedimento de declaração e delimitação de limites territoriais entre os Estados da Bahia e Sergipe não possui qualquer relação com a segunda parte do art. 70, IV, da Constituição do Estado da Bahia (*“bem como criação, fusão, incorporação, desmembramento e extinção de Municípios e fixação de seus limites”*).

A linha divisória em questão fora reconhecida e declarada por meio de levantamentos cartográficos, geodésicos e de campo (entrevistas com a população limítrofe), conforme dados e informações do Relatório Técnico-Operacional, elaborada pelas equipes técnicas dos Estados e do IBGE, que são as mais capacitadas a realizar a atualização dos limites.

A ALBA e a ALESE participaram ativamente dos trâmites deste Projeto de Lei pioneiro através da Comissão Especial de Assuntos Territoriais e Emancipação de cada Estado e com a realização de audiência pública que validou a definição do limite interestadual entre Bahia e Sergipe. Apesar disso, a delimitação político-administrativa entre dois Estados-membros não está inserida nas esferas de competência de Assembléias Legislativas, porque, além de ser matéria de competência da União, nos termos do art. 12, §4º, do ADCT da Constituição Federal, tratam-se de dois entes com hierarquia equivalente, caso contrário, se cada ente vier a legislar, ocorrerá nova impropriedade jurídica, como os decretos supramencionados.

O presente Termo Declaratório será encaminhado, após a assinatura pelos Governos dos Estados pactuantes, às Assembleias Legislativas dos Estados da Bahia e de Sergipe para homologação e posterior pronunciamento favorável à Minuta do Projeto de Lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional para aprovação.

V) A Minuta do Projeto de Lei deve ser encaminhada a qual Casa Legislativa?

É competência do Congresso Nacional dispor sobre limites do território nacional, já que, em virtude de que, envolvendo dois Estados-membros e divisas litigiosas, não poderia cada um legislar sobre seu território, sob pena de acontecer a mesma superposição e discrepância da década de 40, isto é, dois Estados limítrofes com previsões divergentes quanto ao próprio território.

Por esse motivo, a competência para transformar o Projeto de Lei elaborado em legislação é do Congresso Nacional, nos termos do art. 48, V, da Constituição Federal.

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

Diante disso, os Estados da Bahia e de Sergipe, após a assinatura do Termo Declaratório pelos chefes de cada Executivo estadual, enquanto representantes de cada Governo de Estado, e homologação pelas respectivas Assembléias Legislativas, deverão apresentar conjuntamente, por meio de suas bancadas, ao Congresso Nacional a minuta deste pioneiro Projeto de Lei, contendo os elementos demarcatórios das divisas entre os dois Estados-membros.

Isso posto, o opinativo é no sentido de que:

a) a efetiva participação e supervisão do IBGE valida todo o processo de atualização das divisas entre os Estados da Bahia e de Sergipe. Como não houve qualquer espécie de acordo ou transação entre os Estados, a expressão mais adequada ao procedimento realizado entre Bahia e Sergipe é **TERMO DECLARATÓRIO DE DIVISA TERRITORIAL**;

b) respeitada a competência da União, o fundamento constitucional do Termo Declaratório em questão é o art. 12, §4º, do ADCT da CRFB, não se confundindo com as hipóteses de criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios, previstas no art. 18 da Constituição Federal;

c) A competência da União foi a todo momento preservada, com a supervisão do IBGE, de modo que não há qualquer inconstitucionalidade no Projeto de Lei de delimitação territorial entre os Estados da Bahia e de Sergipe a ser levado ao Congresso Nacional;

d) O Termo Declaratório deve ser encaminhado, após a assinatura pelos Governos dos Estados pactuantes, às Assembleias Legislativas dos Estados da Bahia e de Sergipe para homologação e posterior pronunciamento favorável à Minuta do Projeto de Lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional para aprovação;

e) os Estados da Bahia e de Sergipe, após a assinatura do Termo Declaratório de Divisa Territorial pelos chefes de cada Executivo estadual, enquanto representantes de cada Governo de Estado, e homologação pelas respectivas Assembléias Legislativas, deverão apresentar conjuntamente, por meio de suas bancadas, ao Congresso Nacional a minuta deste pioneiro Projeto de Lei.

É o parecer que submeto à consideração da Procuradora-Assistente do NPMA/PGE.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, 11 de julho de 2018.

Arley Cavalcante De Oliveira
Procurador do Estado OAB/
BA 58.575

REPRESENTAÇÃO JUDICIAL

— **PRÊMIO 2014**

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Luiz Paulo Romano

Exmo. Senhor Ministro CELSO DE MELLO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº. 5.155

REQUERENTE: DEMOCRATAS

REQUERIDO: ESTADO DA BAHIA

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei Complementar baiana nº 41/2014, que criou a Entidade Metropolitana da Região Metropolitana de Salvador, em face à necessidade de planejar e executar políticas públicas comuns no âmbito de tal região metropolitana, tais quais o saneamento e transporte.

Aponta-se violação à autonomia municipal dos entes conurbados inseridos na região sem que previamente tivessem sido aprovadas leis municipais ou ouvida a população interessada por meio de plebiscitos. Também se questiona a criação de fundos para gerir recursos necessários às atividades da Entidade Metropolitana. Por fim, afirma-se que a LC 41/2014 teria estipulado à referida Entidade diversas e variadas competências, o que feriria o princípio da especialidade.

Os argumentos, com o merecido respeito, são inconsistentes e estão em absoluto desrespeito com a Constituição Federal e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

DA IMPROCEDÊNCIA DA ADI

O DEM acusa a LC 41/2014 de ter instituído *“um constitucional emparceiramento compulsório entre os municípios conurbados e a autarquia intergovernamental de regime especial denominada Entidade Metropolitana da Região Metropolitana de Salvador (art. 2º da LC 41/14)”*.

Contudo, há, desde a década de 70, conurbação legalmente reconhecida ao redor da cidade de Salvador. Tanto que a Lei Complementar nº 14/1973 estabeleceu regiões metropolitanas e, dentre elas, dispôs sobre a região de Salvador. Nessa época, alias, foi instituída a Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Salvador (CONDER), que fazia o planejamento das ações na grande Salvador.

Conforme já afirmado pelo Min. Nelson Jobim (ADI 1842), “*para a criação de uma Região Metropolitana é preciso a verificação de uma conurbação de municípios que represente um centro urbano importante a significar um pólo econômico e a formar uma comunidade sócio-econômica*”. É e justamente isso que se verifica no caso concreto, de forma inclusive intuitiva, pois é pública e notória a constatação de uma região metropolitana orbitando a capital baiana.

Diante do fenômeno da conurbação em torno de Salvador, reconhecido legalmente desde 1973, o Governo do Estado da Bahia, premido pela necessidade de viabilizar um esforço conjunto de políticas públicas, se valeu do instrumento constitucional previsto no art. 25, § 3º da Constituição Federal para instituir a Entidade Metropolitana da Região Metropolitana de Salvador.

Afasta-se, portanto, a alegação de inovação despropositada, sendo claro que o estabelecimento da Entidade Metropolitana de Salvador decorre de um quadro fático reconhecido desde a década de 70. Tanto isso é verdade que já existia no âmbito desta região a CONDER, o que sequer foi considerado pelo DEM.

Prossegue o DEM sustentando que a implementação da Entidade Metropolitana de Salvador violaria a autonomia dos municípios conubados, bem como demandaria a necessidade de aprovação pelo Legislativo Municipal e, ainda, a consulta da população diretamente interessada. *Data venia*, tal argumento revela desconhecimento da Constituição Federal e da jurisprudência assentada do Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvida que a autonomia municipal é preservada. A autonomia municipal, garantida pela Constituição Federal (arts. 18, 29, 30 e 31), confere o poder de auto-regulação organizacional e autogoverno, legislação do interesse local, administração própria, decretação e arrecadação de tributos de sua competência e aplicação de suas rendas. Nada disso é afetado pela LC 41/2014.

Mesmo quando se fala que compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), conferiu-se **poder de integração** para manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, VI) e prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII).

Portanto, se a autonomia municipal (art. 18) não é incompatível com o exercício de políticas públicas comuns e/ou concorrentes com o Estado, com mais razão não seria incompatível com a criação das regiões metropolitanas, ante o exposto comando constitucional (art. 25, § 3º), conforme já pontuado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1842. A propósito, confira a assertiva do Min. Gilmar Mendes:

“o interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana **não são incompatíveis com a autonomia municipal**. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano”.

a gestão compartilhada das novas regiões, previstas no art. 25, § 3º, da CF, entre os Municípios

e o Estado, é **a solução que melhor se harmoniza com a preservação da autonomia local** e a imprescindível atuação do ente instituidor como coordenador das ações que envolvam o interesse comum de todos os integrantes do ente regional”.

No mesmo jaez, não merece prestígio o argumento de que a criação de uma região metropolitana passaria por prévia consulta popular ou edição de lei municipal. Tal argumento, além de desconsiderar por completo a redação taxativa do art. 25, § 3º da Constituição Federal, revela desprezo (ou desconhecimento) à jurisprudência pacífica e reiterada do Supremo Tribunal Federal.

De fato, a partir do julgamento da ADI 796, Min. Néri da Silveira, a Corte Suprema vem reiterando que o único instrumento jurídico previsto pelo art. 25, § 3º da CF é a **lei complementar estadual**. Neste julgamento, considerou-se inconstitucional regra da Constituição capixaba que pretendia vincular a criação de região metropolitana à consulta mediante plebiscito. Essa jurisprudência foi reafirmada **unanimemente** na ADI 1841, de cuja ementa se colhe:

“CONSTITUCIONAL. REGIÕES METROPOLITANAS. AGLOMERAÇÕES URBANAS. MICROREGIÃO. C.F. art. 25, § 3º.
I- A instituição de regiões metropolitanas, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual”. (Min. Carlos Velloso, Pleno)

Não há razão, portanto, para o argumento lançado na peça exordial, carecendo o Estado da Bahia de aprofundar no tema ante à mansa e reiterada jurisprudência a respeito, além da clara redação do texto constitucional que alude exclusivamente à **lei complementar estadual** a missão de instituir região metropolitana, independente de qualquer outro veículo normativo ou jurídico.

Assentada a constitucionalidade formal da LC 41/2014, passa-se a demonstrar sua **compatibilidade material** com o texto magno. Nesse passo, diga-se de passagem que a lei baiana - **de inegável vanguarda** - tem a pretensão de possibilitar uma governança moderna da região metropolitana de Salvador, dando meios para que os municípios envolvidos possam alcançar objetivos comuns.

Nas palavras do Professor Saul Tourinho Leal, em parecer que guarnece as presentes informações, os centros urbanos são extensão das próprias pessoas. Daí a preocupação externada pela Constituição Federal com as cidades, a ponto de seu art. 182 associar a política de desenvolvimento urbano ao “*pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade*”. Nesse contexto, arremata o ilustre doutrinador:

“a partir do momento em que as cidades conurbadas viram região metropolitana as autoridades locais, caso se mantenham isoladas, deixam de ter meios para geri-las. O isolamento acaba com as chances de conectividade sem as quais não será possível dar cumprimento aos comandos constitucionais voltados às necessidades cotidianas, notadamente os serviços de interesse comum, tais como o constante no art. 6º (saúde, moradia, lazer, segurança), art. 23, IX (programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico); e art. 182 (pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade)”.

A LC 41/2014, portanto, cuida da integração federativa visando a concretização de compromissos constitucionais comuns ao Estado e aos Municípios conurbados (individual e coletivamente falando). Daí a necessidade do regime cooperativo e, por consequência lógica, da construção de uma entidade que consiga implementar as políticas acordadas pelos membros da região metropolitana.

Vale ilustrar tal pensamento com uma passagem do voto do Min. Maurício Corrêa (ADI 1842), quando afirmou que as regiões metropolitanas correspondem a uma *“forma de administração pública flexível e moderna, que garante eficiência e eficácia no gerenciamento das funções e dos serviços públicos, tanto urbanos quanto regionais, por meio das entidades federadas integradas, sob a coordenação do Estado-membro, em face dos interesses comuns envolvidos”*.

Ora, a igualdade de tratamento na região metropolitana só virá por meio do pleno funcionamento de entidade supramunicipal destinada a instrumentalizar o poder decisório do Estado aliado aos municípios metropolitanos, com legitimidade compatível com seu número de habitantes, de modo transparente e respeitoso à Constituição Federal, dotando os entes federados de mecanismos concretos de gestão compartilhada.

Mais uma vez, insista-se, o tema não é inédito. O STF o examinou com bastante profundidade no julgamento da ADI 1842, já diversas vezes mencionado ao longo destas informações. Tal julgamento - paradigmático na história das entidades metropolitanas - foi assentada a **viabilidade constitucional** do modelo adotado pela LC 41/2014.

Naquela assentada, estabeleceu-se ainda que serviços públicos de interesse comum (como saneamento básico e transporte, *inter plures*) constituem serviços de interesse coletivo e que, portanto, podem ser subordinados - ainda que **compulsoriamente** - a uma governança coletiva, uma gestão associada.

E das várias lições ali apreendidas - **e fielmente observadas na edição da LC 41/2014** - talvez a principal seja a necessidade de que a entidade confira meios efetivos de divisão e compartilhamento do processo decisório, pois todos os municípios são agentes ativos com voz, voto e influência nas deliberações.

É o que se extrai do alerta feito pelo Min. Gilmar Mendes na supramencionada ADI 1842, *verbis*: “A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”.

A ausência de concentração do poder decisório foi a inspiração da LC 41/2014. **Toda a sistematização da legislação baiana visa democratizar o processo decisório da Entidade Metropolitana**, com previsão expressa de participação pluritária e efetiva não só de seus membros, como também da comunidade popular envolvida.

O **Colegiado Metropolitano**, como instância máxima, delibera com a presença de representantes de entes que detenham pelo menos a maioria absoluta do número total dos votos, sendo que, o número de votos de cada Município será proporcional à sua população, na conformidade da última contagem do censo do IBGE, sendo assegurado a cada Município ao menos um voto; o Estado da Bahia terá o mesmo número de votos do Município com maior população, hoje, Salvador; a soma dos votos mencionados acima será de 100.

Frise-se: o Estado da Bahia e o Município de Salvador (pólo gravitacional da região) têm rigorosamente o mesmo peso de forma que esse último pode, facilmente, se articular com um único município e fazer prevalecer sua vontade numa deliberação do Colegiado, o que afasta por completo qualquer alegação de desequilíbrio de forças.

Outrossim, a endossar o color plural e democrático da Entidade, tem-se o **Conselho Participativo** com a presença de representantes da sociedade civil e indicados pelos Legislativos, composto da seguinte forma: 14 membros escolhidos pelo Poder Legislativo dos entes metropolitanos, cabendo a cada um deles a escolha de 01; 16 membros escolhidos pelo Colegiado. Esses membros exercerão suas funções durante mandato de 2 anos.

Registre-se, por fim, que as votações no Colegiado Metropolitano serão públicas, não se admitindo o voto secreto. As reuniões também, permitindo-se o registro mediante fotografias, filmagem e outras formas. Elas poderão, inclusive, ser registradas em sistemas de áudio e vídeo, permitida a divulgação pela *internet*.

Daí porque o Professor Saul Tourinho Leal, no parecer retromencionado, bem conclui que:

“Ao estabelecer uma instituição inclusiva, aberta à participação popular, transparente, com justa representatividade dos municípios metropolitanos, que têm voz, voto e influência do processo decisório, integradora e conectada, a LC 41/2014 apresentou ao país um modelo constitucionalmente adequado de governança metropolitana”

Por outro lado, é igualmente necessário que se afaste a pecha de que a Entidade Metropolitana não tenha atribuições e competências definidas. Segundo o art. 241 da Constituição Federal, a gestão associada dos entes da Federação visam serviços e bens essenciais, não fazendo qualquer limitação.

Absolutamente natural que a Entidade Metropolitana se ocupe da governança em torno dos **temas comuns** ao Estado e respectivos Municípios conurbados. É uma competência econômico-social e financeira, a ser desempenhada em sintonia com os artigos 21, XX, 22, XI, 30, I e V e 182 da Constituição Federal.

E dentre essas competências, é impossível não inserir questões tão estratégicas

como o serviço de transporte público e o saneamento. Não há dúvida que tais serviços seguem organizados, quase sempre, de maneira arcaica, baseado num regime de concessões viciadas. Não sem razão, Marco Aurélio Nogueira¹ afirma que “*as políticas públicas não se sofisticaram, não ganharam complexidade e não aumentaram sua integração horizontal*”. Para ele, o protagonismo governamental mostrou-se imponente para alterar essa face do Estado. Foi travado pelas opções feitas e pelos bloqueios derivados do sistema político, com suas regras e seus protagonistas.

O mesmo se diga em relação ao saneamento básico. A Constituição Federal atribuiu tamanho relevo ao saneamento básico que no seu art. 200, IV, consta que ao sistema único de saúde compete participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. Não há, portanto, plausibilidade na acusação de que não se trata de serviço de interesse comum ou que dispersaria o escopo da Entidade.

Aliás, a contestação a tal argumento vem, mais uma vez, da jurisprudência do STF, nas palavras do Min. Gilmar Mendes:

“Notoriamente, poucos são os municípios que por si sós têm condições de atender adequadamente à função pública de saneamento básico. Normalmente, o próprio acesso aos recursos hídricos depende da integração das redes de abastecimento entre diversos municípios.

Captação, tratamento, adução, reserva, distribuição e, posteriormente, recolhimento e condução do esgoto, bem como sua disposição final indicam várias etapas que usualmente ultrapassam os limites territoriais de um dado município.

Por outro lado, a inadequação na prestação da função pública de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conurbação.

Com efeito, a integração do planejamento e execução do saneamento básico de agrupamento de municípios não só privilegia a economicidade e eficiência de recursos naturais e financeiros - por exemplo, aproveitando estação de tratamento e redes de distribuição e coleta para diversas comunidades - como permite subsídios cruzados, isto é, a compensação de deficit na prestação de serviço em determinadas áreas com o superavit verificado nas áreas de maior poder aquisitivo.”

Portanto, a ADI 1842, verdadeiro manual jurisprudencial da questão, introduziu todas as balizas necessárias à compreensão do escopo e rol de competências da Entidade Metropolitana, o que foi fielmente observado na concepção da LC 41/2014.

Por fim, cumpre rebater a assertiva do Município de Salvador, em sua exposição como *amicus curiae*, no sentido de que a LC 41/2014 pretende vincular aportes de recursos municipais “*não previstos nas leis orçamentárias dos respectivos municípios*”.

As regiões metropolitanas ensejam a captação de recursos em grande volume para dar vazão a suas necessidades. A criação da entidade autárquica responsável por servir de instrumento

¹ As ruas e a democracia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013, p.45.

para a governança metropolitana tocada pelo Estado aliado aos municípios metropolitanos enseja, por óbvio, investimentos.

Não há como criar a Região Metropolitana sem, ato contínuo, inclusive no mesmo veículo normativo, não prever fonte de custeio nem organizar os recursos financeiros.

Também se rebate a acusação de *“proibição da assinatura de consórcios e convênios entre os próprios Municípios conturbados, ou mesmo de qualquer deles com a União, diretamente.”*

Mais uma vez a resposta para tal argumento pode ser extraída da ADI 1842, nas palavras do Min. Nelson Jobim: *“Isso não significa que a própria Região Metropolitana e os municípios que a compõem não possam assinar convênios e acordos de cooperação com o estado para a melhor executar suas funções, inclusive no plano da fiscalização e controle. Nesse sentido, torno a lembrar da Lei 11.107/2005 que dispõe sobre o Consórcio Público entre entes da federação para atingir objetivos comuns. Isso não é só possível, mas eventualmente recomendável”*.

CONCLUSÃO

Diante tudo pelo que foi exposto, o Estado da Bahia requer seja julgada improcedente a presente ação direta, por não se confirmarem as máculas de inconstitucionalidade da LC 41/2014 alegadas na inicial. Pelo contrário, a instituição da Entidade Metropolitana de Salvador se deu com absoluto respeito à regras da Constituição Federal e sobretudo com fiel observância às balizas jurisprudenciais delineadas pelo Supremo Tribunal Federal.

São essas as considerações pertinentes à discussão travada.

De Salvador para Brasília, 20 de outubro de 2014.

JAQUES WAGNER
GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA

LUIZ PAULO ROMANO
Procurador do Estado da Bahia

— **PRÊMIO 2015**

Recurso Extraordinário em Apelação Civil em Ação
Ordinária

Silvio Avelino Pires Britto Júnior

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O ESTADO DA BAHIA, pessoa jurídica de direito público interno, vem, nos autos da ação ordinária proposta por C. E. F. R. e R. T. B. F., em trâmite nesse egrégio Tribunal sob nº. 0117629-70.2006.8.05.0001 como apelação cível e sucessivos embargos declaratórios, por seu procurador infrafirmado, intimado do acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível no aludido recurso horizontal, divulgado no Diário Eletrônico do Poder Judiciário de 19/06/2015 e publicado no primeiro dia útil imediatamente seguinte (25/06/2015), e inconformado com a forma e o conteúdo da decisão veiculada no sentido do acolhimento da pretensão dos recorridos, interpor, com fundamento nos artigos 102, inciso III, alínea a, e § 3º, da Constituição Federal de 1988,

541 a 543 do CPC, 321 a 329 do Regimento Interno do STF e 86, inciso II, do Regimento Interno do TJBA, RECURSO EXTRAORDINÁRIO com repercussão geral, para o egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Requer então que sejam processadas as formalidades legais e regimentais, inclusive a ouvida dos recorridos, que seja admitido o recurso e que sejam remetidos os autos à instância superior, com as anexas razões de recorrente, ao tempo em que esclarece estar legalmente dispensado do preparo, nos termos do artigo 511, § 2º, do CPC.

Pede juntada e deferimento.

Salvador (BA), 20 de julho de 2015.

SILVIO AVELINO PIRES BRITTO JUNIOR

Procurador do Estado da Bahia

RECORRENTE: O ESTADO DA BAHIA RECORRIDOS: C. E. F. R. E R. T. B. F. PROCESSO: 0117629-70.2006.8.05.0001
JUÍZO A QUO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA JUÍZO AD QUEM: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA

RAZÕES DE RECORRENTE

Eminentes Ministros, Egrégio Supremo Tribunal Federal,

01. DA TEMPESTIVIDADE DA INTERPOSIÇÃO DESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Como registrado acima, o aresto proferido no recurso horizontal fora divulgado na edição do Diário Eletrônico do Poder Judiciário em 19/06/2015 (sexta-feira, cópia anexa). Em razão da rotineira ausência de expediente forense nos dias 20/06/2015 e 21/06/2015 (sábado e domingo) e da suspensão do expediente forense dos dias 22/06/2015, 23/06/2015 e 24/06/2015 (segunda, terça e quarta-feira) pelo Decreto Judiciário nº. 125, de 26/01/2015 (cópia anexa do texto do DJE de 27/01/2015), a publicação daquele acórdão ocorreu em 25/06/2015 (quinta-feira), data também em que o recorrente fez carga dos autos. Destarte, o termo inicial do prazo recursal de 30 (trinta) dias – em razão dos artigos 184, 188, 240, caput e § 1º, e 508 do CPC – recaiu em 26/06/2015 (sexta-feira), e o termo final recairia em 25/07/2015 (sábado), mas será prorrogado para o dia 27/07/2015 (segunda-feira).

02. DA EVIDENTE REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS SUSCITADAS. DA INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO DE REVISÃO DO CENÁRIO FÁTICO PROBATÓRIO. DA PRETENSÃO DE REQUALIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LEI ESTADUAL E DO AFASTAMENTO DE PREMISSA INCONSTITUCIONAL. A discussão que o recorrente traz a esse egrégio STF apresenta nítida repercussão geral, porque a controvérsia se irradia sobre o regime jurídico dos servidores públicos de todos os níveis da União (federal, estadual e municipal) e de todos os estratos (Executivo, Legislativo e Judiciário) da Federação. Trata-se dos temas jurídicos pertinentes à intervenção do Poder Judiciário sobre a fixação da remuneração dos servidores públicos em valores e modelos diferentes daqueles que emanam de regra legislativa e à viabilidade constitucional de lei estadual que venha estabelecer aumentos diferenciados dos padrões remuneratórios validamente praticados na data de sua vigência para a reestruturação de carreiras ou a reclassificação de cargos do serviço público estadual.

03. Tem manifesta repercussão geral a discussão sobre a tese jurídica de que do texto do artigo 37, inciso X, da CF de 1988 emanam duas normas distintas: a da primeira parte que reserva à lei em sentido formal a fixação da remuneração dos servidores públicos; e a da segunda parte que trata da lei de revisão geral, anual, contemporânea e uniforme da remuneração dos servidores públicos. Trata-se, evidentemente, de identificar, no caso concreto, a legitimidade constitucional da Lei Estadual nº. 7.622/00 e sua qualificação de uma entre as duas espécies distintas

de lei sobre remuneração de servidores: lei de reestruturação de carreiras ou de reclassificação de cargos e funções pré-existentes no serviço público, que era sua verdadeira natureza; lei de revisão anual, geral e uniforme da remuneração dos servidores públicos estaduais, como foi erroneamente qualificada pela decisão ora impugnada.

04. Ninguém pode duvidar da transcendência da questão controvertida, na medida em que, além da relevância jurídica, social, econômica e política da disciplina remuneratória dos servidores públicos em geral, a causa envolve significativo acréscimo da despesa de pessoal do recorrente. É que a decisão ora impugnada deferiu acréscimos de padrões remuneratórios equivalentes a 34,06% (trinta e quatro inteiros e seis centésimos por cento) dos soldos e da gratificação policial militar dos recorridos e que serão passíveis de se estenderem a todos os demais servidores estaduais militares que não foram beneficiados pela lei de reestruturação da carreira da Polícia Militar do Estado da Bahia. Não é difícil perceber o impacto financeiro sobre o erário estadual e a desordem orçamentária e administrativa que decorreriam desse fato.

05. Ora, a reserva legal da disciplina remuneratória dos servidores públicos (artigo 37, inciso X, da CF de 1988) diz respeito à independência dos Poderes, cláusula constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito e inserta no artigo 2º da Carta Magna vigente. A decisão ora impugnada, sob o pretexto de aplicação da regra de isonomia, ensejou a elevação também dos padrões remuneratórios – soldos e gratificação de atividade policial (GAP) – legalmente fixados para os postos dos recorridos, embora o percentual deferido só tenha sido previsto legalmente para os ocupantes da graduação de Cabo da Polícia Militar. Esse egrégio STF editou a Súmula Vinculante nº. 37 no sentido de rejeitar essa solução judicial para os casos de desigualdade de remunerações entre servidores públicos. A contrariedade da decisão em face da jurisprudência vinculante dessa excelsa Corte, por si só, já seria suficiente para caracterizar a repercussão geral.

06. Além disso, a decisão impugnada investiu contra a veterana orientação jurisprudencial desse egrégio STF no sentido de ser inexistente direito subjetivo adquirido do servidor ao regime de remuneração. Embora a decisão ora impugnada tenha reconhecido paradoxalmente a validade dessa tese consagrada, contrapôs a ela um insólito e inusitado “princípio da inalterabilidade das vantagens pessoais”, até então desconhecido da jurisprudência dessa excelsa Corte. Deferiu-se, sob a invocação da Lei Estadual nº. 7.622/00, um imprevisto aumento da gratificação de atividade policial (GAP) sobre cujos valores tal diploma legal tratara explicitamente, por aplicação indevida de regra constante de Lei Estadual até então vigente (artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145/97) e então revogada, que previa acréscimo do valor dessa parcela como consequência direta e imediata da majoração do soldo do servidor.

07. Sob esse aspecto específico, a repercussão geral no caso vertente decorre tanto (a) da necessidade de preservar a interpretação consagrada sobre a impertinência da invocação da garantia constitucional do direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI, da CF de 1988) para proteger

o regime jurídico da remuneração do servidor público contra alterações legislativas subsequentes quanto (b) da necessidade de afastar a interpretação que, atribuindo a determinada regra legal a eficácia desvincular os valores da gratificação de atividade policial aos valores dos soldos dos servidores policiais militares estaduais de modo permanente e incondicionado, violou o artigo 37, inciso XIII, da CF de 1988.

08. Desde já, antecipando-se a possível contra-argumento dos recorridos e clamando pela atenção dos eminentes Ministros para a natureza constitucional da verdadeira questão suscitada, o recorrente esclarece que não está pretendendo obter dessa excelsa Corte a revisão da interpretação dada pelo Tribunal de Justiça à legislação local, muito menos o reexame do cenário fático-probatório. A argumentação do recorrente se escora sobre as mesmas premissas fáticas da decisão ora impugnada, sem tirar nem pôr. Nenhum fato afirmado pelos acórdãos está sendo contestado pelo recorrente; nenhum fato negado pelos acórdãos está sendo afirmado pelo recorrente. É preciso que, diante da referência à necessária legislação estadual para explicar as questões constitucionais, não se ceda à tentação e não se incida no erro de supor que o recorrente esteja pretendendo uma reinterpretação das regras insertas naqueles diplomas legais.

09. Trata-se, neste caso vertente, exclusivamente de (a) discutir a correta qualificação jurídica da Lei Estadual nº. 7.622/00 entre as duas espécies legislativas de que trata o artigo 37, inciso X, da CF de 1988; de (b) afastar a interpretação da decisão judicial que invocou a isonomia para majorar padrões remuneratórios dos servidores públicos recorridos sem previsão de ato legislativo formal (artigo 2º da CF de 1988); de (c) afastar a premissa inconstitucional (artigo 37, inciso XIII, da CF de 1988) de atribuir à regra do artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145/97 eficácia permanente e incondicionada para vincular os valores da GAP aos valores dos soldos dos servidores públicos militares; e de (d) preservar o sentido e o alcance emprestado pela jurisprudência consagrada dessa excelsa Corte à garantia constitucional do direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI, da CF de 1988) e negar-lhe aplicação em favor da manutenção do regime jurídico remuneratório dos servidores públicos.

10. Há mais, porém, para finalizar essa analítica exposição preliminar da repercussão geral e evidenciar a relevância transcendente das questões constitucionais discutidas. Diante de matérias tão relevantes como essas que foram suscitadas, o Tribunal de Justiça da Bahia quedou-se inerte diante da provocação do recorrente por embargos declaratórios e se manteve silente quanto ao exame explícito da argumentação aduzida. A pertinência das questões constitucionais suscitadas ao cenário fático-probatório e à qualificação da matéria disciplinada pelas regras locais invocadas impunha outra atitude. Destarte, a necessidade de o Poder Judiciário prestar jurisdição plena às partes e de cumprir o dever constitucional de emprestar às decisões judiciais fundamentação adequada estão protegidas pelas normas dos artigos 5º, inciso XXXV, e 93, inciso IX, da Carta Magna vigente. Pouca coisa é tão relevante transcendente no Estado Democrático de Direito quanto a eficácia dessas garantias. Só em respeito a essa egrégia Corte, o recorrente não lhe tomará o preciso tempo para discorrer sobreisso.

11. Ante o exposto e o que mais dos autos consta, requer que seja preliminarmente reconhecida a repercussão geral deste recurso extraordinário, diante do efeito transcendente da relevância jurídica, política, econômica e social das matérias versadas e das questões discutidas na causa sob julgamento e que se espraia por muitas outras em que o mesmo litígio se apresenta ao Poder Judiciário em geral e a essa excelsa Corte em especial.

12. DANULIDADE DA DECISÃO ORA IMPUGNADA, POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL E DE FUNDAMENTAÇÃO ACERCA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL SUSCITADA. A segunda instância ordinária tem o dever constitucional de examinar explicitamente as questões legais e constitucionais que lhe sejam postas pelas partes, prestando a jurisdição de forma fundamentada (artigos 5º, inciso XXXV, e 93, inciso IX, da CF de 1988). Nessa ordem de ideias, os Tribunais devem dotar suas decisões de fundamentação explícita sobre o acolhimento ou a rejeição das alegações de conformidade ou de contrariedade da pretensão ou da resistência às normas (princípios e regras) emanadas da Constituição Federal e do ordenamento jurídico infraconstitucional. Todavia, a conduta do Tribunal de Justiça da Bahia no caso vertente foi o contrário disso, na medida em que negou ao recorrente, de forma absoluta, prestação jurisdiccional fundamentada acerca de questões constitucionais e legais suscitadas, mesmo depois de ter sido provocado por embargos declaratórios tendentes ao prequestionamento.

13. Com efeito. Em face da decisão que exaure a instância ordinária, a parte prejudicada tem o ônus do prequestionamento explícito das matérias suscitadas e cuja discussão se pretenda elevar às instâncias superiores, como decorre das Súmulas nº. 282 e 356 desse egrégio STF. Era exatamente a hipótese vertente em que o acórdão proferido na apelação cível e submetido aos embargos declaratórios apenas enunciara as premissas de direito que suportariam sua equivocada conclusão, sem explicitar e examinar, contudo, a argumentação jurídica que inibiria os efeitos jurídicos do cenário que fora assentado. As questões suscitadas pelo recorrente e omitidas na decisão ora impugnada, ainda depois do recurso horizontal, foram as seguintes:

(a) a Lei Estadual nº. 7.622/00 não veiculara o reajuste geral e anual de que trata a segunda parte do artigo 37, inciso X, da CF de 1988, mas, diferentemente disso, veiculara uma alteração qualitativa dos padrões remuneratórios dos servidores públicos estaduais civis e militares, como permitem a primeira parte do artigo 37, inciso X, e o artigo 39, § 1º, da CF de 1988;

(b) não seria constitucionalmente permitido ao Poder Judiciário, independentemente da natureza jurídica da Lei Estadual nº. 7.622/00 e sob o fundamento da isonomia, aumentar o padrão remuneratório dos recorridos – constituído pelo soldo e pela gratificação de atividade policial (GAP) – ali estabelecido especificamente para cada um dos seus respectivos cargos (graduações dos praças e postos dos oficiais), em face das normas constitucionais retrocitadas;

(c) a Lei Estadual nº. 7.622/00 instituiu uma nova e exaustiva disciplina da sistemática remuneratória dos servidores públicos militares estaduais, inclusive quanto aos valores dos soldos e

da gratificação de atividade policial, de modo que, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, revogara a regra do artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145/97, que determinava o reajuste da GAP nas mesmas épocas e nos mesmos percentuais de reajustes dos soldos;

(d) a interpretação emprestada pela decisão ora impugnada à regra do artigo 7º, parágrafo único, da Lei Estadual nº. 7.145/97 importou manifesta violação da norma constitucional proibitiva da vinculação para efeito de remuneração do servidor público, emanada do artigo 37, inciso XIII, da Carta Magna, na medida em que seria inibitória da instituição de novos padrões remuneratórios exclusivamente para os soldos dos policiais militares.

14. As omissões apontadas residiam justamente nessas questões constitucionais: (a) a norma que emana da segunda parte do artigo 37, inciso X, da Carta Magna de 1988 não é o único fundamento constitucional para legitimar leis que estabelecem valores de remunerações de servidores públicos; (b) a primeira parte do mesmo artigo 37, inciso X, e o artigo 39, § 1º, também se prestam como fundamento de validade de normas infraconstitucionais que estabeleçam valores remuneratórios; (c) a norma emanada da parte final do artigo 37, inciso X, da CF de 1988 tem alcance restrito às leis de revisão anual, geral e igualitária da remuneração do conjunto dos servidores públicos de um mesmo ente público; (d) a primeira parte do mesmo artigo 37, inciso X, e o artigo 39, § 1º, diferentemente, se prestam para fundamentar as remunerações adequadas à estruturação inicial ou à reestruturação de carreiras ou à reclassificação de cargos, empregos e funções do serviço público de determinado ente público; (e) a regra do artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145/97, porque aplicável apenas aos reajustes gerais, anuais e uniformes subsequentes ao regime remuneratório então instituído, era incompatível com a nova lei de reestruturação da carreira e de consequente readequação remuneratória, tendo sido, por isso mesmo, revogada pela Lei Estadual nº. 7.622/00.

15. As omissões supracitadas se estenderam a alguns aspectos da lide que, não obstante fossem os elementos de evidência da natureza da Lei Estadual nº. 7.622/00 e de sua legitimação constitucional pela primeira parte do artigo 37, inciso X, e 39, § 1º, da CF de 1988, foram totalmente desconsiderados pelos arestos (originário da apelação e derivado dos embargos declaratórios), mas que deveriam ter sido necessariamente enfrentados pelo Tribunal de Justiça da Bahia, a saber:

(a) a Lei Estadual nº. 7.622/00 não invocara como fundamento de validade constitucional a segunda parte do artigo 37, inciso X da Carta Magna de 1988, qual seja, o dever constitucional de proceder a uma simples revisão anual, geral e igualitária dos valores das remunerações do conjunto dos servidores públicos do Estado da Bahia; o seu artigo 3º expressamente aludira à reestruturação remuneratória das carreiras instituídas no Plano de Carreira do Serviço Público, a bem evidenciar sua identificação com as normas do artigo 39, § 1º, e da primeira parte do artigo 37, inciso X, da Carta Magna de 1988; nem o texto básico nem os anexos da Lei Estadual nº. 7.622/00 se referiram a um percentual ou a percentuais de supostos reajustes, mas apenas aos novos valores atribuídos aos vencimentos dos cargos civis, aos soldos e à GAP dos postos militares;

(b) o índice de inflação oficial do ano de 1999 (IPCA), imediatamente anterior ao de edição do diploma legislativo multicitado, fora de 8,94% (oito inteiros e noventa e quatro centésimos por cento), enquanto os soldos de algumas patentes não foram sequer aumentados, e os índices de aumento dos soldos ali fixados para outras patentes, obtidos por operações aritméticas atestadas nos autos, foram de 2,73% (dois inteiros e setenta e três centésimos por cento), 8,64% (oito inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento), 30% (trinta inteiros por cento), 31,03% (trinta e um inteiros e três centésimos por cento), 32,35% (trinta e dois inteiros e trinta e cinco centésimos por cento) e 34,06% (trinta e quatro inteiros e seis centésimos por cento), a bem evidenciar a desconexão entre o diploma legal e a revisão anual, geral e igualitária da remuneração dos servidores públicos;

(c) era consequência inexorável da qualificação jurídica da Lei Estadual nº. 7.622/00 como veículo de reestruturação remuneratória da carreira da Polícia Militar sua incompatibilidade com a regra do artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145/97, expressamente referida à hipótese de mero “reajuste” do soldo, sob a pena de a conclusão contrária importar a admissão de vinculação remuneratória no serviço público e de direito adquirido ao regime jurídico remuneratório e consequente violação dos artigos 37, inciso XIII, e 5º, inciso XXXVI, da CF de 1988.

16. Pois bem. O aresto da apelação cível deferiu aos autores, ocupantes dos cargos (postos) de Coronel e Tenente-Coronel da Polícia Militar do Estado da Bahia, um acréscimo salarial de 34,06% (trinta e quatro inteiros e seis centésimos por cento), sob a premissa de que a Lei Estadual nº. 7.622/00 se trataria do diploma legal veiculador de revisão remuneratória anual, geral e igualitária referida no artigo 37, inciso X, da Carta Magna, embora tenha reconhecido que a lei aludida aumentara os soldos das diversas patentes militares em percentuais distintos. Assim o fez diante da alegação dos autores de que seria inconstitucional, à luz do artigo 37, inciso X, da Carta Magna, a regra legal concessiva de aumentos distintos e mediante a conclusão de que essa regra mereceria interpretação conforme a Constituição para reconhecer o seu suposto direito subjetivo de ter o seu soldo acrescido pela incidência do percentual mais elevado dentre aqueles extraídos das operações aritméticas reveladoras dos aumentos concedidos.

17. A argumentação do recorrente se orientou no sentido de que a tal Lei Estadual nº. 7.622/00 não se tratara disso e jamais poderia ter sido constitucionalmente qualificada como a lei de revisão remuneratória anual, geral e igualitária de que trata a segunda parte do artigo 37, inciso X, da CF de 1988. O diploma legal referido dispusera, segundo explicitara seu artigo 3º, sobre as *“estruturas de vencimentos e salários dos cargos e empregos classificados no Plano de Carreira do Serviço Público Civil do Estado, instituída pela Lei nº. 6.354, de 30 de dezembro de 1991”*. O artigo 3º ora citado nominou diversas carreiras do serviço público estadual sobre as quais então dispunha e dentre as quais expressamente identificou a *“Polícia Militar”*, a cujas patentes o *“Anexo V”* atribuiu soldos diversos. Em suma, a norma legislativa veiculava uma reestruturação remuneratória da carreira policial militar, sem nem de longe pretender dar cumprimento à regra da segunda parte do artigo 37, inciso X, da Carta Magna.

18. O primeiro aresto ora impugnado incorreu em omissão absoluta de explicitar e de

examinar a argumentação jurídica do recorrente derredor da correta qualificação jurídica do diploma legal multicitado. Da leitura atenta do aresto citado se extrai facilmente a conclusão de que a falsa identificação da Lei Estadual nº. 7.622/00 como regra veiculadora da revisão remuneratória anual, geral e igualitária foi resultado exclusivo da aplicação equivocada da norma emanada da segunda parte do artigo 37, inciso X, da CF de 1988. Na esteira do raciocínio que induziu à conclusão do aresto citado, a segunda parte do artigo 37, inciso X, da CF de 1988 seria o único fundamento constitucional que legitimaria a edição de diplomas legais que alterassem o valor das remunerações de cargos, empregos ou funções públicas.

19. A decisão ora impugnada incidiu em omissão de explicitar e de examinar todos esses relevantíssimos aspectos jurídico-constitucionais suscitados pelo recorrente na apelação cível e ressuscitados nos embargos declaratórios que perseguiram o prequestionamento que lhe foi postergado. A violação das normas dos artigos 5º, inciso XXXV, e 93, inciso IX, da Carta Magna e o desrespeito à Súmula nº. 282 dessa excelsa Corte teriam como consequência lógica e natural a nulidade da decisão judicial a que falte um requisito de validade. Contudo, o pragmatismo que preside a teoria das nulidades (artigo 249, § 2º, do CPC) e o entendimento consolidado na Súmula nº. 356 desse egrégio STF permitem que, sendo possível julgar o mérito da causa em favor da parte prejudicada pela nulidade, seja superada essa questão preliminar para prestigiar a economia e a celeridade processuais.

20. Uma de duas soluções, portanto, se impõe: ou se julga o mérito do recurso em favor do recorrente, mesmo diante do conteúdo atual dos arestos impugnados (por entender integral a descrição do cenário fático-probatório assentado e suficiente a explicitação das normas emanadas da legislação estadual para o confronto com as normas constitucionais invocadas); ou, do contrário, se declara preliminarmente a nulidade da decisão ora impugnada e se determina a baixa dos autos para a prolação de aresto que julgue integralmente a apelação cível e os embargos declaratórios. Embora convicto da possibilidade de julgamento do mérito da causa e do recurso em seu favor, o recorrente invoca, apenas cautelarmente, a nulidade da decisão ora impugnada e deduz pretensão rescindente, sem prejuízo da inversão pragmática da ordem estritamente lógica dessas questões.

21. DA EVIDENTE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº. 7.622, DE 07/04/2000, NA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DE POLICIAIS MILITARES DA BAHIA E NA FIXAÇÃO DE NOVOS VALORES DOS SOLDOS COM DIFERENTES PERCENTUAIS DE AUMENTO EM FACE DO REGIME ANTERIOR. DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DOS RECORRIDOS AO AUMENTO DOS SOLDOS RESPECTIVOS COM O RESULTADO DA INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA DO PERCENTUAL MÁXIMO DE AUMENTO CONCEDIDO À PARCELA. A maneira analítica da exposição da causa feita até aqui dispensa o recorrente de maiores explicações sobre as matérias versadas e as questões discutidas neste recurso extraordinário. A decisão ora impugnada perpetrou violação das normas dos artigos 2º, 37, inciso X, e 39, § 1º, da Carta Magna vigente, qualificada pela manifesta divergência com a Súmula Vinculante nº. 37 dessa Corte. Confirma-se a decisão ora impugnada, *in verbis*:

“VOTO

Conheço do recurso, presentes que se encontram os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Na hipótese dos autos, a lide versa sobre extensão do reajuste de 34,06%, estipulado pelo anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000, a todos os policiais Militares, ativos e inativos, bem como sua incidência sobre a GAP.

Submetida a questão relativa à constitucionalidade do anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000, ao Plenário deste E. Tribunal de Justiça, julgou-se improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade, sob o fundamento de que **a norma constante do anexo v, da lei estadual nº 7.622/2000, deve ser interpretada conforme a Constituição, de modo a reconhecer o percentual de 34,06%, como base do reajuste geral concedido no ano de 2000:**

‘VOTO

De fato, a Lei nº 7.622/2000 estabeleceu o salário mínimo no Estado da Bahia e alterou os vencimentos, salários, soldos e proventos dos servidores públicos civis e militares da Administração Direta, das Autarquias e Fundações Públicas, além de dar outras providências.

A simples leitura da ementa da referida disposição legal revela, porém, que se trata de normatização voltada à promoção de revisão anual de vencimentos do funcionalismo estadual, imposta pelo texto constitucional.

Por força do artigo 37, X, da Carta Magna, tal diversidade de índice se revela inaceitável, na medida em que ofende a previsão de igualdade a revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos:

.....

É inafastável o caráter de reajuste anual de remuneração do funcionalismo público da lei em questão, mesmo porque é o único diploma legal a tratar de reajuste no exercício de 2000, devendo o Estado da Bahia estender aos apelados o reajuste de 34,06% requerido, conforme determinado na sentença de piso. Este Tribunal de Justiça, inclusive, vêm reiteradamente decidindo a matéria neste mesmo sentido, conforme se verifica dos julgados citados a seguir:

.....

Por fim, quanto a possibilidade de manutenção da referida norma no ordenamento jurídico por meio da interpretação conforme a Constituição, trata-se de expediente amplamente adotado pela hermenêutica moderna.

A interpretação conforme a constituição é uma criação jurisprudencial de origem alemã, **destinada a compatibilizar uma determinada norma com o sistema constitucional, sem que seja declarada a nulidade da mesma.**

Esse princípio de hermenêutica determina que, quando o aplicador de determinado texto legal se encontrar frente a normas de caráter polissêmico ou até mesmo, plurissignificativo, **deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição.** Por conseguinte, uma lei não pode ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional.

A interpretação conforme a Constituição pode ter lugar também quando um conteúdo ambíguo e indeterminado de uma norma resultar coerente graças ao conteúdo da Constituição.

É sabido que se permite ao magistrado, no exercício de prestação jurisdicional, realizar um juízo de constitucionalidade da lei. No caso de duas ou mais interpretações possíveis, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição.

Nas palavras de GILMAR FERREIRA MENDES, *‘oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição’* (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 222).

Assim, dada a presunção de constitucionalidade das normas, deve prevalecer a interpretação constitucional. Da mesma forma, o MIN. MOREIRA ALVES na Rp. nº 1.417: *‘a interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição’* (RTJ 126/53).

Segundo a doutrina, a interpretação conforme a Constituição é aquela em que o intérprete adota a interpretação mais favorável à Constituição Federal, considerando-se seus princípios e jurisprudência, sem, contudo, se afastar da finalidade da lei.

Assim, tal interpretação se constitui numa verdadeira interpretação da lei. Considerando que todo intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição, sua atividade se torna o mais puro reflexo da concretização do princípio da interpretação conforme a CF.

No caso, possuindo a norma em questão (anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000) duas interpretações possíveis, deve ser eleita aquela que melhor se coaduna com a Constituição. Neste sentido é a lição de Alexandre de Moraes:

.....
O Supremo Tribunal Federal, inclusive, defende e aplica a aludida técnica hermenêutica, *in verbis*:

.....
No caso, não havendo a interpretação conforme a Constituição, seria patente a inconstitucionalidade da norma constante do anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000, restando assim três alternativas.

A **primeira** seria manter a lei tal qual editada pelo Poder Legislativo, mantendo os reajustes diferenciados, confirmando, desta forma, a inconstitucionalidade perpetrada pela lei estadual, o que é inadmissível.

A **segunda** seria extirpar a referida norma do mundo jurídico, o que seria ainda mais prejudicial aos Policiais Militares do Estado da Bahia, que ficariam sem qualquer reajuste no exercício de 2000, fato este que é igualmente inconstitucional.

Por fim, a **terceira** e a mais adequada solução, é interpretar a norma do anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000, de modo a adequá-la ao artigo 37, X, da Constituição, que rechaça a diversidade de índice para a revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, estendendo o maior reajuste concedido aos demais policiais, posição esta adotada por este Relator.

Diante de tais fundamentos, CONHECE-SE DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO, para DECLARAR A INTERPRETAÇÃO DO ANEXO V, DA LEI ESTADUAL Nº 7.622/2000,

CONFORME A CONSTITUIÇÃO, de modo a reconhecer o percentual de 34,06%, como base do reajuste geral concedido no ano de 2000, o que, em consequência, leva à improcedência da arguição.'

Logo, nos termos do entendimento adotado pelo Tribunal Pleno, a pretensão dos autores, ora apelantes, de obterem a extensão do reajuste de 34,06%, estipulado pelo anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000, deve ser acolhida.

.....
Quanto a alegação do apelado de invasão de competência constitucional, cumpre asseverar que o Poder Judiciário não tem a função de legislar, muito menos criar, atribuir ou extinguir vantagens remuneratórias a servidores públicos, mas tem, sim, a função de apreciar a legalidade e a inconstitucionalidade de leis, neste caso, através do controle difuso de constitucionalidade, pelo que não merece prosperar tal alegação."

22. Com efeito, foi por causa da ótica vesga da decisão ora impugnada – **data maxima venia** dos ínclitos julgadores integrantes do órgão julgador – que se desconsideraram totalmente as normas constitucionais (outras) que legitimavam a edição de normas legais (infraconstitucionais) que dispusessem sobre remuneração de servidores públicos de modo a estabelecer valores novos e a promover alterações de remunerações de cargos, empregos e funções públicas em percentuais distintos. Nesse passo, a decisão ora impugnada abraçou a suposição de que haveria incompatibilidade da Lei Estadual nº. 7.622, de 07/04/2000, com as normas constitucionais emanadas do artigo 37, inciso X, da Carta Magna. Contudo, a primeira parte daquela norma e o artigo 39, §1º, da Carta Magna, tal como eram vigentes naquela data, legitimavam a atribuição legal de diferentes percentuais de aumento dos valores da remuneração dos servidores estaduais no contexto de uma lei de reestruturação de carreiras.

23. Confirmam-se em primeiro lugar, para desconstruir a conclusão da decisão ora impugnada, suportada em sua frágil fundamentação jurídica, os textos das aludidas normas constitucionais, **inverbis**:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

.....
Art. 37.

.....
X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

.....
Art. 39.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
II – os requisitos para a investidura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
III – as peculiaridades dos cargos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

(grifos acrescentados ao texto original).

24. A decisão ora impugnada explicitamente reconheceu que a Lei Estadual nº. 7.622/00 atribuíra às graduações e aos postos militares, a partir de sua vigência, valores remuneratórios que ensejaram ou a manutenção dos valores então vigentes, ou acréscimos em diferentes percentuais sobre estes. Contudo, paradoxalmente e sob as falsas premissas de que a Lei Estadual nº. 7.622/00 se qualificaria como a lei de reajuste anual, geral e uniforme (artigo 37, inciso X, segunda parte, da CF de 1988) e de que seria permitido ao Poder Judiciário corrigir a suposta ofensa perpetrada pelo legislador estadual contra a isonomia, a decisão ora impugnada estendeu aos recorridos o maior percentual de acréscimo remuneratório previsto no diploma legal apenas para a graduação de Cabo da Polícia Militar.

25. Ora, a norma que emana da parte final do artigo 37, inciso X, da Carta Magna de 1988 não é o único fundamento constitucional para legitimar leis que estabelecem valores de remunerações de servidores públicos, já que a primeira parte do mesmo artigo 37, inciso X, e o parágrafo primeiro do artigo 39 também se prestam como fundamento de validade de normas infraconstitucionais que estabeleçam valores remuneratórios. A decisão ora impugnada inverteu a ordem lógica do raciocínio, porque não procedeu ao exame crítico da natureza da Lei Estadual nº. 7.622/00 antes de qualificá-la como a lei de reajuste anual, geral e uniforme de que trata a segunda parte do artigo 37, inciso X, da CF de 1988. Preferiu assentar primeiramente essa premissa indiscutida, como se indiscutível fosse, para depois construir a solução que fundamentou numa suposta interpretação conforme a Constituição.

26. A primeira parte do mesmo artigo 37, inciso X, e o artigo 39, § 1º, da CF de 1988, diferentemente da suposição da decisão ora impugnada, se prestam para fundamentar a estruturação inicial ou a reestruturação de conjuntos de cargos, empregos, funções e carreiras do serviço público de determinado ente público. Todas as evidências explicitadas se direcionavam nesse sentido, já que o texto da Lei Estadual nº. 7.622/00 não invocara como fundamento de

validez constitucional a segunda parte do artigo 37, inciso X, da Carta Magna de 1988, qual seja, o dever constitucional de proceder a uma simples revisão anual, geral e uniforme dos valores das remunerações do conjunto dos servidores públicos do Estado da Bahia. Bem ao contrário disso, o seu artigo 3º expressamente aludira à reestruturação remuneratória das carreiras instituídas no Plano de Carreira do Serviço Público, inclusive a carreira militar, evidenciando sua fundamentação nas normas do artigo 39, § 1º, e da primeira parte do inciso X do artigo 37 da Carta Magna de 1988.

27. Além dessa explícita alusão ao fundamento de validade, custaria crer razoavelmente que o diploma legislativo multicitado – editado no ano de 2000, depois de o índice de inflação oficial do ano de 1999 (IPCA), imediatamente anterior, ter sido de 8,94% (oito inteiros e noventa e quatro centésimos por cento) – se tratasse do reajuste anual, geral e uniforme. Com efeito, os soldos de algumas patentes não foram sequer aumentados, e os índices de aumento dos soldos ali fixados para outras patentes, obtidos por operações aritméticas atestadas nos autos, foram de 2,73% (dois inteiros e setenta e três centésimos por cento), 8,64% (oito inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento), 30% (trinta inteiros por cento), 31,03% (trinta e um inteiros e três centésimos por cento), 32,35% (trinta e dois inteiros e trinta e cinco centésimos por cento) e 34,06% (trinta e quatro inteiros e seis centésimos por cento). Essas circunstâncias bem evidenciavam a desconexão entre o diploma legal e a revisão anual, geral e igualitária da remuneração dos servidores públicos.

28. Foi nesse cenário que o acórdão embargado, sob o pretexto de restaurar a isonomia do índice revisional das remunerações dos servidores públicos, invocou indevidamente a norma da segunda parte do artigo 37, inciso X, da Carta Magna de 1988 e atribuiu aos recorridos um suposto direito subjetivo ao aumento de seus soldos pela incidência do maior dentre os diversos índices de acréscimo concedido aos soldos de outras patentes que não a sua pela Lei Estadual nº. 7.622/00. Seduzido pela norma constitucional instituidora da isonomia da regra legal de revisão anual, geral e uniforme das remunerações dos servidores públicos, o egrégio Tribunal de Justiça concedeu aos recorridos um direito subjetivo que só por lei específica se lhes poderia ter reconhecido. A conclusão foi produto da inversão lógica do raciocínio: partiu-se da premissa equivocada de que a Lei Estadual nº. 7.622/00 seria lei de reajuste geral, anual e uniforme para então concluir pelo deferimento aos recorridos de aumento remuneratório com base no maior índice aplicado por aquele diploma legal.

29. O entendimento majoritariamente sufragado na decisão ora impugnada destoou da jurisprudência desse egrégio STF, abraçada pelo voto vencido do Ilustre e honrado Desembargador José Edvaldo Rocha Rotondano que compreendeu perfeitamente a *mens legis* e qualificou o diploma legislativo segundo a Constituição Federal. São eloquentes exemplos os arestos assim ementados, alguns destes citados, inclusive, no aludido votovencido:

“CONSTITUCIONAL.	ADMINISTRATIVO.	SERVIDOR	PÚBLICO.	
REAJUSTE	DE	VENCIMENTOS.	REAJUSTES	SETORIAIS.
I. Reajustes setoriais de vencimentos de servidores públicos com a finalidade de corrigir distorções: legitimidade. Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia e ao princípio da revisão geral inscrita no art. 37, X, da CF.				
II. Embargos de declaração conhecidos como agravo. Não provimento deste.” (STF, 2ª T., ED-				

RE 307.302-8/MG, rel. Min. Carlos Velloso, j. 22.10.02);

“Servidor Público: reajustes diferenciados de vencimentos: inexistência de violação ao art. 153, §1º, da Carta de 1.969. O princípio da isonomia jamais obrigou o legislador ordinário a conceder os mesmos reajustes a todos os servidores públicos. Ao contrário: a possibilidade de modificar-se a qualquer momento a relação existente entre a remuneração de categorias e níveis diferentes de servidores era objeto de previsão expressa.” (STF, Ag. 138.200, rel. Min. Sepúlveda Pertence);

“Servidor Público – Reajustes Setoriais de remuneração – Admissibilidade. O Estado poderá conceder reajustes setoriais de vencimentos, com a finalidade de corrigir distorções verificadas no serviço público, não cabendo ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (Súmula nº 339 do STF).” (STF, 2ª T, RE 307.302-8/MG, rel. Min. Carlos Velloso).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDORES PÚBLICOS. MILITARES. REAJUSTES SETORIAIS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I – É constitucional a concessão de reajustes setoriais para corrigir eventuais distorções remuneratórias sem que tal expediente implique em violação aos princípios da isonomia ou do reajuste geral de vencimentos. Precedentes.

II – Agravo regimental improvido.” (ARE 672.424-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe12.4.2012);

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. CONCESSÃO DE REAJUSTE SETORIAL. ÍNDICES MAIORES AOS MILITARES DE PATENTES MAIS BAIXAS. LEI 11.784/2008. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DO REAJUSTE GERAL DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A concessão de reajustes setoriais para corrigir eventuais distorções remuneratórias é constitucional e não implica violação aos princípios da isonomia ou do reajuste geral de vencimentos. Precedentes: AI 612.460- AgR, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 13.05.2008; RE 576.191, Rel. Min. AYRES BRITTO DJe de 06.12.2010; RE 541.657, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21.11.2008; RE 307.302-ED, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 22.11.2002. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: ‘ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM APELAÇÃO. MILITAR. REVISÃO PERIÓDICA. REAJUSTES SETORIAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA INOCORRENTE. PRECEDENTES.

1. Tratando-se de reajuste remuneratório diverso daquela revisão periódica dos vencimentos dos servidores públicos insculpida no comando do inciso X do artigo 37 da CF/1988, reajuste setorial, inexistente violação ao Princípio da Isonomia.

2. Agravo improvido.”

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 672.420-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe25.2.2013)”.

30. Nessa ordem de ideias, a decisão ora impugnada provocou outra questão jurídica lateral, mas inerente à mesma norma constitucional duplamente violada. Ora, a invocação da isonomia para, sem previsão alguma na Lei Estadual nº. 7.622/00 em favor de suas patentes, conceder aos recorridos significativo acréscimo dos valores de seus soldos como consequência da aplicação do índice de aumento previsto para os soldos de outras patentes importou, além do desvio da perspectiva constitucional sob que se editou o diploma legal aludido (primeira parte do artigo 37, inciso X, e parágrafo primeiro do artigo 39 da Carta Magna), manifesta afronta à Súmula Vinculante nº. 37 desse egrégio STF que repete a redação de sua antiga Súmula nº. 339 nestes termos exatos:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

31. Destarte, a norma do artigo 37, inciso X, da Carta Magna vigente foi duplamente violada pela decisão ora impugnada. A uma, porque se deslocou para a segunda parte dessa norma constitucional o fundamento de validade da Lei Estadual nº. 7.622/00, quando esta deveria ter sido examinada sob o manto da primeira parte do artigo 39, §1º, da CF de 1988, legitimadores da normatização da remuneração de cargos públicos para fins de estruturação ou reestruturação de carreiras. A duas, a decisão judicial, sob o pretexto de fazer valer a isonomia constitucional, procedeu à fixação e ao aumento do valor de remuneração de cargos públicos sem a indispensável previsão legal, atitude a que adicionou violação da norma fundamental de divisão dos Poderes no Estado Democrático de Direito (artigo 2º da CF de 1988).

32. Se o fundamento substancial da decisão ora impugnada foi a necessária uniformidade do índice de reajuste remuneratório que deve ser adotado na lei de reajuste geral e anual, que nada mais é que uma particular aplicação do princípio da isonomia, o seu instrumento foi a interpretação conforme. Ao equívoco da premissa assentada no sentido de que a Lei Estadual nº. 7.622/00 poderia ser tratada como lei de reajuste anual, geral e uniforme, se adicionou outro tão grave quanto aquele: o de que a interpretação conforme seria uma técnica de redenção irrestrita da lei supostamente inconstitucional. Com efeito, a solução adotada pelo egrégio Tribunal de Justiça desprezou a circunstância de que ao Poder Judiciário caberia, no caso concreto e na melhor das hipóteses, o papel de legislador negativo, mas nunca o de se substituir aos Poderes Legislativo e Executivo na fixação da remuneração de servidores Públicos.

33. Os desígnios dessa nobre técnica hermenêutica são ou o de escolher entre os sentidos possíveis do texto legal a interpretação que encontre fundamento de validade na Constituição Federal ou o de afastar a interpretação segundo a qual a regra infraconstitucional padeceria do vício de inconstitucionalidade. A técnica da interpretação conforme a Constituição não se presta para construir, no plano infraconstitucional e a partir do texto da lei, uma norma que o legislador ordinário evidentemente não produziu. Sendo privativo dos Poderes Políticos o planejamento, a gestão e a fiscalização da execução orçamentária, jamais seria dado ao Poder Judiciário invocar a interpretação conforme a Constituição Federal para, invadindo a reserva legislativa, criar uma norma sobre os valores da remuneração de servidores públicos diferente daquela emanada da lei em sentido formal e material.

34. Impõe-se, destarte, reformar a decisão ora impugnada para, reconhecendo a constitucionalidade da diversidade de índices de aumentos remuneratórios decorrentes da Lei Estadual nº. 7.622/00 sob as perspectivas do artigo 37, inciso X, primeira parte, e do artigo 39, § 1º, da Carta Magna de 1988 e da inviabilidade constitucional de deferimento da pretensão dos recorridos em face da Súmula Vinculante nº. 37 desse egrégio STF, julgar improcedentes os pedidos deduzidos pelos recorridos, na medida em que o segundo deles restará prejudicado pela improcedência do primeiro.

35. DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO ADQUIRIDO À REVISÃO AUTOMÁTICA DA GAP PELO ÍNDICE DE AUMENTO DO SOLDOS DOS AUTORES. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS. Além do

acréscimo dos valores que lhe foram concedidos sobre os soldos atribuídos às suas patentes, os recorridos pleitearam e obtiveram, em razão de uma repercussão direta e imediata, a revisão automática dos valores da GAP (gratificação de atividade policial) que lhes eram pagas, em manifesta ofensa às normas dos artigos 5º, inciso XXXVI, e 37, inciso XIII, da CF de 1988. Esse suposto direito subjetivo foi reconhecido aos recorridos em razão da inconstitucionalidade da interpretação conferida ao artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145, de 19/08/1997. Confira-se a decisão ora impugnada, *in verbis*:

“Outro ponto de controvérsia gira em torno da interpretação da norma do § 1º, do art. 7º, da Lei Estadual 7.145/97 que assim prescreve:

Os valores de gratificação estabelecidos no Anexo II serão revistos na mesma época e no mesmo percentual de reajuste dos soldos’.

Ora, conforme se depreende da leitura do aludido dispositivo legal, a própria Lei 7.145/97, criadora da GAPM, impôs sua revisão, estabelecendo como critério o aumento do soldo, sendo que a sua concessão dar-se-ia através de ato administrativo vinculado, do Poder Executivo, por ser obrigatória tal revisão nas condições ali previstas, vale dizer, no mesmo valor dado a cada um dos postos/graduações da Corporação da Polícia Militar.

Neste diapasão, embora sustente o apelado que não existe nenhuma previsão legal dentro do ordenamento jurídico para o pretendido aumento da GAP dos apelantes, razão não lhe assiste, vez que em vigor a Lei 7.145/97 que previu a extensão do reajuste dado ao soldo, à gratificação de atividade policial militar em igual percentual e na mesma época.

No particular, cumpre afirmar ser aplicável ao caso dos autos o quanto disposto na Lei 7.145/97 que previu a extensão do reajuste do soldo à gratificação no mesmo percentual pois, ao contrário do que sustenta o recorrido, o referido dispositivo legal não fora tacitamente revogado.

No caso, é equivocada a assertiva do Estado da Bahia, de que a Lei Estadual nº 7.622/2000, teria revogado tacitamente o § 1º do art. 7º da Lei 7.145/97, conforme a norma contida no art. 2º, § 1º da LICC, visto que a lei posterior não é incompatível com a anterior, tampouco regulou inteiramente a matéria ali tratada.

Embora o apelado tenha afirmado que a lei 7.622/2000 teve como escopo a reestruturação dos vencimentos e salários de algumas categorias funcionais, e não a majoração geral dos vencimentos dos servidores públicos, ainda que assim o fosse, não consta da norma do § 1º do art. 7º, da lei 7.145/97, e de nenhum outro dispositivo legal, a ressalva de que, caso o aumento do soldo viesse da reestruturação de vencimentos e salários, os servidores não fariam jus à respectiva majoração na GAPM.

Portanto, ao transgredir a norma do § 1º do art. 7º da Lei 7.145/97, o Estado da Bahia violou o princípio da legalidade, um dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Tendo em vista que a GAPM – Gratificação de Atividade Policial Militar tem natureza *labore faciendo*, vez que da leitura do art. 6º da Lei 7.145/97 infere-se, indubitavelmente, que a sua instituição tem como objetivo precípuo compensar não só o risco das atividades dos policiais militares, bem como o exercício em si das suas atividades, cristalino que deve ser estendida aos policiais inativos, por força do disposto no art. 40 § 4º da CF, sem que isto importe em vulneração ao princípio da isonomia ou da irretroatividade das leis.

Importante ressaltar que, inobstante as significativas alterações introduzidas no supracitado art. 40 pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/2003, pondo fim a paridade entre ativos e inativos, tais alterações não retiraram dos apelantes o direito à revisão dos seus proventos, *ex vi* do disposto no art. 5º, XXXVI e art. 7º da CF, c/c art. 6º, § 2º da LICC.

No caso, verifica-se nos contra cheques anexados aos autos, que a aludida gratificação continuou compondo a remuneração dos servidores militares como uma vantagem separada do soldo, no entanto, a aludida gratificação não sofreu a devida repercussão do aumento conferido pela lei nº 7.622/2000.

Como dito anteriormente, é sabido que a revogação de que trata o art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), só se opera quando a lei posterior é incompatível com a lei anterior, ou quando aquela regula inteiramente a matéria de que tratava esta. No caso em comento, verifica-se que não ocorreu nem a primeira, nem muito menos a segunda situação explanada, visto que a concessão de reajustes, tanto anual como setorializado do soldo não é incompatível com reajustes da GAPM, na mesma proporção e data, haja vista que a intenção do legislador foi melhorar a situação dos servidores, e não apenas estagná-la ou disfarçar um suposto aumento de vencimentos.

Desse modo, não há que se falar, no caso em apreço, em ilegalidade da Lei nº 7.145/97, tampouco em violação dos princípios da reserva legal pelo Poder Judiciário, e sim, em infringência do art. 7º, § 1º, da mencionada Lei pela Administração Pública Estadual, por ter deixado de reajustar a GAP, no mesmo percentual de majoração do soldo básico estabelecido pelas supracitadas leis.

Sobre a alegada inexistência de direito adquirido a regime jurídico, cumpre asseverar que embora o servidor público não possua direito à imutabilidade do regime jurídico, a faculdade de a Administração Pública, por questão de conveniência e oportunidade, modificar as condições de serviço e forma de cálculo da remuneração encontra óbice nos princípios da inalterabilidade das vantagens pessoais, da legalidade e da irredutibilidade dos vencimentos de modo que, ao Judiciário cabe examinar se quando da passagem para a inatividade dos Recorridos vigia o art. 7º da Lei 7.145/97 que, como dito anteriormente, previu a extensão do reajuste do soldo à gratificação, no mesmo percentual, de sorte que tal garantia se agregou ao patrimônio jurídico do servidor, restando imune às investidas posteriores do Estado.

Quanto a alegação do recorrido de desatendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), face a inexistência de dotação orçamentária, cumpre afirmar que tal argumento não pode prosperar, mesmo porque na ocasião do cumprimento da r. sentença, a execução contra a Fazenda Pública deverá seguir seus trâmites legais, devendo o Apelante cumprir com suas obrigações e fazer constar das dotações orçamentárias os seus débitos para com seus servidores públicos decorrentes de decisões judiciais.

Ademais, não se pode olvidar que a *mens legis* da referida lei, é o resguardo e controle do dispêndio público, assim como da atuação do Administrador na gestão da coisa comum, não se podendo pretender, portanto, a utilização desta norma como instrumento para chancela de arbitrariedades perpetradas pelo Poder Público.

Outrossim não se pode aventar de violação à norma do art. 169 da Constituição Federal, que atrela as despesas com o Funcionalismo público à disponibilidade de recursos orçamentários, visto que, ao dispor sobre aumento dos soldos o legislador estadual deveria ter em vista a regra do art. 7º, § 1º, da Lei Estadual 7.145/1997, prevendo recursos também para o pagamento resultante da consequente majoração da GAPM, submetido que está ao princípio da legalidade.

Quanto a alegação do apelado de invasão de competência constitucional, cumpre asseverar que o Poder Judiciário não tem a função de legislar, muito menos criar, atribuir ou extinguir vantagens remuneratórias a servidores públicos, mas tem, sim, a função de apreciar a legalidade e a inconstitucionalidade de leis, neste caso, através do controle difuso de constitucionalidade, pelo que não merece prosperar tal alegação.

Desta forma, vigente a Lei 7.145/97, inexorável a conclusão de que a GAP percebida pelos apelantes deve ser reajustada no mesmo percentual estabelecido para seus respectivos soldos.

36. Pois bem. Nesse passo, restou evidente que a decisão ora impugnada operou mais 2 (duas) violações de normas constitucionais que ensejaram a procedência dessa pretensão, ainda que já não restasse prejudicada pela improcedência da primeira. A Lei Estadual nº. 7.622/00, como visto acima, instituíra uma nova, exaustiva e revocatória disciplina do regime de remuneração dos policiais militares baianos. Conforme os seus artigos 3º e 7º e o seu Anexo V, fixaram-se os antigos e se estabeleceram novos valores dos soldos das várias patentes, sem que tenha cogitado de conceder reajuste automático e igualitário dos valores da GAP. Portanto, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a Lei Estadual nº. 7.622/00 revogara a regra do artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145/97. Destarte, se tivesse sido considerada essa circunstância que foi desprezada, concluir-se-ia que não procede a pretensão dos recorridos, fundamentada em regra legal cuja vigência cessara exatamente por força daquela lei revogadora.

37. A decisão ora impugnada, contudo, recusou a revogação alegada em razão da interpretação emprestada à eficácia da regra do artigo 7º, parágrafo único, da Lei Estadual nº. 7.145/97. Com efeito, houve manifesta violação da norma constitucional proibitiva da vinculação

para efeito de remuneração do servidor público, emanada do artigo 37, inciso XIII, da Carta Magna, na medida em que, invocando um suposto princípio da “inalterabilidade das vantagens pessoais”, a decisão ora impugnada atribuiu eficácia permanente e incondicionada à vinculação do “reajuste” da GAP ao “reajuste” do soldo. Ora, essa concomitância e identidade de proporção do aumento do valor nominal de ambas as parcelas só seria imperativa, se a Lei Estadual nº. 7.622/00 tivesse tratado do reajuste anual, geral e uniforme da remuneração dos servidores públicos estaduais, ou seja, o reajuste automático do valor da GAP, na mesma época e no mesmo percentual do soldo, só teria legitimidade constitucional na hipótese de aplicação da lei de revisão anual, geral e uniforme, prevista na parte final do artigo 37, inciso X, da Carta Magna.

38. Somente a identidade obrigatória de época e de índice de revisão da remuneração poderia justificar a aplicação indistinta de aumentos nominais na mesma proporção sobre as parcelas do soldo e da GAP. É claro que o aumento automático do valor de determinada parcela em razão do aumento do valor de outra, de que cuida a regra do artigo 7º, parágrafo único, da Lei Estadual nº. 7.145/97, não se poderia aplicar aos acréscimos dos soldos que decorressem de lei específica de reestruturação remuneratória da carreira dos policiais militares, editada com fundamento na primeira parte do artigo 37, inciso X, e do artigo 39, § 1º, da Carta Magna. O erro fundamental da decisão ora impugnada de qualificar a Lei Estadual nº. 7.622/00 contagiou toda a compreensão do sistema remuneratório dos policiais militares baianos.

39. A admissão da projeção da eficácia da regra legal para incidir na hipótese de leis futuras, instituidoras de reestruturação remuneratória da carreira, não permitiria aos Poderes Políticos alterar, pela via legislativa, a proporção então vigente entre as parcelas integrantes da remuneração dos servidores públicos. Essa compreensão importou vinculação insuportável da norma constitucional emanada do artigo 37, inciso XIII, da Carta Magna e da veterana jurisprudência dessa excelsa Corte sobre a impertinência do sentido e do alcance da garantia constitucional do direito adquirido em relação ao regime jurídico remuneratório do servidor público (artigo 5º, inciso XXXVI, da CF de 1988). Impedir que qualquer lei futura desvinculasse o aumento do soldo do aumento da GAP significou vinculação de espécies remuneratórias e suposição de direito adquirido ao regime jurídico remuneratório, em vez de apenas ao valor nominal e atualizado da remuneração.

40. A inexistência de direito adquirido do servidor público ao regime jurídico, inclusive o remuneratório, está assentada há muito tempo na jurisprudência desse egrégio Tribunal, diante da natureza institucional e estatutária da disciplina das relações jurídicas entre os servidores públicos e as entidades públicas a que se vinculam. O regime jurídico do servidor público se qualifica como situação jurídica objetiva que, relativamente à sua remuneração, só se concretiza em direito subjetivo quanto ao valor nominal estabelecido, mas nunca quanto à sua composição e aos critérios de sua quantificação ou atualização. Por outro lado, a Carta Magna é refratária a qualquer regime jurídico que enseje vinculação automática entre espécies remuneratórias dos servidores públicos, porque supõe ser indispensável que os Poderes Políticos possam exercer, a qualquer tempo, a prerrogativa de adequar suas despesas de pessoal às suas disponibilidades orçamentárias.

41. Para que possam ser mais confortáveis a percepção e a compreensão da

argumentação deduzida neste recurso, confirmam-se, *in verbis*, os textos das normas constitucionais violadas pela decisão ora impugnada:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
.....

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....
XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....” (grifos
acrescidos ao texto original).

42. Impõe-se, destarte, subsidiariamente à pretensão rescindente do parágrafo 21 acima e à pretensão infringente principal do parágrafo 32 acima, reformar a decisão ora impugnada sob a perspectiva das normas dos artigos 5º, inciso XXXVI e 37, inciso XIII, da Carta Magna, reconhecer a inconstitucionalidade da interpretação que rejeitou a revogação do artigo 7º, § 1º, da Lei Estadual nº. 7.145/97 pela Lei Estadual nº. 7.622/00, segundo o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e procedeu à aplicação indevida da regra legal revogada e julgar improcedente o pedido aumento dos valores da GAP no mesmo percentual de aumento do soldo decorrente da Lei Estadual nº.7.622/00.

43. DO PEDIDO FINAL. DA CONCLUSÃO DESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DAS PRETENSÕES RESCINDENTE E INFRINGENTES. Ante o exposto e o que mais dos autos consta, requer que sejam processado, admitido, conhecido e provido o recurso extraordinário, para um dos seguintes fins:

(a) preliminarmente, anular a decisão ora impugnada por insuficiência insanável da prestação jurisdicional e da fundamentação adotada, determinar a baixa dos autos ao Tribunal de Justiça da Bahia e a prolação de nova decisão que examine explicitamente todas as questões constitucionais suscitadas pelo recorrente, sem prejuízo de eventualmente ser aplicado o artigo 249, § 2º, do CPC;

(b) se for rejeitada a preliminar de nulidade em razão de eventual consideração de validade da decisão ora impugnada ou da constatação da possibilidade de julgamento do mérito da causa em favor do recorrente, reformar a decisão ora impugnada para julgar improcedentes ambas as pretensões deduzidas pelos recorridos ou ao menos a segunda.

Pede juntada e deferimento.

Salvador (BA), 21 de julho de 2015.

SILVIO AVELINO PIRES BRITTO JUNIOR

Procurador do Estado

— **PRÊMIO 2016**

Ação Ordinária de Nulidade de Escritura Pública
e Cancelamento de Registro de Imóvel C/C
Reconhecimento de Domínio.

Antônio Lago Júnior

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DE LAURO DE FREITAS - BAHIA**

O **ESTADO DA BAHIA**, pessoa jurídica de direito público interno, por seu Procurador *ex lege*, firmado abaixo, com endereço funcional na sede da Procuradoria Geral do Estado, localizada na 3.ª Avenida, n.º 370, Centro Administrativo da Bahia, CEP 41.745-005, Salvador, Bahia, vem perante V. Exa. propor

**AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA
E CANCELAMENTO DE REGISTRO DE IMÓVEL C/C
RECONHECIMENTO DE DOMÍNIO**

em face de **AIRTON GASPAR BITTENCURT XAVIER DE MOURA**, brasileiro, empresário, CPF 482.313.985-20, casado com **ISABELLE COUTINHO RIBEIRO MOURA**, brasileira, administradora de empresas, CPF 866.036.555-00, ambos residentes e domiciliados à Rua Tiradentes, nº 92, 2º Andar, Centro, CEP 44850-000, Morro do Chapéu – BA ou, ainda, à Rua José Marcelino, Casa 280, Centro, CEP 44850000, também em Morro Do Chapéu - BA; **JOSÉ DILANEU BARBOSA**, brasileiro, comerciante, CPF 020.755.395-53, casado com **MARIESE DÓRIA BARBOSA**, brasileira, do lar, CPF 046.773.265-50, ambos residentes e domiciliados na Rua Don Bosco, 12, Ap. 105, Nazaré, CEP 40.040-000, Salvador-Bahia; e **ANTONIO CARLOS DÓRIA DE SOUZA SANTOS**, brasileiro, solteiro, CPF 083.119.275-53, residente e domiciliado no Condomínio Cleriston Andrade, s/n, 3ª Etapa, Bloco 2, Ap. 105, Centro, CEP 42.700-000, Lauro de Freitas – Bahia, pelas razões e motivos que passa a expor:

I - DOS FATOS. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DO IMÓVEL E DA RESPECTIVA CADEIA REGISTRAL.

A presente ação diz respeito à dominialidade e à cadeia registral de uma propriedade rural denominada Fazenda Capiarara, localizada no Município de Lauro de Freitas, Bahia.

O mencionado imóvel integra uma área maior de 675.700 m², correspondentes a duas glebas cujo domínio útil era de propriedade de Heraldo Batista Lima e esposa e o domínio direto pertencente à Prefeitura Municipal de Salvador, com dimensões correspondentes a 99.200 m² (gleba nº 300) e 576.500 m² (gleba nº 301), tendo sido incorporada ao domínio do Estado da Bahia por meio da já concluída ação de desapropriação de nº 0021589-27.1986.8.05.0001, proposta contra os seus verdadeiros proprietários (conf. cópia dos autos de desapropriação e da respectiva carta de sentença - doc. 01).

As mencionadas glebas estão compreendidas na poligonal de 16.612.652 m² declarados de utilidade pública pelo Decreto Estadual nº 25.988, de 12 de dezembro de 1977, localizados nos Municípios de Salvador e Lauro de Freitas, sendo que uma delas (**a gleba nº. 301. com área de 576.500 m². denominada Fazenda Capiarara**) será utilizada em obra de grande envergadura para a infraestrutura urbana do Estado – atendendo-se, assim, aos fins expostos pelo referido decreto expropriatório¹ (cuja cópia integral se encontra no já mencionado **doc. 01**), ou, senão, ao menos, a uma outra finalidade pública, de natureza similar²).

A obra em questão é denominada “Via Metropolitana” e consubstancia-se em trecho de anel rodoviário de 11,20 quilômetros, composta por duas faixas por sentido, por onde devem passar 16 mil veículos diariamente, e que está sendo construída entre o KM-18,5 da BA-526 e o KM- 8,5 da BA-099. Além de melhorar a mobilidade na região, vai induzir um novo vetor de desenvolvimento, permitindo o planejamento de ocupação adequada do solo ao seu entorno e a criação de um novo acesso à cidade de Lauro de Freitas (conf. cópia Contrato de Concessão 01/2010, respectivo Termo Aditivo, fotos e notícias anexas - **doc. 02**).

Ocorre que, ao mapear a área, inclusive com vistas a identificar as propriedades privadas passíveis de desapropriação, o Estado da Bahia se deparou com um fato inesperado.

¹ “Decreto nº 20.988, de 12 de dezembro de 1977

Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, uma área de terra situada nos Municípios de Lauro de Freitas e Salvador, neste Estado e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições e por fundamento das disposições do Decreto-Lei nº 3.345, de 23 de julho de 1941,

DECRETA:

Artigo 1º - Fica declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação, uma área de 16.612.652 m², com as especificações e demais benfeitorias nelas situadas, tais como, reservas, mananciais e serviços básicos que lhe são inerentes, situado nos Municípios de Salvador e Lauro de Freitas, neste Estado e que se acha compreendido dentro das linhas demarcatórias dos limites a seguir descritos:

(...)

Artigo 2º - **O terreno de que se trata o artigo anterior, destinar-se-á à execução de planos de renovação urbana e habitacional, compreendendo implantação de equipamentos comunitários, sistema viário e outros serviços públicos.**

Artigo 3º - Fica a Procuradoria Geral do Estado autorizada a efetivar a desapropriação, pela via amigável ou judicial, utilizando, para tanto, os recursos financeiros fornecidos pela Secretaria do Saneamento e Desenvolvimento Urbano.

Artigo 4º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, em 12 de dezembro de 1977, ROBERTO FIGUEIRA SANTOS

WALTER RODENBURG RIBEIRO SANCHES” (grifos adotados).

² Na esteira do entendimento jurisprudencial sobre o tema, que foi, recentemente, incorporado do direito legislado, pelo art. 5º, § 6º, do Decreto-Lei nº. 3.365/41, com a nova redação que lhe deu a MP nº 700, de 08 de dezembro de 2015, segundo a qual:

Art. 5º (omissis).

§ 6º Comprovada a inviabilidade ou a perda objetiva de interesse público em manter a destinação do bem prevista no Decreto expropriatório, o expropriante deverá adotar uma das seguintes medidas, nesta ordem de preferência:

I - **destinar a área não utilizada para outra finalidade pública;**

Com efeito, apresentaram-se como supostos proprietários da área denominada Fazenda Capiarara as pessoas que estão sendo requeridas na presente demanda, quais sejam: Airton Gaspar Bittencourt Xavier de Moura, casado com Isabelle Coutinho Ribeiro Moura; José Dilaneu Barbosa, casado com Mariese Dória Barbosa e Antonio Carlos Dória de Souza Santos, na proporção de 90% para o primeiro e 05% para os demais.

Os pretensos proprietários apresentaram **matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Lauro de Freitas tombada sob nº 20.095, de 07 de agosto de 2009, que por sua vez teria sua origem na Matrícula nº 10.249 (157.369) do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador - BA.** Nessas matrículas consta que o imóvel em questão possui área de 720.000,00m². Acrescente-se que o bem está aparentemente inscrito no cadastro imobiliário do município de Lauro de Freitas sob nº 4093.02136.0000 e no Cadastro de Imóvel Rural do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA com nº 000.060.090.549-0.

Pois bem. Ocorre que a cadeia sucessória apresentada na Matrícula de nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas de Lauro de Freitas **conflita com aquela apresentada pelo Estado da Bahia para o ajuizamento do processo de desapropriação de nº 0021589-27.1986.8.05.0001**, o que consequentemente leva à conclusão da sua nulidade, assim como nula também é aquela que lhe antecedeu, conforme se verificará em detalhes a seguir.

DA CADEIRA SUCESSÓRIA DA FAZENDA CAPIARARA, APRESENTADA PELO ESTADO DA BAHIA NOS AUTOS DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO Nº 0021589- 27.1986.8.05.0001:

Como mencionado no tópico anterior, a cadeia sucessória apresentada pelos Réus conflita com outra constante de processo de desapropriação ajuizado no ano de 1978 pelo Estado da Bahia.

Em ambas a Fazenda Capiarara passou a pertencer, a partir de janeiro de 1957, a Luiz Raimundo Tourinho Dantas e sua esposa Nícia Maria Valente Dantas. Quanto a isso não há discrepância.

No entanto, **a transferência seguinte aponta divergência**. O Quadro 1 apresenta a síntese da situação e revela o que ocorreu: a) na documentação do Estado da Bahia, Luiz Raimundo Tourinho Dantas vendeu o domínio útil de uma área um pouco menor, no ano de 1962, para Heraldo Batista Lima, **com indicação completa dos dados da escritura pública**; b) na documentação fornecida por Airton Gaspar Bittencourt Xavier, Luiz Raimundo Tourinho Dantas teria vendido o domínio pleno de uma área um pouco maior, no ano de 1979, para José dos Santos, **sem indicação completa dos dados da escritura pública**. Veja-se:

Tabela 1. Síntese do conflito de titulação da Fazenda Capiarara.

CADEIA SUCESSÓRIA ESTADO DA BAHIA	CADEIA SUCESSÓRIA AIRTON GASPAR BITTENCOURT XAVIER
Em 31 de janeiro de 1962 , Luiz Raimundo Tourinho Dantas e sua esposa vendeu o domínio útil da Fazenda denominada Capiarara, com área de 576.500m², para Heraldo Batista Lima . Registro no Livro 3-E, sob o nº. 10.524, fls. 81, 3º Ofício de Imóveis da comarca do Salvador. Escritura pública nas notas do 2º Ofício da Capital, Livro 388, fls. 115 a 117 , com data de 31/01/1962.	Em 9 de março de 1979 , Luiz Raimundo Tourinho Dantas e sua esposa teria vendido o domínio do sítio Capiarara, com área de 72 hectares para José dos Santos . Registro na matrícula nº. 10.249, em 3 de julho de 1979, no R-02, 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca do Salvador. Escritura pública nas notas do 1º Ofício da Capital, sem indicação de livro e a folha , com data de 9/03/1979.

A verdadeira cadeia sucessória apresentada pelo Estado da Bahia se baseia nos autos do processo de desapropriação nº 0021589- 27.1986.8.05.0001, tramitado na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (conforme já mencionado), bem como nas Matrículas de nº 6.645 e de nº. 10.524 mantidas no 3º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca do Salvador (conferir respectivas certidões - **doc. 03**), que se passa a expor a seguir:

- **31 de janeiro de 1962 – Luiz Raimundo Tourinho Dantas** e sua esposa venderam o **domínio útil** da Fazenda denominada Capiarara, com área de 576.500m², para **Heraldo Batista Lima**. Registro no Livro 3-E, sob o nº.10.524, fls. 81, do 3º Ofício de Imóveis da comarca do Salvador. Escritura pública nas notas do **2º Ofício da Capital, Livro 388, fls. 115 a 117**, com data de 31/01/1962. O registro anterior a este consta na transcrição de nº 6.645, Livro 3-C, fls. 56, em 8 de janeiro de 1957, cartório do 3º Ofício de Imóveis da Comarca do Salvador.
- **8 de junho de 1978 – O Estado da Bahia** ajuíza ação de desapropriação contra **Heraldo Batista Lima e esposa**, tendo por um dos objetos a “gleba 300-A, com área de 576.500,00m²”, área descrita como aforada e com poligonal indicada em anexo à ação, com o objetivo de implantar o Projeto Caji.
- **15 de junho de 1978 –** As partes comunicam ao juízo **composição** em torno do preço da indenização, “**no valor de Cr\$8.743.750 (oito milhões, setecentos e quarenta e três mil, setecentos e cinquenta cruzeiros e quarenta centavos)**, valor atribuído à gleba 301 do Projeto Caji, denominada Fazenda Capiarara, com área de 576.500m²”, **e pedem homologação por sentença. A homologação ocorreu e o processo foi encerrado.**

Os autos do processo evidenciam que a lide já foi encerrada, com o devido transito em julgado. Saliente-se que já foi expedida, por mais de uma vez, a respectiva carta de sentença, sem que se tenha logrado êxito no respectivo registro, até que se deparou com a situação a seguir exposta.

DA CADEIA SUCESSÓRIA DA MATRÍCULA Nº 10.249 (157.369) DO 2º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E HIPOTECAS DA COMARCA DE SALVADOR E DA MATRÍCULA Nº 20.095 DO OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E HIPOTECAS DA COMARCA DE LAURO DE FREITAS.

De acordo com os registros das Matrículas nº 10.249 do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador, e da Matrícula de nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas (conferir respectivas certidões - doc. 04), é possível extrair a seguinte cadeia sucessória suposta:

- **9 de março de 1979** – **Luiz Raimundo Tourinho Dantas** e sua esposa **Nícia Maria Valente Dantas** teriam vendido a **José dos Santos** o Sítio Capiarara), nos termos da escritura pública, com data já referida, lavrada nas notas do tabelião do 1º Ofício desta Capital. **O registro não indica o livro e a folha**. O registro da compra e venda ocorreu na matrícula 10.249, em 3 de julho de 1979, no R-01, cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca da capital. A matrícula nº 10.249 indica o seguinte registro anterior: registro 6.645, Livro 3-C, fls. 56, em 8 de janeiro de 1957, cartório do 3º Ofício de Imóveis da comarca do Salvador.
- **27 de abril de 1979 (ou seja, aproximadamente 50 dias depois)** – **Soheides Pedreira de Oliveira** teria adquirido de **José dos Santos** o imóvel (sítio Capiarara) por compra e venda, nos termos da escritura pública, com data já referida, supostamente lavrada nas notas do tabelião do 1º Ofício desta Capital. **O registro, entretanto, não indica o livro e a folha**. O registro da compra e venda ocorreu na matrícula 10.249, em 3 de julho de 1979, no R-02, cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca da capital. A matrícula nº 10.249 indica o seguinte registro anterior: registro 6.645, Livro 3-C, fls. 56, em 8 de janeiro de 1957, cartório do 3º Ofício de Imóveis da comarca do Salvador.
- **12 de junho de 1979 (isto é, aproximadamente 45 dias depois do segundo registro)** - **José Carlos Ferraz Ribeiro** teria adquirido de **Soheides Pedreira de Oliveira** a fração de 50% do imóvel (sítio Capiarara) por compra e venda, nos termos da escritura pública, com data já referida, lavrada nas notas do tabelião do 1º Ofício desta Capital. **O registro não indica o livro e a folha**. O registro da compra e venda ocorreu na matrícula 10.249, em 3 de julho de 1979, no R-03, cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca da capital.
- **29 de julho de 2009 (enfim, aproximadamente 45 dias depois do terceiro registro)** - **Airton Gaspar Bittencourt Xavier de Moura** e sua esposa **Isabella Coutinho, Jose Dilaneu Barbosa** e sua esposa **Mariese Doria Barbosa** e **Antonio Carlos Doria de Souza** teriam adquirido o imóvel (sítio Capiarara) por compra e venda, na proporção de 90%, 5% e 5% respectivamente, nos termos da escritura pública lavrada nas Notas do tabelionato da comarca de Amélia Rodrigues, livro 33, fls. 122 e 123, aos supostos

proprietários **Soheides Pedreira de Oliveira e José Carlos Ferraz Ribeiro**. O registro da compra e venda ocorreu mediante abertura da matrícula 20.095, em 7 de agosto de 2009, no R-01, cartório do Registro de imóveis da comarca de Lauro de Freitas. A matrícula indica como registro anterior a matrícula nº 10.249, no cartório do 2º Ofício de Imóveis da comarca do Salvador.

- **24 de julho de 2015 – em virtude de decisão proferida pela**

Corregedoria Geral de Justiça, em 21 de janeiro de 2014, no bojo da sindicância de nº. 18.156/2013, instaurada em razão de pedido de providências 00012.54.2012.0000 firmado pelo Conselho Nacional de Justiça, foi encerrada a matrícula 10.249 e aberta a matrícula

157.369 do 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca da capital, fato esse averbado à margem das mencionadas matrículas (AV-05/10.249 e AV-01/157.369). Esse fato, contudo, não foi averbado à margem da matrícula 20.095 do Cartório do Registro de Imóveis da comarca de Lauro de Freitas.

Em síntese, **a transcrição sob o nº 10.524, no Livro 3-E, sob o nº.10.524, fls. 81, do 3º Ofício de Imóveis da comarca do Salvador, ora apresentada pelo Estado da Bahia, dispõe que Luiz Raimundo Tourinho Dantas vendeu o domínio útil de uma área um pouco menor que a área total do Sítio Capiarara, no ano de 1962, para Heraldo Batista Lima, com indicação completa dos dados da escritura pública. Já as Matrículas 10.249 (157.369) e 20.095, apresentadas por Airton Gaspar Bittencourt Xavier (e outros), informam que Luiz Raimundo Tourinho Dantas teria vendido o domínio pleno de uma área um pouco maior, no ano de 1979, para José dos Santos, sem indicação completa dos dados da escritura pública.**

Relevante salientar que o imóvel identificado na matrícula nº 10.249 (157.369), com área de 72 hectares, **sofreu averbação de uma poligonal, em 04 de agosto de 2009 (AV-01), momento em que foi também** definido como imóvel próprio, contrariando a informação de origem de **que é foreiro ao Município de Salvador**.

Vale ressaltar, também, que a comparação entre a poligonal elaborada pela CONDER (poligonal da área CONDER - **doc. 05**), traçada com base nos dados dispostos no registro original do imóvel (transcrições de nº 6.645 e de nº. 10.524 do 3º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca do Salvador), e a poligonal traçada com base nesses dados constantes da averbação mencionada (poligonal traçada com base nos dados constantes da Matrículas 10.249 e 20.095 - **doc. 06**) positivamente tratarem-se da mesma gleba.

Portanto, fácil concluir que, de duas uma: a) ou estaríamos diante de uma sobreposição de títulos, o que não é o caso, como se verá; ou b) uma das cadeias é viciada.

Digno de nota, ainda, é o encerramento da matrícula nº. 10.249 em virtude da mencionada **sindicância de nº. 18.156/2013, instaurada em razão de pedido de providências 00012.54.2012.0000 firmado pelo Conselho Nacional de Justiça. Esse encerramento causa estranheza, na exata medida em que a referida matrícula já deveria ter sido encerrada, quando da abertura da matrícula**

20.095 no Cartório de Registro de Imóveis de Lauro de Freitas.

Causa maior estranheza, também, o fato de que, **ao se solicitar ao 2º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca da Capital uma certidão atualizada de ônus relativa à mencionada matrícula 10.249. tem-se a apresentação de duas certidões relacionadas ao mesmo número de matrícula. sendo que uma delas tem conteúdo inteiramente distinto dos fatos descritos nesta ação** (i.e., **referem-se substancialmente a outro imóvel e a outras pessoas**): um terreno urbano, situado na Rua do Céu, nº. 10, com 110 m2, pertencente originariamente a José Guilherme dos Santos e esposa, posteriormente adjudicado ao herdeiro José Guilherme dos Santos Filho, o qual, por sua vez, alienou a Sra. Valdete Maria Freire.

Por último, de maneira definitiva e conclusiva, **o Tabelionato do 1º Ofício de Salvador declarou que, revendo os livros daquela unidade, verificou que não existe escritura pública datada de 09 de março de 1979 tendo como comprador o Sr. José dos Santos. Ou seja, o título que teria dado origem à matrícula de nº. 10.249 não existe.** E mais: a serventia declarou também que **não estão arquivadas naquelas notas todas as demais escrituras mencionadas na matrícula 10.249** (Ofício do Tabelionato do 1º Ofício de Salvador - doc. 07). De salientar que, a matrícula de nº. 10.249 do Cartório do 3º Ofício de Imóveis de Salvador é que serviu de causa para a abertura da matrícula de nº. 20.095, no respectivo Cartório de Registro de Imóveis de Lauro de Freitas.

Conclusão: **a matrícula de nº. 10.249, à margem da qual se efetuou os registros da Fazenda Capiarara, assim como aquela(s) que se segue (m). é viciada e, inequivocamente, houve nulidade na elaboração dos registros, visto que levados à efeito por meio de títulos inexistentes em sua origem.** É o que a seguir se passa a expor.

II – DO VÍCIO NO REGISTRO DA MATRÍCULA 10.249 DO 2º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E HIPOTECAS DA COMARCA DE SALVADOR. DA NULIDADE DE PLENO DIREITO DA LEI 6.739/79.

ALGUMAS PALAVRAS SOBRE O SISTEMA REGISTRAL BRASILEIRO.

É cediço que o Direito Brasileiro, em matéria de aquisição derivada do direito real da propriedade imobiliária, perfilhou o sistema romano, **adotando a teoria do título e do modo**. Desse modo, a aquisição derivada de bens imóveis se desdobra em dois momentos: 1º) o acordo de vontade do alienante e do adquirente, normalmente por instrumento público; e 2º) o registro do título translativo no Registro de Imóveis.³ Quer isso dizer que sem registro não se torna possível adquirir *inter vivos* a propriedade de bem imóvel (art. 1.245, §§ 1º, 2º, do CC).

³ VIANA, Marco Aurélio da Silva. Comentários ao novo código civil: direitos reais. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 118.

Dito de outro modo, não basta o título para gerar efeito translativo (v. g., escritura pública, instrumento particular, carta de sentença e formal de partilha), **sendo assim determinante o modo aquisitivo, ou seja, o registro.**

Agora, pois bem. Se isso por um lado é verdade, por outro lado, não menos verdadeiro é o fato de que o **título é a origem da transmissão da propriedade, servindo-lhe, assim, de lastro e fundamento jurídico. Nesse sentido, inclusive, pontua Cristiano Chaves, ao afirmar que “o modo concretiza a atividade iniciada no título, ao dotar de eficácia real aquilo que apenas pertencia ao mundo das obrigações.”**⁴

Portanto, é curial ressaltar que o registro não conduz em nosso sistema a uma presunção absoluta e indestrutível da propriedade, de modo que a validade e eficácia do registro sempre será condicionada à validade e eficácia do próprio título.

Por isso mesmo é absolutamente correto afirmar que **qualquer vício que se apresente no negócio jurídico originário poderá, a qualquer tempo, contaminar o registro, acarretando a perda da “aparente” propriedade pelos adquirentes sucessivos.**

Os vícios originários do título são insanáveis e transmitem-se junto à cadeia de adquirentes. A aparência registral sempre estará sujeita à realidade jurídica, portanto.

Nesse sentido, filia-se o art. 1.247 do Código Civil, ao prestigiar a possibilidade de o particular, verdadeiro proprietário, promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade dos títulos, com a cumulação sucessiva do pedido de cancelamento do registro.

É justamente essa a medida que ora se pleiteia.

DO CABIMENTO DA MEDIDA INTENTADA COMO DECORRÊNCIA DA PRETERIÇÃO DE SOLENIDADE REPUTADA ESSENCIAL À VALIDADE DOS ATOS DE REGISTRO.

Conforme acima relatado, a cadeia sucessória da matrícula 10.249 do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador – assim como da matrícula 157.369 - contém inconsistência grave a partir da transmissão do bem imóvel de Luiz Raimundo Tourinho Dantas ao Sr. José dos Santos. Isto porque **a escritura pública de 09 de marco de 1979, supostamente lavrada nas notas do Tabelião do 1º Ofício de Salvador, é inexistente, assim como também o são as escrituras mencionadas nos registros R-02 e R-03 da referida matrícula (R03 e R-04 da matrícula 157.369)**, conforme atesta a declaração exarada pelo Del. José Antônio D. Dantas, Tabelião do 1º Ofício da Comarca de Salvador (conf. certidão passada pelo Ofício do Tabelionato do 1º Ofício de Salvador, já mencionada - **doc. 07**).

⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – direitos reais. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 317.

Desta forma, dúvidas não há quanto à falsidade das informações constantes dos registros da Matrícula 10.249 do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador, razão pela qual **são nulos de pleno direito, assim também como nula é a referida matrícula e qualquer outra que lhe segue, como a matrícula 157.369.** Via de consequência, **inconteste é também a nulidade do registro e da respectiva Matrícula nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas, haja vista foi aberta com base nas premissas falsas da Matrícula nº 10.249 do 2º Ofício de Salvador.**

Com efeito, **por falta de título que os legitime, os registros imobiliários são plenamente nulos, pouco importando a ausência de má-fé dos demandados.**

De fato, a simples ausência de escritura devidamente lavrada, na forma da lei, é o bastante para que o registro não subsista.

Isso porque, em, em atenção ao art. 166, inciso V, do Código Civil de 2002 (que corresponde ao art. 145, inciso IV, do Código Civil de 1916), tem-se por nulo o ato jurídico quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, senão veja-se:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...)

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

E, na hipótese dos autos, uma das solenidades essenciais seria a efetiva escrituração dos sucessivos atos de alienação de imóvel que a parte demanda sustenta terem sido realizados por meio dos registros descritos no R-01, R-02 e R-03, todos de 03 de julho de 1979, levados a efeito na matrícula de nº. 10.249 (correspondentes aos R-02, R-03 e R-04 da matrícula 157.369) do cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Salvador, assim como o R-01, de 7 de agosto de 2009, da Matrícula nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas, conforme certidões acostadas aos presentes autos (**doc. 04**).

Desta forma, **é imperativo que seja decretada a nulidade das escrituras ali descritas, assim como dos respectivos registros das matrículas acima indicadas, com os seus conseqüentes cancelamentos nos cartórios de imóveis correspondentes,** conforme dispõem os artigos 216 e 250, ambos da Lei 6.015/73, que versa sobre registros públicos:

Art. 216 - O registro poderá também ser retificado ou **anulado** por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução. (grifos aditados)

...

Art. 250 - Far-se-á o cancelamento:

I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado;

Portanto, busca-se também obter deste Juízo uma sentença transitada em julgado para que se possa promover ao cancelamento dos registros e das respectivas matrículas, visto que todos eles baseados em títulos inexistentes e informações falsas.

III – DA DOMINIALIDADE DA ÁREA EXPROPRIADA. DO MOMENTO DA EXPROPRIAÇÃO DO BEM.

Conforme relatado, o Estado da Bahia moveu ação de desapropriação para fins de interesse público sobre a grande área (na qual se inclui a gleba denominada Fazenda Capiarara), com a finalidade de ali realizar planos de renovação urbana e habitacional, no qual se incluía a implantação de equipamentos comunitários, sistema viário e outros serviços públicos. E, atualmente, a área está sendo especificamente destinada a dar seguimento às obras da Via Metropolitana. O processo teve seu seguimento normal, tendo sido o proprietário (Heraldo Batista Lima) devidamente indenizado à época (tudo conforme se verifica dos autos da ação de desapropriação 0021589-27.1986.8.05.0001 – **doc. 01**).

Entretanto, mesmo findo o processo expropriatório, o Estado da Bahia vem encontrando resistência tanto para imitir-se na posse do bem, como até mesmo para registrar a sua propriedade, haja vista que, como descrito nos itens 1.2 e 2.2, os Réus se dizem proprietários tendo por base um título de origem manifestamente nulo. Isto tem embargado toda e qualquer iniciativa do Estado de exercer a dominialidade sobre bem objeto da presente ação.

Tal situação não deve prosperar, pois, no presente caso, a desapropriação e a decorrente transmissão da propriedade sobre o bem em favor do Estado se operaram desde o momento em que a justa indenização foi paga, conforme entendimento da mais abalizada doutrina, como se verá a seguir.

ALGUMAS PALAVRAS SOBRE AS FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE: ORIGINÁRIA E DERIVADA.

Para se determinar em que momento se consuma a desapropriação (com a consequente aquisição da propriedade por parte do ente expropriante), mister se faz conhecer a diferenciação doutrinária entre a aquisição originária e a aquisição derivada.

Conforme lição da civilística, os direitos nascem quando se concretizam as respectivas relações jurídicas. Ou seja, constituindo-se a relação jurídica, o sujeito ativo adquire o direito ou outro poder.

Ocorre que o nascimento (ou constituição) e a aquisição do direito são fenômenos distintos, conquanto geralmente simultâneos (tal como a assertiva anterior parece anunciar).

Toda constituição de direitos implica em sua aquisição, já que não existe direito sem sujeito. Mas a recíproca não é necessariamente verdadeira, visto que é possível e até frequente que se adquiram direitos já anteriormente constituídos, tal como ocorre na aquisição derivada, hipótese

em que alguém recebe um direito de outrem⁵ (por exemplo, a aquisição do direito de propriedade por meio de um contrato de compra e venda).

A aquisição de direitos, portanto, pode ser: a) *originária*, quando não decorre de prévia relação jurídica entre o atual titular do direito e o anterior, não havendo transmissão entre eles, tal como ocorre com a ocupação de *res nullius* ou de *res derelictae* (CC, art. 1.263) e com a usucapião (CC, art. 1238); ou b) *derivada* quando existe uma relação jurídica entre o titular anterior (transmitente) e o atual (adquirente), dizendo-se, assim, *translativa*, quando o direito permanece íntegro (v.g., cessão de crédito, compra e venda de imóvel), ou *constitutiva*, se implica na criação de outro direito (v.g., constituição de usufruto (CC, art. 1225, V) ou de servidão de proprietário (CC, art. 1225, III)).⁶

Ao comentar sobre a desapropriação, Diógenes Gasparini explica sobre a forma de aquisição originária:

“A aquisição diz-se originária quando é direta; independe de interposta pessoa. O adquirente, sem que alguém lhe transfira a propriedade, torna seu determinado bem. Não há, por conseguinte, qualquer ato de transmissão ou transferência da propriedade para o adquirente; este alcança o domínio como se a propriedade nunca tivesse pertencido a alguém e como se fosse a primeira aquisição.”⁷

Da mesma forma, José Carlos de Moraes Salles entende que:

“Na aquisição originária não há transmissão por interposta pessoa. A aquisição é direta, fazendo o adquirente seu o bem apropriado, sem que este lhe seja transmitido por outrem. São exemplos de aquisição originária a ocupação, a especificação e a acessão, bem como a **desapropriação**.”⁸ (grifos adotados)

O referido autor segue, conceituando o modo de aquisição derivada:

“Na aquisição derivada, ao contrário, verifica-se um ato de transmissão, em virtude do qual a propriedade é transferida para os adquirentes. Exemplos: a transcrição (em se tratando de bens imóveis) e a simples tradição (no que concerne aos bens móveis).”⁹

Sobre a forma de aquisição derivada já se falou no item 2.1, quando se abordou o sistema dual de aquisição derivada da propriedade imobiliária e no qual se baseia o direito brasileiro (i.e., do *título* e do *modo*).

⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 175.

⁶ AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 177.

⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 668.

⁸ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 442.

⁹ *Idem*.

Interessa, nesse tópico, abordar a desapropriação como uma forma de aquisição originária.

Tal como qualquer outro direito, a aquisição da propriedade se dá de maneira originária quando a *causa* que atribui a propriedade a alguém não se vincula a qualquer título anterior, ou seja, não procede, não deriva de título precedente e, conseqüentemente, não é dependente de outro. Diz-se, assim que **a desapropriação é forma de aquisição originária porque ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário**.¹⁰

Não há dúvidas de que a desapropriação é um modo originário de aquisição da propriedade, como inclusive entende doutrina esmagadora¹¹. **Esta diferença é primordial para se determinar o exato momento em que se concretiza a desapropriação e conseqüentemente se constitui o direito que por meio dela se visa a alcançar, assim como a sua aquisição**.

É sobre o que se falará no próximo tópico.

DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. CONSUMAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO DO BEM IMÓVEL. DESNECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO TRANSLATIVO EM CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS.

Conforme inteligência do art. 5º, XXIV da Constituição Federal¹², a desapropriação se consuma com o depósito em juízo ou com o pagamento da justa indenização¹³. Segundo a doutrina:

“J. M. de Carvalho Santos, afirma que ‘a indenização prévia, de acordo com o texto constitucional, é essencial para dar fundamento legal à transmissão da propriedade, e, como conseqüência, **a sua perda só se torna efetiva pela indenização do respectivo valor**, fixado, na falta de acordo, por arbitramento’.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 837

¹¹ “Otto Mayer assim se pronuncia a respeito da expropriação: ‘*Resulta, pés, evidente que em Ella, tal como estas leyes la conciben, el acto administrativo se apodera de la propiedad de la cosa directamente y con una fuerza originaria; no se trata de una sucesión en el derecho de un autor*’. Pontes de Miranda perfilha idêntico ponto de vista: ‘O demandado não é A, dono do bem, mas quem é, no momento, o dono do bem – isto é, aquele que vai perder a propriedade. Por isso mesmo, a perda acontece ainda que tenha corrido o pleito contra quem não era o dono: a desapropriação apanha o bem; e desliga-o de qualquer apropriação desde esse momento, o que põe em evidência o caráter absoluto da eficácia desapropriativa. Por isso mesmo, quando a lei diz que ‘os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação’, não fere os princípios: a priori, tal reivindicação estaria excluída; e está excluída a reivindicação quando o Estado não o adquira. A aquisição posterior é originária; nada tem com o proprietário anterior, que perdeu a propriedade’. (...) Ebert Chamoun também entende que a desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade. São suas palavras: ‘ora, se a desapropriação é modo de perda da propriedade, é óbvio que é também modo de aquisição da propriedade’. (SALLES, José Carlos de Moraes. Op. cit. p. 442 e 443). “**A aquisição da propriedade pela desapropriação é originária. Com efeito, não há na desapropriação quem transmita a propriedade, sendo, por conseguinte, bastante em si mesma para assegurar, em prol do Estado o domínio de certo bem, independente de qualquer vinculação com o título jurídico do então proprietário** (...). Mesmo na desapropriação amigável tem-se igual entendimento, dado que o expropriante e o expropriado ajustam seus interesses apenas em relação à indenização, às condições de pagamento e à transferência da posse. Vê-se **que não há acerto quanto à transferência do domínio; esta é imposta unilateralmente pelo expropriante** (RDA, 123:288 e RT, 760:434). Daí a natureza originária da desapropriação” (GASPARINI, Diógenes. Op. cit. P. 668/669).

¹² “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

¹³ GASPARINI, Diógenes. Op. cit. P. 678.

Antão de Moraes refere-se à questão nos seguintes termos: **‘Aí está, portanto, o momento em que se opera a transmissão da propriedade: é quando, paga ou depositada a indenização, se expede, em favor do expropriante, o mandado de imissão de posse’**. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu turno, esclarece: **‘de qualquer forma, a desapropriação só se pode dizer consumada no momento em que o expropriado recebe a importância do valor da indenização ou esta lhe é consignada judicialmente; só neste instante estão cumpridos os dois requisitos constitucionais examinados’**¹⁴ (grifos aditados).

Assim, inclusive, é como vem entendendo a jurisprudência pátria, a exemplo do julgado do TJSC, cuja ementa se transcreve abaixo:

INTERDITO PROIBITÓRIO. DESAPROPRIAÇÃO. JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO. É o pagamento da indenização que dá ensejo à consumação da desapropriação e à imissão definitiva na posse do bem pelo expropriante. Desse modo, **é a indenização que acarreta a aquisição da propriedade pelo expropriante e a perda pelo expropriado** (José dos Santos Carvalho Filho). (TJ-SC - AC: 320817 SC 2007.032081-7, Relator: Sônia Maria Schmitz, Data de Julgamento: 03/02/2010, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da Capital) (grifos aditados).

Desta forma, **desde o momento em que o Estado da Bahia pagou a indenização ao antigo proprietário da Fazenda Capiarara, nos autos do Processo 0021589 27.1986.8.05.0001 (i.e., desde 20 de junho de 1978, conf. doc. 01), consumou-se definitivamente a desapropriação e, com ela, constituíram-se e adquiram-se todos os direitos inerentes, inclusive o de domínio sobre a área expropriada.**

E, por decorrência natural da aquisição originária da propriedade, a consumação do procedimento expropriatório garante ao Expropriante a dominialidade sobre a área desapropriada.

A esse respeito, melhor esclarece José Carlos de Moraes Salles:

“Ora, sendo modo originário de aquisição, a desapropriação independe da transcrição do título translativo (que é a sentença ou o acordo) no registro imobiliário, uma vez que a transcrição é modo derivado de adquirir a propriedade. Esclarecedora é a manifestação de Clóvis Beviláqua a esse respeito, quando afirma: ‘a propriedade móvel transfere-se *inter vivos*, pela tradição, a imóvel pela transcrição, que é uma tradição solene, sendo ambas modos derivados de adquirir’.
(...)”

Para nós, o momento consumativo da desapropriação é aquele em que se verifica o pagamento ou o depósito judicial da indenização fixada pela sentença ou estabelecida em acordo.
(...)”

A desapropriação se concretiza independentemente da transcrição do título aquisitivo¹⁵

¹⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. *Op. cit.* p. 447 e 448.

¹⁵ SALLES, José Carlos de Moraes. *Op. cit.* p. 453.

No mesmo sentido, Seabra Fagundes:

“A transcrição regulariza a transferência do domínio e deve ser feita para comodidade dos interessados, sobretudo do adquirente. Mas não é imprescindível. A transmissão do domínio, na desapropriação, se opera, mesmo em relação a terceiros, sem a transcrição do título de transferência no registro de imóveis. Isto porque o caráter de cessão compulsória, que reveste a expropriação como meio de perda e aquisição da propriedade, impõe, necessariamente, a intangibilidade dos seus efeitos, embora pudesse estar ignorada. Assim, o que adquirisse ao ex-proprietário bem já expropriado, nenhum direito firmaria sobre a coisa, apesar da não transcrição do título aquisitivo (escritura ou sentença) no registro próprio. **Enquanto nas relações entre particulares o adquirente em segundo lugar com título transcrito seria o verdadeiro dono da coisa duas vezes vendida, nas relações entre o Estado como expropriante e particulares como compradores do mesmo imóvel, as coisas se passariam de modo diverso. O Estado, apesar de omitir em efetuar a transcrição do título, seria o legítimo senhor do bem**”¹⁶ (grifos aditados).

Os tribunais pátrios acompanham este entendimento, como se vê do julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa se transcreve abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. ÔNUS DO PODER JUDICIÁRIO. AGRAVO PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo DNOCS - DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS contra decisão do douto Juízo da 15ª Vara da SJ/CE que, nos autos da Ação de Desapropriação nº 0003572-08.1995.4.05.8101, chamou o feito à ordem, determinando a expedição de novo mandado de transcrição da sentença, de acordo com o disposto no art. 29 do Decreto-Lei nº 3.365/41, entregando-o diretamente ao expropriante, com recibo nos autos, para que, a seu critério, providencie o registro do imóvel desapropriado junto ao cartório competente de Jaguaretama/CE (fls. 411). 2. A presente controvérsia judicial cinge-se à determinação do responsável pelo registro da sentença expropriatória no Cartório competente, em outras palavras, se a expedição do mandado de transcrição da sentença deve ser encaminhada ao Cartório diretamente pelo Poder Judiciário ou se tal ônus cabe à parte expropriante. 3. **É certo que a desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade, não prescindindo de qualquer registro em ofício imobiliário, posto que a transferência da propriedade concretiza-se pelo próprio ato jurídico de desapropriação.** Todavia, a necessidade de transcrição da sentença no Cartório de Registro de Imóveis se deve à importância da publicidade do referido procedimento, ou seja, da alteração subjetiva do domínio do bem, em relação aos terceiros de boa-fé. 4. Destarte, reveste caráter essencial e urgente a referida transcrição, haja vista a insegurança jurídica que ensejaria a ausência de qualquer registro da situação atual da propriedade do imóvel, o que poderia acarretar prejuízos de diversas ordens aos terceiros de boa-fé, não restando legítima a delegação de tal providência coercitiva e executória ao expropriante, no caso ao DNOCS, configurando, portanto, ônus do Poder Judiciário a expedição do mandado de transcrição da sentença ao Cartório de Registro de Imóveis. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF-5 - AG: 00087676020144050000 AL, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 22/01/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/01/2015) (grifos aditados).

¹⁶ FAGUNDES, Seabra. *apud* SALLES, José Carlos de Moraes. *Op. cit.* p. 455.

Assim, conclui-se que o Estado da Bahia é legítimo proprietário e senhor da área em litígio desde 20 de junho de 1978 (data do pagamento da justa indenização), ainda que não venha tendo sucesso no tocante ao registro junto ao Cartório de Imóveis competente, pelas razões, aliás, já sobejamente expostas. Registro esse que, diga-se de passagem, não teria o efeito de constituir, tampouco atribuir o direito ao Estado, mas apenas declará-lo, atribuindo ao fato a publicidade, a certeza e a eficácia que lhe é inerente.

Pois bem. Muito embora o Estado da Bahia seja o legítimo proprietário da mencionada área, vem sofrendo a resistência injustificada por terceiros particulares (ora Réus da presente ação), os quais vem também se intitulando proprietários, com base em título nulo, como visto.

Por outro lado, ao Estado da Bahia, como ente ético que é, não será dado tentar obter a abertura de uma nova matrícula, ignorando toda a circunstância fática ora apresentada.

Portanto, para que o Estado da Bahia possa exercer plenamente o domínio e posse sobre a área a que tem direito sem encontrar embargos por parte de terceiros, sanando-se de vez o conflito de interesses aqui referido, ou qualquer outro que possa vir a existir futuramente, faz-se necessário que este Juízo declare o domínio do citado bem em favor do autor, a fim de que a sentença a ser exarada nos presentes autos tenha a mesma serventia de um título para fins de registro no cartório competente.

IV – DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DA IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE DA FAIXA DE TERRA POR ONDE PASSARÁ A VIA METROPOLITANA.

Muito embora a sentença de mérito que vier declarar definitivamente constituindo o domínio em favor do Estado da Bahia possibilite a reivindicação do bem, é preciso ressaltar que tal tutela não se mostra suficientemente apta a proteger os interesses que, de maneira imediata, precisam ser resguardados por meio da presente ação.

É que – conforme já mencionado –, embora o Estado da Bahia seja o legítimo proprietário da mencionada área, vem sofrendo a resistência injustificada por terceiros particulares (ora Réus da presente ação), os quais vem também se intitulando proprietários, e seguem ocupando indevidamente a mencionada área.

Ocorre que o Estado da Bahia está realizando na área obra viária de grande envergadura e de suma importância para a mobilidade das pessoas que trafegam no entorno da cidade de Lauro de Freitas (i.e., da Região Metropolitana de Salvador), qual seja, a Via Metropolitana.

É evidente que o autor não poderá esperar o desfecho final da presente ação para que possa ter a posse e acesso à parte da mencionada área, por onde irá passar o trecho da estrada. Precisar, então, valer-se de um pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela final pretendida, cujos requisitos se encontram presentes.

Do quanto alegado e demonstrado nos autos, **restou provada a evidente inexistência de títulos, por meio dos quais se promoveu o registro de cadeias sucessórias nulas**, quais sejam aquelas descritas nas matrículas nº 10.249 (157.369) do 2º Ofício de Registro De Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador e nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas. Também, **ficou evidenciado o direito à dominialidade da área em litígio, em decorrência do procedimento expropriatório nº 0021589-27.1986.8.05.0001. Ambas as circunstâncias, devidamente documentadas, caracterizam e evidenciam a verossimilhança das alegações**.

No que tange ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação, este se consubstancia no fato de que o Estado da Bahia, por meio da Concessionária Bahia Norte, está realizando as mencionadas obras de infraestrutura para fins de construção do contorno rodoviário Camaçari – Lauro de Freitas, que é via de ligação entre a CIA – Aeroporto (BA-526) e a Estrada do Coco (BA-099), com o objetivo de reduzir o tráfego na região central de Lauro de Freitas, já que não será mais necessário passar por dentro do Município para acessar a Linha Verde.

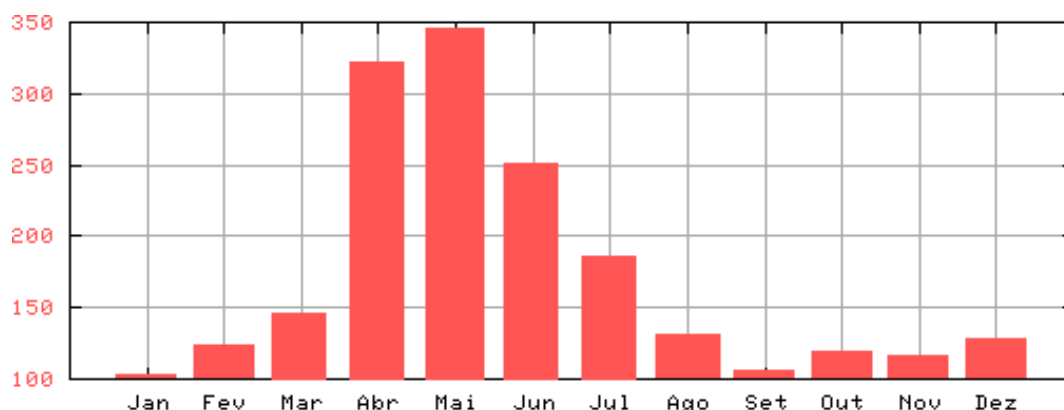
Merece especial destaque a respeito o quanto disposto no 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 01/2010 (**doc. 02**), celebrado entre o Estado da Bahia e a Concessionária Bahia Norte – CBN, que em suas considerações para a pactuação do aditivo contratual, explicita:

“a necessidade imperiosa de solucionar o problema dos intensos congestionamentos, verificado, frequentemente, no trecho da BA-099, entre o km.0 e a ponte sobre o Rio Joanes, que conflita com a área urbana do Município de Lauro de Freitas, provocando alto índice de acidentes e prejuízo à economia local, devido à difícil fluidez do tráfego”

Todavia, para prosseguimento destas obras será preciso **adentrar em parte da gleba denominada Fazenda Capiarara, mais especificamente na área destinada à passagem da Via Metropolitana na Fazenda Capiarara** (em destaque no **doc. 05**), que corresponde a aproximadamente 17% da área total, **fato que, até o presente momento, o Estado da Bahia não conseguiu realizar, tudo fruto da resistência injustificada oferecida pelos demandados**.

O problema se agrava – tal como já foi mencionado – ao se considerar as questões climáticas e o ritmo do avançar das obras, haja vista que a Concessionária disporá apenas do hiato compreendido nos meses subsequentes (de janeiro a março de 2016) para dar seguimento à construção sem sofrer atrasos e prejuízos desnecessários. Se obstado o prosseguimento das obras para depois do período acima assinalado, as chuvas de verão irão impedir o curso normal do projeto, o que acarretará em danos principalmente para a população dos Municípios de Salvador, Lauro de Freitas e Camaçari.

Abaixo, segue gráfico pluviométrico da região de Salvador e Região Metropolitana, demonstrando que, durante o final do mês de abril até o mês de agosto, costuma haver alto índice de chuvas, valendo salientar, de todo o modo, tratar-se desse de fato público e notório¹⁷:



Os prejuízos decorrentes de eventual atraso das obras podem ser visualizados na anexa “Planilha de impactos com a falta de liberação da Fazenda Capiarara”, elaborada pelos prepostos da CBN (doc. 08 – Planilha dos custos projetados para o caso de atraso das obras).

Assim, **urge que este MM. Juízo antecipe parcialmente os efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, para que seja o Estado da Bahia imitado provisoriamente na posse da área de 96.166,36 m² (noventa e seis mil, cento e sessenta e seis metros e trinta e seis centímetros quadrados), integrante da poligonal da FAZENDA CAPIARARA, conforme levantamento planimétrico e tracado estipulado para composição da faixa de domínio e execução da Via Metropolitana Camacari – Lauro de Freitas** (conferir doc. 05).

Importante salientar, por fim, que **a concessão da antecipação parcial dos efeitos da tutela não esgota o provimento final pretendido**. Aqui se busca, unicamente, a posse de parte do imóvel que acaso fosse realmente do particular, poderia ser perfeitamente expropriada. Com isso, visa-se a diminuir prejuízos expressivos ou até mesmo o perecimento do direito que indubitavelmente ocorrerá se aguardado o curso comum do processo.

Note-se, portanto, que o provimento que se almeja ao fim da demanda é bem mais amplo e consubstancia-se na decretação de nulidade dos títulos, dos respectivos registros e das matrículas nº 10.249 e 157.369 do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador e nº

20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas, bem assim, o reconhecimento do domínio com a consequente reivindicação de toda a área do bem (com 575.000 m²) em favor do Estado da Bahia.

¹⁷ Disponível em < <http://www.inmet.gov.br/>>. Acesso em 11/11/2015.

V- DA MEDIDA CAUTELAR. BLOQUEIO DAS MATRÍCULAS Nº 10.249 DO 2º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E HIPOTECAS DA COMARCA DE SALVADOR E Nº 20.095 DO OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS E HIPOTECAS DA COMARCA DE LAURO DE FREITAS.

Conforme já explanado alhures, restou provada a evidente irregularidade que provocou o registro de uma cadeia possessória viciada, consubstanciada nas matrículas nº 10.249 do 2º Ofício de Registro De Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador e nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas, o que caracteriza o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora*, por sua vez, está na necessidade de se resguardar o direito de eventuais terceiros de boa-fé, para que não haja celebrações de negócios jurídicos envolvendo a área sem que as partes tenham ciência da litigiosidade do imóvel.

Assim, pugna cautelarmente pelo bloqueio das matrículas supra a fim de que não sejam registrados títulos supervenientes, nos termos do art. 214, §§3º e 4º da Lei de Registros Públicos:

Art. 214 - As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.
(...)

§ 3º Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar danos de difícil reparação poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o bloqueio da matrícula do imóvel.

§ 4º Bloqueada a matrícula, o oficial não poderá mais nela praticar qualquer ato, salvo com autorização judicial, permitindo-se, todavia, aos interessados a prenotação de seus títulos, que ficarão com o prazo prorrogado até a solução do bloqueio.

Neste sentido, inclusive, o entendimento pátrio:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE IMÓVEIS. **BLOQUEIO DE MATRÍCULA. INDÍCIOS DE FRAUDE EM REGISTRO PÚBLICO. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. DECISÃO QUE CONCEDEU MEDIDA LIMINAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. POSTERGAÇÃO INDETERMINADA DA INVESTIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. I - Na forma do art. 214, § 3º, da Lei de Registros Públicos, o magistrado pode, no exercício da sua função correccional, determinar, de ofício e a qualquer momento, ainda que sem a oitiva das partes, o bloqueio de matrícula de imóvel, não configurando, tal providência, ofensa a nenhum direito ou princípio constitucional, desde que seja preservado o direito de propriedade até que reste apurada a verdadeira situação da regularidade do registro do imóvel a que ela se refere. (...)** (TJ-MA - AGR: 0055842013 MA 0006814-58.2012.8.10.0000, Relator: CLEONICE SILVA FREIRE, Data de Julgamento: 20/09/2013, CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 11/10/2013) (grifos adotados).

MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE MATRÍCULA DE IMÓVEIS COMO

MEDIDA CAUTELAR. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. 1. **É possível o bloqueio de matrícula de imóveis, como medida provisória de natureza cautelar proferida no âmbito de um processo maior que vise à nulidade da matrícula ou do registro, nos termos do art. 214 § 3º da Lei de Registros Públicos. Precedentes do STJ.** 2. Não sendo, a decisão judicial atacada, teratológica, manifestamente ilegal, ou proferida com abuso de poder, inexistente a caracterização de ato ilegal ou abusivo suficiente para a concessão da segurança. 3. Segurança denegada. (TJ-MA - MS: 0400192014 MA 0008229-08.2014.8.10.0000, Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Data de Julgamento: 19/12/2014, SEGUNDAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 19/01/2015) (grifos adotados).

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE IMÓVEIS. BLOQUEIO DE MATRÍCULA. ADMISSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA. 1.- **O art. 214, § 3º, da Lei de Registros Públicos prevê que o magistrado, no exercício de sua função correccional, “poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o bloqueio da matrícula do imóvel”.** 2.- A pretensão da Recorrente demanda exame de fatos com dilação probatória, porquanto **trata-se de questão complexa em que envolve fundada suspeita de irregularidades ou fraude em registro de imóveis. Tal suspeita e a notícia de que há ação judicial objetivando discutir o registro justifica, ad cautelam, a manutenção do bloqueio combatido.** Recurso Especial improvido. (STJ - RMS: 28466 AM 2008/0278725-3, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 10/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2009) (grifos adotados).

VI- CONCLUSÃO

Em face do exposto, o Estado da Bahia requer:

a) sejam antecipados os efeitos da tutela pretendida para o fim de conceder ao Estado da Bahia, ou a quem as suas vezes fizer, a imissão na posse da área a ser utilizada para a construção da Via Metropolitana, correspondente àquela indicada na poligonal traçada no **doc. 05**, sob pena de multa diária a ser prudentemente fixada pelo juízo, independente das outras formas de execução admitidas;

b) sejam decretadas as nulidades, de pleno direito: b1) da escritura pública de compra e venda, datada de 09 de março de 1979, que teria como outorgantes vendedores **Luiz Raimundo Tourinho Dantas e Lícia Maria Valente Dantas** e como outorgado comprador **José dos Santos**, alegadamente lavrada no tabelionato de Notas do 1º Ofício de Salvador (sem indicação de livro ou folhas), em relação ao imóvel descrito como Sítio Capiarara, objeto do **registro R-01 da matrícula nº 10.249 e R-02 da matrícula 157.369, ambas do 2ª Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador**; b2) da escritura pública de compra e venda, datada de 27 de abril de 1979, que teria como outorgante vendedor **José dos Santos** e como outorgado comprador **Soheides Pedreira de Oliveira**, alegadamente lavrada no tabelionato de Notas do 1º Ofício de Salvador (sem indicação de livro ou folhas), em relação ao imóvel descrito como Sítio Capiarara, assim

como objeto dos registros **R-02 da matrícula nº 10.249 e R-03 da matrícula 157.369, ambas do 2ª Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador**; b3) da escritura pública de compra e venda, datada de 12 de junho de 1979, que teria como outorgante vendedor **Soheides Pedreira de Oliveira** e como outorgado comprador **José Carlos Ferraz Ribeiro**, alegadamente lavrada no tabelionato de Notas do 1º Ofício de Salvador (sem indicação de livro ou folhas), em relação ao imóvel descrito como Sítio Capiarara, objeto do **registro R-03 da matrícula nº 10.249 e R-04 da matrícula 157.369, ambas do 2ª Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador**; e b4) da escritura pública de compra e venda, datada de 29 de julho de 2009, que teria como outorgante vendedor **José Carlos Ferraz Ribeiro** e como outorgados compradores **Airton Gaspar Bittencourt Xavier de Moura**, casado com **Isabelle Coutinho Ribeiro Moura**; **José Dilaneu Barbosa**, casado com **Mariese Dória Barbosa** e **Antonio Carlos Dória de Souza Santos**, lavrada no tabelionato de Notas da Comarca de Amélia Rodrigues (Livro 30 às fls. 122 e 123, número de ordem 33/09), em relação ao imóvel descrito como Sítio Capiarara, objeto do registro **R-01 da matrícula nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas**;

b) como decorrência dos efeitos *ex tunc* advindos com o reconhecimento da nulidade dos atos acima mencionados, determinar o cancelamento dos registros imobiliários das referidas escrituras junto ao 2ª Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador (R-02/157.369, R-02/157.369 e R-03/157.369, realizados em 03 de julho de 1977); e junto ao Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas (R-01/20.095, realizados em 07 de agosto de 2009); cujas cópias encontram-se juntadas aos presentes autos (**doc. 04**).

c) uma vez reconhecido que o Estado da Bahia é legítimo proprietário e senhor da área em litígio, **desde 20 de junho de 1978, seja declarado, assim, por constituído o domínio do citado bem em favor do autor, com efeitos ex tunc, a fim de que a sentença a ser exarada nos presentes autos tenha a mesma serventia de um título para fins de registro no cartório competente;**

c) Como consequência do pedido anterior, **sejam os demandados condenados a restituírem ao Estado da Bahia a posse sobre toda a área da Fazenda Capiarara, objeto da ação de desapropriação de nº 0021589-27.1986.8.05.0001**, tal como descrito nas matrículas de nº 6.645 e de nº. 10.524 do 3º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca do Salvador, sob pena de multa diária a ser prudentemente fixada pelo juízo, independente das outras formas de execução admitidas.

d) em caráter cautelar, **fica também de logo requerido o bloqueio das Matrículas nº 157.369 (10.249) do 2ª Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador e nº 20.095 do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Lauro de Freitas**, evitando assim o ingresso de novos registros a fim de evitar danos de difícil reparação causados a eventuais terceiros de boa-fé.

Protesta, por fim, pela produção de todas as provas admitidas em direitos, em especial,

o depoimento pessoal dos demandados, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas, juntada de novos documentos em contraprova, exame pericial e as demais que se fizerem necessárias.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Pede deferimento.

Salvador, 07 de janeiro de 2016.

ANTONIO LAGO JÚNIOR

Procurador do Estado

— **PRÊMIO 2017**

Tributação. ICMS. Fornecimento de Energia Elétrica.

Cláudia Magalhães Guerra Attiná

PROCESSO Nº 0521179-22.2017.8.05.0001

ESTADO DA BAHIA, pessoa jurídica de direito público interno, devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, movida por Nunes Fernandes & Advogados Associados, por sua Procuradora abaixo assinada, citado acerca da presente demanda, vem, tempestivamente, oferecer resposta sob a forma de **CONTESTAÇÃO**, expondo e requerendo o seguinte:

I. **SÍNTESE DA PRETENSÃO.**

Em 11 de abril do corrente ano, o Autor ajuizou ação ordinária, cumulada com pedido de repetição de indébito, em face do **ESTADO DA BAHIA** com o objetivo de obter provimento jurisdicional impondo ao ente federado a obrigatoriedade de excluir o montante correspondente ao valor das tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e encargos setoriais, da base de cálculo do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, incidente sobre as operações relativas à energia elétrica, previsto no art. 155, II e §3º, da Constituição Federal.

Consoante sustenta na peça inaugural, o cerne da sua irrisignação cinge-se ao fato de que, considerando que tais tarifas não compõem o valor da mercadoria (energia elétrica), não poderiam integrar a base de cálculo do imposto estadual.

Para sustentar sua pretensão, colaciona decisões judiciais sobre o assunto, as quais, por

sua vez, ao entender que a geração, distribuição e transmissão de energia elétrica constituem fatos jurídicos separados e independentes, fundamentam o julgado na aplicação da Súmula 166 do STJ que estabelece que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Ocorre que tais assertivas não merecem prosperar, uma vez que:

(i) o art. 9º, §1º, II, da LC 87/96, seguindo a mesma linha fixada pelo ADCT quanto à responsabilidade tributária pelo pagamento do ICMS incidente sobre operações de energia elétrica, igualmente estabelece que **o valor do imposto é calculado sobre o preço praticado na operação final, desde a produção ou importação até a última operação;**

(ii) a concepção da natureza jurídica da energia elétrica como espécie de mercadoria, não afasta a necessária compreensão e exame das particularidades, fáticas e jurídicas, inerentes às operações que resultam no consumo de energia elétrica pelo consumidor final (hipótese de incidência tributária);

(iii) a segmentação e terceirização de fases das operações que envolvem a comercialização e consumo da energia elétrica (geração, transmissão e distribuição) foi fruto de opção política do estado brasileiro voltada à concepção de livre acesso à conexão e uso da rede elétrica;

(iv) com a edição da Lei nº 9.074/95, foi implementada a chamada “desverticalização” do setor, instituindo as primeiras privatizações e, em seguida, com a Lei nº 9.648/98, estabeleceu-se que a compra e venda de energia elétrica seria objeto de contratação distinta do contrato de acesso e do uso dos sistemas de transmissão e distribuição;

(v) no curso do processo de desverticalização foi editada a Lei nº 10.848/2004, permitindo a contratação livre da energia elétrica pelos chamados “consumidores livres”, os quais, pela sua natureza e demanda da potência que utilizam, podem comprar a energia elétrica diretamente das geradoras;

(vi) o desmembramento da operação da circulação da energia elétrica, idealizado para permitir maior competitividade entre os operadores do setor e livre acesso dos consumidores, **autorizou pessoas jurídicas distintas a exercerem atividades de geração, distribuição e transmissão;**

(vii) consoante determinação de normas infraconstitucionais, e com específico escopo de imprimir a regulação do mercado produtivo e do consumidor da energia elétrica quanto as relações jurídicas estabelecidas nas etapas da circulação da energia, **o custo da operação final passou a discriminar os valores devidos pela conexão e uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e demais encargos inerentes à operação como um todo;**

(viii) durante o período que antecedeu este novo modelo de contratação, o uso das redes de distribuição e transmissão de energia elétrica, como cabia a uma única empresa, não era destacado formalmente na composição do cálculo do valor da energia comercializada, razão pela qual nunca se questionou a inclusão do TUST e TUSD no cômputo do valor final da operação tributável;

(ix) o novo modelo de contratação dos serviços que envolve o comércio da energia elétrica, provocado pela desfragmentação do setor elétrico, acabou por dar ensejo à equivocada ideia de que o custo de aquisição da energia elétrica abarca exclusivamente a sua geração, independentemente da transmissão e distribuição que, por sua vez, integram o custo final da operação (base de cálculo prevista constitucionalmente);

(x) a compreensão do fenômeno do ciclo econômico da energia elétrica é fundamental para sedimentar a correta concepção a respeito dos seguintes aspectos fáticos: a) impossibilidade de dissociar a geração, transmissão, distribuição e consumo da energia elétrica, b) tais atividades ocorrem simultaneamente, sem lapso de tempo, c) a energia consubstancia-se em mercadoria não sujeita à armazenagem (consumo imediato), cuja origem não pode ser identificada após sua difusão no sistema elétrico;

(xi) consoante dispõe o art. 34, §9º, do ADCT, a incidência do ICMS ocorre no momento do consumo (critério temporal da hipótese de incidência) e abrange todas as operações anteriores “desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final” (critério quantitativo), na qual estão incluídas a geração, distribuição e transmissão, **inexistindo, desse modo, fatos geradores distintos** passíveis de ensejar a aplicação da Súmula 166 do STJ;

(xii) a adoção do conceito de mercadoria, sem atentar para as especificidades das operações que circundam a energia elétrica, conduziu os Tribunais à aplicar, de forma equivocada, a Súmula 166 do STJ, que fixou o entendimento segundo o qual “não constitui fato gerador do ICMS simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”;

(xiii) a aplicação da referida Súmula 166 do STJ **pressupõe a ocorrência de fatos geradores distintos** na transferência de uma mercadoria entre dois estabelecimentos do mesmo contribuinte, o que inexistiu no caso concreto, porquanto a decomposição dos custos da energia em geração, distribuição e transmissão volta-se exclusivamente para **fins contratuais**, sem ter o condão de criar fato jurídico novo ou, muito menos, alterar o critério material da hipótese de incidência do ICMS, qual seja, operações que envolvam **a energia elétrica desde a produção até o consumo;**

(xiv) os valores do TUST e TUSD, destacados como consectário de atividades exercidas por empresas distintas da distribuidora, **incorporam o custo da energia** propriamente dita, como parcela componente do preço final da mercadoria, com a consequente aplicação do art. 34, §9º do ADCT, e não como contraprestação de nova hipótese de incidência tributária, **inexistindo, portanto, fato gerador autônomo;**

(xv) devem ser igualmente observados o disposto no §1º, do art. 13 da LC87/96, bem como do art. 17 da Lei Estadual nº 7.014/96, que, em síntese, determinam expressamente que a base de cálculo do ICMS é composto por todos as importâncias pagas que compõem o **valor final da mercadoria**, previsões estas que se coadunam perfeitamente com o princípio da não cumulatividade que regem a interpretação e aplicação do ICMS;

(xvi) considerar a transmissão e distribuição como fatos geradores autônomos importaria em flagrante **ofensa ao princípio da isonomia**, uma vez que, nas hipóteses em que as próprias concessionárias tenham capacidade de produzir, transmitir e distribuir a energia elétrica, o ICMS incidiria efetivamente sobre o valor total da operação (praticado ao consumidor final), enquanto que, nas situações em que a transmissão e distribuição da energia ficasse a cargo de outra empresa, a retirada desse componente do preço final da operação para fins de incidência do ICMS, importaria em indevida vantagem para empresas que terceirizem a utilização destas etapas do fornecimento de energia;

(xvii) foi exatamente o reconhecimento das particulares características das operações de circulação de energia elétrica que impuseram ao legislador a escolha do **consumo (operação final) como critério temporal** da hipótese de incidência tributária do ICMS, a fim de possibilitar a correta apuração da sua base de cálculo, qual seja o **valor final da operação (critério quantitativo)**;

(xviii) se fosse viável separar três etapas da circulação da energia elétrica – geração, transmissão e distribuição –, como se fossem atos dotados de autonomia dentro da efetiva operação total que envolve o consumo da energia elétrica, o legislador poderia ter eleito um destes momentos como critério temporal da hipótese de incidência tributária e não o valor final da operação, perpetrada no consumo, o qual, por conseguinte, abrange todas estas “etapas” da circulação e todos **os custos inerentes à cadeia produtiva** até a utilização da mercadoria pelo contribuinte;

(xix) se, por eventualidade, ainda que se admitisse a possibilidade de dissociar a geração, transmissão e distribuição de energia, mesmo ciente que inexistente lapso temporal entre estes três eventos, a específica relação jurídica estabelecida entre as concessionárias e consumidores cativos, ao abranger a integralidade das operações necessárias para que se efetive o consumo da energia, não enseja a contratação de transmissão ou distribuição em instrumento separado do contrato de fornecimento de energia celebrado exclusivamente com a concessionária, o que impõe reconhecer que, ao menos quanto aos consumidores cativos, os valores do TUST e TUSD integram o “valor final da operação”.

É o que se demonstrará detalhadamente a seguir.

II. ARQUÉTIPO LEGAL DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO – DISCIPLINA JURÍDICA

APLICÁVEL ÀS ATIVIDADES DE GERAÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA:

Conforme se extrai dos apontamentos acima, qualquer esforço para analisar os aspectos tributários derredor das operações relativas à energia elétrica, desde sua produção até o consumo pelo contribuinte final, pressupõe o correto entendimento acerca do evento jurídico, isto é, explicitar de forma segura e clara como efetivamente se dá a comercialização desta espécie de mercadoria.

E, ao lado disso, é igualmente imprescindível a completa compreensão do histórico legislativo a respeito do tema, sobretudo para vislumbrarmos as alterações legislativas que se destinaram a implementar medidas de ampliação de competitividade no setor elétrico.

Assim, o que se promoveu mediante estas alterações legislativas foi a adoção de medidas voltadas a regular os preços praticados pelas empresas a fim de obter maior transparência e modicidade das tarifas aos consumidores. Não houve, portanto, qualquer inovação normativa, ainda que por atos infralegais emanados dos órgãos reguladores, que tivesse o condão de alterar o arquétipo constitucional e legal do ICMS aplicável às operações de energia elétrica, através de novas definições da respectiva hipótese de incidência ou base de cálculo.

Vejamos.

A competência privativa da União Federal para explorar e legislar sobre energia elétrica antecede à promulgação da Constituição de 1988 e a primeira referência sobre a tributação do setor se deu com a edição da Lei nº 2.308/1954, que criou o Imposto Único sobre Energia Elétrica, incidente sobre o consumo apurado em kWh (quilowatt-hora).

Em seguida, com a edição do Decreto Federal nº 41.019/1957, que instituiu o Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, foi expressamente fixada a **definição legal deste serviço**, o qual compreende a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, inclusive com alguns serviços acessórios, que deverão ser tomados como parte integrante do todo. Assim determina o instrumento legal, já com a redação dada com as alterações promovidas por Decretos posteriormente editados:

“Art 2º. São serviços de energia elétrica os de **produção, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica**, quer sejam exercidos em conjunto, quer cada um deles separadamente.

Art 3º. O serviço de produção de energia elétrica consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for a sua origem.

Art 4º. O serviço de transmissão de energia elétrica consiste no transporte desta energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores.

§ 1º. A transmissão de energia compreende também o transporte pelas linhas de subtransmissão ou de transmissão secundária que existirem entre as subestações de distribuição.

§ 2º. O serviço de transmissão pode ainda compreender o fornecimento de energia a consumidores em alta tensão, mediante suprimentos diretos das linhas de transmissão e subtransmissão.

Art 5º. O serviço de distribuição de energia elétrica consiste no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão.

§ 1º. Este serviço poderá ser realizado:

- a) diretamente, a partir dos sistemas geradores ou das subestações de distribuição primária, por circuitos de distribuição primária, a consumidores em tensão média;
- b) através de transformadores, por circuitos de distribuição secundária, a consumidores em baixa tensão.

§ 2º. Os circuitos de iluminação e os alimentadores para tração elétrica até a subestação conversora, pertencentes a concessionários de serviços de energia elétrica, serão considerados parte integrante de seus sistemas de distribuição.

Art 6º. Os serviços de transformação e de conversão de corrente elétrica, bem como o de correção do fator de potência e o de seccionamento de circuitos por meio de subestações, sendo acessórios da produção, da transmissão ou da distribuição, serão tidos, quando existentes, como parte do serviço a que corresponderem.” (g.n.)

Este mesmo diploma legal reitera a inclusão das atividades de transmissão e distribuição como parte integrante e indissociável da operação relativa à energia elétrica, ao incluir seus custos como **despesas necessárias à prestação do serviço**, as quais, por **consequente, são obrigatoriamente consideradas para fixação das respectivas tarifas**. Confira-se:

“Art. 164. As tarifas serão fixadas pela Fiscalização: (Redação dada pelo Decreto nº 54.938, de 1964)

I - pelo regime do serviço pelo custo: (Redação dada pelo Decreto nº 54.938, de 1964)

II - garantido a remuneração da empresa sobre o investimento remunerável de acordo com os art. 157 e 158, respeitado o disposto no art. 59; (Redação dada pelo Decreto nº 54.938, de 1964)

III - vedando discriminações entre consumidores dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço. (Redação dada pelo Decreto nº 54.938, de 1964)

Art 165. O custo do serviço compreende:

- a) as despesas de exploração, tal como enumeradas na classificação de contas;
- b) a quota de depreciação;
- c) a quota de amortização ou de reversão,
- d) a remuneração do investimento;
- e) as diferenças referidas no artigo 166, §§ 3º e 4º.

Art 166. São despesas de exploração as necessárias à prestação do serviço de energia elétrica e sua venda, **compreendendo produção, transmissão e distribuição**, bem como as despesas com os consumidores, cobrança e outras gerais e de administração.

§ 1º As despesas dirão respeito a pessoal, material ou serviços exclusivamente empregados na operação dos bens e instalações destinados aos serviços concedidos, ou na proporção em que a estes se destinarem.

§ 2º Não serão considerados como despesas de exploração os juros e a amortização de empréstimos contraídos para a realização do investimento, quer em moeda nacional, quer em moeda estrangeira, salvo o disposto no parágrafo seguinte.” (g.n.)

Seguindo esta mesma linha de política tarifária, incluindo os custos de produção como **elemento integrante da composição das tarifas** (custo final da operação), o Decreto nº 62.724/1968 assim disciplinou a matéria no Capítulo referente à estrutura básica das tarifas:

“Art 10. Além dos elementos já exigidos por dispositivos legais, o requerimento a ser

apresentado pelo concessionário à Fiscalização, para fixação de tarifas, deverá ser instruído com a análise do custo do serviço e a sua discriminação entre os grupos e subgrupos se houver, de consumidores, definidos na forma deste decreto.

(...)

Art. 14 - O custo do serviço do fornecimento de energia elétrica deverá ser repartido, entre os componentes de demanda de potência e de consumo de energia, de modo que cada grupo ou subgrupo, se houver, de consumidores, responda pela fração que lhe couber. (Redação dada pelo Decreto nº 86.463, de 1981)

Parágrafo único - O critério de repartição das parcelas do custo do serviço entre os componentes tarifários será definido pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE. (Redação dada pelo Decreto nº 86.463, de 1981)

Pois bem, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi mantida a competência da União para explorar diretamente ou pelo regime de concessão, permissão ou autorização os serviços de energia elétrica, passando, porém, a competência tributária, a exceção dos impostos de importação e exportação, aos Estados e Distrito Federal, por meio do ICMS.

Conforme alertou ROQUE ANTONIO CARRAZZA¹, a substituição do antigo imposto único pela tributação mediante o ICMS objetivou outorgar aos Estados e Distrito Federal a competência para tributar todas as operações que envolvem a energia elétrica – produção, distribuição, consumo – desde que obedecido o princípio da não-cumulatividade. Por seu turno, manteve-se a concepção de conceder tratamento legal à energia elétrica como espécie de mercadoria para fins tributários. Este é o teor do dispositivo constitucional:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

¹ ICMS, 11ª Edição, Malheiros Editores, p. 223/224.

Ainda utilizando os ensinamentos de ROQUE ANTONIO CARRAZZA², o qual foi inclusive citado pelo Autor na sua petição inicial, observamos que a disciplina constitucional previu como hipótese de incidência o fato de produzir, importar, circular, distribuir ou consumir a energia elétrica, cabendo ao legislador ordinário estadual ou distrital eleger um, alguns ou todos estes elementos como critérios materiais da hipótese de incidência tributária. Sobre este aspecto, cabe transcrever a doutrina do citado jurista:

“O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor

final”. (g.n.)

Esta última advertência do ilustre tributarista, em grifo, é que revela o ponto fulcral para o deslinde da questão discutida na presente demanda, porque, contrariamente da interpretação dada pelo Autor na peça inicial quando citou a doutrina esposada por este jurista, ele ratifica o entendimento da indivisibilidade da produção e distribuição da energia elétrica. Porém, para compreender com maior segurança a amplitude e impacto desta advertência, cabe-nos ainda continuar a tecer alguns comentários sobre os tipos de contratação de energia, previstos nas leis que disciplinam o regime de concessão e permissão de serviços públicos em geral, e em especial de energia elétrica.

Continuando com a análise do histórico legislativo da matéria, registra-se que Lei nº 9.074/95, que disciplinou a outorga e prorrogações das concessões e permissões (previstas na Lei nº 8.987/95), dedicou um capítulo próprio sobre os serviços de energia elétrica. E, com as alterações instituídas pela Lei nº 10.848/2004, previu que as concessionárias, permissionárias ou autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional (SIN) não poderão desenvolver atividades de geração, transmissão e venda ao consumidor que optem por contratar com produtor independente de energia elétrica, com exceção das unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores.

Frise-se, ademais, que, com a edição da Lei nº 10.848/2004, foram então criados dois ambientes para a contratação da energia elétrica, quais sejam, sujeitos às regras de comercialização

² Op. cit. p. 225.

regulada ou livre e os artigos 15 e 16 disciplinam quem poderá optar por contratar o fornecimento de energia, no todo ou em parte, com produtor independente. Este, por sua vez, encontra definição no art. 11, que estabelece que se trata de pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio, total ou parcialmente, por sua conta e risco.

Assim, identificamos, então, duas espécies de consumidores: os chamados (i) **consumidores cativos**, os quais, em razão da demanda de energia que consomem, só podem contratar com as concessionárias, permissionárias ou autorizadas do Sistema Integrado Nacional – SIN e os (ii) **consumidores livres**, que podem celebrar contratos com os produtores independentes de energia, sob a supervisão da ANEEL.

Desse modo, tendo em vista a instituição de novo modelo de contratação no setor elétrico, a ANEEL passou a regular **novas hipóteses de contratação**, pois não mais se restringiria ao antigo contrato de suprimento de energia elétrica, o qual abarcava todas as relações jurídicas existentes desde a produção até o consumo. Por isso, tornou-se necessário identificar individualmente as relações objeto de contratos de (i) compra e venda de energia, (ii) de prestação de serviços de transmissão; (iii) de uso dos sistemas de transmissão e (iv) de conexão ao sistema de transmissão.

Neste particular, merece referência o disposto no art. 13 da Lei nº 9648/98, com redação dada pela Lei nº 13.360/2016, que confere ao Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, pessoa jurídica de direito privado fiscalizada e regulada pela ANEEL, a competência para exercer atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do SIN e as atividades de previsão de carga e planejamento do Sistema Isolado (Sisol).

Todas essas referências são importantes para vislumbrarmos as particularidades da circulação desta espécie de mercadoria, pois, como se viu, envolvem várias atividades interligadas e indissociáveis, exigindo, portanto, de órgão externo para coordenar, **controlar** e, sobretudo, contabilizar o volume das operações realizadas, para o fim de possibilitar a **quantificação do custo final** da operação como um todo.

III. ADAPTAÇÕES DOS TIPOS CONTRATUAIS PROVOCADAS PELO NOVO MODELO DO SETOR ELÉTRICO – ANÁLISE DA COMPOSIÇÃO DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA, BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ENERGIA ELÉTRICA:

Esta longa digressão a respeito da evolução legislativa das alterações promovidas na disciplina do setor elétrico são necessárias para apreendermos sua repercussão nas formas contratuais aplicáveis, uma vez que, pelo novo modelo, foi permitido a outras empresas participarem do ciclo da comercialização da energia elétrica o que, por conseguinte, pressupõe celebração de

diversos tipos de contratos tratando das diferentes etapas que integram a operação ultimada no fornecimento de energia elétrica.

Nesta oportunidade, cumpre esclarecer que no SIN encontram-se incluídas quase a totalidade das empresas produtoras de energia, excetuando pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica. Deste fato, infere-se que, em síntese, a organização do setor compreende uma rede básica de transmissão, onde permanecem interligados os geradores e onde ocorre a conexão entre as concessionárias de transmissão e as concessionárias de distribuição, as quais, por seu turno, promovem a distribuição da energia a consumidores livres e cativos.

A única exceção refere-se aos consumidores de energia de alta tensão, a exemplo de metalúrgicas e siderúrgicas, que, na qualidade de consumidores livres, podem permanecer interligadas diretamente à rede básica, sem intermediação da concessionária de distribuição.

Estas características revelam que, diversamente do que pretende afirmar o Autor, a mudança organizacional do setor elétrico referiu-se ao desmembramento das etapas do fornecimento de energia elétrica e discriminação dos respectivos contratos por envolver pessoas jurídicas diferentes. Em nada alterou a forma de composição da tarifa, preço da energia aplicado ao consumidor final, ou, muito menos, previu novos aspectos fáticos da operação de fornecimento e consumo da energia elétrica.

Efetivamente, no regime anterior à das privatizações e da desverticalização do setor elétrico, todas as atividades de geração e transmissão eram realizadas em conjunto por empresas estatais e a distribuição ficava ao encargo de concessionárias controladas pelos governos estaduais. Diante desse modelo, como o ICMS era cobrado ao final do curso da operação (momento do consumo), sua base de cálculo era o valor cobrado pela distribuidora abarcando todo o fornecimento de energia ao consumidor, o que pressupunha a celebração de um contrato único (contrato de suprimento de energia elétrica), que envolvia todas as atividades de produção, transmissão e distribuição. Em razão disso, inexistia discussão a respeito da base de cálculo, pois, por impositivo constitucional, era composto por todos os custos incorridos na operação, desde a produção até o momento do consumo da energia, computado a partir do valor cobrado ao consumidor final, por tarifa única.

O questionamento passou a existir no sistema atual porque as atividades de produção, transmissão e distribuição puderam ser executadas por empresas privadas, o que, por força disso, ensejou a celebração de contratos distintos. A decomposição destes instrumentos contratuais, por sua vez, não tem o condão de desnaturar o conteúdo da operação tributável ou, muito menos, provocar o efeito de identificá-los como atividades autônomas, capazes de constituir hipóteses de incidência independentes da noção de operação de circulação de energia elétrica.

Este aspecto foi muito bem apreciado no julgamento da Apelação Cível nº 1.427.156-

0 do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, no qual, apesar de impropriamente entender que existe diferenciação entre as relações jurídicas estabelecidas pelas concessionárias de serviço público com os consumidores cativos ou consumidores livres, trouxe excelentes esclarecimentos a respeito da **identificação da base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica** e da concepção a respeito do **conteúdo do valor final** da operação. Confira-se:

“Destaca-se que isso não equivale a dizer que na base de cálculo do ICMS não devam ser computados todos os custos referentes às necessárias operações para fornecimento da energia elétrica. Lembra-se, **a base de cálculo desse imposto é o valor da operação**. E a operação com energia elétrica no caso do **consumidor cativo** engloba, necessariamente, a produção, transmissão e distribuição para viabilizar o seu consumo e não o valor puro e simples da mercadoria em si considerada (custo da produção da energia) – no caso que é preciso ser incisivo, apesar do excesso.

Quando se fala que a TUSD e a TUST devem compor a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica, na verdade, não se está querendo dizer que o ICMS está incidindo sobre um valor maior que o da mercadoria energia, mas apenas que tais **custos (custos para que a energia seja entregue) são componentes da formação do valor da tarifa de fornecimento, fixada pela ANEEL**. A tarifa, uma vez recebida pela concessionária local, é repartida entre os agentes do sistema energético. Entretanto, o custo de todo esse processo culmina na formação do **valor final** da mercadoria energia elétrica, pelo que todos os valores compõem a base de cálculo do imposto.

(...)

De fato, a transmissão e distribuição de energia elétrica não são, por si sós, fato gerador do ICMS. Entretanto, como inseparáveis do consumo da energia elétrica pelo consumidor cativo e, portanto, parte do custo da operação envolvendo o fornecimento e assim viabilizando o consumo, os valores referentes ao seu custo devem compor a **base de cálculo** de tal tributo, porque tudo compõe o valor da operação final”. (g.n.)

Ocorre que, não obstante os preciosos esclarecimentos quanto aos custos da operação, este julgado, ao fazer distinção entre os consumidores cativos e livres para fins de composição da base de cálculo do ICMS – preço final da energia elétrica consumida, acabou por **afrontar o princípio da isonomia**.

De fato. Diz-se que foi impropriamente feita distinção entre os consumidores cativos e livres porque, como se sabe, não é pelo tipo de contrato que se configura a hipótese de incidência do ICMS, mas sim o fato jurídico sobre o qual ele trata, qual seja, operação referente à circulação de mercadoria (energia elétrica). E, ademais, esta distinção importaria em violação ao princípio constitucional da igualdade, uma vez que os consumidores cativos estariam sofrendo impacto tributário maior que os consumidores livres, apesar de ambos estarem praticando **o mesmo fato jurídico tributário – consumindo energia**, cuja transmissão e distribuição encerram elementos imprescindíveis para a efetivação do próprio consumo. Repita-se que, não há intervalo de tempo entre a geração, transmissão, distribuição e consumo e, sobretudo, não há consumo sem que tenha obrigatoriamente existido a geração, transmissão e distribuição simultaneamente.

A manutenção da **igualdade de tratamento jurídico** e, por conseguinte, impacto econômico, entre ambos os tipos de consumidores (livres e cativos), ainda que se encontrem submetidos a regimes operacionais e de contratação distintas, foi expressamente previsto no art. 51, do Decreto Federal nº 5.163/2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica,

o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica. Assim previu:

“Art. 51 Os consumidores livres e aqueles referidos no art. 48 estarão sujeitos ao pagamento de todos os tributos e encargos devidos pelos demais consumidores, salvo expressa previsão legal ou regulamentar em contrário.

Parágrafo único. Para dar cumprimento ao disposto no caput, a ANEEL poderá determinar que os encargos, taxas e contribuições setoriais sejam pagos no momento da liquidação das transações no mercado de curto prazo da CCEE.” (g.n.)

Pela leitura deste dispositivo regulamentar, aliado ao fato de que os valores das parcelas devidas pelo uso da conexão e do sistema de transmissão (TUST e TUSD) são fixados em resolução da ANEEL, confirma-se que, verdadeiramente, todas essas despesas figuram inexoravelmente como acessórias e indissociáveis ao fornecimento de energia elétrica.

O aspecto concernente à imprescindível observância ao princípio da igualdade quando da análise dos novos modelos de contratação, foi muito bem ressaltado no voto do MIN. RELATOR GURGEL DE FARIA, no julgamento do recente RESP Nº 1163020-RS, de 27/03/2017, que assim se pronunciou:

“Por outro lado, a exclusão dessa tarifa da base de cálculo do tributo, além de implicar flagrante violação ao princípio da igualdade, prejudica a concorrência, o que é expressamente vedado pelo art. 173, § 4º, da Carta Política.

Explico.

Embora materialmente não exista diferença na operação de fornecimento de energia elétrica, enquanto o “consumidor cativo”, que não tem o direito de escolha de quem comprar a energia elétrica, permanecerá pagando o ICMS sobre o preço final da operação, que engloba o custo de todas as fases, o “consumidor livre”, além de poder barganhar um melhor preço das empresas geradoras/comercializadoras, recolherá o tributo apenas sobre o preço dessa etapa da operação.

Ilustrativamente, poderemos ter, em uma área geográfica atendida por uma mesma distribuidora, o “consumidor cativo” pagando o ICMS sobre a “tarifa de energia”, no valor hipotético de R\$ 5,00, e mais sobre a “tarifa de fio”, também no valor hipotético de R\$ 5,00, ou seja, recolhendo o tributo sobre o preço final de R\$ 10,00. Já o consumidor livre sediado na mesma localidade poderá negociar a “tarifa de energia” por valor hipotético de R\$ 3,00 e arcar com a mesma “tarifa de fio” de R\$ 5,00, sendo que, excluída esta da base de cálculo, ao final pagará ICMS apenas sobre R\$ 3,00.

A propósito, ressalto a dimensão econômica da rubrica em discussão, a qual pode ser aferida, exemplificadamente, da conta de energia elétrica de e-STJ fl. 38, na qual consta que, de um total de R\$ 170.074,71, a parcela referente ao Encargo do Uso do Sistema de Distribuição corresponde a R\$ 45.743,69.

Ora, não é possível admitir-se que a modificação da regulamentação do setor elétrico permita tratamento tributário diferenciado para contribuintes que se encontram em situação semelhante, no tocante à aquisição de uma mesma riqueza, qual seja a energia elétrica.

Por fim, cumpre lembrar que o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores que arcam com o tributo sobre o “preço cheio” constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.” (g.n.)

Feitos esses registros e explicitadas as ressalvas quanto ao tratamento tributário a que se submetem os consumidores livre e cativos, podemos nos aprofundar no exame do modelo atual,

pois, com a possibilidade de separação – inclusive contratual – das etapas do fornecimento de energia, passou a ser **destacado valores** que anteriormente encontravam-se incluídos no contrato único de suprimento de energia. Assim, tem-se o serviço de transmissão e distribuição, que enseja a celebração dos chamados contratos de “fio”, quais sejam, Contrato de Uso do Sistema de Distribuição e Contrato de Uso do Sistema de Transmissão, com a correlata cobrança de TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão, respectivamente, além do Contrato de Compra de Energia (ou geração).

Dito isso, percebe-se que o valor final da tarifa de energia elétrica cobrada ao consumidor, no momento final da operação, quando a energia é efetivamente consumida, é composta pelos seguintes elementos:

- (i) custo de transmissão (fio);
- (ii) custo de distribuição (fio); (iii) custo de comercialização (geração);
- (iv) encargos setoriais por grupo de tensão;
- (v) tributos (PIS/PASEP/COFINS, Imposto de Importação/ICMS);

Confirma-se, portanto, que os **custos que compõem o valor final** cobrado pela distribuidora ao consumidor da energia elétrica, encontram-se discriminados na própria tarifa de energia (TE), bem como na TUST e TUSD.

Essa compreensão é importante na medida em que, conforme frisamos, não é a celebração de contrato – ou contratos – que constitui a hipótese de incidência do ICMS, mas sim o conteúdo sobre o qual trata, se subsumido ou não à norma geral e abstrata que instituiu esta espécie tributária, consubstanciado na realização de operações relativas à circulação de energia elétrica.

A discriminação destas relações jurídico contratuais **não se refletem no campo dos fatos**, da hipótese de incidência tributária. Inexiste, como se sabe, a geração de energia para armazenamento e posterior transporte. Não há, desse modo, intervalo de tempo apartando estes três momentos – geração, transmissão e distribuição, pois, repita-se, a separação foi motivada apenas para fins contratuais e de responsabilidade (competência) de cada agente.

Por isso é que se pode afirmar que, indubitavelmente, a operação de circulação de energia elétrica, desde a produção até o consumo final, é **una e indivisível para fins de incidência tributária**, razão pela qual o valor da operação que compõe o preço abrange todos os custos acima relacionados, incluindo o TUST e TUSD.

Pois bem, partindo da generalidade da legislação do setor elétrico e aplicando o específico campo da legislação do ICMS, necessário se faz observar as prescrições da Lei Complementar nº 87/97 e da Lei Estadual nº 7.014/96 que estabelecem:

LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.”

LEI ESTADUAL Nº 7.014/96:

“Art. 17 - A base de cálculo do imposto é: (...).

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado”

Verifica-se, portanto, que tanto a legislação complementar federal como a legislação estadual são expressas em determinar que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS todos os elementos que integram o valor final da mercadoria a ser entregue ao consumidor final. Este fato apenas corrobora aplicação do **princípio da não cumulatividade do ICMS**, conferindo subsídios legais para o interprete e para o operador do direito comporem com segurança o verdadeiro **custo da operação tributável**, com todos os elementos que são próprios às especificidades inerentes à operação de energia elétrica e apurar a base de cálculo do imposto devido.

IV. NORMA PADRÃO DE INCIDÊNCIA DO ICMS-ENERGIA ELÉTRICA.

Uma vez esclarecidas as particularidades características à circulação da energia elétrica, desde a produção até seu consumo pelo contribuinte final, torna-se mais fácil visualizar a chamada norma padrão de incidência do chamado ICMS-Energia Elétrica, a fim de identificar com segurança a correta composição de sua base de cálculo.

DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE CONSTROEM A NORMA PADRÃO DE INCIDÊNCIA DO ICMS-ENERGIA ELÉTRICA:

Passaremos então a dissecar os elementos desta norma geral e abstrata de incidência tributária, construída a partir dos seguintes dispositivos da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 87/1996:

“Art. 155, CF. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

IX - incidirá também:

(...)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;”

“Art. 34, § 9º, ADCT. Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.”

“Art. 2º, LC87/96. O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.”

“Art. 9º, LC 87/96. A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

(...)

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.”

ARCABOUÇO DA NORMA PADRÃO DE INCIDÊNCIA DO ICMS-ENERGIA ELÉTRICA:

Como se sabe, a norma geral e abstrata de incidência tributária deverá conter todos os elementos necessários para determinar a aplicação do direito a um evento especificamente considerado, a fim de propiciar a regulação da conduta e impor seus efeitos.

Nesta oportunidade, não poderíamos deixar de utilizar a doutrina de PAULO DE BARROS CARVALHO³ o qual, com clareza e objetividade, dissecou os todos os critérios obrigatoriamente existentes em na chamada regra matriz de incidência tributária da seguinte forma:

³ *Curso de Direito Tributário*, Editora Saraiva, 13ª Ed., p. 251/301.

(i) critério material: referência a um comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas, formado invariavelmente por um verbo (pessoal) seguido de seu complemento;

(ii) critério espacial: local onde o fato deve ocorrer, escolhido pelo legislador, a fim de que irradie os efeitos jurídicos que lhe são próprios, podendo ser um lugar específico ou até mesmo compreender todo o âmbito de validade da lei instituidora;

(iii) critério temporal: indicação do preciso instante em que se considera ocorrido o fato descrito, instalando-se o liame jurídico entre o devedor e credor;

(iv) critério pessoal: elementos que apontam quem são os sujeitos da relação jurídica (credor e devedor)

(v) critério quantitativo: referências às grandezas que o legislador escolheu para dimensionar o fato jurídico tributário e que, conjugados, exprimem o valor pecuniário da dívida (base de cálculo e alíquota)

Utilizando sua doutrina, e a partir dos enunciados normativos acima citados, aplicáveis ao ICMS-Energia Elétrica, que encerram o arcabouço legal aplicável à hipótese em comento, podemos então construir a norma padrão de incidência do ICMS-Energia Elétrica da seguinte forma:

“Se realizar operações envolvendo energia elétrica, *deve ser* o pagamento do ICMS pelo consumidor final, cujo montante corresponderá à alíquota de X% sobre o valor da operação, apurado no momento em que se dá a entrega da mercadoria energia elétrica ao consumidor final”

Assim, uma vez construída a norma padrão, são facilmente identificados os critérios definidores desta específica norma geral e abstrata de incidência tributária:

1. CRITÉRIO MATERIAL:

Possui como núcleo verbal “realizar operações que envolvam a circulação de energia elétrica”, que abarca as atividades de produzir, importar, promover a circulação, distribuir e finalmente consumir a mercadoria.

Tais atividades se apresentam de forma indissociável, uma vez que não estamos diante de espécie de mercadoria passível de estocagem para posterior transporte, seguida de consumo. Uma vez produzida a energia elétrica, será ela **imediatamente consumida**, inexistindo lapso temporal entre a geração, transmissão e consumo, capaz de permitir o reconhecimento de fatos jurídicos autônomos.

Esta é a precisa advertência de ROQUE ANTONIO CARRAZZA⁴, ao esclarecer que “*em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a,*

⁴ Op. cit. p. 226.

vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade.” Dito isto, conclui que “o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.” (g.n.)

Para corroborar o entendimento de que **inexiste fato jurídico autônomo** na operação da circulação da energia elétrica, ultimada pelo consumo, este mesmo jurista, ao tecer comentários sobre a identificação do contribuinte, observa que a distribuidora não figura como contribuinte do imposto justamente porque não pratica operação mercantil, apenas viabiliza a operação final, interligando a fonte produtora ao consumidor final. Por isso, ressalta que “*o elo existente entre a usina geradora e a empresa distribuidora não tipifica, para fins fiscais, operação autônoma de circulação de energia elétrica. É, na verdade, o meio necessário à prestação de um único serviço público, ao consumidor final, abrindo espaço à cobrança, junto a este, de um único ICMS*” (g.n).

Justifica-se, portanto, que em se tratando de **hipótese de incidência única** – perpetrada no consumo da energia – todas as etapas necessárias para que ela se realize **agregam valor ao custo da energia**, por óbvio. Por isso é que, como se verá mais adiante, o legislador elegeu como base de cálculo o preço praticado na operação final.

A unicidade das etapas que se ultimam no consumo da energia elétrica, tomada pelo legislador como “operação final”, não passou despercebida pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na apreciação dos Embargos de Divergência no Resp nº 811.712-SP. Neste aresto, apesar de tratar de ponto diverso do apreciado na presente demanda, trouxe elucidativa síntese a respeito da identificação dos elementos da obrigação tributária do ICMS incidente sobre a energia elétrica. Ao examinar questões concernentes à repartição da receita do ICMS, assim definiu:

“3. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o consumo é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia.

4. A produção e a distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida.

5. Como o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município e não há incidência tributária pela geração da energia ou por sua distribuição, consequentemente, não se justifica a participação do município produtor ou distribuidor na partilha do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, que somente contemplará os municípios consumidores.”

A conclusão delineada neste Acórdão é importante na medida em que **consolida o entendimento no sentido de que as chamadas etapas da operação de circulação da energia elétrica não podem ser apartadas**, o que impede, inclusive, que sejam tomadas como fatos geradores de ICMS distintos.

E, neste mesmo julgado, o MIN. CASTRO MEIRA, em voto-vista, assim consignou:

A partir da Constituição Republicana de 1988, a tributação da energia elétrica, à exceção dos impostos de importação e exportação, passou à competência tributária dos Estados por meio do ICMS. Nesse momento, "o tributo perde a característica de imposto específico sobre o consumo e se transforma em imposto sobre operações relativas à energia elétrica, com repercussão legal obrigatória sobre o consumidor". (Torres, Ricardo Lobo. ICMS, Fornecimento de Energia Elétrica e Demanda de Potência in Revista de Estudos Tributários, ano XI, n.º 62, 2008, p. 11, sem grifos no original).

Para o ilustre tributarista, a partir da CF/88, a tributação passou a compreender todas as etapas da circulação – importação, produção e distribuição, com incidência jurídica reservada ao momento da saída da concessionária para o consumidor final. As diversas operações de circulação aparecem interligadas, e a operação final com o consumidor reflete as sucessivas operações desde a importação ou produção (Id., Ibid., p. 12-13) Esse breve apanhado é suficiente para demonstrar o seguinte: é da nossa tradição, os impostos sobre energia elétrica incidem, sempre, sobre o consumo. O próprio ICMS, que abrange também etapas anteriores, como a produção e a circulação, tem expressa e inequívoca repercussão sobre o consumidor". (g.n.)

Fica, portanto, revelado o critério material da hipótese de incidência do ICMS-Energia Elétrica, consubstanciado em **um único fato jurídico tributário** – operação de circulação de energia elétrica – que compreende todas as atividades a ele inerentes, desde a produção até o consumo final (geração, transmissão e distribuição).

2. CRITÉRIO ESPACIAL:

Conforme foi dito linhas acima, trata-se do local escolhido pelo legislador onde se considera ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. E, na situação em exame, determinado no ponto onde se dá o ingresso da energia elétrica para o consumo.

Este é o teor do disposto no §9º, do art. 34, do ADCT, ao fixar que o cálculo do imposto, incidente desde a produção ou importação até a última operação, se dará no momento em que se apura o preço então praticado na operação final, no local onde ocorreu o efetivo consumo da energia elétrica.

3. CRITÉRIO PESSOAL:

Vinculado ao critério temporal e espacial da hipótese de incidência tributária, o sujeito ativo da relação jurídica será o Estado onde se deu o consumo da energia. E o sujeito passivo, por sua vez, contribuinte de fato, será o consumidor final da energia.

Neste particular, merece registro enfatizar o papel exercido pela distribuidora, que assume a condição de responsável tributário, recolhendo o tributo em nome do contribuinte de fato e de direito, no caso, o consumidor final, uma vez que além de integrar o polo passivo da obrigação tributária, igualmente suporta a carga econômica do tributo.

4. CRITÉRIO TEMPORAL:

A partir da identificação dos demais critérios chega-se ao critério temporal, configurado

como o exato momento em que se efetiva o consumo da energia pelo contribuinte. Reitera-se que esta é a previsão expressamente fixada no §9º, do art. 34, do ADCT.

Em síntese, é o momento em que ocorre a **operação final** com energia elétrica ou, como destaca ROQUE ANTONIO CARRAZZA⁵, “*no preciso instante em que o interessado, consumidor, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade)*”.

Registre-se, por oportuno, que, como o imposto incide sobre “operações de circulação de energia elétrica”, poderia ter o legislador escolhido qualquer outro momento como critério temporal da hipótese de incidência, a exemplo da geração ou distribuição, uma vez que estas etapas são intrinsecamente unidas à operação integralmente considerada. Mas, se a opção recaiu sobre o momento do consumo da energia – qualificada como termo final da operação tributável – contemplou-se toda a cadeia e, por conseguinte, todos os custos desde a produção até o consumo.

Esta foi a advertência do MIN. CASTRO MEIRA, no voto-vista dos Embargos de Divergência no Resp nº 811.712-SP que assim se pronunciou:

“As etapas do ciclo econômico da energia elétrica – que abrangem a produção, a distribuição e o consumo – estão absolutamente interligadas, até mesmo em razão da natureza desse bem incorpóreo, que:

- (a) não se sujeita à estocagem;
- (b) é de consumo imediato;
- (c) uma vez lançado no sistema elétrico, não pode ter sua origem identificada.

Como não pode ser estocada, a energia tem que ser rapidamente consumida, do que decorre a ausência de hiato entre a produção e o consumo. Em outras palavras, uma vez gerada, a energia é quase imediatamente utilizada pelos consumidores.

Além disso, a energia produzida na Usina de Itaipú, por exemplo, é lançada no sistema elétrico e, em pouco tempo, pode estar sendo utilizada por um consumidor sediado no Amazonas, no Rio de Janeiro, em Brasília ou em qualquer outro Estado do País, sem que seja possível identificar a origem da energia consumida.

Sobre as características da energia elétrica, CLEVER CAMPOS argumenta:

‘O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já dito, analogamente a um sistema de ‘caixa único’, em um mesmo momento, recebe a energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores. Portanto, produção e consumo se dão instantaneamente, não havendo possibilidade de estoques entre os estágios intermediários de produção, transmissão e distribuição’ (Introdução ao Direito de Energia Elétrica. São Paulo: Ícone, 2001, p. 68)

WALTER T ALVARES, igualmente sustenta que (...):

No caso particular da eletricidade, a saída da usina, a entrega e o consumo coincide com a fabricação do produto e com o próprio consumo feito pelo usuário do serviço explorado pelo concessionário. (Instituições de Direito da Eletricidade, Ed. Bernardo Álvares, 1962, v. 2. P. 501).

Em razão dessas características, o nosso sistema tributário adotou como elemento temporal da hipótese de incidência do ICMS o consumo, vale dizer, o momento em que a energia, saindo da rede elétrica, é utilizada pelo estabelecimento consumidor.

⁵ Op. Cit. p. 226.

Como o imposto incide sobre operações de circulação da energia elétrica, poderia o legislador adotar qualquer das três etapas anteriormente descritas: geração, distribuição ou consumo.

No caso brasileiro, adotou-se a última etapa, mas nada impedia o legislador de eleger a geração ou a distribuição como elemento temporal da hipótese de incidência” (g.n.)

Fixado o critério temporal da hipótese de incidência, marcando-a como o momento do consumo, confirma-se que o legislador abrangeu todas as **fases indissociáveis** da circulação da mercadoria, o que, por conseguinte, **repercuta na identificação da sua base de cálculo**, a qual deverá obrigatoriamente levar em conta toda a cadeia, incorporando, desse modo, todos os custos desde a produção até o consumo final.

5. CRITÉRIO QUANTITATIVO:

Este é o ponto central da questão discutida na presente demanda, qual seja, a apuração da base de cálculo do ICMS – valor da operação final – , sobre o qual, deverá incidir a alíquota para fins de quantificação do tributo a ser recolhido.

Conforme foi exaustivamente explicitado neste arrazoado, a base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica foi determinada na legislação supra citada como sendo o “preço então praticado na operação final”. Cabe-nos, então, perquirir o que se considera operação final para fins da composição da base de cálculo do imposto em questão, ou seja, o que integra o preço da energia efetivamente entregue ao consumidor final.

Com efeito. Inúmeras são as operações e etapas que antecedem a entrega da mercadoria – energia elétrica – ao consumidor final, efetivada no exato momento em que esta mesma energia é consumida e, como foi explicitado quando nos referimos ao critério temporal da hipótese de incidência, ao ser escolhido o momento final da operação – o consumo da energia elétrica – a base de cálculo deverá inexoravelmente considerar todos os custos desde a produção até a entrega da mercadoria ao contribuinte final.

Mais uma vez, forçoso transcrever a doutrina de ROQUE ANTONIO CARRAZZA⁶, ao enfatizar que, quando o texto constitucional concebeu a energia elétrica como mercadoria, determinando a incidência sobre a realização de operações relativas à circulação jurídica e não meramente física de energia elétrica, concluiu que “não se desconhece que cada etapa deste iter acrescenta riquezas novas, isto é, aumenta o custo da energia elétrica fornecida ao consumidor final. Mas isto só repercuta na base de cálculo do ICMS, que será, a teor do dispositivo transitório em exame, o preço então praticado na operação final”. (g.n.)

Este entendimento foi recentemente acolhido pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE

⁶ Op. Cit. p. 227.

JUSTIÇA, no recente julgamento do Resp n 1.163-020-RS publicado no dia 27 de março do corrente ano, cuja conclusão, corrobora com entendimento assim esposado, inclusive no que diz respeito à verificação de que geração, transmissão e distribuição compõem o critério material do fato gerador e, por conseguinte, não pode ser apartado da sua base de cálculo. Este julgado, ainda, não olvidou de ressaltar a indevida ofensa ao princípio da isonomia ao pretender conceder tratamento tributário diferente quanto aos consumidores cativos e livres quanto à repercussão e incidência na base de cálculo da Tarifa do Sistema de Distribuição (TUSD), utilizada igualmente por ambos. Confira-se:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO.

1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n.9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o “preço cheio” constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

5. Recurso especial desprovido.”

Observa-se, portanto, que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA constatou que a distribuição e transmissão são, de fato, elementos indissociáveis das etapas que compreendem o fornecimento de energia elétrica, desde a geração até o consumo final, o que, por conseguinte, importa no reconhecimento de que os custos delas decorrentes integram a base de cálculo do imposto incidente na operação final.

Este mesmo aspecto foi ressaltado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, que, deferindo a suspensão das tutelas de evidência concedidas em diversas ações em que se pretendia excluir da base de cálculo do ICMS os valores correspondentes ao TUST e TUSD (SUSP DE LIMINAR/ANT TUTEL Nº 1.0000.17.020612-2/000), apontou os diferentes ambientes de comercialização de energia elétrica (contratação livre e regulada), pontuando, então, que a hipótese dos autos referia-se aos chamados consumidores cativos, isto é, aqueles que “adquirem

energia elétrica somente das concessionárias distribuidoras autorizadas a operar o serviço em determinado local, mediante um único contrato de adesão, exigindo-se, em contrapartida, o pagamento de uma tarifa composta pelo preço final de energia consumida”. Assim, diante destas considerações, ao menos quanto aos chamados consumidores livres, assim concluiu:

“A priori, não se pode desconsiderar que o consumo de energia, nesta hipótese, depende de cada etapa do processo produtivo, de modo que se tornam indissociáveis as operações de transmissão e de distribuição para o seu objetivo, que consiste na entrega da energia elétrica ao consumidor final.

Destarte, não me parece crível que o custo da operação de circulação de energia elétrica possa compreender apenas a etapa de geração, porquanto necessariamente dependerá de outros fatores que também envolvem custos, até o seu ingresso na unidade consumidora.

Em outras palavras, a entrega da energia ao consumidor não seria um serviço destacável, pois cada fase compõe um processo indissociável a permitir o seu efetivo fornecimento, razão pela qual não me parece concebível que os custos atrelados às etapas de transmissão e distribuição não possam compor o preço da operação final, que configura a hipótese de incidência do ICMS.

Oportuno registrar que a tese sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 960.476/SC, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, foi formada em casos de contratação livre, no qual a energia é fornecida aos consumidores diretamente pelos chamados agentes de geração ou de comercialização, e não pelas distribuidoras, além da distribuição e transmissão de energia elétrica serem objetos de pactuação autônoma.

A propósito, consigne-se que a Primeira Turma do STJ, em recentíssima decisão, e mudando posicionamento até então firmado por aquela Corte, negou provimento, por maioria, ao REsp nº 1.163.020/RS, em sessão realizada no dia 21/03/2017, reconhecendo a tese dos Estados quanto à legalidade da cobrança do ICMS sobre as TUST/TUSD de grandes consumidores que adquirem a energia elétrica em larga escala, diretamente das empresas geradoras, evidenciando a complexidade da matéria.” (g.n.)

O mesmo entendimento foi adotado em recente decisão exarada pelo E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, o qual, em julgamento do Agravo de Instrumento nº 0019671-38.2016.8.05.0000, igualmente pautado nos precedentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA acima citados, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, considerando a verdadeira concepção do que se entende com “custo da energia”. Assim decidiu por unanimidade:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST) E TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUSD), QUE INTEGRAM BASE DE CÁLCULO PARA EFEITO DE TRIBUTAÇÃO DO ICMS. PRECEDENTES DO STJ AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 300, DO CPC. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Ausente a

fumaça do bom direito na decisão vergastada, pelo fato de que, segundo recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas compõe o preço final da operação e a base de cálculo do imposto. Também não se vislumbra, in casu, o periculum in mora que, na realidade, é inverso, tendo em vista que a administração poderia deixar de arrecadar valores vultosos, dado o enquadramento

da Agravada como grande consumidora de energia. Precedentes do STJ.” (g.n.)

Diante do real entendimento quanto ao conteúdo da base de cálculo do imposto em

questão, corroborado pela recente jurisprudência acima colacionada que tratou de examinar com mais profundidade o assunto, confirma-se que seria manifestamente ilegítima e contrária a todo arquétipo constitucional e legal da norma padrão de incidência do ICMS-Energia Elétrica tentar suprimir estes dois componentes do custo desta espécie de mercadoria, excluindo da base de cálculo do tributo os valores correspondentes ao TUST e TUSD.

V. CONCLUSÃO.

Diante das considerações acima expendidas, sobretudo pautando-se nos dispositivos da Constituição Federal e legislação complementar que regem a matéria, outra conclusão não poderá advir senão que a TUST e a TUSD, na qualidade de elementos integrantes – e indissociáveis – do custo da energia fornecida ao consumidor final, não podem ser excluídos da base de cálculo do ICMS incidente sobre operações relativas à circulação de energia elétrica.

V. A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS E O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

Ante o exposto, requer o Estado da Bahia que:

a) seja julgado totalmente improcedente a ação, condenando a parte autora no ônus da sucumbência e declarando a legalidade da inclusão de todos os custos que compõem o preço da energia elétrica – dentre eles os valores da TUST e TUSD – na apuração da base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo da energia elétrica;

b) a produção de provas através de todos os meios em direito admitidos, desde já requerendo juntada de documentos em prova e contraprova, perícia técnica, sem prejuízo de outros que se mostrem necessários.

Pede deferimento.

Salvador, 12 de julho de 2017.

CLAUDIA MAGALHÃES GUERRA ATTINÃ
PROCURADORA DO ESTADO

— **PRÊMIO 2018**

Danos Socioambientais

Vinícius Cardona França

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DA 3ª VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO
JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA-BA.**

*“... o valor do meio ambiente não pode ser apenas uma questão do que existe, pois também deve consistir nas oportunidades que ele oferece às pessoas. O impacto do meio ambiente sobre as vidas humanas precisa estar entre as principais considerações na ponderação do valor do meio ambiente.” (Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia, em *Desenvolvimento como liberdade*)*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0000149-17.2017.4.01.3304

AUTOR: Ministério Público Federal

RÉUS: Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A. et alia

ESTADO DA BAHIA, pessoa jurídica de direito público interno, que pode ser localizado, para fim de comunicação dos atos processuais, na sede da Procuradoria Geral do Estado, localizada na 3ª Avenida, nº 310, Centro Administrativo da Bahia, Salvador-BA, CEP 41.745-005, vem respeitosamente ante V. Exa., nos autos da Ação Civil Pública numerada em epígrafe, apresentar resposta tempestivamente (cf. prazo acordado nos termos da audiência de conciliação) na forma de

CONTESTAÇÃO,

com estribo nas bastantes razões de fato e de Direito que passa a esposar.

I - OBSERVAÇÕES INICIAIS - PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Inicialmente, chama-se a atenção desse d. Juízo para a necessidade de observar o que se segue, conforme o caso, sob pena de nulidade:

a) O Estado - pessoa jurídica de direito público interno - é representado em juízo por seu procurador, devendo a citação ser feita por meio de oficial de justiça, e não por carta com aviso de recebimento (CPC, arts. 182, 183, § 1º, 247, III);

b) Tendo sido citado por carta precatória, o prazo em dobro de que goza o ente público para contestar e/ou recorrer (CPC, art. 183), respectivamente, conta-se da juntada aos autos da carta referida (CPC, art. 231, VI);

c) “Contra a Fazenda Pública não incide a presunção de veracidade decorrente da falta de impugnação específica dos fatos, assim como não operam os efeitos da revelia quanto à presunção de terem sido admitidos como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, nem se admite confissão ou reconhecimento do pedido (STJ - AgRg no REsp 1187684/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012 e STJ - AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 03/08/2012);

d) Os Procuradores do Estado da Bahia devem ser intimados pessoalmente dos atos processuais relativos aos feitos sob o seu patrocínio, na forma do art. 53, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 34/2009¹ e do art. 183 do CPC.

II - SUMA DA DEMANDA

O Ministério Público Federal propôs a Ação Civil Pública que ora se impugna, sob alegação de ocorrência de danos socioambientais, em razão da execução de obras do estaleiro Enseada do Paraguaçu, em região antes parcialmente pertencente à Reserva Extrativista Baía do Iguape, no município de Maragogipe, Estado da Bahia.

Narra que a obra do estaleiro Enseada Paraguaçu é um dos maiores empreendimentos da iniciativa privada do Estado, cuja implantação adveio de protocolo de intenções firmado entre o Governo do Estado da Bahia e o consórcio formado entre as empresas Odebrecht, Kawasaki, OAS e UTC, no contexto de fomento ao desenvolvimento econômico fundado no *Programa Acelera Bahia e no Plano de Aceleração do Crescimento* – PAC.

Alega que, ao passo que foram gerados quinze mil empregos diretos e indiretos em

¹ “Art. 53 - Constituem direitos do Procurador do Estado, além das garantias e prerrogativas inerentes à profissão de advogado:

(...)

III - receber intimação pessoal dos atos processuais relativos aos feitos sob seu patrocínio;”

razão das obras, que estão paralisadas desde novembro de 2015, danos socioambientais teriam sido provocados, como remoção de cobertura vegetal e presença do *coral sol* nas águas da região, cujo entorno é habitado por comunidades quilombolas e pescadores extrativistas.

Sustenta que a construção do estaleiro adveio de uma série de ilegalidades e inconstitucionalidades, sob o fundamento de que foram modificados arbitrariamente os limites da RESEX Baía do Iguape, requerendo a declaração de nulidade dos atos praticados.

A fim de demonstrar a legitimidade passiva *ad causam* dos réus, o *Parquet* sustenta que a responsabilidade sobre os danos socioambientais é do tipo solidária e objetiva entre causadores diretos e indiretos, nos termos da Lei Federal nº 6.938/81. Como causador direto, o MPF aponta o Estaleiro Enseada do Paraguaçu. Na qualidade de causadores indiretos, aponta as empresas Odebrecht, UTC, OAS e Kawasaki, integrantes do consórcio, com base na teoria de desconsideração de personalidade jurídica; a União, que além de emitir a licença ambiental para construção do Estaleiro, teria sido omissa quanto ao seu dever constitucional de preservar o meio ambiente; e o Estado da Bahia, na qualidade de agente fomentador da construção do Estaleiro, através do *Programa Acelera Bahia*. Aos ICMBio e o IBAMA, autarquias integrantes da Administração Federal Indireta, também é imputada responsabilidade, em razão da alegada falha no exercício do poder de polícia ambiental.

No mérito, o Ministério Público Federal assevera que o instituto das Unidades de Conservação foi criado no âmbito da tutela constitucional do meio ambiente, com regulação pela Lei Federal nº 9.985/2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC), a qual prevê a realização de estudos técnicos e consultas públicas prévias para instituição das Unidades, cuja implantação e execução é de competência do IBAMA.

Na sequência da narrativa, aduz que restaram verificados os supostos danos à RESEX Marinha Baía do Iguape, que teve seus limites alterados sem edição de lei específica, bem como sem realização de estudos técnicos e consultas públicas, em violação ao quanto dispõem o art. 225, III, da Constituição Federal e o art. 22, § 6º da Lei Federal nº 9.985/00.

Acusa o Estado da Bahia de “ter se articulado” na tomadas de medidas prévias para o processo de modificação dos limites da RESEX Baía do Iguape, envolvendo desapropriação de áreas e processo de licenciamento ambiental anteriores à primeira audiência pública para avaliação e discussão do projeto, o que demonstraria sua preocupação tão somente com os fins econômicos.

Defende que a Medida Provisória nº 462/2009, convertida na Lei nº 12.058/2009, foi a última das medidas provisórias a abarcar as assim cognominadas “emendas de contrabando” - aquelas sem pertinência temática com o assunto principal da medida provisória -, tendo sofrido, ao todo, vinte e três emendas pelo Senado Federal, uma delas concernente à alteração da poligonal da RESEX Baía de Iguape, que fora ampliada em 2.211,73 hectares, sob fundamento de existência de erro que fazia o Estaleiro Paraguaçu estar localizado parcialmente dentro da reserva.

Requer, por conseguinte, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 12.058/2009, em razão de “contrabando legislativo”, como causa de pedir remota, lastreando o pleito principal de reparação dos danos socioambientais que teriam ocorrido na RESEX Marinha Baía do Iguape.

Ainda no mérito da causa, o órgão ministerial invoca o desrespeito à Instrução Normativa ICMBio nº 03/2007, que disciplina o procedimento para criação de Unidade de Conservação federal, nas categorias de Reserva Extrativista e Reserva de Desenvolvimento Sustentável, a qual prevê a realização de vistoria pelo ICMBio para ampliação da RESEX, bem como a necessidade de reuniões com a população, requisitos que haveriam sido descumpridos.

Indica, ademais, a inobservância do Decreto nº 3.060/1997, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, tendo em vista existência de território de comunidade quilombola na RESEX.

Após argumentar acerca do conjunto de dispositivos legais e administrativos alegadamente desrespeitados, o Ministério Público Federal passa, então, a aprofundar os supostos danos ambientais e sociais em razão da construção do Estaleiro Enseada do Paraguaçu.

Para fundamentar suas razões, menciona o Parecer 05/10 do ICMBio, em que a autarquia federal opinou pelo desrespeito à Lei Federal nº 9.985/00, eis que não teriam sido realizados estudos técnicos-científicos, tampouco estudos socioambientais prévios para redefinir o polígono da RESEX Marinha Baía do Iguape.

O Ministério Público sustenta, igualmente, a existência de deficiências do Estudo de Impacto Ambiental - Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) realizado. Para tanto, afirma que, no Parecer Técnico nº 042/2010, o IBAMA, provocado pelo MPF, teria concluído pela baixa representatividade de dados do EIA/RIMA referente ao licenciamento ambiental prévio, que comprometeriam a determinação de viabilidade do empreendimento. Além disso, no referido parecer, o IBAMA teria afirmado que, não obstante o EIA-RIMA prever os impactos socioeconômicos do empreendimento e programas para mitigá-los, as proposições feitas careceriam de efetividade.

Alega que, não obstante as conclusões lançadas no Parecer nº 042/2010, a referida autarquia federal concedeu posteriormente Licença Prévia nº 354/2010, considerando tão somente interesses econômicos.

Afirma, ainda, a existência do Parecer nº 176/2010-COTRA/CGTMO/DILIC/IBAMA, em que o IBAMA, em análise ao Plano Básico Ambiental, teria alertado para a remoção da vegetação de manguezal em uma área de quinze hectares, com impactos na hidrologia do local decorrentes da impermeabilização do solo.

Posteriormente, no Parecer Técnico 13/2011, o IBAMA teria concluído pelo não atendimento integral das condicionantes relativas ao programa de gerenciamento de risco e estudo

de análise de risco, bem como ao programa de educação ambiental e, ainda assim, concedeu Autorização de Supressão de Vegetação nº 533/2011 e retificação de Licença de Instalação nº 737/2010, com ampliação da área de dragagem. É mencionado, ademais, o Parecer Técnico nº 001168/2014 COPAH/IBAMA, no qual o IBAMA entendeu por não ser possível uma definição quanto à renovação da Licença de Instalação nº 737/2010, em razão de algumas condicionantes estarem sobrestadas, atendidas parcialmente ou não atendidas.

O MPF sustenta, ainda quanto à invalidade do EIA-RIMA do Estaleiro Enseada do Paraguaçu, as conclusões verificadas pela Comissão Pró-Iguape, de que o documento em referência desconsiderou a atividade pesqueira artesanal, as comunidades quilombolas que vivem no local e os impactos ao meio físico, biótico e socioeconômico.

Ao final, é requerida a reparação integral do dano ambiental em suas esferas patrimonial e extrapatrimonial, para que seja promovida a recuperação, reparação e/ou compensação dos danos ambientais, tendo como base plano socioambiental a ser apresentado no prazo máximo de noventa dias.

O Órgão Ministerial pleiteia, ademais, indenização por dano moral coletivo em valor não inferior a 20% do valor da causa a ser destinada à melhoria da qualidade socioeconômica e socioambiental da comunidade no entorno da RESEX Marinha Baía do Iguape, tendo em vista o prejuízo causado à população que dependia da reserva para sobreviver, às comunidades tradicionais e aos moradores de Maragogipe e cidades vizinhas.

Defende, ademais, a existência de dano social lastreada na reprovabilidade da conduta das Rés, pelo que requer indenização em valor não inferior a 10% do valor da causa, destinado à melhoria da qualidade socioeconômica e socioambiental das cidades do entorno da RESEX Marinha Baía do Iguape, mediante ações por instituições públicas ou privadas.

No que concerne à produção da prova, requer a inversão de seu ônus, com fulcro na teoria das cargas probatórias dinâmicas do CPC/2015, postulando sua declaração antes da instrução processual e à custa das empresas Rés, ou, subsidiariamente, das entidades públicas demandadas.

Por fim, é formulado pedido cautelar para que seja realizada perícia técnica multi e interdisciplinar, a fim de averiguar a extensão dos alegados danos e indicar o que deverá ser restaurado/recuperado e aquilo que deverá ser indenizado, com determinação liminar de que, às expensas das empresas rés, já se iniciem os trabalhos periciais.

III – DA DEFESA PROCESSUAL

III.1 – PRELIMINAR DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Preliminarmente, vem o Estado da Bahia, com fulcro no art. 293 do vigente CPC,

impugnar o valor de R\$ 2.600.000.000,00 (dois bilhões e seiscentos milhões de reais), atribuído à causa pelo MPF, com fulcro na alegação de que esse foi o valor do investimento no projeto de construção do pólo naval.

Contudo, como o próprio órgão autor reconhece na exordial, as obras restaram paralisadas de 2015, pelo que não se afigura razoável crer que o citado montante foi de fato despendido no projeto, pelas empresas, até o momento. Por conseguinte, não se afigura razoável se adotar tal critério como base de mensuração econômica da causa, o que somente trará ônus às partes, encarecendo a demanda de maneira desproporcional, e tendo por objetivo apenas o resultado ressarcitório perseguido.

Necessário se ter em mente, ainda, que, nas ações coletivas, estão desvinculadas a fase de conhecimento, que objetiva o reconhecimento do direito pleiteado para todos os possíveis atingidos, substituídos processualmente, e a fase executiva, na qual há a individualização para cumprimento do julgado com indicação dos atingidos e cálculos dos valores devidos. Justamente por isso é também inviável, neste momento processual, se fixar um valor à causa correspondente à real repercussão econômica da demanda.

Assim, tendo em vista que o vultoso importe atribuído à lide não corresponde ao verossímil conteúdo patrimonial em discussão, requer-se que o d. Juízo retifique o valor da causa, atribuindo-se-lhe montante compatível, razoável e que não onere excessivamente o processo, com fulcro no princípio da tutela processual célere e eficaz.

Antes, ainda, de se discutir o mérito, impende asseverar, também em caráter preliminar, que há na demanda elementos que obstam a sua apreciação de fundo, ao menos em relação ao Estado da Bahia enquanto réu, a saber, a ilegitimidade *ad causam* deste Ente público.

Para além disso, falece ao *Parquet* federal o indispensável requisito do interesse processual, do modo a permitir que a cognição da lide evolua ao mérito, ou vejamos.

- DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DA BAHIA

O Estado da Bahia é parte ilegítima para figurar no pólo passivo deste processo.

Tal asserção, ao revés do que se poderia açodadamente imaginar, não provém do afã de defender-se da lide a todo pretexto, como sói acontecer no cotidiano forense, mas de verdadeira causa obstrutiva da apreciação meritória.

Como se sabe, a posição adotada pelo vigente Código de Processo Civil, superando em parte a doutrina de Enrico Tullio Liebman, que conformou o antigo Código Buzaid e o direito processual brasileiro por diversas décadas, enjeita falar em “condições da ação”, preferindo cingir-se a prescrever, no art. 17, que, para se postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade, e a estabelecer no art. 485 que, entre outras hipóteses, o órgão jurisdicional não

resolverá o mérito quando constatar ausência de legitimidade ou interesse processual (inciso VI).

Isto representa a vitória de certa dogmática, agora plasmada no *Codex*, segundo a qual, mesmo ausentes legitimidade e/ou interesse, há, em verdade, ação, e há processo, como há jurisdição, pois houve demanda, inaugurada com o protocolo da petição inicial pelo autor. Nesse diapasão, o exercício *in concreto* do direito de ação é corolário do mais alto grau de abstração como se hoje compreende o direito constitucional de ação *in abstracto*, expressão de um direito fundamental “à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo”².

Nada obstante, embora já não se possa falar com propriedade em “carência de ação”, no âmbito da inconstante e historicamente situada técnica jurídica, há de se reconhecer que, onde se ausentam os requisitos da legitimidade e do interesse processual, vedado está ao magistrado penetrar o mérito, cabendo-lhe entregar sentença simplesmente terminativa do processo.

Ora bem. Na demanda à qual aqui se responde, o i. Órgão Ministerial aduz que, segundo apurado no Inquérito Civil Público nº 1.14.004.000503/2010-84, a instalação do Estaleiro São Roque do Paraguaçu, no município baiano de Maragogipe, cuja licença ambiental foi concedida pelo IBAMA, teria causado danos ambientais à Reserva Extrativista Marinha Baía de Iguape, bem como danos sociais às populações rurais, quilombolas e urbanas da região supostamente atingida.

Prossegue a alegar que o projeto foi fomentado por “*protocolo de intenções entre o Governo do Estado da Bahia e o consórcio formado por 04 (quatro) grandes empresas privadas (Odebrecht, Kawasaki, OAS e UTC)*”; que o projeto “*foi uma iniciativa do governo estadual e se insere em um programa mais amplo chamado Acelera Bahia*”, o qual “*encontrou alicerce em uma conjuntura favorável com o Plano de Aceleração do Crescimento – PAC, lançado à época do Governo Lula*” (fl.06 dos autos. Grifamos).

Importantíssimo, neste momento, atentar para as duas expressões destacadas acima, quais sejam, “uma conjuntura favorável” e “Governo Lula”, que, mesmo quiçá despreziosamente empregadas pelo Exmo. Membro do *Parquet*, revelam-se emblemáticas da absoluta inexistência de liame fático entre a conduta do Estado da Bahia e os supostos danos socioambientais cuja ocorrência se alega, o que se retomará no enfretamento do mérito.

Em continuidade da narrativa, afirma o Ministério Público que o projeto teria sido lastreado em “*inconstitucionalidades e ilegalidades*”, e que o Estado da Bahia, ao lado dos demais entes federados e de entidades da Administração Federal, seria responsável indireto pelos danos causados, em decorrência de suas competências constitucionais em matéria

² MARINONI, Luis Guilherme et al. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil* v.1. 3. Ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.211.

ambiental. Postula que “a construção do Estaleiro somente foi possível porque firmado protocolo de intenções entre o Governo do Estado da Bahia e o consórcio firmado entre Odebrecht, Kawasaki, OAS e UTC”.

Assim, apontando para a responsabilidade civil do Estado da Bahia, que reputa indireta, conquanto objetiva e solidária, quer o MPF daí extrair a legitimidade passiva *ad causam* deste Ente Público estadual.

Ora, com a permissão de nova digressão teórica, cabe lembrar que, no tocante à aferição, pelo juiz, da legitimidade da parte para figurar no processo, houve igualmente substancial mudança de paradigma no âmbito da ciência processual, com a necessária repercussão no ordenamento e na praxis jurisdicional. No modelo liebmaniano, as assim chamadas condições da ação não deveriam ser aferidas somente a partir do que afirma o autor (*in status assertionis*), mas também diante de provas, isto é, em decorrência do que se afirma na petição inicial e do que se constata no plano do real, a partir da colheita probatória.

No superado modelo, portanto, era possível se instruir todo um processo, com o tempo e os custos disto decorrentes, para ao final, a partir de fatos provados e não só alegados, se concluir pela carência de ação, por falta, v.g., da legitimidade para a causa, extinguindo-se o processo ao cabo “sem julgamento do mérito”, o que de fato representava inegável contrassenso, quer sob o ponto de vista lógico, quer prático.

Ao lume, porém, do novel modelo, construído sobre os valores primazes da utilidade e da efetividade de uma tutela jurisdicional entregue em tempo razoável, tanto a legitimidade quanto o interesse processual devem ser aferidos simplesmente *in status assertionis*, a partir da simples intelecção da narrativa que impulsiona a jurisdição, cotejando-se, no plano abstrato, se ocorre a necessária relação de identidade entre o autor e o réu com o direito material em litígio. A esse propósito, calha recorrer uma vez mais ao escólio de Luiz Guilherme Marinoni e coautores, cujas palavras muito melhor lançam luz sobre a questão, *in verbis*:

É por isso que os ‘requisitos’ devem ser aferidos com base na **afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) da presença da legitimidade e do interesse, como se eles pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito. Melhor explicando: a legitimidade para a ação de reivindicação deve ser aferida segundo o que é afirmado na petição inicial, mas, quando as provas e os argumentos trazidos ao processo, demonstram que o autor não é proprietário, o seu pedido deve ser julgado improcedente.**³”.

Isto posto, cabe agora reconhecer que, nem mesmo a partir de mero cotejo das asserções do autor, é possível verificar, no presente caso, uma relação de causa e efeito entre as

³ *Op. cit.* p. 218.

alegadas condutas do Estado da Bahia e os ditos danos socioambientais. Por outras palavras, a narrativa da inicial não permite, do ponto de vista lógico-dedutivo, estabelecer (válida e corretamente) uma proposição do tipo “se...então...” ($\alpha \rightarrow \beta$), isto é, uma *condicional* ou *implicação material*, que corresponde à estrutura lógica das asserções jurídicas que representam relações de causa e efeito no âmbito da responsabilidade civil, em particular, e à estrutura da norma jurídica em geral, plasmada na fórmula de inspiração kelseniana “*dada a não prestação, deve ser sanção*” .

Não há, Excelência, nem em tese, relação de implicação material entre conduta (comissiva ou omissiva) do Estado da Bahia e os danos (por apurar) que se alegam.

Anote-se que a narrativa se revela contraditória de saída. Na fl. 18 dos autos (ou p.16 da inicial), postula o *Parquet*, *verbis*:

“Além de ser patente a omissão da União, também o é a do Estado da Bahia, já que, conforme preceitua a Carta Magna, a proteção ambiental é dever de todos os entes federados, bem como, a construção do estaleiro somente foi possível porque foi firmado protocolo de intenções entre o Governo do Estado da Bahia e o consórcio firmado entre Odebrecht, Kawasaki, OAS e UTC”. (grifamos)

E adiante aduz:

“Foi o Estado da Bahia que, através do programa acelera Bahia, fomentou a construção do Estaleiro.” (grifamos)

Veja-se que ora se fala em omissão, ora se fala em fomento, que se traduz em conduta comissiva. De se perguntar: para o *Parquet*, os ditos danos teriam sido causados por ação ou omissão do Estado? A contradição não permite inferir se se cuida, aqui, de responsabilidade civil por ação ou omissão, os quais, com relação ao Poder Público, têm requisitos distintos, o que se retomará em minúcias *a posteriori*.

Sem embargo, para efeito da argumentação, se se quiser falar em conduta comissiva do Estado, é imprescindível se repelir com veemência da assertiva de que “*a construção do estaleiro somente foi possível porque foi firmado protocolo de intenções entre o Governo do Estado da Bahia e o consórcio*”, pois não existe qualquer nexu causal entre o Programa Acelera Bahia/protocolo de intenções, estabelecido com o Consórcio das construtoras rés, e os ditos danos socioambientais, eis que, em verdade, dito protocolo não constitui requisito jurídico para as obras de construção do estaleiro, cujo licenciamento ambiental é de competência federal, já que assentados parcialmente sobre unidade de conservação instituída pela União.

Como se verá adiante, o *Protocolo de Intenções* se trata de veículo de política estadual de fomento que toca em outros aspectos, como fiscal/tributário e logístico, mas que não constitui, *per se*, *conditio sine qua non* para a materialização do projeto. Com efeito, as obras de implantação e seus pressupostos, a exemplo da autorização de supressão vegetal, poderiam ser iniciadas apenas com a licenças prévia e de operação dos órgãos federais

competentes, integrantes do SISNAMA, sem que para isso fosse necessária a concorrência do fomento do Estado. Assim, a eventual inexistência de certa política estadual de incentivo fiscal, por exemplo, não impediria que um grupo de empresas exercesse o seu mister de *empreender* (atendidos os requisitos legais), uma vez que a regra de ouro da nossa ordem econômica é a livre iniciativa.

No caso *sub examinem*, verifica-se de fato a existência de incentivos estaduais à implantação do pólo naval, consubstanciados nos Compromissos Fiscais/Financeiros e Compromissos de Infraestrutura do Estado da Bahia, previstos nas Cláusulas Terceira e Quarta do Protocolo de Intenções firmado entre o Governo do Estado e o Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A. Todavia, sua eventual inexistência não constituiria óbice à implantação e execução do projeto, que em si e por si prescinde de lei autorizadora ou negócio jurídico administrativo de qualquer natureza. Há que se observar, sem ânimo de sofisma: um Protocolo de Intenções não constitui um contrato entre a Administração e o consórcio empresarial em questão, e tampouco consubstancia pressuposto jurídico para a existência e execução do projeto. Ausente, pois, nexo causal entre a conduta do Estado, plasmada numa atividade meramente de fomento, e os danos ambientais alegados.

Noutro giro, se se pretende cogitar de suposta conduta omissiva por parte do Estado da Bahia, a só narrativa da inicial denota a intensidade da competência federal sobre a área, do que é sintomático o direcionamento da ação não apenas contra a União, mas também em face do IBAMA e do Instituto Chico Mendes. Em verdade, ao contrário do quanto demonstrado em relação a tais entidades federais, o *Parquet* não se desincumbiu de narrar coerentemente **no quê** exatamente o Estado da Bahia teria sido omissor, circunscrevendo-se a citar em tese e em abstrato a responsabilidade solidária do Poder Público para exercer a fiscalização ambiental.

Em verdade, **o Estado da Bahia não foi omissor nem desidioso no cumprimento de suas competências constitucionais**, o que se demonstrará em sede de mérito. Não obstante, é força reconhecer que a narrativa da exordial, por si só, falha em convencer, em sede perfunctória, a relação de pertinência entre a reparação material buscada e legitimidade processual do Estado da Bahia para tal desiderato, motivo pelo qual este Ente público deve ser reconhecido, por esse d. Juízo, como parte ilegítima para responder à ação.

No mais, em cumprimento do dever processual de indicar as eventuais partes legítimas para figurar no pólo passivo (art. 339 do CPC), se acaso dano houve, necessário se faz apontar como corretos sujeitos passivos: o **Consórcio Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A.; Odebrecht S.A.; OAS S.A.; CONSTRUTORA OAS LTDA.; UTC Engenharia S.A e Kawasaki Heavy Industries, bem como seus sócios**, diante dos autorizativos da legislação ambiental aplicável; quanto às condutas omissivas, o **Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio**, e por fim a própria **UNIÃO**.

– DA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL

Faz-se necessário convidar esse d. Juízo, bem como o ilustre Órgão Ministerial, para um salutar exercício de reflexão no que diz com a situação para a qual evoluiu esta demanda.

Não se pretende negar aqui a importância e utilidade da Ação Civil Pública como instrumento de proteção dos mais diversos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis, bem como o imprescindível papel desempenhado pelo *Parquet* na tutela do meio ambiente, proteção dos bens jurídicos de caráter ecológico, prevenção de possíveis ameaças e ações de reparação, quando a integridade do meio ecológico é vilipendiada.

Nos termos do art. 225 do nosso hoje aviltado Pacto Jurídico-Político de 1988, que selou a hoje ameaçada Nova República de 1985, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado a um dos mais fundamentais direitos, “*impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Portanto, diante da conhecida locução do Constituinte, o sujeito *coletividade* assume dúplice posição na estrutura deontica, exurgindo tanto como titular na dimensão do futuro (credora) quanto como destinatária na dimensão do presente (devedora) da prestação, enquanto o Poder Público, o Estado em sentido lato, figura como codestinatário do comando fundamental.

No amplamente consagrado *sistema de posições jurídicas fundamentais* de Robert Alexy⁴, o meio ambiente se inseriria na categoria dos *direitos a algo* e, no âmbito desta, na subcategoria *direitos a ações positivas*, a saber, aqueles cujo objeto é uma ação fática e/ou uma ação normativa. No caso do direito ao meio ambiente, o Estado torna-se devedor tanto de abstenção, no sentido de não violá-lo diretamente, quanto devedor de ação, no sentido de executar procedimentos materiais, no plano dos fatos, de proteção, tutela e recuperação, e ainda devedor da edição de normas infraconstitucionais, de criação do arcabouço normativo que dê suporte a esses misteres institucionais. Na dicção do próprio Alexy:

“[...] no caso de muitos dos assim chamados direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas. Especialmente claro é o caso do intensamente debatido direito ao meio ambiente, que não raro é classificado como um direito fundamental social, ou ao menos como algo a ele próximo.

[...] Um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou ‘direito fundamental completo’. Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que se propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam

⁴ALEXYY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.201-203.

lesivas ao meio ambiente (direito à proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).⁵”

A Ação Civil Pública, por seu turno, regulada pela Lei nº 7.347/85 e depois alçada ao Texto Magno no seu art. 129, III, constitui peculiar e indispensável instrumento processual adequado a prevenir ou reprimir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, entre outros tipificados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja tutela efetiva requer procedimento idôneo e compatível com tais relevantes desideratos, daí porque as características de seu procedimento guardam substanciais semelhanças com relação a outras ações de sede constitucional, tais como o mandado de segurança, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção, o *habeas data*, e as ações de controle de constitucionalidade.

Pois, como antedito, não se deseja, nesta defesa, pretender negar o relevo da ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público em nosso arcabouço institucional para tutelar o meio ambiente, mas, antes, **proceder a uma merecida crítica, quer no geral, quer neste caso concreto, ao que se pode considerar um abuso da ação civil pública por parte por *Parquet*, quando não esgotadas certas etapas procedimentais muito úteis e recomendáveis à maturação da situação que permita lançar mão da ACP de forma responsável.**

Sobre o alto relevo do papel do Inquérito Civil, merece transcrição a seguinte anotação, constante do processo administrativo relativo ao anteprojeto que resultou na Lei nº 7.347/85, lavra do então Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, hoje Ministro decano do STF, Celso de Mello:

“Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício *responsável* da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de *lides temerárias*. A instauração do inquérito civil não obrigará o Ministério Público ao ajuizamento da ação civil pública, desde que lhe pareçam *insuficientes* os elementos de convicção coligidos”⁶.

Ora, segundo assentados precedentes e lições doutrinárias, em que pese dispensável para o ajuizamento da Ação Civil Pública, não se constituindo pressuposto objetivo dela, o Inquérito Civil mostra-se desejável e salutar instituto a cargo do Ministério Público, a fim de que, mediante

⁵ *Op. cit.* p. 442-443.

⁶ Apud MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 37 Ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 251.

procedimentos inquisitoriais os mais diversos, requisição de documentos a entidades privadas e públicas, realização de audiências públicas, expedições de recomendações e tomadas de compromisso de ajuste de conduta, **se chegue a soluções negociadas – tanto quanto possível** – com pessoa privada investigada ou com a Administração Pública, de modo a se evitar a banalização da ACP e sua transmutação num sucedâneo de processo administrativo visando à gestão, pelo Judiciário, dos assuntos vocacionados aos cuidados do Poder Executivo.

A ser assim, vejamos se os Inquéritos Civis, em que se lastreia a presente ação, lograram cumprir tais misteres. A resposta à questão desvelará a presença ou ausência do interesse processual.

BREVE RESUMO DOS PROCEDIMENTOS E INQUÉRITOS CIVIS. AUSÊNCIA DE QUALQUER PROPOSTA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL E AJUSTE DE CONDUTA.

No caso sob escrutínio, o i. *Parquet* Federal propõe a ACP com lastro nos Inquéritos Civis Públicos nº 1.14.000503/2010-84 (principal) e 1.14.000283/2012-51. Nada obstante, um detalhado e persistente compulsar e analisar de suas centenas de páginas, contendo abundante material coligido – parte dele formado por muitos documentos em duplicidade - demonstra a fragilidade da inquisição no que toca à pretensão de responsabilizar o Estado da Bahia.

De se notar que, até a fl. 261 do procedimento administrativo primevo, ainda nos anos de 2005 e 2006, e ainda não vertido em Inquérito Civil, o MPF cingiu-se ao acompanhamento da implantação da Unidade de Conservação RESEX Baía do Iguape, estando envolvidas, até aquele antanho, apenas as Organizações da Sociedade Civil de proteção ao meio ambiente e entidades locais da região do Recôncavo, assentadas no território de execução do futuro projeto, tais como *Colônia de Pescadores Z-7* e *Associação Beneficente Comunitária de Pescadores e Marisqueiras de Nagé*. Até ali, a preocupação das comunidades locais, expressadas em representação ao MPF, jungia-se a garantir sua representatividade e participação do processo de criação e gestão da Unidade de Conservação RESEX Baía do Iguape.

Com a Portaria 013/2008, o Procedimento 1.14.000.000646/2006-40 é convertido em Inquérito Civil, tendo ainda por objeto a investigação da efetiva participação popular na implantação da RESEX, para cumprimento do que dispõe a legislação de regência, especialmente a Lei nº 9985/2000 – SNUC, em nada tocando a questão relativa ao projeto do Pólo Naval, projeto ainda não anunciado.

Até então, encontravam-se envolvidos nas discussões acerca da RESEX apenas as entidades representativas das comunidades locais, além do IBAMA, o ICMBio, e empresas como a Votorantim e Embasa, essas últimas implicadas em outras questões ambientais relativas à região.

A partir da fl. 262, motivado pelas notícias divulgadas acerca da construção do pólo naval na região, vê-se ofício da ONG “Conservação Internacional – Brasil”, demonstrando preocupação com a execução do projeto, bem como uma representação protocolada pelo “Movimento Pró-Resex Baía do Iguape”, posicionando-se efetivamente contra o empreendimento.

Às fls. 280 e seguintes, consta ata de reunião entre Ministério Público Federal e ONGs,

discutindo-se o tema da instalação do Pólo Naval e deliberando-se providências, isto ainda sem qualquer participação do Estado da Bahia, ou de qualquer dos demais entes públicos ora acionados.

Em 11/12/2008, é realizada audiência pública no município de Maragogipe, presidido pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado da Bahia, para *“avaliação e discussão sobre a pretensão de ser implantado pólo naval da Resex do Iguape e proximidades”*, com a presença de representantes das comunidades e associações locais, superintendentes do IBAMA e ICMBio, e - finalmente convidados - representantes da SUDIC e da Superintendência de Educação do Estado da Bahia, os quais prestaram esclarecimentos sobre o projeto, na parte que cabia à atuação do Estado.

Nas conclusões finais da Audiência Pública, registradas em ata, o MPF e o MP-BA fizeram consignar *“o posicionamento, a ser comunicado ao Governo do Estado da Bahia, de que a ausência de estudos qualificados sobre alternativa locacional implicarão a adoção de medidas judiciais para que o Pólo Naval não seja implantado no local pretendido”*. Conclusão essa, com o merecido juízo de valor, absolutamente despropositada quanto às competências do Estado da Bahia, visto que sempre se tratou de Unidade de Conservação - Reserva Extrativista Federal, cabendo ao IBAMA e ICMBio concluir pela possibilidade ou não da instalação do projeto no local.

Apenas em 30/03/2009, é publicada a Portaria 037/2009, instaurando-se novo Inquérito Civil, *“visando adotar todas as medidas possíveis e necessárias, judiciais e extrajudiciais, no intuito de ‘assegurar o respeito integral à Reserva Extrativista (RESEX) do Iguape - Unidade de Conservação Federal, e avaliar todos os trâmites envolvendo o denominado Pólo Naval do Estado da Bahia”*.

É somente então que se determina expedição de ofícios ao IBAMA e ao ICMBio, com questionamentos sobre matérias de efetivo cunho ambiental, sobretudo possibilidade de alternativa locacional do projeto, bem como ofício à Superintendência de Desenvolvimento Industrial e Comercial do Estado da Bahia – SUDIC, com as perquirições seguintes, *verbis*: *“[...] sobre a existência de programas de formação de mão-de-obra especializada para atuar no pólo naval da Bahia e sobre a existência e implementação de políticas ou programas para beneficiar as populações das comunidades da região diretamente afetadas pelo pólo naval (demonstra, inclusive, em termos de orçamento público). Igualmente, questionar sobre o número de empregos diretos e indiretos a serem gerados (estudos que justifiquem esses dados e quais as garantias de que serão ocupados por baianos e por pessoas da região – durante as obras e depois, caso viável)”*.

Calha, aqui, abertura de necessários parênteses a fim de observar como o *Parquet* passa a transbordar de suas competências institucionais e a encampar funções típicas da Administração, ao pretender adentrar o mérito da política pública de implantação do pólo naval, quando indaga sobre número de empregos diretos e indiretos a serem gerados e garantias de que serão ocupados por baianos e pessoas da região.

Primeiro, veja-se que o objeto do Inquérito constituía-se na verificação, ou não, das

condições da legislação ambiental para execução das obras do pólo naval. Todavia, mostra-se até compreensível e aceitável institucionalmente a preocupação do Órgão Ministerial quanto à “*existência de programas de formação de mão-de-obra especializada para atuar no pólo naval da Bahia*” e quanto à “*existência e implementação de políticas ou programas para beneficiar as populações das comunidades da região diretamente afetadas pelo pólo naval*”, diante da possibilidade de considerável rearranjo da dinâmica socioeconômica na região e do *modus vivendi* das populações tradicionais locais.

Sem embargo, e como sói acontecer no desempenhar dos seus misteres, o Ministério Público ultrapassa a olhos nus seu feixe de competências, ao pretender questionar sobre “*estudos que justifiquem esses dados e quais as garantias de que serão ocupados por baianos e por pessoas da região – durante as obras e depois, caso viável*”, pois empresas dessa natureza comportam amplo leque de variáveis micro e macroeconômicas, que influem sobre o sucesso ou fracasso do projeto, variáveis essas que, por vezes, requerem se permita a ocupação de parte da mão-de-obra por **brasileiros** vindos de outros Estados, fato esse que não implica, de um ponto de vista amplo, a inexistência de ganhos sociais e econômicos para a região em que assentado o projeto.

Emblemático e conhecido exemplo disso foi intensa migração de operários baianos para Pernambuco, por volta de 2010, para trabalharem no Complexo Industrial Portuário de Suape, especialmente na Refinaria Abreu e Lima, época em que a economia baiana se encontrava consabidamente estagnada. Fecham-se os parêntesis com a inarredável conclusão de que, não raro, a pretensão ministerial de syndicar o âmago de políticas públicas, por mais nobres e edificantes como sejam suas intenções, podem, em razão de precipitada judicialização, engessar a atuação da Administração Pública e mesmo do setor privado, e obstar o alcance de finalidades que lhes são próprias.

Prosseguindo, constata-se que, em 06/10/2009, atendendo ao requerimento do MPF, a SUDIC, mediante Ofício 203/09, apresenta Histórico do Empreendimento, contendo descrição do planejamento estratégico, escopo do projeto, informações quanto ao posicionamento do Licenciamento Ambiental junto ao IBAMA, Plano de Interação Social com as comunidades locais, providências para a desapropriação de áreas, entre outras informações propriamente cabíveis por parte do Estado da Bahia.

Em despacho de 08/01/2010, o ICP é prorrogado por 01 (um) ano.

Às fls. 354 e seguintes, vê-se o Ofício 408/2010 de 23/08/2010, da Procuradoria da República em Feira de Santana, requisitando ao chefe da RESEX Baía do Iguape, sediada em Maragogipe, informações e documentos diversos de natureza técnica, a respeito das alterações dos limites da Reserva, introduzidas pela legislação federal que entrara em vigor. O gestor da RESEX queda-se inerte quanto à requisição, havendo a Exma. Procuradora da República, que oficiava no feito, reiterado a requisição mediante o Ofício 555/2010, de 13/10/10, a qual só vem a ser atendida pelo chefe da RESEX em 13/12/2010.

Nesse ínterim, em 28/10/2010, o IBAMA concede Licença de Instalação ao Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A.

Em 27/09/2012, foi expedido despacho prorrogando-se o ICP 1.14.004.000503/2010-84.

Em 12/11/12, o d. MPF expede os Ofícios 1448/12, 1449/12 e 1450/12, respectivamente à SUDIC, ao INEMA e ao próprio consórcio Estaleiro Enseada do Paraguaçu, questionando sobre a realização de audiências públicas.

Em 21/10/2013, é expedido despacho prorrogando-se mais uma vez o ICP 1.14.004.000503/2010-84.

O procedimento segue com novas notificações ao IBAMA, ao ICMBio e à RESEX/Iguape, com novos questionamentos sobre a situação das obras e a possível ocorrência de danos ambientais.

Feita a necessária digressão histórica, lamentavelmente omitida na peça vestibular em sua construção narrativa dos fatos, impende admitir-se que, desde o anúncio do projeto de construção do pólo naval, **tramitaram, por cerca de oito anos**, procedimentos administrativos e inquéritos civis públicos distintos e paralelos, com posteriores apensamentos, recolha de documentos inúmeros, expedição de ofícios, representações de entidades, audiências públicas, prorrogações, atuação do IBAMA e do ICMBio no licenciamento ambiental, juntada de pareceres técnicos, EIA/RIMA, além dos esclarecimentos pertinentes por parte das entidades do Estado da Bahia envolvidas, quais sejam a SUDIC e o INEMA.

Nada obstante e apesar de, ao cabo de quase uma década de tramitação dos procedimentos internos, o MPF haver inferido ocorrência de danos socioambientais na região do projeto, em momento algum, ao menos pelo que consta dos autos até aqui, o Estado da Bahia foi concitado a buscar soluções negociadas para o aparente impasse, e mesmo os demais ora réus.

Em momento algum, pelo que consta dos autos, o *Parquet* propôs ao Estado da Bahia acordo para ajustamento de conduta, de modo a propiciar solução administrativamente adequada às questões ligadas ao projeto, muito embora, como se demonstrará, não detenha o Estado qualquer responsabilidade civil sobre os supostos danos e nem controle jurídico e político sobre os procedimentos administrativos envolvidos no Licenciamento Ambiental, ou sobre o processo legislativo federal que ensejou a alteração dos limites da Reserva.

Muito menos que uma proposta de TAC, o MPF não dirigiu ao Estado da Bahia e seus órgãos uma única Recomendação formalizada, tirante açodada conclusão entre MP-BA e MPF ao fim da audiência pública realizada em Maragogipe, em dezembro de 2008, que ensejou tão somente um “posicionamento”, mas nunca uma efetiva Recomendação.

Ao revés, o Estado foi negativamente surpreendido, em janeiro de 2017, com a propositura desta Ação Civil Pública, sem que lhe tenha sido oportunizado o consenso, em âmbito extrajudicial, sítio mais adequado a se encontrarem soluções para temas de complexo cariz econômico e administrativo, como os que ora se debatem nesta *Actio*.

DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR EM SUA DIMENSÃO NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. DA INIDONEIDADE DESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA LOGRAR OS FINS PERSEGUIDOS.

De se ver, pois, que os inquéritos civis que lastreiam esta ação nada estabelecem de conclusivo, razão pela qual sequer poderiam ensejar ao Estado e aos demais réus a possibilidade – se fosse o caso – de proposição de solução consensual. Muito ao revés disso, uma vez que

produziram apenas convicções subjetivas e não reais indícios probatórios dos supostos danos, os inquêritos em questão sequer poderiam dar azo – como de fato não deram – a que os réus fossem convidados pelo *Parquet* à adoção conjunta de soluções negociadas.

Em preclara lição, já afirmava Enrico Tullio Liebman, que o **interesse de agir**:

“se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente.”⁷

Parece a nós que, no caso presente, faz-se nítida e reprovável confusão entre *i)* o interesse substancial ou material em se apurarem os supostos danos alegados e, na eventual ocorrência deles, se apurarem as responsabilidades e deveres jurídicos; e *ii)* a **necessidade** de acionamento dos mecanismos da jurisdição para atingir o primeiro desiderato.

Na tradição da clássica doutrina acerca do **interesse de agir em sua dimensão necessidade**, vaticina Fredie Didier Jr. que o “exame da ‘necessidade de jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem que ser encarada como última forma de solução do conflito⁸”.

De tal preleção não diverge Luiz Guilherme Marinoni, ao postular:

“o autor tem interesse quando necessita da jurisdição para a tutela do direito. Como essa necessidade diz respeito à proteção de determinada situação concreta, é preciso que o modelo procedimental escolhido ou apresentado como apto a tutelá-la ou protegê-la seja realmente adequado a tanto.”⁹

Com efeito, a ausência do interesse de jurisdição mostra-se patente, diante do amplo leque de opções de que dispunha o Ministério Público, ainda no âmbito dos Inquêritos Cíveis, para chegar a soluções negociadas em conjunto com as empresas investigadas, opções essas das quais sequer procurou lançar mão.

Singelo exemplo seria a possibilidade de verificar, junto às empreiteiras envolvidas, a existência de operações de securitização de danos ambientais, pois de causar estranheza que construtoras da envergadura das corréis hajam se lançado a tão custoso empreendimento sem cobertura por um dos instrumentos à disposição no mercado, tais como: *i)* Seguro de responsabilidade civil ambiental (RC Ambiental - Circular Susep nº 437/2012); *ii)* Seguro Garantia (Circular Susep nº 477/2013); *iii)* Seguro Garantia em Termo de Ajuste de conduta em matéria ambiental, previsto

⁷ *Apud* DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.418.

⁸ *Ibid.* p. 419.

⁹ *Op cit.* p.211.

no art.79-A da Lei nº 9.605/98, que autoriza os órgãos integrantes do SISNAMA a celebrar termo de compromisso com pessoas responsáveis por atividades que utilizam recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras; iv) o Seguro de responsabilidade civil de administradores (*Directors and Officers Liability Insurance – D&O*), o qual se presta a garantir os riscos relacionados a atos de gestão praticados por administradores e conselheiros de companhias em relação a terceiros; v) o Autosseguro e *ART – Alternative Risk Transfer*, equivalentes à opção de criação de fundos próprios para fazer frente a eventuais perdas decorrentes das atividades.¹⁰

Especificamente sobre a relevância do TAC em matéria ambiental, vaticinam os atualizadores de Hely Lopes Meirelles:

“Em matéria ambiental, justamente em razão do interesse público de reparar o dano da forma mais efetiva possível, sendo aí, relevantes também a rapidez para a solução do problema e a mitigação da degradação ocorrida, pode ser admissível um acordo com os poluidores, mediante Termo de Ajustamento de Conduta/TAC, especialmente quando for verificada a impossibilidade fática de retorno ao *status quo ante*. Embora a transação não seja a regra em ações civis públicas, trata-se de instrumento que pode funcionar em casos específicos com grande eficácia, viabilizando a melhor justiça possível, já que frequentemente a solução ideal não existe, pois não é realizável na prática.”¹¹

Desatendido, pois, o pressuposto da necessidade de jurisdição, uma vez que se mostrara perfeitamente possível, e não apenas possível, como recomendável, que o *Parquet* concitasse as partes envolvidas, no âmbito extrajudicial, a verificarem a adequação de suas condutas aos marcos jurídicos aplicáveis e, caso conjuntamente constatado efetivo dano, a adotarem as providências que pudessem incumbir a cada qual.

DA PATOLOGIA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Em percuciente lição sobre a evolução histórica da ação civil pública, os já citados atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles (a saber, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes) chamam a atenção dos operadores jurídicos para os usos e abusos por que passou o instituto na práxis institucional, apontando para quatro fatores que denotam inegável desvirtuamento, quais sejam:

“(1) as ações civis públicas intentadas com base na equidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação; (2) as ações civis públicas intentadas como substitutas das ações diretas de inconstitucionalidade que se referem às políticas públicas; (3) as ações civis públicas nas quais o juiz se atribui jurisdição nacional; (4) as ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis, fora dos casos expressamente previstos pelo legislador.”¹²

¹⁰ ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder; SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves. Riscos, incertezas e seguros ambientais. In: CIBIM Juliana Cassano; VILLAR, Pilar Carolina (coord). **Direito Ambiental Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹¹ *Op. cit.* p. 265-266.

¹² *Ibid.* p. 293.

No que tange aos pontos (2) e (4), que correspondem a uma parte da causa de pedir, deles trataremos adequadamente nos tópicos próprios. Por ora, mais importa destacar que o instituto sob comento, quando visto retrospectivamente pelo prisma da recente História jurídico-institucional brasileira, tem sido, amiúde, alvo de inequívoco desvirtuamento.

O *telos* específico da ACP, que em sumas palavras corresponde a um tratamento processual célere, eficaz, seguro e coletivo da tutela de certos direitos e grupos de interesses sociais protegidos pelo ordenamento jurídico, em especial pela Constituição, parece ter assumido, nos últimos trinta anos, as feições da imagem e semelhança institucional de um dos seus colegitimados, que no afã de protagonizar o projeto instituído na Constituição dirigente de 1988, terminou por transbordar, não raras vezes, como antes afirmado, dos limites de suas competências, buscando ora encampar funções inquisitório-penais afetas à atividade de polícia, ora a interferir na função típica do Poder Executivo, quanto à eleição e aplicação das políticas públicas, e ora mesmo a tentar syndicar, além do devido, aspectos que tangem à moldura de atuação do livre mercado.

Não se está aqui a afirmar que isto constitui a *regra* na atuação histórica do Ministério Público, instituição permanente e essencial à preservação do regime democrático e dos valores republicanos. Independente dos mecanismos de controle interno e externo existentes, fato é que o *Parquet* constitui, dentre os órgãos do Estado, um daqueles mais aliados aos interesses da sociedade, e isso se confirma, de maneira geral, em sua atuação institucional no último trintênio.

Sem embargo, no que toca muito especialmente à ação civil pública, não se podem deixar de reconhecer as disfunções que o instituto tem assumido. Exemplo claro é a pretensa legitimidade *ad causam* do Ministério Público para pleitear, em demandas contendo beneficiários individualizados, tratamento de saúde ou medicamento, tema controverso que atualmente é objeto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito do STJ.

Se, por um lado, o uso desvirtuado da ACP não tem constituído uma regra, mas antes uma exceção, por outra banda, a presente ação civil torna-se um acabado exemplo de tais exceções, diante da demonstrada ausência de interesse processual na demanda, provocada por açodamento e precipitação na forma como a questão ambiental foi tratada.

Nessa senda, os mesmos publicistas antes citados assim recomendam, a despeito da não obrigatoriedade de proposição de acordo no âmbito do Inquérito Civil:

“Entendemos, no entanto, que a fase prévia do inquérito é altamente recomendável, por proporcionar uma chance aos indiciados de apresentarem suas razões antes do ajuizamento da ação, evitando atitudes açodadas ou irrefletidas por parte do Ministério Público. Na doutrina, defendendo a imperatividade da observância do procedimento do inquérito civil prévio em certas circunstâncias, de modo a preservar os direitos constitucionais dos réus desde antes da propositura da ação civil pública: Adilson Abreu Dallari, ‘Obrigatoriedade de realização de inquérito civil’, RTDP 26/68.”¹³

Por outros dizeres: se a Ação Civil Pública, especialmente que trate de temática fática

¹³ *Ibid.* p. 251-252.

e juridicamente complexa, não se lastrear num sólido Inquérito, com amplo material indiciário coligido e, sendo o caso, não apontar uma pretensão resistida dos investigados a celebrar acordo, a narrativa da inicial decerto apresentará contornos míticos¹⁴, uma simples história contada, que rearranja, ao bel-prazer do contador, o plano do real e o plano do fantástico.

Não é despidendo lembrar, a esse propósito, o célebre episódio do processamento criminal e julgamento de Gustave Flaubert, levado ao banco dos réus em 1857, perante a Sexta Corte Correccional do Tribunal do Sena, juntamente com seu editor, pela publicação de *Madame Bovary*, romance que, segundo as autoridades, teria atentado contra a moral pública, os costumes e a religião. Conta-se que o promotor do *Parquet* francês, Ernest Pinard, em sua sustentação oral, discursava não em desfavor do autor e seu suposto crime, mas contra Emma Bovary, a personagem do romance, de não haver tentado seriamente amar seu marido, de se entregar à frivolidade e luxúria do adultério e de não resistir à sedução dos seus amantes.

Ao acusar uma personagem literária como se pessoa existente fosse, o promotor misturava o real e o ficcional, o que constitui acabado exemplo de como, por vezes, a narrativa acusatória das instituições judiciárias recai no campo do puramente mitológico. Ao responder à pergunta sobre quem seria Madame Bovary, Flaubert afirmou: “*Madame Bovary c’est moi*” (“Madame Bovary sou eu”), talvez imbuído da mundividência, tão própria aos artistas, de que qualquer tentativa de dizer algo sobre o mundo implica a necessária marca da subjetividade do narrador, e que, fantasia por fantasia, melhor seria não levar tão a sério a acusação. A sentença foi pela atipicidade penal da conduta.

Para que não fique aresta ou dúvida sobre o que aqui se está a defender: ainda que haja o MPF instaurado e processado os inquéritos civis que lastreiam esta ação, não é possível aceitar que, restando os mesmos inconclusos, e ausente neles qualquer tento de acordo ou solução negociada para os supostos danos ambientais, exsurja disto algum interesse processual que permita o desenvolvimento do presente feito, o que se espera expressamente reconhecido por esse Juízo, com o inarredável corolário da extinção da lide sem apreciação do seu mérito, força do art. 485, VI, do vigente CPC.

Se esse d. Juízo adotar o entendimento de que não é o caso de ilegitimidade passiva do Estado da Bahia, ou de que não é o caso de ausência de interesse processual da parte autora, conforme ampla fundamentação acima apresentada, pede-se, por cautela, a atenção de V.Exa. quanto às razões de mérito expendidas doravante, através das quais se deixará extreme de dúvida a inexistência de responsabilidade civil deste Ente público estadual, no que toca aos alegados danos ambientais.

Ao mérito, pois.

IV – DA DEFESA DE MÉRITO

- FATOS. DO PROGRAMA ACELERA BAHIA. DO PROTOCOLO DE INTENÇÕES ENTRE O ESTADO E O ESTALEIRO ENSEADA DO PARAGUAÇU S.A.

¹⁴ *Mythos* (gr.), narrativa, discurso.

Em 25 de setembro de 2009, o Estado da Bahia assinou um protocolo de intenções com as empresas sócias do que posteriormente viria a se constituir como Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A., cujo objetivo foi detalhar ações para a instalação da indústria de construção naval no Estado, mediante ações reciprocamente condicionadas.

Em continuidade dos compromissos então firmados, em 30 de novembro de 2012 foi celebrado novo protocolo de intenções entre o Estado da Bahia e o já constituído Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A., estabelecendo-se uma série de compromissos para a instalação do pólo naval. Entre os compromissos assumidos pelo consórcio, podem-se citar:

“CLÁUSULA SEGUNDA – DOS COMPROMISSOS DA EMPRESA
I – realizar a instalação de unidade industrial para a produção de navios e plataformas offshore de perfuração e produção de petróleo e gás no município de Maragogipe [...]”; II – promover a geração de 4.000 (quatro mil) empregos diretos em plena operação; V – promover o treinamento e a capacitação de mão-de-obra especializada, prioritariamente local, a ser aproveitada no processo fabril; VI – apresentar relatórios semestrais sobre a evolução do empreendimento objeto deste Protocolo durante todo o período de fruição dos incentivos fiscais, com análise dos dados referentes ao investimento efetivamente realizado notadamente no que se refere à produção, à criação e manutenção de empregos, assim como permitir visita dos técnicos credenciados pelo Estado, vinculados às Secretarias da Indústria, Comércio e Mineração; da Fazenda; e da Secretaria Extraordinária da Indústria Naval e Portuária às dependências da promitente, durante o prazo global dos benefícios em questão; VII – atender a todos os requisitos exigidos pelo INEMA – Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos e pelo IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, e a seguir as normas de preservação ambiental de acordo com a legislação em vigor; VIII – compromete-se a dar prioridade à contratação direta e indireta de empresas estabelecidas no Estado da Bahia para a realização de obras civis e de outros serviços correlatos durante a fase de implantação do empreendimento, desde que em condições de preço, qualidade e capacidade de fornecimentos compatíveis com as de mercado;”

O Estado da Bahia, por sua vez, assumiu um plexo de compromissos fiscais e financeiros, que importavam em incentivos tributários, consoante a legislação de regência, além de compromissos relativos à infraestrutura na região de implantação do empreendimento, e ainda em compromissos relativos a apoio institucional ao projeto.

Como já esposado, tais compromissos são absolutamente naturais, esperados e mesmo necessários por parte do Estado, eis que consiste em seu *dever constitucional* atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, além das funções de fiscalização e planejamento, a de *incentivo*, devendo a lei estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, conforme a dicção do art. 174 da CF/88, isto de modo a cumprir os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, entre os quais se encontra: garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, cf. art. 3º, II e III.

Os incentivos constantes dos protocolos de intenções celebrados tiveram origem no *Acelera Bahia – Programa de Desenvolvimento da Indústria*, do governo estadual, cujo lídimo objetivo outro não foi senão trazer novos investimentos ao Estado, consolidar as indústrias então instaladas e descentralizar a matriz industrial para outras regiões, a exemplo do semiárido.

O programa inicialmente visou atuar em cinco frentes, a saber: o desenvolvimento do setor Petroquímico; a concessão de benefícios às empresas do Pólo de Informática de Ilhéus; o incentivo à produção de biodiesel e de álcool; e o próprio incentivo à implantação de infraestrutura de construção naval, tudo através da instituição ou aperfeiçoamento de programas de incentivos fiscais, com alterações na respectiva legislação.

No que respeita às desapropriações realizadas, o Órgão Ministerial narra, de forma genérica e enviesada, que “*O Governo do Estado da Bahia, buscando instalar pólo industrial naval no município de Maragogipe, articulou-se e promoveu a decretação como de utilidade pública de 02 (duas) áreas dos municípios de Maragogipe e Saubara para fins de desapropriação – por meio dos Decretos nº 11.234, de 10/10/08, e 11.409, de 19/01/09*”.

Todavia, não aponta o próprio autor qualquer causa de nulidade que haja conspurcado os citados processos de desapropriação, os quais não são sequer objeto de qualquer questionamento na via administrativa ou judicial, ao que se sabe.

Portanto, não foram os atos de desapropriação, como parte do conjunto de incentivos a que se obrigou o Estado, na qualidade de agente *fomentador* de atividade econômica, nem as demais providências adotadas pelo Estado no âmbito do *Programa Acelera Bahia* e a partir do Protocolo de Intenções, que deram causa a qualquer dano ambiental que porventura venha a provar o Órgão Ministerial.

De fato, há que se fazer justa distinção entre atividade institucional de fomento econômico (um dever constitucional do Estado, como dito) e supostos atos materiais, comissivos ou omissivos, que tenham nexo causal com os alegados danos.

Como se deixará indene de dúvida, não há qualquer liame de causalidade entre a conduta do Estado da Bahia e os danos alegados, bem como descabe cogitar de quaisquer “inconstitucionalidades e ilegalidades” – no dizer do Órgão autor – praticadas por este ente público estadual. Ou vejamos.

– PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO ESTADO. TEORIAS APLICÁVEIS. DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA, SEQUER INDIRETA, POR ATO COMISSIVO DO ESTADO DA BAHIA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE CONDUTAS DO ESTADO E SUPOSTOS DANOS AMBIENTAIS

A conhecida dicção do Constituinte brasileiro de 1988, no art.37, §6º da Carta, fixou o texto-base que constitui o ponto de partida para o tema da responsabilidade civil do Estado, a saber: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços*

públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.

Ainda mais especificamente no que toca ao dano ambiental, assim se estabeleceu no art. 14 da Lei nº 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada pela Ordem Constitucional de 88:

“§1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

Sem embargo, embora tenha se tornado fácil lugar-comum afirmar que a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental é de natureza objetiva, calha observar que os dispositivos mencionados não se encontram esparsos assistematicamente em nosso Ordenamento Jurídico, nem brotaram *ex nihilo* no bojo dos seus respectivos diplomas normativos. Ambos foram frutos de uma história institucional e doutrinária que os precede, bem como foram alvo de reinterpretações pela jurisprudência que se lhes seguiu. Portanto, é preciso escrutinar os fundamentos teóricos que sustentam a ideia de responsabilidade objetiva do Estado, bem como suas nuances, contornos e limites, para só então verificar sua aplicabilidade ao caso em análise.

De fato, longo foi o caminho teórico da responsabilidade do Estado por danos, desde a ideia de total irresponsabilidade, passando pela teoria civilista dos atos de império e gestão, chegando enfim à terceira e última etapa da concepção publicística da responsabilidade do Estado, em que a culpa é despersonalizada, deslocando-se da figura do agente público para a imputação abstrata à falha da máquina administrativa.

Porém, se a concepção publicística é a que informa, modo geral, os ordenamentos jurídicos ocidentais, certo é também que cada sistema nacional, ao longo do tempo, deu ao instituto contornos próprios, idôneos à sua cultura jurídica. Nosso sistema, conforme aponta a doutrina, desde a Constituição de 1946 adotou a regra da responsabilidade objetiva do Estado, sendo o elemento culpa *lato sensu* reservado à perquirição da conduta do agente contra quem o Estado pode se voltar regressivamente.

Nada obstante, assinala Yussef Said Cahali, em monografia de referência sobre o assunto:

“[...] se há consenso quanto a entender que o direito brasileiro, através da repetitiva regra constitucional, adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, manifesta-se, contudo, profunda discórdia quanto à extensão do conceito de responsabilidade objetivam exatamente em função da teoria que deve lhe servir de fundamento”.¹⁵

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Editora RT, 2014. p. 30.

Prossegue citado doutrinador afirmando que, num primeiro momento de aceitação incondicionada da ideia de responsabilidade objetiva estatal, com o suficiente vínculo etiológico entre a atividade do Estado como causa e o dano sofrido como efeito, o elemento culpa revestia-se de uma presunção absoluta *juris et de jure*, invencível e sem possibilidade de contraprova. Cedo, contudo, se apercebeu a doutrina do equívoco que consistiria a compreensão da responsabilidade objetiva em tal amplitude, pelo que surgiram teorias diversas com vistas a fundamentar adequadamente o sistema de responsabilidade e atenuar as consequências de uma concepção objetivista levada às últimas consequências.

Assim, basicamente três teorias procuraram delinear a noção de responsabilidade objetiva: *i)* a teoria do risco integral, que se esgota na simples aferição do nexo de causalidade material entre o dano sofrido e funcionamento (regular ou irregular) do serviço público; *ii)* teoria da culpa administrativa, pela qual só haveria direito à indenização quando se prova que houve uma imprudência ou negligência por parte dos órgãos e prepostos da Administração, doutrina muito semelhante à indenização do dano por culpa do direito comum; *iii)* teoria do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público, que procura conciliar as duas primeiras, pressupondo o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, mas sem chegar ao rigor de mandar indenizar todo e qualquer prejuízo oriundo de funcionamento, irregular ou regular, da atividade estatal, presente nessa teoria um resquício da ideia de culpa, mas uma culpa impessoal, objetiva, do serviço público¹⁶.

Embora haja prevalecido a teoria do risco integral, com dispensa de verificação de qualquer culpa anônima da Administração ou *fault du service*, para ocorrência do evento danoso, assinala Said Cahali, no mesmo lugar, que :

“A questão coloca-se, portanto, para a investigação da *causa* do evento danoso, objetivamente considerada, mas sem se perder de vista a regularidade da atividade pública no sentido de sua exigibilidade, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, em condições de influírem naquela *causa* do *dano injusto*, pois só este merece ser reparado.”

Mesmo diante da proeminência da teoria do risco, seguiu-se na tradicional doutrina administrativista - e mesmo civilista - forte dissenso e debate a respeito do *conceito* de risco, envolvendo nomes como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Caio Mário da Silva Pereira, Octávio de Barros, Washington de Barros Monteiro e Hely Lopes Meirelles, que disputaram variações doutrinárias entre as ideias de *risco integral*, *risco administrativo* e *risco-proveito* como fundamentos para a responsabilidade objetiva.¹⁷

Entrementes, como assinala Cahali, uma vez que se desloca a questão para o plano da *causalidade*, qualquer que seja a qualificação ou contorno teórico que se empreste à ideia

¹⁶ *Ibid.*, p. 33.

¹⁷ *Ibid.*, p. 34-38.

de risco como fundamento da responsabilidade objetiva, permanece plenamente franqueada aos tribunais a possibilidade de “*exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto*”.

Dessarte, mesmo a adoção da ideia de risco integral não obsta a que o nexo de causalidade seja elidido por certas circunstâncias excludentes ou atenuantes da responsabilidade. Arremata, pois, o citado doutrinador:

“Assim, na linha do que se vem sustentando: a) o dano é injusto, e, como tal, sujeito ao ressarcimento pela Fazenda Pública, se tem como *causa* exclusiva a atividade, ainda que regular, ou irregular da Administração; b) o dano deixa de qualifica-se juridicamente como injusto, e, como tal, não autoriza a indenização, se tem como *causa* exclusiva o fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro; c) o dano é injusto, mas sujeito à responsabilidade ressarcitória atenuada, se *concorre* com atividade regular ou irregular da Administração, como causa, fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro.

Será, portanto, no exame das *causas do dano injusto* que se determinam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade pública, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexo de causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável”.¹⁸

De se ver, portanto, que a responsabilidade objetiva do Estado, e mesmo a responsabilidade objetiva em matéria ambiental, não dispensam a verificação dos requisitos básicos consistentes na: *i)* ato ou fato comissivo ou omissivo da Administração; *ii)* dano ou prejuízo sobre determinado bem jurídico; e *iii)* a relação lógica de causalidade entre o fato e o dano. De se ver, ainda, que tal lime causal pode restar prejudicado diante da ocorrência de um fator excludente de responsabilidade, como a culpa da vítima, o caso fortuito ou força maior.

Constatação simples, mas de necessária repetição à exaustão, pois a narrativa do Órgão Ministerial quer fazer crer que exsurge responsabilidade do Estado da Bahia por um suposto nexo causal entre sua conduta e os danos que o MPF indica ocorridos, nexo causal esse, conforme se restará demonstrado, inexistente.

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE MATERIAL E SEUS SIGNIFICADOS ONTOLÓGICO E JURÍDICO

Sendo, pois, a causalidade o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, é para ela que devem se voltar os olhos do julgador, ante a alegação de dano injusto supostamente causado pela Administração. Impende, pois, perquirir do que se trata a chamada relação de causalidade, o nexo causal, ideia assaz repetida pelos operadores jurídicos, muita vez sem a precisa ideia do que

¹⁸ *Ibid.* p. 41.

o conceito está a significar. Como antedito, conceitos como esse não pululam do nada nos textos legais, mas possuem significados teóricos e históricos que requerem ser bem compreendidos, pena de desnaturação e desvirtuamento do instituto.

A primeira sistematização teórica da ideia da causalidade está em Aristóteles, que estabeleceu “causa” como uma das categorias do Ser. Segundo o Estagirita, há quatro sentidos para a ideia de causa. *Grosso modo*: num primeiro sentido, causa é aquilo de que a coisa é feita e permanece na coisa, como o bronze é causa da estátua e a prata é causa da taça (causa material); num segundo sentido, causa é a forma ou o modelo, isto é, a essência necessária ou substância de uma coisa, como a causa do homem é natureza racional que o define (causa formal); num terceiro sentido, causa é aquilo que dá início ao movimento/mudança ou ao repouso, como o autor de uma decisão é a causa dela, ou o pai é a causa do filho (causa eficiente); num quarto e último sentido, a causa é a finalidade, como a saúde é a causa de se fazer exercícios e dieta (causa final)¹⁹.

Contudo, foi especialmente a ideia de causa motriz ou eficiente, como “*a forma de nexo racional, graças ao qual a causa é razão do seu efeito e este, por isso, é dedutível dela*”²⁰, que dominou o pensamento ocidental em suas especialidades, constituindo, por exemplo, a base da física newtoniana. Tal concepção de causalidade só foi abalada por avanços em certos campos da física no século XX, como a teoria cinética dos gases e a mecânica quântica, que postulam a substituição do postulado da causalidade pelo da probabilidade²¹.

Não obstante isso, na concepção mesma de *causa eficiente* é que se fundam as teorias jurídicas que procuram compreender a relação causal para fins de responsabilidade civil. Nessa senda, Yussef Said Cahali apresenta²², com base em estudo do jurista argentino Roberto Brebbia, uma síntese das teorias que procuram explicar a natureza da relação de causalidade em seu sentido jurídico.

Em suma, são elas: **1) teoria da equivalência das condições**: postula que *todas as condições* que conduzem a um resultado, sejam mediatas ou imediatas, são a causa desse resultado, bastando que o agente tenha realizado uma condição desse resultado para que se afigure a relação causal; um fenômeno é condição de outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato consequente teria sido produzido tal como ocorreu (*conditio sine qua non*); **2) teoria da causa próxima e da causa direta**: procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de particular relevância, apontando como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar; **3) teoria da causalidade eficiente**: de acordo com essa concepção, as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativa ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; **4) teoria negativa de Mayer**: uma posição de negação da causalidade enquanto problema, pois entende que sendo toda condição *sine qua non* relevante,

¹⁹ Metafísica, Livro V, II, 1013 a-b.

²⁰ ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 142.

²¹ Ibid. p. 144

²² Op. Cit. p. 72-73.

carece de importância na prática comprovar a existência de uma relação de causalidade para o efeito de imputação das consequências, restando importante apenas a indagação sobre a culpabilidade; **5) teoria da causalidade típica de Beling:** mais uma forma de negação do problema da causalidade, pelo menos no âmbito do Direito Penal, substituindo-a pela subordinação da ação a um tipo; **6) teoria da causalidade adequada:** discrepa diretamente da teoria da equivalência, pois postula que não basta a um fato ser *condição* de um resultado para que o agente possa se considerar *autor* desse evento, *toda vez que as condições não sejam equivalentes*.

Note-se que, em qualquer das teorias que se venha a adotar, não se encontra configurado nexo de causalidade entre a conduta do Estado da Bahia e os apontados danos ambientais.

Se se aplica a teoria da equivalência das condições, não se pode afirmar que o fomento de atividade econômica por parte do Estado é uma *conditio sine qua non* das atividades empresariais levadas a cabo, pois, como já apontado, ainda que se suprima mentalmente o fato do programa de fomento, a instalação do pólo naval ainda assim poderia ocorrer. Se se aplica a teoria da causa próxima ou causa direta, claro está que o evento cronologicamente mais próximo da suposta agressão ambiental é a própria construção do parque industrial pelas empresas corréis. Idem com relação à teoria da causalidade eficiente. Quanto às teorias 4 e 5, certamente não é o caso, aqui, de se negar a causalidade como problema fático e jurídico, pelo que delas sequer se cogita. No que pertine à teoria da causalidade adequada, essa sem dúvida imediatamente exclui a responsabilidade do Estado, pois ainda que por argumentação se admitisse a conduta de fomento econômico como uma das *condições* do fato *dano*, tais condições decerto não têm *equivalência* à conduta do consórcio empresarial responsável pelas obras. Lembre-se que ainda se está a tratar da responsabilidade por ação.

Entrementes, como uma das causas de pedir desta ação é responsabilidade civil do Estado por dano ambiental, é possível que se venha afirmar, com supedâneo na doutrina “especializada”, que a responsabilidade civil, neste caso, é regulada por um subsistema próprio, que exige a reparação por atuação direta ou indireta, e que as teorias a respeito da causalidade não se aplicariam ao subsistema em questão. Confira-se exemplo, em alentado estudo sobre o tema, em que determinado autor, todavia, incorre numa impropriedade técnica que tem se mostrado cada vez mais comum, *verbis*:

“As teorias gerais da causalidade jurídica apresentam-se, na maioria dos casos, inadequadas para o tratamento de situações de danos ambientais e sua complexidade. Isto decorre do fato destas teorias serem teorias naturalísticas de interpretação do nexo causal, o que significa que estas se preocupam preponderantemente, para não dizer apenas, com a descrição das causas fáticas ou provenientes das leis naturais (físicas, químicas, lógicas das ciências naturais, etc.). Desta forma, estas não prestam a devida atenção à constatação de que a natureza da causalidade não é apenas fática, mas, sobretudo, um processo de atribuição jurídica de responsabilidade. Esta inadequação é, ainda, mais agravada diante da convicção destas teorias, formada sobre a base da racionalidade linear para atribuição de causa e feito (paradigma linear), segundo a qual os efeitos estariam linearmente atrelados a causas conhecidas, definidas e passíveis de demonstração.”²³

²³ CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Editora RT, 2017. p. 466-467.

Ideias como a apresentada acima, aqui ilustrada para fins dialéticos, configuram, *data maxima venia*, verdadeiro emblema da anarquia que grassa na literatura jurídica nos tempos hodiernos, assaz produzida sem qualquer estribo na Teoria Geral do Direito ou nos mais mezinhos princípios ontológicos, no mais das vezes dentro de um viés vanguardista orientado pelo puro desejo de se dizer algo novo.

Calha aqui uma paráfrase a José Joaquim Calmon de Passos, em oportunidade na qual o jurista baiano criticava novas formulações a respeito do instituto da legitimação extraordinária, aludindo a tais “novidades” como *“algo que escapa de todo à teoria geral, como se a teoria geral não tivesse alicerce nas condições materiais da realidade sócio-política de uma época e defluísse, logicamente, do ordenamento jurídico com que opera e sobre o qual é construída”*²⁴. Parafraseando aquele mestre, ora afirmamos: não há uma teoria da causalidade para o direito tal e outra teoria da causalidade para o direito qual.

Não há qualquer fundamento numa suposta distinção entre “causalidade naturalística” ou material e “causalidade jurídica”, esta como uma imputação de responsabilidade *ex juris*. Toda causalidade é naturalística, está no mundo dos fatos e é compreendida pela razão humana através da Lógica. Coisa completamente distinta é a normatização jurídica de certo regime de responsabilidades.

Quando o Direito brasileiro estabelece na Constituição e legislação infraconstitucional que, dada uma conduta e dado um dano, e verificado entre eles uma relação de causa e efeito, surge o dever de reparação, tem-se uma tipificação jurídica, no mundo da norma, a assim chamada *fattispecie* ou suporte fático, que pode ou não ter correspondência no mundo externo. Quando no mundo dos fatos ocorre a conduta comissiva ou omissiva, o apontado dano e entre esses a relação causal, dá-se a incidência da norma jurídica e suas consequências igualmente jurídicas.

No entanto, seja a conduta do agente, seja o ocorrer dos danos, seja o próprio nexo causal entre eles, todos se verificam no plano material ou naturalístico. A conduta e o dano se verificam empiricamente e constituem (em regra) objeto de prova processual. Já o nexo causal é compreendido pela razão humana, da qual faz parte a categoria cognitiva “causa-efeito”. Não há falar em “causalidade jurídica”. O que o citado autor chama de “processo de atribuição jurídica de responsabilidade” não corresponde ao conceito de nexo causal, com o qual faz nítida confusão, mas equivale a uma imputação direta de responsabilidade diante de certas situações legalmente previstas, isto é, a **presunção jurídica**. A lei pode imputar responsabilidade direta diante de certas situações, prescindindo da verificação do nexo causal, presumindo circunstâncias, como no dano decorrente de atividade nuclear (risco integral), hipótese na qual se presume e se imputa a responsabilidade pelo só exercício normal da atividade. Tais hipóteses são, entretanto, excepcionais, e estão longe do tema aqui versado.

²⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena “pensar” de novo? In: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (Orgs). **Ensaio e Artigos V. II**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 62.

A alongada digressão teórica acima se presta a procurar convencer esse d. Juízo de que:

- 1) A verificação do nexo causal é essencial para se pretender imputar ao Estado da Bahia qualquer responsabilidade pelos danos alegados pelo órgão autor;
- 2) Não é o caso de presunção jurídica, pelo que, se tanto a conduta quanto os danos constituem, de seu lado, objeto material de prova, a relação etiológica de causalidade, por sua vez, precisa ser discursivamente e racionalmente demonstrada por quem pretende imputar responsabilidade ao Estado;
- 3) Não se pode, no afã da reparação pelos supostos danos, no melhor estilo do “alguém tem que pagar por isso”, pretender imputar responsabilidade ao Ente Público sem uma adequada compatibilidade com os regimes e teorias acerca da responsabilidade civil, de modo que, mesmo o regime da responsabilidade civil em matéria ambiental, ainda com suas especificidades em função do bem tutelado, não escapa aos princípios e delineamentos básicos da teoria geral do direito, sobretudo as consagradas teorias derredor da relação de causalidade.

DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E SUAS APONTADAS IRREGULARIDADES: RESPONSABILIDADE DAS ENTIDADES FEDERAIS COMPETENTES

No que toca ao procedimento administrativo do **licenciamento ambiental**, sua competência, procedimento e fiscalização, bem de se ver que sua previsão no *corpus* legislativo infraconstitucional, como instrumento de política ambiental, se deu nos arts. 9º, IV e 10 da Lei nº 6.938/1981, regulamentada no particular pelas Resoluções nº 01/86 e 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), bem assim pela Lei Complementar nº 140/2011, e ainda pelo Decreto Federal nº 8.437/2015, que estabeleceu as tipologias de empreendimentos e a atividades cujo licenciamento ambiental compete à União.

O licenciamento ambiental e fiscalização constituem as principais expressões do poder de polícia ambiental, exercido, sobretudo, pelos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). Nesse passo, a Lei nº 6.938/81 estabelece em seu art. 6º a estrutura institucional do referido Sistema, prevendo em seu inciso IV:

“IV- órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – Instituto Chico Mendes, com finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências.”

Nessa senda, as competências federais, definidas no art. 7º, XIV, da LC 140/2011 e no art. 3º do Decreto Federal nº 8.437/15, consistem nas hipóteses ali previstas, segundo as quais cabe ao IBAMA conduzir o licenciamento ambiental, cujo procedimento geral foi fixado pela IN Ibama nº 184/2008, alterada pela IN nº 14/2011.

O ICMBio, de seu lado, embora classificado como órgão executor, não detém atributo de agente licenciador, em que pese participar no licenciamento de obras e empreendimentos que afetem unidades de conservação federais, consoante o Parecer nº 11/2011/AGU/PGF/PFE-ICMBIO, exarado no âmbito do processo 02070.000079/201-31. Conforme a IN ICMBio nº 5/2009, a principal função do Instituto Chico Mendes é a gestão de unidades de conservação instituídas pela União, sendo sua participação no licenciamento limitada à “análise de impactos ambientais potenciais ou efetivos sobre as unidades de conservação federais” (art. 1º, parágrafo único).

Outrossim, em que pese a competência material comum dos entes federados para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, bem como “preservar as florestas, a fauna e flora”, cf. art. 23, VI e VII da CF/88, não se pressupõe a participação concomitante de todos os entes federativos no licenciamento ambiental e emissão das respectivas autorizações, eis que o art. 7º da Resolução Conama nº 237/97 e o art. 13 da LC 140/2011 determinam que os empreendimentos e atividades serão licenciados ou autorizados por um único ente federativo.

Dessarte, visando evitar superposição de competências e choque de atribuições, e com estribo nos princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade, o legislador ordinário cuidou de esculpir os devidos contornos e critérios para a indicação do ente federativo e respectivo órgão competentes para proceder ao licenciamento ambiental, critérios esses fundados, sobretudo, na i) predominância do interesse relacionado à dimensão do impacto ou dano ambiental (local, estadual, regional ou nacional); ii) dominialidade do bem público afetável²⁵.

O *critério da predominância do interesse* se fundamenta na extensão geográfica dos impactos ambientais diretos de certa atividade, cf. art. 4º, III, Res. Conama nº 237/1997, retomado no particular pela LC 140/2011. O *critério da dominialidade*, por sua vez, se fixa pela titularidade dos bens e se aplica especialmente no caso dos bens pertencentes à União. Assim, o art. 7º, XIV, da LC 140/2011, prevê competir à União promover o licenciamento de empreendimentos e atividades:

“Art. 7º São ações administrativas da União: [...]
XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:
[...]

d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);”

Não é demais repisar: a competência para o licenciamento de atividades e empreendimentos localizados em Unidades de Conservação da natureza (exceto Áreas de Proteção Ambiental), tem por base o critério da prevalência do ente federativo instituidor da Unidade de Conservação, pelo que o órgão responsável pelo licenciamento será aquele vinculado ao ente administrativo que a instituiu.

²⁵ VILLAR, Pilar Carolina. O Licenciamento Ambiental: competência, procedimento, fiscalização. In: CIBIM, Juliana Cassano; VILLAR, Pilar Carolina (orgs). **Direito Ambiental Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85.

É força, logo, concluir: **tendo em vista que a RESEX Marinha Baía do Iguaçu corresponde a Unidade de Conservação instituída pela União, compete a tal pessoa jurídica de direito público interno o processo de licenciamento ambiental, através do IBAMA e com participação do ICMBio, seus órgãos instituídos para tal desiderato.**

Ora, o licenciamento ambiental constitui, por definição, um processo administrativo de natureza complexa e vinculada, a saber, uma sucessão de atos administrativos encadeados, tendentes a um resultado final, qual seja, uma decisão administrativa pela concessão, ou não, de uma licença ambiental.

Já a licença ambiental, por seu turno, encontra definição infralegal na própria Resolução Conama nº 237/97, que em seu art. 1º, II, estabelece-a como:

“II – [...] ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.”

Estabelecimento de condições, restrição de atos e implementação de medidas de controle. Essas são as ações pressupostas pela legislação a fim de que o órgão competente conceda, ou não, conforme o atendimento pelo empreendedor interessado, as licenças ambientais, nas três etapas em que ela se desdobra: Licença Prévia (LP), Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO). Não de balde, a Res. Conama 237/97 cuida de detalhar as etapas do procedimento de licenciamento, *verbis*:

“Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;

IV - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;

VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença,

dando-se a devida publicidade.”

Ora, de se ver que não são poucas nem simples as etapas do procedimento de licenciamento, devendo o empreendedor percorrer longo e complexo itinerário até obter as licenças necessárias à concepção, instalação e operação da empresa pretendida.

No caso *sub examinem*, o Inquérito Civil presidido pelo MPF, ora autor, aponta que o IBAMA, com a participação, no que lhe coube, do ICMBio, concedeu a Licença Prévia ao consórcio Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A., o que faz supor que os citados órgãos federais atestaram a viabilidade do projeto, aprovaram sua localização e concepção, bem como estabeleceram requisitos básicos e condicionantes das fases seguintes da implementação do empreendimento, fazendo-se supor, igualmente, que foi devidamente realizado o indispensável Estudo de Impacto Ambiental e divulgado seu respectivo relatório, EIA/RIMA.

Contudo, alega o MPF que foi violada a IN ICMBio nº 03/2007, a qual prevê a realização de vistoria pelo ICMBio para ampliação da RESEX, bem como a necessidade de reuniões com a população, o que supostamente não teria sido realizado. Já no Parecer 05/10, o ICMBio aduz que não teriam sido realizados estudos técnicos-científicos, nem estudos socioambientais prévios, para redefinir o polígono da RESEX Marinha Baía do Iguape.

O órgão autor acusa também a existência de deficiências no EIA/RIMA realizado, pois, segundo o Parecer Técnico nº 042/2010, o IBAMA teria concluído pela baixa representatividade de dados do EIA/RIMA referente ao licenciamento ambiental prévio, que comprometeriam a determinação de viabilidade do empreendimento, bem como, não obstante o EIA-RIMA prever os impactos socioeconômicos do empreendimento e programas para mitigá-los, as proposições feitas careceriam de efetividade. Assevera o MPF que, não obstante as conclusões lançadas no Parecer nº 042/2010, o IBAMA concedeu a Licença Prévia nº 354/2010.

Até o quanto aqui analisado, infere-se que as condutas comissivas partiram integralmente da União e suas mencionadas autarquias, sem qualquer ingerência ou participação do Estado da Bahia.

Visto que cumpria ao Consórcio Estaleiro Enseada do Paraguaçu S.A atender cada um dos requisitos da legislação ambiental, a fim de obter as respectivas e devidas licenças; e uma vez que, tratando-se de Unidade de Conservação instituída pela União, incumbia aos entes federais corréus (IBAMA e ICMBio) a verificação do cumprimento das condições legais, para a regular concessão das licenças, é forçoso concluir: as supostas irregularidades, sejam anulabilidades, sem nulidades plenas, que teriam conspurcado o procedimento do licenciamento ambiental, como acusa o autor, nada têm que ver com qualquer conduta do Estado da Bahia, inexistindo, portanto, nexos causal entre eventuais danos ambientais e os atos administrativos muito antes realizados por este Ente público estadual, consistentes em desapropriações pontuais para ensejar a melhoria de infraestrutura. Calha lembrar, aliás, que a infraestrutura propiciada pelo Estado da Bahia não tinha por escopo apenas o projeto do pólo naval, mas beneficiar permanentemente a região e a população local.

Se há algum liame causal entre os supostos danos e atos comissivos, tais atos comissivos correspondem, primeiramente, às próprias obras de construção realizadas pelo Consórcio e, de forma mediata e antecedente, à licença ambiental outorgada pelos entes federais.

DESCONSTRUÇÃO DA TESE DE RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE FOMENTO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO GENÉRICA POR POLÍTICA PÚBLICA. REPARTIÇÃO SOCIAL DOS RISCOS NA BUSCA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Urge desconstruir a pretensão de imputação, ao Estado da Bahia, de responsabilidade pelos danos ambientais alegados. Ora bem, o argumento do órgão autor pode ser assim estruturado numa asserção condicional: Se o *Programa Acelera Bahia*, o Protocolo de Intenções celebrado com o Consórcio empresarial e o fomento da atividade econômica pelo Estado foram os fatos que propiciaram a construção do estaleiro, cuja instalação, por sua vez, teria causado os danos socioambientais, logo o Estado da Bahia é causador indireto dos danos, por eles devendo ser responsabilizado.

Tal argumento, contudo, constitui o que, nos estudos retóricos e de lógica informal, se chama **falácia do Declive Ardiloso** ou da **Derrapagem**, mediante a qual, para se mostrar que uma proposição *P* é inaceitável, uma sequência de eventos cada vez mais inaceitáveis é mostrada a seguir a partir de *P*. Trata-se do uso ilegítimo do operador “se”.

Contudo, ao se analisar a pretensão sob um feixe de lucidez, ver-se-á não mais que uma tentativa de responsabilização jurídica do Estado da Bahia pelo desenrolar de uma política pública que (até o momento) não atingiu totalmente seu escopo. Mas o malogro ou insucesso parcial de certa política de fomento econômico não dá azo, genericamente, à responsabilidade civil do Estado.

Vivemos numa sociedade de riscos, na qual, conforme célebre lição do sociólogo alemão Ulrich Beck, “*na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos*”, na medida em que “*a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida*”²⁶.

Não é novidade que o mundo está a experimentar uma divisão social do trabalho sem precedentes históricos, um crescimento populacional exponencial, concentração de riquezas igualmente sem par histórico, bem como temores malthusianos sobre escassez de recursos e a capacidade ecológica de suportar a demanda humana. Nesse mundo complexo, não há soluções fáceis e verbais, nem políticas e nem jurídicas.

Voltando à mirada sociológica e ética quanto à distribuição de responsabilidades, Beck vaticina:

²⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 1.

“A interdependência sistêmica dos altamente especializados atores na economia, na agricultura, no direito e na política corresponde à ausência de causas específicas e responsabilidades isoláveis: é a agricultura que contamina o solo ou os agricultores são apenas o elo mais fraco na corrente dos circuitos daninhos? Serão eles apenas mercados dependentes e subalternos para as vendas da indústria química de rações e fertilizantes, sendo nesse caso necessário empregar a enxada para uma prudente descontaminação dos solos? Mas as autoridades poderiam há muito ter proibido ou drasticamente limitado a venda de venenos. Contudo, não o fazem. Ao contrário: com apoio da ciência, constantemente concedem patentes para ‘inofensivas’ produções de veneno, que cada vez mais afetam mais do que apenas nossos rins. Estará o mico preto, portanto, no meio da selva de autoridades, ciência e política? Mas elas, afinal de contas, não cultivam o solo. Então é mesmo dos agricultores a culpa? Mas eles acabam sendo espremidos pela pinça da Comunidade Europeia, tendo de promover uma superprodução com uso intensivo de fertilizantes para poderem, por sua vez, sobreviver economicamente... Em outras palavras: a altamente diferenciada divisão do trabalho implica uma cumplicidade geral e esta, por sua vez, uma irresponsabilidade generalizada. Todos são causa e efeito, e portanto uma *não* causa. As causas esfumam-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações.”²⁷

É preciso se encarar o problema ecológico, em geral, bem como esta demanda, em particular, reconhecendo-se a complexidade que o tema envolve, e buscar a uma correta *economia das responsabilidades*, na qual a interpretação e aplicação do Direito posto deve espelhar uma equivalência ética ao contexto e limite de participação política e econômica do Estado da Bahia na *vexata quaestio*.

Ora, no contexto do *Programa Acelera Bahia* e do PAC – *Programa de Aceleração do Crescimento*, do Governo Federal, o investimento maciço na infraestrutura nacional, à época, gerava no setor público a expectativa de positivo retorno macroeconômico, como certamente gerava, nas populações das regiões objeto de investimento, expectativa com relação à geração de emprego, aumento de renda, incremento do consumo, qualidade de vida e melhoria de serviços públicos essenciais em nível local e regional.

De seu lado, as empresas que se lançaram ao investimento tinham a normal expectativa do lucro, base do sistema econômico de livre mercado. Contudo, por uma série de razões políticas, institucionais e sociais, das quais o Ministério Público está devidamente a par, o país ingressou numa espiral descendente de crise, poucas vezes experimentadas na sua História, paralisando-se investimentos, governos e mercados, e precipitando o país no cenário com o qual gravemente ainda se debate, até o momento do lançar destas tintas.

O Estado, por sua vez, embora tenha feito o investimento público necessário em infraestrutura, não tinha por fito o lucro, mas a contrapartida esperada em benefício da população da região da implantação do estaleiro. Já o consórcio empresarial, de seu lado, tinha por escopo o

²⁷ *Ibid.* p. 38-39.

lucro decorrente do investimento, sendo que, nos termos do sistema econômico em voga, é todo dele o risco-negócio, devendo suportar as externalidades negativas do malogro da empresa.

Em percuciente análise sobre a internalização microeconômica dos custos decorrentes da responsabilidade civil ambiental, Délton Winter de Carvalho²⁸ aponta:

“[...] tem-se que esse mecanismo atua na correção das ‘falhas de mercado’ (*market failure*), uma vez que a incidência da responsabilidade civil nas condutas que ocasionem danos ambientais terá o efeito de *internalização dos custos ambientais (externalidades negativas)*. Caso contrário, o custo externo à produção industrial (dano ambiental) será imputado à sociedade como um todo, sendo a responsabilidade civil um instrumento de ajuste dessa iniquidade ambiental, através da imputação dos custos sociais à atividade que gerou o passivo ambiental ou usufruiu economicamente deste. Em outras palavras, a internalização dos custos ambientais na contabilidade da atividade responsabilizada, como custos externos, terá a consequência lógica de onerar o preço final do produto ou serviço, colocando em desvantagem mercadológica e concorrencial tal atividade.

[...]

A responsabilidade civil, como ato comunicacional único, detém no direito um sentido de instrumento de reparação de danos e remoção de ilícito; na economia, atua como mecanismo de internalização de custos de contaminação para contenção e correção das falhas de mercado; e, na política, orienta uma irritação e conscientização da

Administração Pública para o desenvolvimento sustentável”.

O MPF, todavia, diante dos alegados danos ambientais, além de pretender imputar a internalização dos custos ao empreendedor privado, quer também fazê-lo em relação ao Ente Estadual, que atuou tão somente como agente de fomento. Esquece-se, contudo, de que, quando o Estado ilegitimamente suporta o ônus jurídico indevido, a sociedade, coletivamente, e as pessoas, individualmente, suportam econômica e socialmente tais custos, porquanto resta afetado o Orçamento e consequentemente outros investimentos, e mesmo despesas correntes de serviços públicos primários, circunstância que se revela um verdadeiro paradoxo, visto que o Ministério Público é uma instituição permanente curadora de interesses da sociedade.

Com efeito, o juiz tem o poder-dever de escrutinar a repercussão econômica de cada decisão que profere, sob pena de, ainda que mirando exercer microjustiça, afetar um sem-número de outras situações que impliquem em danos sociais mais amplos, em médio ou longo prazo. O jurista e magistrado estadunidense Richard A. Posner, ao analisar a distinção conceitual entre *riqueza* e *utilidade*, no âmbito de uma crítica ao utilitarismo de Jeremy Bentham, propõe a hipótese seguinte:

“Suponhamos que uma fábrica esteja poluindo seu entorno, reduzindo assim em \$2 milhões o valor das propriedades da área, mas que mudar de lugar (a única maneira de eliminar a poluição) custaria a ela \$3 milhões. Nesses termos, a fábrica, processada por perturbação da paz, venceria a ação. A felicidade dos proprietários da fábrica (possivelmente milhares de acionistas, cada um com apenas uma pequena fatia do negócio), por terem evitado um veredito de \$2 milhões, talvez fosse excedida pela infelicidade dos proprietários de imóveis da área. Agora invertamos os números. Suponhamos

²⁸ Op. cit. p. 422-423.

que os ditos proprietários de imóveis sejam pessoas ricas e que, se a fábrica fechar, seus trabalhadores terão de assumir os altos custos de mudar dali e muitos pequenos empresários locais irão à falência. Um veredito que obrigue a fábrica a fechar será eficiente,

mas provavelmente não maximizará a felicidade”.²⁹

Outro fundamento apresentado pelo Ministério Público, na linha ativista das entidades locais de defesa dos bens culturais e imateriais das populações tradicionais afetadas, consistiu na ideia inexata de que o projeto econômico em questão, *per se*, representou certeza de eliminação de todo modo de vida tradicional de quilombolas, pescadores, marisqueiras e pessoas que vivem do extrativismo e artesanato, populações essas consabidamente ricas em história e cultura no Recôncavo baiano. Contudo, a ideia apresentada, de que a implantação do estaleiro, em si, eliminaria o *modus vivendi* tradicional, não está lastreada em fatos, mas em ilações.

Além, é preciso dar à questão o adequado enfoque jurídico constitucional: o direito ao desenvolvimento econômico é um princípio constitucional tanto quanto o princípio da proteção do modo de vida das populações tradicionais. Não há precedência de um sobre o outro, ao menos *prima facie*, devendo ambos ser compatibilizados ou, quando impossível a harmonização, o fomento de um sem o absoluto sacrifício do princípio colidente.

O indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, em 1998, por seu trabalho sobre economia do bem-estar social, dá o prumo nas questões de conflitos entre mercado e liberdades, tradição, cultura e democracia: “*Restrições arbitrárias ao mecanismo de mercado podem levar a uma redução de liberdades devido aos efeitos consequenciais da ausência de mercados. Negar às pessoas as oportunidades econômicas e as consequências favoráveis que os mercados oferecem e sustentam pode resultar em privações.*”³⁰

E prossegue:

“Por exemplo, argumentou-se que o desenvolvimento econômico do modo como o conhecemos pode, na realidade, ser danoso a um país, já que pode conduzir à eliminação de suas tradições e herança cultural.

[...]

Existe um inescapável problema valorativo na decisão do que se deva escolher se e quanto acontecer de algumas partes da tradição não puderem ser mantidas juntamente com mudanças econômicas e sociais que possam ser necessárias por outras razões. Essa é uma escolha que as pessoas envolvidas têm de enfrentar e avaliar. A escolha não é fechada (como muitos apologistas do desenvolvimento parecem sugerir) nem é da alçada da elite dos ‘guardiães’ da tradição (como muitos céticos do desenvolvimento parecem presumir). Se um modo de vida tradicional tem de ser sacrificado para escapar-se da pobreza devastadora ou da longevidade minúscula (que é como vivem muitas sociedades tradicionais há milhares de anos), então são as pessoas diretamente envolvidas que têm de ter a oportunidade de participar da decisão do que deve ser escolhido.

²⁹ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 75.

³⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.42.

[...]

De fato, na perspectiva orientada para a liberdade, a liberdade de todos participarem das decisões sobre quais tradições observar não pode ser oficialmente escamoteada pelos 'guardiães' nacionais ou locais – seja eles aiatolás (ou outras autoridades religiosas), dirigentes políticos (ou ditadores governamentais) ou 'especialistas culturais' (nacionais ou estrangeiros). *Havendo indícios de conflito*

real entre a preservação da tradição e as vantagens da modernidade.

é necessário uma resolução participativa, e não uma rejeição

unilateral da modernidade em favor da tradição imposta por dirigentes políticos, autoridades religiosas ou admiradores a antropológicos do legado do passado."³¹

(destaques nossos)

Ainda sobre a tensão entre meio ambiente e desenvolvimento econômico, o mesmo autor, em sua obra *"A ideia de justiça"*, em parte com base na Teoria da Justiça de John Rawls, aponta que:

"O meio ambiente é visto algumas vezes (creio que de forma excessivamente simplista) como o 'estado de natureza', incluindo magnitudes como a extensão da cobertura florestal, a profundidade do lençol freático, o número de espécies viventes, e assim por diante. Na medida em que se supõe que essa natureza preexistente permanecerá intacta a menos que a ela adicionemos impurezas e poluentes, pode portanto parecer plausível que o meio ambiente está mais bem protegido se nele interferimos o menos possível. Esse entendimento é, no entanto, profundamente defeituoso por duas importantes razões.

Primeira, o valor do meio ambiente não pode ser apenas uma questão do que existe, pois também deve consistir nas oportunidades que ele oferece às pessoas. O impacto do meio ambiente sobre as vidas humanas precisa estar entre as principais considerações na ponderação do valor do meio ambiente.

[...]

O justamente celebrado Relatório Brundtland, publicado em 1987, definiu 'desenvolvimento sustentável' como o 'desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades'.

[...]

Segunda, o meio ambiente não é apenas uma questão de preservação passiva, mas também de busca ativa. Ainda que muitas atividades humanas que acompanham o processo de desenvolvimento possam ter consequências destrutivas, também está ao alcance do poder humano enriquecer e melhorar o ambiente em que vivemos. Ao pensarmos nos passos que podem ser dados para conter a destruição ambiental, temos de incluir a intervenção humana construtiva. Nosso poder de intervir com eficácia e raciocínio pode ser substancialmente reforçado pelo próprio processo de desenvolvimento. Por exemplo, o incremento da educação e do emprego das mulheres pode ajudar a reduzir as taxas de fertilidade, o que, em longo prazo, pode reduzir a pressão sobre o aquecimento global e a crescente destruição dos habitats naturais. Da mesma forma, a disseminação da educação escolar e as melhorias em sua qualidade podem nos tornar mais ambientalmente conscientes. Uma melhor comunicação e uma mídia mais ativa e bem informada podem nos tornar mais conscientes da necessidade de pensar com uma orientação ambiental. É fácil encontrar muitos outros exemplos de envolvimento positivo. Em geral, conceber

³¹ *Ibid.* p. 50.

o desenvolvimento com relação ao aumento da liberdade efetiva dos seres humanos promove a agência construtiva de pessoas comprometidas com atividades benéficas para o meio ambiente, diretamente dentro do domínio das realizações do desenvolvimento.”³²

Dessarte, por mais que queira o Órgão autor faz parecer o contrário, certo é que a conduta do Estado da Bahia não configura condição necessária nem suficiente para os danos ambientais que se alegam causados.

A CAUSA FAZ A DIFERENÇA

Não nos constrangemos em retomar o rodrigueano óbvio e ululante, no tocante aos pressupostos lógico-discursivos da relação causa-efeito: deve-se ter em vista que a causa sempre faz a diferença.

Explica-se: ao se buscar verificar a implicação entre causa e efeito, um primeiro e elementar passo é o estabelecimento de uma correlação entre eventos. Contudo, a simples correlação psicológica que alguém venha a realizar pode não ser o bastante. Veja-se o seguinte exemplo, didaticamente proposto por dois teóricos da lógica informal:

“Dr. Epaminondas morre de medo de extraterrestres. Assim, ele comprou um sininho de vento especial e colocou fora de casa para manter os extraterrestres afastados, e afirma confiantemente que o apetrecho causa o afastamento dos extraterrestres. Afinal, desde que ele colocou sino não viu nenhum extraterrestre. Há aqui uma correlação perfeita: ‘O sininho soou na terça, nenhum extraterrestre apareceu’, ele anota em seu diário.
Por que temos certeza de que o tocar do sino não causou o afastamento dos extraterrestres? Por que mesmo que não tivesse nenhum sino, os extraterrestres permaneceriam afastados. O sino *não faz diferença*.
Para haver causa e efeito, as coisas devem ser maneira que se a causa não tivesse ocorrido, não haveria o efeito. Temos certeza que não ignoramos outra causa possível verificando se a causa faz alguma diferença.”³³

Agora, dizemos nós: elimine-se mentalmente, por um momento, o evento “fomento econômico do Governo estadual”. Ainda assim, os alegados danos ambientais teriam ocorrido, pois, como já anotado, a execução do empreendimento do pólo naval não tem por pressuposto o programa econômico do governo estadual, e sim o licenciamento ambiental concedido pelas autarquias ambientais federais e, ainda, sobretudo, a própria ação supostamente danosa do consórcio empresarial. Não há falar em causação indireta pelo Estado da Bahia e, corolário disso, em responsabilidade ambiental do Ente Estadual.

³² Idem. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 282-283.

³³ CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L. **Pensamento crítico: o poder da lógica e da argumentação**. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 273-274.

DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 462. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Ainda na linha narrativa de que o projeto do pólo naval estaria lastreado em uma série de ilegalidades e inconstitucionalidades, o MPF aduz que a Medida Provisória nº 462/2009, convertida na Lei nº 12.058/2009, foi a última das MPs a abarcar as assim cognominadas “emendas de contrabando”, i.e., sem pertinência temática com o tema principal da medida provisória -, tendo sofrido, ao todo, vinte e três emendas pelo Senado Federal, uma delas concernente à alteração da poligonal da RESEX Baía de Iguape, que fora ampliada em 2.211,73 hectares, sob fundamento de existência de erro que fazia o Estaleiro Paraguaçu estar localizado parcialmente dentro da reserva. Requer, por conseguinte, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 12.058/2009, em razão de “*contrabando legislativo*”.

De maneira pitoresca, sem qualquer atenção a uma correta economia das responsabilidades, o MPF pretende imputar a promulgação da legislação federal à pessoa jurídica de direito público do Estado da Bahia, ao arrepio das mais comezinhas lições do direito constitucional positivo, sob a alegação de que o tal “*contrabando legislativo*” seria fruto de “*articulação*” do Estado da Bahia, através da composição parlamentar que denomina “*bancada da Bahia*”, cuja atuação “articulada” teria resultado na alteração dos limites da reserva extrativista. Com todas as vênias, trata-se de mais um exemplo acabado da falácia do declive ardiloso ou derrapagem.

Ao cortar suas cartas, o autor baralha inaceitável e confusamente o que chama de “*bancada da Bahia*”, composta por membros do Congresso Nacional, isto é, LEGISLADORES DA UNIÃO, de um lado, e o próprio Estado da Bahia, ente federativo distinto, de outro, cujas competências materiais e legislativas são delimitadas pela Constituição. Calha, pois, lançar as luzes do Direito e da Razão sobre a obscuridade estabelecida na inicial.

O processo legislativo, embora devidamente regulamentado, se opera num conjunto complexo de forças políticas de variados matizes ideológicos e distintas origens setoriais, que jamais podem ser reduzidas à ideia de “*bancada da Bahia*”.

O Regimento Interno do Senado Federal prevê, em seu Título VI, a composição de Blocos Parlamentares pelas representações partidárias, além da Maioria, da Minoria e das Lideranças Partidárias. Já o RI da Câmara dos Deputados prevê a composição de Grupos Parlamentares e Frentes Parlamentares, essas últimas formadas por dezenas e dezenas de grupos temáticos estabelecidos a cada legislatura, dedicados aos mais variados assuntos, tais como “Frente Parlamentar da Energia Renovável (FRE)”, “Frente Parlamentar Mista de Enfrentamento às Fake News”, “Frente Parlamentar Mista em Defesa do Equilíbrio do Federalismo Fiscal Brasileiro”, “Frente Parlamentar em Defesa do Escotismo do Brasil”, “Frente Parlamentar pela Aprovação das Dez Medidas contra a Corrupção Propostas pelo MPF”, “Frente Parlamentar Mista em Defesa da Economia Criativa do Carnaval e das Escolas de Samba”, e assim por diante.

A par disto, como sabido, as representações partidárias e seus congressistas, individual ou coletivamente, se organizam e reorganizam constantemente em outros blocos de atuação, em torno de objetivos os mais diversos, com vistas a interesses nacionais, internacionais, regionais, de setores econômicos, corporativos e populares, **dentro do processo político normal**, e com a interlocução junto ao Poder Executivo da União. É o cotidiano da *Realpolitik*.

Assim, inaceitável pretender imputar responsabilidade política e, tanto pior, jurídica, ao ente federativo do Estado da Bahia, pessoa jurídica de direito público interno distinta da União Federal, quer pela Medida Provisória nº 462/09, editada pela autoridade competente, o Presidente da República, quer em razão de sua conversão na Lei nº 12.058/09, de competência do Congresso Nacional.

Não há possibilidade de ingerência jurídica e institucional do Estado da Bahia sobre o processo legislativo federal, sob pena de intromissão indevida de um ente federativo sobre outro e consequente violação do princípio federativo.

Uma pretensa responsabilidade civil só poderia exsugir de uma clara e inequívoca invasão de competência da União, o que jamais foi demonstrado sequer nas alegações do órgão ministerial.

Nessa linha, caso fosse a hipótese, a pretensão de responsabilização civil por edição de ato legislativo só poderia ser dirigida contra a União, jamais em face do Estado da Bahia. Contudo, além de estarem ausentes os pressupostos da responsabilidade civil por edição de ato legislativo, tal fundamento sequer foi aventado como causa de pedir, pelo que seu enfretamento resta prejudicado, visto que a causa pedir repousa sobre a alegação da inconstitucionalidade formal da Medida Provisória 462/09 e sua conversão em lei.

Sem embargo, o **Supremo Tribunal Federal** proferiu decisão sobre idêntica matéria em 16/03/2017, na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.102/DF**, postulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se questionava a inclusão, por emenda parlamentar, dos artigos 113 a 126 na redação final da Lei nº 12.249/2010, conversão da MP nº 472/09, emendas essas que versavam sobre alteração de limites da Unidade de Conservação da Floresta Nacional do Bom Futuro, Estado de Rondônia. Confira-se a ementa do aresto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 113 A 126 DA LEI Nº 12.249/2010. CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 472/2009. DISPOSITIVOS INCLUÍDOS POR EMENDA PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM O OBJETO ORIGINAL DA MEDIDA PROVISÓRIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ARTS. 1º, CAPUT, 2º, 5º, LIV, 62 E 84, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Inclusão, por emenda parlamentar, dos arts. 113 a 126, versando sobre alteração de limites de unidades de conservação, na redação final da Lei nº 12.249/2010, conversão da Medida Provisória nº 472/2009.

2. Afronta ao princípio democrático, ao postulado da

separação entre os Poderes e à garantia do devido processo legislativo, à ausência de pertinência temática entre a matéria veiculada na emenda parlamentar e o objeto da medida provisória submetida à conversão em lei.

3. Em 15.10.2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo formalmente inconstitucional, a teor dos arts. 1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, a inclusão de emenda, em projeto de conversão de medida provisória em lei, versando conteúdo divorciado do seu objeto originário, ao julgamento da ADI 5127, forte no princípio da segurança jurídica, afirmou a validade dos preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão, ainda que sem relação com o objeto da medida provisória, aprovados antes da data daquele julgamento.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Em sua *ratio decidendi*, a relatora Min. Rosa Weber não se furtou a reconhecer que, realmente, a inclusão de matérias diversas sem pertinência temática, por meio de emendas parlamentares, em medida provisória submetida a conversão em lei, vulnera o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e a regra do devido processo legislativo constitucional.

Não obstante isso, a relatora votou pela higidez da constitucionalidade formal da lei objeto da conversão da MP, isto com supedâneo no princípio da segurança jurídica, acolhendo anterior entendimento fixado pelo Plenário do STF de que permanecem válidos os preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão – ainda que sem relação com o objeto da medida provisória -, aprovados antes de 15.10.2015, data do julgamento da ADI 5127/DF, de relatoria do Min. Edson Fachin, que fixara a tese de que a invalidação de atos normativos criados em tais circunstâncias (ausência de pertinência temática), por inconstitucionalidade formal, ensejariam grave insegurança não apenas jurídica, mas em situações fáticas complexas já assentadas, a gerar prejuízos sociais e econômicos imponderáveis. Eis a ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.

2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos.” (ADI 5127/DF, Relator p/ acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgamento em 15.10.2015, DJe 11.5.2016).

Importa destacar que o princípio da segurança jurídica tem por objeto, amiúde, não uma norma jurídica isolada, mas o conjunto do ordenamento jurídico como um todo, visto que uma

característica operacional do sistema jurídico é sua clausura, tendência à estabilidade e expurgo de antinomias e alterações abruptas que comprometam a expectativa da previsibilidade da conduta social. É a lição de Humberto Ávila em sua *Teoria da Segurança Jurídica*:

“Em algumas situações o objeto da segurança jurídica não é uma norma, mas o ordenamento jurídico: a cognoscibilidade dirige-se ao ordenamento jurídico em geral, no sentido de que este em seu conjunto, deve ser inteligível formal e materialmente; a estabilidade pode também referir-se ao ordenamento em geral, no sentido de que este, globalmente considerado, deve ter durabilidade; e a calculabilidade igualmente pode fazer referência à ordem jurídica, no sentido de que esta, na sua totalidade, não pode ser objeto de modificações abruptas, drásticas e incoerentes. A segurança jurídica, como princípio objetivo, sem qualquer referência à sua subjetivação concreta, nessa inteligência, é princípio relativo ao ordenamento jurídico como um todo.”³⁴

Ora, muito embora se possa apontar que a alteração de parte de área da RESEX Baía do Iguape por meio de emendas parlamentares, na conversão da MP 462/2009 na Lei nº 12.058/2009, não corresponde a um procedimento legislativo constitucional ideal, a simples declaração de inconstitucionalidade formal do ato normativo questionado, por meio – com o devido respeito - de uma “canetada”, depois do início e desenvolvimento do empreendimento e da construção da infraestrutura necessária à instalação do pólo naval, após anos passados de tal situação fática assentada, pode vir trazer mais prejuízos que benefícios ao meio socioambiental impactado.

Este, por sua vez, pode perfeitamente vir a ser recomposto – caso de fato tenham ocorrido os danos - mediante outros instrumentos de intervenção das empresas envolvidas no projeto, pois, em que pese a conjuntura momentânea, nada impede que as obras possam vir a ser retomadas no futuro, compatibilizando-se a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento local e regional.

Buscar utopicamente retornar ao puro *status quo ante*, entretanto, é medida inadequada, portanto desproporcional e antijurídica, porquanto nada garante que a redefinição do território da RESEX é a medida ótima, tanto para o meio ambiente natural quanto para as populações locais. É exatamente esse estado de insegurança que as decisões do STF, quanto ao tema, visaram impedir, razão por que **deve ser rejeitado o presente pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade**, sob pena de inobservância dos precedentes estabelecido pelo Pretório Excelso.

Registre-se, por oportuno: a decisão adotada na ADI 5127/DF, de 15/10/2015, do Min. Edson Fachin, alberga **TODAS AS LEIS DE PROMULGADAS ATÉ A DATA DO REFERIDO JULGAMENTO**. Dessarte, tal decisão tem efeitos transcendentais ao seu objeto principal e retrospectivos, alcançando a Lei nº 12.058/2009, cuja constitucionalidade formal resta indubitavelmente salvaguardada por decisão transitada em julgado do e. STF.

Apar dos fundamentos acima, que por si só afastam, no mérito, a pretensão de declaração

³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 156-157.

de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 12.058/2009, registre-se que mesmo o controle de constitucionalidade difuso ou incidental, por via da Ação Civil Pública, mostra-se inviável no caso presente, uma vez que, diante da amplitude do objeto desta *Actio*, **a declaração incidental de constitucionalidade aqui pretendida terminaria por ensejar a ineficácia absoluta da norma em questão, surtindo efeito equivalente ao do controle concentrado de constitucionalidade**, cf. escólio de Gilmar F. Mendes e demais atualizadores da obra de Hely Lopes Meireles³⁵, com a consequente usurpação de competência do STF, o que não se pode admitir.

– DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL PELO ESTADO DA BAHIA E SUA SUBSIDIARIEDADE EM RELAÇÃO À UNIÃO. CONDUTA REGULAR DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE CONDUTA OMISSIVA DO ESTADO E DE RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

Como já anotado no que tange ao processo de licenciamento ambiental, a responsabilidade do Poder Público com relação à fiscalização de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, degradadoras ou simplesmente impactantes do meio ambiente, por sua vez, está prevista igualmente como competência material comum dos entes federativos no art. 23 da CF/88, pelo que União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem o dever de fiscalizar e controlar a aplicação das normas e padrões de qualidade ambiental.

Ao estabelecer que a tutela e fomento de certos interesses são de atribuição comum aos entes federativos, quis o constituinte maximizar e potencializar a combinação de esforços e recursos, além do alinhamento de escopo das distintas pessoas federativas.

Não obstante, se por um lado se desejou, com a fixação da competência comum, maximizar a realização de determinados interesses, o outro lado da moeda, em certa medida natural, é o consequente choque de atribuições, superposição de atuação e conflito entre os entes federativos no que respeita à realização de tais misteres. Ao longo das últimas décadas, situação não diversa se deu em relação à competência comum para a fiscalização ambiental, amiúde tendo sido verificadas duplicidade de intervenções e conflito entre órgãos dos distintos entes da Federação.

Malgrado a previsão do parágrafo único do art. 23 da Constituição, que estabeleceu a necessidade de edição de lei complementar a disciplinar a cooperação entre os entes federativos para o exercício de competências materiais comuns, fato é que, não raro, mesmo a lei complementar disciplinadora não logrou evitar os choques e dispersão de recursos e esforços. Veja-se, nesse sentido, a redação do art. 17 da LC 140/2011, *v.g.*:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

³⁵ *Op. Cit.* p. 301.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o caput, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

§ 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere

o caput.

Note-se que, apesar do objetivo de compatibilizar a tutela do meio ambiente com a adequada repartição de competências, a legislação infraconstitucional não logra criar mecanismos racionais que evitem ações dúplices, demasiado dispêndio de recursos, retrabalho dos órgãos ambientais e desperdício de dinheiro público nas despesas correntes necessárias ao funcionamento da máquina administrativa.

Mesmo a previsão legal de que prevalece o auto de infração ambiental lavrado pelo órgão que detenha a atribuição do licenciamento ou autorização não elimina o problema, pois amiúde dá azo a indesejável insegurança jurídica, decorrente de distintas e, por vezes, contraditórias condicionantes exigidas ao sujeito fiscalizado. A superposição de competências, em verdade, causa mais prejuízos que benefícios à tutela do meio ambiente, pois, onde muitos detêm idêntica atribuição, tende-se a se quedar no aguardo da assunção da atividade por outro incumbido, provocando-se, não raro, uma tendência omissiva generalizada.

A permanência de tal situação, no Brasil, está a violar dois princípios constitucionais, um explícito e outro implícito: primeiramente, o **princípio da eficiência** na atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88) que exige, na maior medida do possível, a otimização de recursos e ações do aparato estatal na realização dos objetivos constitucionais; em segundo lugar, um princípio constitucional implícito à ordem constitucional, que estabelece o chamado **direito fundamental a normas de organização e procedimento**.

Na dogmática dos direitos fundamentais, a “organização e procedimento” (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*) corresponde a um direito inserido no quadro dos direitos a prestações normativas por parte do Estado, isto é, ao dever que o Estado tem de positivar, especialmente mediante legislação infraconstitucional, um arcabouço normativo organizacional e procedimental para assegurar a realização de direitos fundamentais materiais.

Em outras palavras, trata-se do dever estatal de se criarem instituições, órgãos e agências, devidamente estruturadas, assim como normas procedimentais claras, aplicáveis e eficientes, a

fim de que outros direitos fundamentais sejam plena e satisfatoriamente realizados. Consoante o escólio de Gilmar Mendes, cuida-se de:

“[...] todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras normalmente de índole normativa, destinada a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa)”³⁶.

Robert Alexy assinala que o direito fundamental às normas de organização e procedimento podem ser:

“[...] tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais. Um exemplo desse último caso são as inúmeras decisões do Tribunal Constitucional Federal acerca das normas sobre leilão judicial, cujo tema é a interpretação de normas procedimentais conforme à Constituição. O direito a procedimentos como direito a proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatário os tribunais. De outra parte, os direitos a procedimentos que têm como objeto a criação de normas procedimentais, por serem direitos ao estabelecimento de normas, têm como destinatário o legislador.”³⁷

Desse modo, entendemos que a repartição constitucional e infraconstitucional de competências ambientais entre os entes federados brasileiros e, *a fortiori*, a responsabilização civil por danos, de maneira solidária e indiscriminada, que se segue a tal divisão funcional, é claramente violadora do direito fundamental à organização e procedimento, porquanto não estabelece uma divisão racional de atribuições, de modo a evitar choques de funções e desperdício de esforços e recursos, tudo a prejuízo do próprio dever de tutela ambiental, como acima delineado.

É preciso ressignificar idoneamente os textos normativos, tanto constitucional quanto infraconstitucional, de modo a adequá-los ao princípio da eficiência e ao direito fundamental às normas de organização e procedimento, no sentido de que a competência para **o exercício do poder de polícia ambiental decorre necessariamente da competência para o procedimento de licenciamento, tendo por igual corolário a atribuição de responsabilidade civil, em caso de omissão. Cuida-se de uma renovada perspectiva sobre o tema, a ser encarada pelos tribunais como uma forma de mutação constitucional em direção à eficiência do Estado, mais do que nunca exigível nestes tempos bicudos.**

Entretanto, ainda que não se adote essa proposta hermenêutica, impede reconhecer que, nos marcos da LC 140/2011, no caso de sobreposição de órgãos diversos, a prioridade é

³⁶ MENDES, Gilmar F. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 677.

³⁷ *Op. Cit.* p. 474.

daquele que conduziu o licenciamento ambiental. Na hipótese dos autos, a área afetada, por se tratar de Unidade de Conservação instituída pela União, tem as autarquias federais IBAMA e ICMBio como responsáveis principais pela fiscalização, posição essa coerente com os **critérios da predominância de interesse e da dominialidade**, já assinalados linhas acima, razão pela qual **NÃO HÁ FALAR EM OMISSÃO DO ESTADO DA BAHIA e, destarte, em pretensa responsabilidade civil do ente estadual.**

DA OMISSÃO DA UNIÃO E ENTES FEDERAIS QUANTO À SUSPENSÃO DAS LICENÇAS AMBIENTAIS

Anote-se que as licenças ambientais, se, por um lado, não padecem da precariedade típica das simples autorizações, por outro lado não são definitivas, *ex vi* do art. 9º, IV, da Lei nº 6.938/1981, o qual estatui a “revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”, bem assim o seu art. 10, §1º, que condiciona a publicidade da renovação da licença antes outorgada.

Consoante o magistério de Édis Milaré, a licença ambiental não é permanente, gozando tão somente de estabilidade temporal e não detendo o caráter definitivo das licenças típicas, pelo que “a licença ambiental não assegura o seu titular a manutenção do status quo vigente ao tempo de sua expedição”³⁸. Durante sua vigência, a licença poderá ser alterada, suspensa ou cancelada, nos casos previstos no art. 19 da Resolução Conama 237/97, a saber:

“Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

- I – Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.**
- II – Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.**
- III – superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.”**

Ora, uma vez que a licença ambiental não goza de absoluta estabilidade e permanência, a entidade ambiental competente para a fiscalização não é obrigada a renová-la em idênticos termos, podendo impor novas condicionantes e aplicar novo regramento superveniente, outrora inexistente ou diverso da legislação em vigor, detendo inclusive a prerrogativa de revogar a licença, se a continuidade da atividade no local for incompatível com a novel legislação.

Isto reforça o fato de que, havendo **o IBAMA** concedido as licenças ao Consórcio Estaleiro do Paraguaçu, poderia e deveria aquela mesma autarquia federal, uma vez ciente dos supostos danos ambientais alegados, cassar as licenças concedidas, não havendo razoabilidade em se exigir tal procedimento administrativo da autarquia ambiental do Estado da Bahia.

DA OMISSÃO DOS MUNICÍPIOS ENVOLVIDOS

Outrossim, causa espécie a ausência, no pólo passivo desta demanda, dos municípios

³⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

de Maragogipe e Salinas da Margarida, enquanto responsáveis por omissão na fiscalização das atividades de ereção do pólo naval, uma vez que, diante da competência material comum, cabia também às citadas municipalidades zelar pela higidez do meio ambiente dentro de seus territórios.

Nem se argumente, de outro lado, que os municípios afetados seriam hipossuficientes, do ponto de vista financeiro, para fazer face ao custeio de máquina administrativa necessária a syndicar obras dessa magnitude, visto que a eles caberia, no mínimo, proceder a denúncia às autarquias federais responsáveis pelo licenciamento, razão pela qual, muito mais que o Estado baiano, é dos municípios afetados a responsabilidade pela fiscalização, em razão do interesse local.

DA EFETIVA FISCALIZAÇÃO, EM ÂMBITO ESTADUAL, PELO INEMA

Não obstante tudo quanto acima argumentado, veja-se que, embora não compita em caráter preferencial ao Estado baiano a fiscalização ambiental na hipótese dos autos, ele não se furtou nem se omitiu em exercer o poder-dever de polícia ambiental, quando recebeu denúncias em relação às obras do empreendimento.

Entre 18/02/2014 e 20/02/2014, foi realizado pelo **INEMA – Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos**, o **Procedimento de Fiscalização nº 222/2014-18334**, cujo relatório consta dos Inquéritos Cíveis que lastreiam a presente ação e integram os autos através de mídia digital, procedimento esse ocorrido no Estaleiro Enseada do Paraguaçu, em área de bota fora localizadas na Área de Proteção Ambiental Baía de Todos os Santos.

Como se infere do relatório, não houve supressão da vegetação, uma vez que a estocagem dos materiais fora realizada dentro do próprio canteiro de obras, de modo que a vegetação original restou intacta.

Entretanto, em relação à área do bota fora, houve denúncia da Articulação das Comunidades Tradicionais de Salinas da Margarida, tornando-se, então, o foco da fiscalização os fatos objetos da denúncia, cujos itens fiscalizados foram os seguintes:

- AUTORIZAÇÃO DE SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO

1. Durante o procedimento, deveriam existir profissionais habilitados para realizar capturas de animais que viessem a se ferir, dando a assistência até sua plena recuperação e devolução ao seu *habitat* natural. Consoante a fiscalização, essa condicionante foi atendida. O processo de supressão foi acompanhado por uma equipe de biólogos e médicos veterinários.

2. Gerenciamento da movimentação de máquinas, veículos e pessoas nas operações de supressão de vegetação no sentido de minimizar os impactos causados a fauna, em especial aquelas ameaçadas de extinção constante no Livro Vermelho da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção. Essa condicionante também foi atendida. Todo processo

de movimentação de máquinas era gerenciado por uma equipe formada por técnicos do Estaleiro, Biólogos e Médicos Veterinários, os quais acompanhavam todo o procedimento.

3. Realização, previamente à supressão da vegetação, do afastamento da fauna silvestre, orientando o deslocamento destes para as áreas preservadas. Condicionante atendida.

4. Apresentação de relatório final referente à atividade de supressão de vegetação, acompanhado da ART, devidamente recolhido do técnico habilitado responsável pela sua elaboração contendo: a) descrição sumária da atividade, b) cumprimentos das condicionantes, c) o cronograma de execução, e) registros fotográficos. Condicionante atendida.

5. Desativação e recuperação, imediatamente após a conclusão das obras de implantação, dos acessos considerados dispensáveis à operação e segurança do empreendimento. Não se aplica. Foi criada e é utilizada apenas uma via de acesso, não existindo necessidade de desativação e recuperação dos acessos dispensáveis.

6. Proibição de caça e uso do fogo pelos funcionários da empresa responsável no local de implantação do empreendimento. Condicionante atendida. Não foram encontradas evidências do descumprimento.

7. Implantação de medidas para controle de processos erosivos, durante e após a conclusão das atividades de supressão de vegetação nas áreas de risco. Não se aplica. A área do bota fora é plana, sem risco de erosão. Todos os trabalhos de supressão vegetal foram efetuados de forma a não alterar as condições de nivelamento do terreno, evitando acúmulo de materiais e o risco de erosão.

8. Proibição do uso de correntão na operação de supressão de vegetação. Condicionante atendida.

9. Recuperação de área, equivalente à desmatada, na mesma microbacia hidrográfica, para fins de preservação, como forma de compensação ambiental. Em atendimento. Houve projeto de recuperação de uma área localizada na mesma microbacia, como medida de compensação ambiental, embora ainda não iniciadas as medidas de recuperação.

- EM RELAÇÃO À DENÚNCIA APRESENTADA.

Não foram encontradas irregularidades. Ausência de lixo de procedência duvidosa. Resíduos encontrados possuíam características condizentes com materiais da construção civil. A presença de materiais bivalves, conchas é normal, uma vez que o terreno se encontra próximo a ambiente de influência marinha.

- CONCLUSÕES

A conclusão da fiscalização foi de que o **Município de Salinas da Margarida** foi o

responsável pelo descumprimento de outras condicionantes. A municipalidade foi advertida por meio do Auto de Infração de Advertência 2014-002832/TEC/AIAD-0086.

- 2º FISCALIZAÇÃO - INEMA - RFA-0634/2014-18954

Relatório de fiscalização realizada em 15/04/2014 e 16/04/2014 no Estaleiro Enseada do Paraguaçu, objetivando verificar o Plano de Contingência dimensionado para conter vazamentos de produtos e resíduos oleosos contidos na plataforma P-21 e a realização de medidas preventivas para inibir a proliferação de coral sol, incrustado na plataforma, durante a permanência na Baía de Todos os Santos.

Em inspeção, no serviço de manutenção prestado pelo Estaleiro, foi verificada em três plataformas a presença do Coral Sol incrustado em suas estruturas. Tais corais não são nativos da região, **foram introduzidos provavelmente na década de 80**, e são espécies nocivas à atividade marinha local.

Em relação ao plano de riscos sobre a presença do coral nas plataformas, não houve explicações por parte do Estaleiro sobre quais medidas estão sendo adotadas, bem como se há uma análise dos possíveis impactos ambientais.

Por fim, o Estaleiro se comprometeu a enviar ao INEMA respostas às notificações recebidas, assim como a Autarquia sugeriu que sejam realizadas novas inspeções dos procedimentos de manutenção realizadas, em razão da espécie de coral.

DA APLICABILIDADE DA EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA (COM ORDEM DE PREFERÊNCIA) EM RELAÇÃO AOS DEMAIS RÉUS

Apesar de tudo quanto aqui argumentado e trazido a debate e reflexão, tanto ao d. Juízo quanto ao d. Órgão Ministerial autor, caso se adote o entendimento de que remanesce ao Estado da Bahia alguma responsabilidade civil pelos danos ambientais alegados (caso venham a ser provados), o que decerto não é esperado, não se deve olvidar a posição firmada pelo STJ, no sentido de que a responsabilidade estatal é subsidiária, com ordem de preferência. Confira-se paradigmático precedente, da lavra do Min. Herman Benjamin, no REsp nº 1.071.741 - SP (2008/0146043-5) :

“AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.
(omissis)

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). 15. A

responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). 16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.”

Desse modo, na hipótese de condenação a quaisquer dos pedidos vertidos na inicial, deve ser observada a ordem de preferência no tocante às responsabilidades: primeiramente o Consórcio Estaleiro Paraguaçu S.A. e, caso necessário, suas pessoas jurídicas sócias; em segundo lugar, subsidiariamente, os entes públicos demandados, sendo que, entre eles, primeiramente a União e suas autarquias, IBAMA e ICMBio; e apenas em último lugar na ordem preferencial o Estado da Bahia, em razão da competência prioritária dos entes federais no caso dos autos e, por conseguinte, a responsabilidade prioritária de tais entes, caso provados os danos.

IV. 4 - DOS DANOS SOCIAIS E DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS (MORAIS) COLETIVOS

Não satisfeito em demandar pelos ditos danos ambientais, cuja ocorrência e especificação não se encontram esclarecidas a contento na narrativa da inicial, restando totalmente dependentes e relegadas à verificação por meio da perícia multidisciplinar solicitada, o Órgão ministerial sustenta ainda a ocorrência de danos sociais e danos morais coletivos, decorrentes das obras de construção do pólo naval.

No que respeita aos alegados danos morais ambientais coletivos, assevera o autor que *“toda população que dependia da RESEX para sobreviver restou prejudicada”* e *“que todos esses danos foram aptos a lesar a integridade psicológica coletiva, causando-lhe intensa dor íntima e sofrimento moral”*.

No que toca aos danos sociais, afirma que *“além das comunidades tradicionais, os moradores de Maragogipe e cidades vizinhas viram sua conjuntura de vida mudar completamente. O Estaleiro atraiu um enorme contingente de pessoas, aumentou a violência, tornou mais escassos os serviços de saúde e educação, aumentou a quantidade de dejetos jogados na natureza e a especulação imobiliária cresceu, diminuindo a oferta por moradia e aumentando seus preços. Se a chegada do estaleiro repercutiu na economia das cidades constantes em seu entorno, a interrupção abrupta das obras também o fez, aumentando o desemprego, levando estabelecimentos locais a dificuldades financeiras etc.”*.

Analisemos as asserções ministeriais com a responsabilidade e rigor que o caso requer.

Quanto aos danos morais coletivos, percebe-se de p[ó]rtico a generalidade das afirmações. Dizer que TODA a população que dependia da RESEX para sobreviver restou prejudicada chega a ser contrafactual. Aceitar isto implica admitir a ocorrência de uma catástrofe ambiental tal que, ou toda a população local foi levada a um estado famélico até a morte, ou toda a população local emigrou da região, restando a área da RESEX desabitada, o que não encontra eco na realidade.

De outra banda, dizer que os danos foram aptos a lesar a “integridade psicológica coletiva” é apenas uma solução verbal, sem amparo epistêmico ou científico. O que o autor chama de integridade psicológica coletiva? Seria o “inconsciente coletivo” de Carl Jung? Como o autor apurou a ocorrência de tais danos? Ora, o instrumento da ação civil pública e o Poder Judiciário não podem servir de divã coletivo para analisar e perscrutar as supostas neuroses sociais. Ainda que fosse o caso, elas não se reparariam com a condenação judicial pecuniária do Estado e comprometimento do Erário, mas com a adequada e oportuna concepção e execução de políticas públicas, a cargo do Poder Executivo. Tal pretensão exemplifica, de modo acabado, a “patologia das ações civis públicas”, a que se fez alusão em tópico anterior.

Quanto aos danos sociais alegados, se ocorreram, suas causas são extremamente díspares e de difícil identificação, não mantendo necessário nexos com os apontados impactos ambientais *per se*. Relembre-se que, nos últimos anos, o país quedou-se em crise macroeconômica de norte a sul, por razões endógenas e exógenas as mais variadas. Desde o fim do ciclo de alta das *commodities* na América Latina, passando pela reorganização de mercados e o neoprotecionismo norte-americano, diversas foram as dificuldades de origem externa que desafiaram a economia brasileira. No que tange às dificuldades internas, a persistência do processo de desindustrialização, o comprometimento da infraestrutura e, sobretudo, a inolvidável e persistente crise política intestina, aprofundaram a recessão, comprometeram a geração de empregos e empurraram para cima a inflação.

Não custa lembrar que as obras do Estaleiro restaram paralisadas não por conta de supostos danos ambientais, por falta de incentivo estatal ou simples desinteresse dos investidores, mas pelas consabidas repercussões da Operação Lava-Jato sobre as empreiteiras envolvidas em grandes obras de infraestrutura, na Bahia e no Brasil. Anote-se que semelhante situação socioeconômica se abateu nos últimos anos sobre os municípios de Ipojuca e do Cabo de Santo Agostinho, em Pernambuco, onde se encontra instalada a Refinaria Abreu e Lima, da Petrobrás, em cujas obras participaram algumas das empreiteiras sócias do Estaleiro Enseada do Paraguaçu.

A conhecida conjuntura nacional mitigou seriamente os investimentos naquela região e realização de obras ligadas à Refinaria, sendo que os dois citados municípios pernambucanos igualmente padeceram de mão-de-obra migrante e desemprego, violência, prostituição e sobrecarga dos serviços públicos essenciais locais. Tais danos sociais, repita-se, têm origem bastante semelhante aos dos fatos alegados nos autos, e nada têm de decorrência de impacto ambiental propriamente dito, mas de uma conjuntura econômica e institucional de alcance nacional que nada tem a ver com a conduta do Estado da Bahia.

Longe de se pretender efetuar, aqui, qualquer juízo de valor quanto às investidas institucionais contra a corrupção no país, mesmo porque estranhas ao tema deste processo, apenas se quer deixar indene de dúvida que eventuais dificuldades socioeconômicas, por que possam estar passando as populações urbana, rural e tradicionais (indígenas e quilombolas), da região da Baía do Iguape e seu entorno, têm uma multiplicidade de concausas que não podem ser imputadas ao Estado da Bahia, cuja atuação no fomento da atividade econômica não mantém qualquer nexo causal com os supostos danos, pelas mesmíssimas razões já suficientemente esposadas nesta peça de defesa.

Por ser assim, em razão da multiplicidade de circunstâncias que podem ter concorrido para os fatos sociais alegados, eventuais e esparsos prejuízos causados pelas obras a determinados sujeitos perdem completamente qualquer característica de interesses coletivos *lato sensu*, sejam difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

Eventuais prejuízos causados, no caso dos autos, afiguram-se certamente **interesses individuais próprios, sem qualquer origem comum, inclusive impassíveis de quantificação em sede de ação coletiva**, pelo que sua reparação deve ser buscada individualmente por quem se repute lesado.

Com propriedade, afirma Hely Lopes Meireles, atualizado por Arnaldo Wald e outros:

“Não se pode pretender que a ação civil pública venha a se tornar o remédio para todos e quaisquer problemas da sociedade contemporânea, e nem deve ela minar o sistema político, jurídico e institucional que consagra a liberdade de cada indivíduo vir, ou não, a juízo reclamar aquilo que entende devido. Se é verdade que as ações coletivas ajudam a desafogar o Judiciário e dar efetividade às decisões judiciais e à proteção dos direitos difusos, não é menos certo que, de acordo com a legislação vigente, nos casos nos quais não há norma legal específica prevendo o uso da ação civil pública, a regra geral no processo civil brasileiro ainda é a ação individual, condizente com a ampla liberdade consagrada na Constituição Federal.”³⁹

Não obstante, ainda que se queira reconhecer a natureza de interesses coletivos decorrentes dos danos sociais e morais apontados, tais fatos jamais se poderiam imputar a conduta comissiva ou omissiva do Estado da Bahia, eis que ausente o necessário nexo etiológico, valendo aqui os mesmos fundamentos de defesa já amplamente aduzidos quanto ao dano ambiental propriamente dito.

V - DO PEDIDO CAUTELAR: IMPOSSIBILIDADE DE CUSTEIO DE PERÍCIA PELO ESTADO, MESMO SUBSIDIARIAMENTE

Do quanto se infere da inicial, o MPF deduziu pedido cautelar consistente em que “as empresas rés e, subsidiariamente, os entes públicos identifiquem no mercado, contratem e

³⁹ Op. Cit. p. 236.

custeiem corpo pericial multidisciplinar” a fim de elaborar laudo acerca da ocorrência e extensão dos danos ambientais, sociais e econômicos que se alegam, inclusive a valoração e quantificação, para fins de reparação, dos ditos danos.

Como acordado na assentada de conciliação realizada a 16 de novembro de 2017, a apreciação do pedido cautelar por esse Juízo ocorrerá depois de decorrido o prazo comum para oferecimento das defesas dos litisconsortes passivos.

Contudo, desde já **fica devidamente impugnado o requerimento de custeio da prova pericial pelo Estado da Bahia, ainda que subsidiariamente** às empresas acionadas. De modo algum o ônus da prova pode ser invertido em desfavor deste Ente Público da maneira como requerido pelo Órgão Ministerial, pois isto implicaria em ônus desarrazoado ao Erário estadual e, por consequência, à sociedade baiana, diante de danos que – se de fato ocorreram – tiveram como causadoras diretas as empresas demandadas e indiretas as entidades federais.

Assim, caso, por qualquer motivo, as empresas acionadas não venham a arcar com o adiantamento dos honorários periciais, o que de maneira alguma se espera, desde já se requer que esse d. Juízo aplique o quanto decidido no **REsp 1.253.844/SC** – j. 13/3/2013 – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – julgado sob o regime dos recursos repetitivos – artigo 543-C do CPC/1973, **no sentido do adiantamento dos honorários periciais pela Fazenda Pública da esfera governamental correlata ao âmbito de atuação do MP. Neste caso, pela Fazenda Nacional, tendo em vista a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal.**

VI - CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS FINAIS

À vista de tudo quanto exposto, e uma vez especificamente impugnados os pedidos e fundamentos jurídicos da inicial, requer, ao cabo, o Estado da Bahia:

- a) Seja deferido o requerimento preliminar de retificação do valor da causa, impugnado em sede preliminar;
- b) Caso julgado procedente o pedido cautelar do Órgão Ministerial, que as empresas rés arquem com os honorários periciais, ou, se assim não for, que sejam custeados pela Fazenda Pública Nacional;
- c) Seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, com extinção da ação em relação ao Estado da Bahia, com base no art. 330, II, do CPC/2015;
- d) Seja acolhida a preliminar de ausência de interesse de agir, com extinção da ação em relação ao Estado da Bahia, com fulcro no art. 330, III, do CPC/2015;
- e) No mérito, seja reconhecida a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 12.058/2009, já salvaguardada por decisão transitada em julgado do STF, julgando-se

improcedente o pedido incidental do órgão autor;

f) Seja reconhecida a absoluta inexistência de nexo causal entre as condutas do Estado da Bahia e os supostos danos alegados, quer por ação, quer por omissão deste Ente Público, **julgando-se integralmente IMPROCEDENTES** os pedidos do autor quanto à reparação, recuperação ou compensação de danos socioambientais, inclusive quanto a qualquer obrigação de fazer no tocante a elaborar ou executar plano de recuperação, mitigação e compensação socioambiental;

g) Sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos, relativos ao Estado da Bahia, a suportar pecuniariamente qualquer condenação em razão de danos morais/extrapatrimoniais coletivos e danos sociais;

h) Por cautela, caso sejam provados quaisquer danos alegados na petição inicial, que sejam apenas as empresas ré e demais entes públicos acionados responsabilizados, com supedâneo na fundamentação aqui apresentada; subsidiariamente, caso e tão somente seja imputada qualquer responsabilidade ao Estado da Bahia, o que não se espera, que seja observada a ordem de preferência (execução subsidiária), com estribo na assentada jurisprudência do STJ sobre o tema;

i) Ainda na eventualidade de condenação, requer sejam observados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança como critério de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas condenações impostas à Fazenda Pública (art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997).

j) Seja reconhecida e assegurada a isenção de custas e despesas processuais, de que goza a Fazenda Pública estadual.

Impugnam-se os documentos acostados com a exordial, uma vez produzidos sem que observado o contraditório, não podendo servir de prova em desfavor do Estado.

Requer-se a produção de todos os meios de prova admitidos no sistema processual pátrio, tais como o depoimento pessoal, sob pena de confissão, ouvida de testemunhas, prova pericial, juntada de documentos e o que mais se fizer necessário para o estabelecimento da verdade, tudo com vistas à mais lúdima realização do indelével e ineludível princípio da Justiça.

São os termos em que pede deferimento.

Feira de Santana-BA, 09 de agosto de 2018.

VINICIUS CARDONA

Procurador do Estado da Bahia



PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DA BAHIA



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA