



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ FEDERAL DA ___ VARA FEDERAL CÍVEL DE VITÓRIA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

MUNICÍPIO DE VITÓRIA, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CNPJ sob o nº 27.142.058/0001-26, sediada na cidade de Vitória/ES, na Avenida Marechal Mascarenhas de Moraes, nº 1927, Bento Ferreira, por meio de seu Procurador Geral, que recebe intimações no endereço supracitado, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, ajuizar a presente

AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO POR DANOS SOCIAIS

em face da **UNIÃO FEDERAL**, pessoa jurídica de direito interno, com endereço para citação na Procuradoria situada na Rua Professor Almeida Cousin, nº 125 - 18º andar e s/1504 a 1513, ed. Enseada Trade Center - Enseada do Suá - Vitória - ES - CEP 29050-565.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

01 - DOS FATOS

A presente ação tem como objetivo buscar a reparação decorrente de danos sociais causados ao Município de Vitória e a sua população, em decorrência da edição da Resolução nº 13/2012 (que unificou em 4% o ICMS incidente nas operações interestaduais com produtos importados), tendo em vista que o referido ato normativo provocou uma enorme crise econômica no setor de comércio exterior na cidade, bem como uma queda abrupta na arrecadação municipal.

É notório que o Brasil vem passando por um momento conturbado na política e na economia, o que afeta diretamente os entes federativos. A crise vem causando enormes quedas de arrecadação, especialmente nos Municípios, que têm grande parte de sua receita dependente de repasses dos Estados e da União Federal.

No caso dos Municípios, a situação se agrava, uma vez que é de sua competência por prestar serviços públicos de forma mais próxima à população, como coleta de lixo, transporte público, manutenção de equipamentos urbanos, educação básica, etc.

Diante desse cenário, é imprescindível que todos entes políticos observem com o máximo de atenção o aspecto cooperativo do sistema federativo brasileiro, tendo em vista que a adoção de medidas políticas equivocadas por um ente político tem o potencial de impactar de forma significativa as receitas públicas dos outros, comprometendo a autonomia político-financeira, bem como a qualidade e continuidade de diversos serviços públicos prestados à população.

Não se pode admitir que medidas políticas, inclusive a edição de atos legislativos, desequilibrem o pacto federativo, prejudicando diretamente a prestação de serviço público direcionado a um número significativo da população, especialmente a que reside em municípios



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

historicamente comprometidos com a qualidade e continuidade de uma ampla carteira de serviços públicos, como é o caso do Município de Vitória.

Mais que imprescindível à cooperação, é preciso que os entes políticos se relacionem pautados em princípios de lealdade e boa-fé, sempre atentos para quais os efeitos provenientes de suas medidas políticas que tragam consequências nos valores de repasses de receita previstos constitucionalmente.

Tal repasse é tema extremamente sensível à manutenção do condomínio federativo. Qualquer medida adotada que cause impacto financeiro a um ente público específico deve ser atenuado com a adoção de políticas que busquem minimizar seus efeitos no curto prazo.

Impactos abruptos no valor dos repasses a apenas um ente são indesejáveis e certamente abalam o princípio do pacto federativo, caracterizado pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme preconizado pelo art. 1º da Constituição Federal.

Sendo assim, é incompatível com sistema federativo brasileiro a situação em que um ente político promova alterações legislativas de forma abusiva, de modo a gerar impacto direto e desproporcional sobre a receita de entes menores, sem nem sequer estabelecer medidas atenuantes por meio de regras de transição.

Essa falta de observância do princípio do pacto federativo se torna premente a partir da edição da Resolução nº 13/2012 do Senado Federal - poder legislativo vinculado à União Federal -, que provocou o esvaziamento econômico do Fundo de Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP, espécie de fomento financeiro para apoio a empresas com sede no Espírito Santo ligados ao setor de comércio exterior, o que culminou com o seu total desuso.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

A partir da unificação das alíquotas, o município de Vitória recebeu uma dupla penalização.

Por uma via, tem-se que, antes da Resolução 13/2012, a alíquota do ICMS incidente nas operações interestaduais com produtos importados era de 12%. A partir da referida Resolução passou a ser de 4%, provocando uma queda abrupta na arrecadação estadual de ICMS. Apesar de impactar diretamente na arrecadação de imposto de competência Estadual, destaca-se que 25% das receitas advindas do ICMS pertencem aos Municípios, conforme art. 158, inciso IV, da Constituição Federal.

Assim, ao alterar as regras de incidência em operações interestaduais com produtos importados, a União Federal efetivamente provocou sérios danos sociais aos Município de Vitória, gerando queda imediata de receita disponível, representada por uma vertiginosa diminuição no valor dos repasses decorrentes do ICMS.

Por outra via, o FUNDAP foi criado para promover o incremento das exportações e importações através **do Porto de Vitória**, conforme art. 1º da Lei Estadual nº 2.508/1970.

Com a alteração legislativa promovida pela União Federal, de forma abrupta, observou-se uma fuga das empresas e diminuição dos empregos diretos e indiretos. Além disso, com essa fuga de empresas do Município, também foi observada uma enorme redução na arrecadação do ISS.

É justamente esse tipo dano, provocado por ato legislativo encampado pela União Federal, flagrantemente atentatório ao equilíbrio do pacto federativo, que se pretende demonstrar na presente demanda.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

2 - ESCORÇO HISTÓRICO

Antes de adentrar nos fundamentos jurídicos que respaldam o pedido de reparação do dano, é importante traçarmos um breve histórico da criação do FUNDAP, e qual a sua importância para o desenvolvimento econômico do Estado do Espírito Santo e do Município de Vitória.

O Estado do Espírito Santo sempre foi o “primo pobre” da Região Sudeste. Sempre foram muitos escassos os investimentos federais em solo capixaba. Historicamente, das poucas iniciativas que visaram investimentos para o desenvolvimento do Espírito Santo, o primeiro movimento significativo foi a criação do Fundo de Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP.

O referido fundo nasceu em 22 de maio de 1970, sendo, na verdade, um incentivo financeiro concebido pela Lei nº 2.508/70 para promover o desenvolvimento econômico do Estado, que até então sobrevivia apenas da cultura do café.

Assim, o FUNDAP foi um incentivo financeiro que apoiava as empresas com sede no Espírito Santo, e realizavam operações de comércio exterior tributadas pelo ICMS (Impostos sobre circulação de mercadorias e serviço), desde que a nacionalização da mercadoria se desse em solo capixaba.

Para operar no FUNDAP bastava que as empresas solicitassem seu registro através do BANDES (Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo) e, assim, passariam a ter um limite operacional para atuar no sistema de acordo com sua capacidade financeira. O cálculo do limite operacional era de três ordens, a saber: 2,5 vezes o Patrimônio Líquido do fiador; ou 8% da previsão de faturamento dos próximos 12 meses; ou 50 vezes o Capital Social.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

O objetivo era a utilização mais intensiva da infraestrutura portuária, para gerar significativo fluxo de mercadorias importadas e, por via de consequência, ampliar e diversificar as atividades locais dependentes de mercados externos. Desse modo, foi possível a viabilização de vários projetos sociais e econômicos, gerando inúmeros postos de trabalho, renda e desenvolvimento em todo estado.

Importante salientar que, **na forma como concebido, o FUNDAP somente foi adotado no Espírito Santo**. Nenhum outro Estado operou um investimento financeiro desta natureza. Daí porque dos portos capixabas terem se transformado, a partir da abertura econômica do país, nos idos de 1990, na principal porta de entrada no mercado brasileiro para uma série de produtos importados.

Para melhor entender o programa, no caso de movimentação de mercadorias fora da Sistemática do FUNDAP, o ICMS teria que ser pago no ato do desembaraço aduaneiro, ao passo que, nas importações realizadas via FUNDAP, ficavam diferidas para o momento em que ocorresse as saídas das mercadorias importadas do estabelecimento importador. (Art. 4º da Lei nº 6668/01).

Assim, as empresas que realizavam operações de importação amparadas ao benefício do FUNDAP eram habilitadas a receber financiamento de 8% (oito por cento) da operação, considerando-se o valor das saídas das mercadorias efetuadas pelo estabelecimento importador.

O ponto distintivo entre o sistema FUNDAP e os demais modelos de incentivo reside no fato de que, do montante financiado, as empresas eram obrigadas a investir 9% em projetos dentro do território capixaba, até o final do exercício do ano posterior à contratação dos recursos.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Em rigor, o FUNDAP além de ser um incentivo financeiro para o incremento do giro comercial para as empresas importadoras do Estado, também contribuiu para a formação bruta de capital fixo para investimento em projetos produtivos.

Ainda, merece destaque o fato de que o recolhimento do ICMS gerado seria efetuado até o 26º (vigésimo sexto) dia do mês subsequente àquele em que ocorressem as operações realizadas ao abrigo do FUNDAP. Decorrido este prazo o ICMS era recolhido aos cofres estaduais, no seu valor integral e nominal, correspondente ao valor de saída daqueles bens.

Tal sistema foi seguramente um importante mecanismo financeiro que impulsionou o Estado do Espírito Santo, no setor de serviços, e ao Brasil, já que suas importações proporcionaram preciosas e indispensáveis receitas. Seguramente foi dos mais antigos e duradouros mecanismos de apoio ao setor privado existente no país na área de comércio exterior.

A particularidade na operacionalidade do FUNDAP consistiu no fato de que, nas importações os bens eram internalizados no país e entravam no estabelecimento importador, através do desembaraço realizado no território do Espírito Santo.

Após recolhido o referido tributo, o BANDES financiava 8% do valor de venda dos bens, o que equivalia em termos percentuais a aproximadamente 67% do imposto recolhido, considerando as saídas efetuadas à alíquota de 12%. Este financiamento (empréstimo) tinha juros de 1% a.a., sem qualquer indexação ou correção monetária, com 5 anos de carência e 20 anos para sua amortização, o que correspondia a um prazo total para sua quitação de 25 anos.

Nesta operação muitos foram os beneficiários. No momento da liberação do empréstimo, 9% do seu valor ficavam retidos no BANDES, em CDB's de titularidade do importador, como garantia, e a condição especial era a de que esse valor retido fosse aplicado



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

em projetos próprios ou de terceiros, nos setores produtivos locais (industrial, agrícola, ou desenvolvimento), até o último dia do exercício seguinte ao da contratação do financiamento.

Ademais, como se tratava de um incentivo financeiro, e não fiscal, a empresa deveria apresentar outras garantias, seja dos sócios majoritários da empresa mutuária, seja de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas.

Não obstante o prazo alongado de quitação para amortização, havia a previsão de realização de uma espécie de "Leilão", criado pela Lei 7.491 de 2003, por meio do qual as dívidas das empresas "fundapianas" eram levadas a leilão, periodicamente, objeto de oferta pública. Com este instrumento as empresas "fundapianas" poderiam liquidar antecipadamente seus contratos de financiamento, desde que fosse através de pagamento em moeda corrente do país de, no mínimo 10% (dez por cento) dos saldos devedores dos contratos existentes na data da liquidação.

O sistema FUNDAP nasceu da necessidade de se resolver o problema da proibição por parte do governo federal de que Estados elaborassem concessões e/ou incentivos fiscais. A solução para esse impasse foi dada por Cephass Rodrigues Siqueira. Assim nasceu o FUNDAP, que em última análise consistia no fato de que **"o Estado arrecada o imposto devido pela empresa importadora, não dá entrada da execução orçamentária diretamente, devolve uma parte para a empresa contribuinte com obrigação de ela aplicar em projetos industriais e a outra parte como um tipo de empréstimo em que ela ficaria para pagar dentro de 20 anos."**

Ao que se infere, o sistema FUNDAP foi concebido para ser um instrumento que, além de financiar operações de importação, incrementando o intercâmbio comercial das empresas que utilizavam o Porto de Vitória, condicionava o benefício de 50% da parcela financiada em outros projetos econômicos estaduais (nos setores industriais, agropecuários, turísticos ou pesqueiros). O que se tinha na verdade era um sistema peculiar de incentivos ao desenvolvimento do Estado.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Logo, não se pode dizer que se trata, essencialmente, de um incentivo fiscal, mesmo porque não havia bonificação, ou mesmo redução ou favor algum com base no ICMS a ser recolhido pelo Ente federado.

Em princípio, sabia-se que a Resolução do Senado surgiu das pressões políticas capitaneadas pelo estado de São Paulo, que dizia ser o FUNDAP um tipo de “isenção fiscal”. Porém, com a recente divulgação de trechos da delação premiada da ODEBRECHT tornou público que interesses outros conduziram a aprovação da malsinada resolução.

Contudo tal alegação não prosperou, pois o sistema FUNDAP proporcionava às empresas que, ao importar, o tributo sobre a operação seria diferido. Havia apenas a transferência do momento do fato gerador. Em vez do mesmo ocorrer no momento da nacionalização da mercadoria, o fato gerador ocorreria no instante da comercialização no mercado interno. Ou seja, a empresa fundapiana paga, liquida, extinguindo a relação de direito público.

Com relação ao financiamento, este se dava através de instituição privada, sociedade de economia mista, Pessoa Jurídica de Direito Privado, ainda que tenha natureza oficial, uma vez que a norma reguladora diz que as instituições financeiras, dentre as quais o BANDES, financiava com recursos originários do Tesouro Nacional.

03 - DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA PRESENTE DEMANDA

Antes de adentrarmos nos fundamentos da presente ação, mister se faz delimitar os limites da lide. **É preciso que reste claro que não se pretende questionar o mérito da Resolução do Senado nº 13/2012, em que pese a existência de fortes indícios de desvio de finalidade do ato administrativo** que unificou em 4% o ICMS incidente nas operações interestaduais com produtos importados. A constitucionalidade material da referida



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

resolução já está sendo questionada na ADI nº 4858, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

É público e notório que a Resolução nº 13/2012 visava acabar com a situação conhecida como “guerra dos portos”, que também era danosa ao pacto federativo. Contudo, a solução para um problema federativo não deve ser tomada de forma a causar problemas desproporcionais e imediatos a apenas um ente federativo, que foi o que ocorreu no presente caso, **sem qualquer regra de transição**.

Na verdade, houve um verdadeiro abuso de direito legislativo.

O art. 187, do Código Civil, define abuso de direito da seguinte forma: *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

Portanto, o abuso de direito se caracteriza quando o seu conteúdo é lícito, mas suas consequências são ilícitas. No caso, a União Federal ultrapassou os limites impostos por princípios constitucionais, causando dano ao Município e aos munícipes de Vitória.

Mesmo que se admita que a edição da Resolução nº 13/2012 tem como objetivo acabar com a malfadada “guerra dos portos”, ou seja, tinha um conteúdo lícito, pois visa dividir de forma igualitária a arrecadação do ICMS, **não se pode admitir como consequência desse ato o total desequilíbrio imediato e impactante nas contas públicas do Município de Vitória, tampouco provoque a evasão de empresas que sustentavam a economia local**.

Medidas como essa não podem simplesmente ser implementadas de um dia para o outro, sem ao menos prever uma transição para o novo regime.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Dito isso, cabe novamente esclarecer que não é objeto da presente demanda questionar a constitucionalidade do conteúdo do referido ato normativo. O que se pretende discutir é a forma como a referida alteração legislativa foi efetivada, sem levar em consideração o forte impacto na arrecadação municipal de Vitória, causando dano social aos munícipes, o que merece ser indenizado.

Cabe esclarecer que a conduta danosa da União Federal, representada por seu Poder Legislativo, não se consubstancia apenas com a edição da referida resolução. A conduta danosa se encontra especialmente em momento pré-jurídico, que deliberadamente e de forma irresponsável e desleal se recusou a prever medidas mitigadoras que atenuassem o impacto nos cofres públicos municipais.

Destacamos que notícias jornalísticas veiculadas à época ^{1 2 3} comprovam que o Governo Federal se demonstrou extremamente insensível em promover uma regra de transição para a retirada do benefício do FUNDAP, o que permitiria atenuar o impacto na economia local.

Aliás, pela leitura de reportagens veiculadas à época (anexas à petição), percebe-se que o Governo Federal chegou a negociar uma regra de transição com o Governo Estadual, mas, de forma inexplicável, mudou de ideia e enviou a matéria para votação no Senado Federal para que já produzisse efeitos meses depois. Para se ter uma noção, a Resolução 13/2012 foi publicada em abril de 2012, com efeitos para 1^a de janeiro de 2013.

Tal conduta, claramente atentatória ao pacto federativo, não é coerente com o comportamento comumente adotado pelo legislador federal. Em casos semelhantes, o

1

<http://www.valor.com.br/brasil/2895706/mantega-propoe-governadores-aliquota-unica-de-4-para-o-icms>

2

http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/04/a_gazeta/minuto_a_minuto/1194170-guido-mantega-se-mantem-irredutivel-e-casagrande-sai-indignado-de-reuniao.html

3

<http://www.es.gov.br/Noticias/150238/casagrande-indignase-o-senado-vai-derrotar-tres-estados.htm>



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

legislador prevê regras de transição para evitar o impacto imediato, e não desequilibrar o pacto federativo. Assim, houve verdadeiro desvio de conduta legislativa, como será demonstrado mais adiante.

Quando o art. 60, §4º, inciso I, da Constituição Federal estabelece que não são permitidas alterações no texto constitucional que tendam a abolir a forma federativa de Estado, demonstra que a manutenção desse pacto federativo é pilar da existência da nossa nação, fundamento do qual não se pode abrir mão. Qualquer conduta que tenda a violar a manutenção desse pacto deve ser abolida, por contrariar o sistema da República Federativa do Brasil.

Contudo, repise-se que a presente demanda não tem a pretensão de discutir a constitucionalidade material da Resolução nº 13/2012. O que se pretende é demonstrar que a forma como se provocou a modificação da alíquota, e conseqüentemente o fim do FUNDAP, não condiz com o espírito republicano e com os fundamentos constitucionais do pacto federativo, além de causar danos à economia local. O que deve ser julgado é a conduta da União Federal na aprovação da resolução, e não a resolução em si.

4 - FUNDAMENTOS

4.1 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA RESOLUÇÃO Nº 13/2012

Apesar de a presente ação não buscar discutir a constitucionalidade material da Resolução nº 13/2012, há que se observar que as investigações da Operação Lava Jato apontam que a aprovação da medida no Senado Federal é fruto de atos ilegais, inclusive de crimes de corrupção.

Os fortes indícios acerca das ilegalidades e vícios que cercaram a concatenação dos atos que levaram a edição da PRS nº 72/010 (proposta de Resolução do Senado) e posteriormente a Resolução do Senado nº 13/2012, podem ser verificados de trechos de



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

documento entregue como proposta de Colaboração, por Cláudio Melo Filho (Ex-diretor de Relações Institucionais da Odebrecht), documento este já divulgado pela Imprensa:

“3.3. Pagamentos a parlamentares para aprovação do Projeto de Resolução do Senado Federal n. 72/2010 (“PRS 72/2010”) – Participação de Romero Jucá, Renan Calheiros e Delcídio do Amaral (Codinome “FERRARI”)

A indústria brasileira vinha sofrendo com o impacto negativo de importações realizadas com benefícios fiscais.

Em algumas oportunidades, produtos produzidos no Brasil, quando comprados diretamente dos produtores brasileiros, ficavam mais caros do que se o cliente optasse por comprar o produto brasileiro através da China ou de outros países. Esse assunto ficou conhecido como “Guerra dos Portos”.

Marcelo Odebrecht, com o objetivo de enfrentar esse problema, manteve reunião com Guido Mantega e encaminhou o tema junto ao Poder Executivo. Guido Mantega teria dito a ele, na oportunidade, que o Governo Federal entendia o problema e estava mobilizado para resolver a questão até o fim do ano, e que pediria ao Senador Romero Jucá para tratar diretamente do assunto.

Em 30 de novembro de 2011, recebi em cópia, mensagem de e-mail de Marcelo Odebrecht para Carlos Souza, contendo a informação acima a respeito do contato por ele mantido com Guido Mantega. No mesmo dia, **Marcelo Odebrecht manda um segundo e-mail para as mesmas pessoas pedindo que eu entrasse em contato com Romero Jucá para confirmar se Guido Mantega realmente tinha falado com ele e que estaria “totalmente engajado em resolver até o final do ano”. Pediu, ainda, que eu avaliasse se era necessário tratar com mais algum parlamentar a respeito do tema.**

De: Marcelo Bahia Odebrecht Enviada em: quarta-feira, 30 de novembro de 2011 17:21

Para: cmf@odebrecht.com

Assunto: Re:

Agora temos que ir com tudo.

CMF: veja com Juca se GM esta mesmo firma conforme me disse. Ele me disse que orientou RJ a botar para votar este ano.

Ademais veja se tem alguém com quem preciso atuar.

De: Marcelo Bahia Odebrecht Enviada em: quarta-feira, 30 de novembro de 2011 14:06

Para: [Carlos Fadigas](#), [Claudio Melo Filho](#)

Falei com GM. Esta totalmente engajado em resolver até o final do ano. Disse que já falou com Juca.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

No dia 27 de março de 2012, juntamente com Carlos Souza, estive no Congresso Nacional e mantivemos contatos institucionais com diversos senadores a respeito do assunto, tais como Gim Argello, Renan Calheiros, Fernando Collor, Romero Jucá, Lídice da Mata e Walter Pinheiro. Na oportunidade Romero Jucá, aproveitando-se da simbologia do seu cargo de Senador, solicitou apoio financeiro.

O tema se iniciou no Senado Federal com um documento de autoria do próprio Senador Romero Jucá, dando ensejo ao trâmite do PRS 72/2010, que estabelecia alíquota de ICMS de 0% nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior. O PRS somente foi votado em 24 de abril de 2012, quando as novas regras desejadas pela indústria brasileira entraram em vigor.

O pagamento que o Senador Romero Jucá solicitou foi aprovado por Carlos Souza, que autorizou junto a área de operações estruturadas, conforme e-mail datado de 27 de abril de 2012. Esse pagamento foi feito em contrapartida ao decisivo apoio dado pelo Senador Romero Jucá durante o trâmite do PRS 72/2010. Acredito que o valor total desses pagamentos seja da ordem de R\$ 4.000.000,00, embora não me recorde com precisão. Esses pagamentos, segundo me foi dito por Romero Jucá, não seriam apenas para ele, mas também, como já havia ocorrido em outras oportunidades, para Renan Calheiros. Os pagamentos foram realizados na Av. Brigadeiro Faria Lima, 3900, 2º andar.

Não localizei, contudo, identificação desses pagamentos junto ao sistema Drousys, o que não me permite apontar a forma e o local de realização dos mesmos.

Em 20 de julho de 2012, recebi e-mail de Carlos Souza, com cópia para Márcio Faria, dizendo que Márcio havia relatado a ele que Sen. Delcídio teria reclamado por não ter recebido muita "atenção" da nossa parte após a aprovação do PRS 72/2010. Carlos Souza aprovou um apoio de R\$ 500.000,00 que transmiti ao Senador Delcídio em 26 de julho de 2012 no hotel Fasano em São Paulo que a companhia lhe faria um pagamento. Na sequência, enviei e-mail a Carlos Souza e Márcio Faria no mesmo dia comunicando que Delcídio tinha ficado "absolutamente satisfeito" e que tinha "pressa" no recebimento. A partir deste ponto não mais me envolvi no tema.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

De: CARLOS FADIGAS Enviado em: quinta-feira, 26 de julho de 2012 00:49

*Para: cmf@odebrecht.com; marciofario@odebrecht.com
CMF, recebi uma ligação de MF (copiado) que estava jantando com nosso amigo em comum. Segundo MF, nosso amigo estava chateado pois nao teria recebido sua atenção. Comentei com MF o que havia me dito, mas você me ajudaria muito se ligasse e comentasse diretamente com MF o que você me relatou sobre suas tentativas de receber apoio de nosso amigo em comum.*

(...)

De: Claudio Melo Filho Enviada em: quinta-feira, 26 de julho de 2012 16:31

Para Carlos Fadigas; Marcio Faria da Silva

Assunto: Amigo

Ficou absolutamente satisfeito, no stress... mas tive que assumir conforme Marcio falou.

Como sempre....tem pressa....

Vou precisa de ajuda dos dois para resolver com Bel.

Falamos na segunda.

Abs

Consta no sistema, que, ao que tudo indica, o seguinte pagamento seria, pagamento feito a Delcídio do Amaral:

(i)

Codinome FERRARI: pagamento realizado em 16 de agosto de 2012 no valor de R\$ 500.000,00.

Entre os dados que corroboram os fatos narrados acima, posso destacar os e-mails internos da Companhia que esclarecem a agenda da empresa junto ao Poder Executivo. Ressalto, também, o e-mail de Carlos Souza aprovando os pagamentos, dentre vários outros, que, somados, permitirão a ampla comprovação de todos os fatos acima narrados. Os dados de corroboração que, com muito esforço pessoal, eu logrei reunir são amplos e permitem aprofundar as meras referências a codinomes, datas e endereços constantes no DROUSYS. Há, portanto, através da minha colaboração, robusta possibilidade de incremento das investigações sobre um tema relevante que ainda não se encontra (ao menos publicamente) sob investigação no âmbito da "Operação Lava-jato".

..." (grifamos).



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

A leitura dos relatos feitos ao Ministério Público Federal (págs. 38/41 do documento anexo), causam espanto à medida que deixa clara a motivação dos atos que levaram a malfadada e inesperada extinção do FUNDAP, sem que houvesse qualquer tratamento ou norma de transição que pudesse zelar pelos Estados e Municípios diretamente afetados, dentre eles, o Município requerente.

Observa-se que o ato legislativo editado, originou-se de práticas que não se coadunam com a essência do voto e o conceito de representatividade popular previstos no artigo 1º, parágrafo único que da Constituição Federal de onde se abstrai que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A veiculação desses fatos coaduna fortes indícios de que o referido ato legislativo é claramente nulo por vício de desvio de finalidade, fruto de ação criminosa, que causou um verdadeiro colapso econômico nos Municípios onde estavam sediadas diversas empresas de importação, como o caso de Vitória-ES.

Ora, do mesmo modo como o ato administrativo está subordinado à lei e às finalidades nela prestigiadas, também a lei está subordinada à Constituição, aos desideratos ali consagrados e aos valores encarecidos nesse plano superior, sob pena de incorrer em desvio de poder que, como nos elucida CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ocorre quando “o Poder Público, no moneio de uma competência que possui, evade-se do fim que é próprio dela e aporta em interesse diverso daquele que teria de ser alvejado”⁴.

De fato, em nossa sistemática jurídica, a lei é vinculada ao fim e aos princípios hospedados em nossa Carta Maior, dentre os quais figura o princípio da moralidade (art. 37, *caput*), inconfutavelmente transgredido na hipótese em que o processo legislativo é

4

Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 120



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

instaurado para concretizar fins escusos e imorais, como o recebimento de propinas, o que ocorreu na malfadada Resolução nº 13/2012.

Como já dito anteriormente, Comportamento desse jaez macula a essência da representatividade democrática, subtraindo do voto popular a finalidade que lhe é ínsita, como se, uma vez eleitos, os Senadores estivessem libertos de peias jurídicas para representar seus interesses particulares – e *ilegais* – em detrimento do interesse público que justificou a outorga da competência ao cargo no qual se encontram investidos.

Os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral e ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, compostura na qual também se insere o princípio da moralidade, cuja indeterminação semântica não o impede de ser utilizado como parâmetro de controle dos atos estatais, sejam eles legislativos, administrativos ou judiciários.

E o conluio criminoso utilizado para deflagrar o processo de aprovação da Resolução nº 13/2012, por si só, já é suficiente para demonstrar que tal ato padece de inconstitucionalidade formal severa, tendo em vista que **os verdadeiros motivos que levaram à sua aprovação no Senado Federal não foram movidos pelo interesse público, mas por escusos interesses particulares.**

Deve-se acrescer que a conduta praticada mostrou-se incompatível com o decoro parlamentar, afrontando ainda o art. 55, §1º da Carta Magna.

Assim, a revelação de tais fatos causa espanto e repulsa, levando à constatação de que a origem da queda abrupta na arrecadação no Município de Vitória não decorre apenas de violação ao princípio lealdade federativa, mas também de uma série de atos viciados além de crimes praticados por lideranças no Senado Federal.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Há que se observar que os efeitos da Resolução nº 13/2012 não geraram apenas danos diretos ao Município de Vitória, com a queda abrupta no repasse do ICMS. Também ocorreram diversos danos reflexos, como o encerramento de empresas e fechamento de postos de trabalho, por exemplo.

De forma alguma o Poder Judiciário pode admitir a possibilidade de atos legislativos praticados à margem do interesse público gerem efeitos na esfera jurídica, sendo, portanto, imprescindível a declaração incidental de inconstitucionalidade da Resolução nº 13/2012 na presente ação, o que desde já se requer.

Assim, além de não ter sido respeitado o pacto federativo, a tramitação do PRS 72/2010 também não respeita o princípio da moralidade administrativa, uma vez que houve a compra de apoio legislativo no presente caso.

A seguir passaremos a demonstrar a violação do princípio do pacto federativo, e a responsabilidade civil da União Federal em relação aos danos sociais causados.

4.2 - RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO POR DANO DE ATO LEGISLATIVO

O estudo da responsabilidade civil dos entes públicos é tema tradicional em qualquer manual de direito administrativo. Não se pretende alongar nos ensinamentos doutrinários sobre a responsabilidade do Estado, bastando que se constate que o caso trata de responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Por conta disso, a doutrina tradicionalmente costuma apontar como elementos da responsabilidade: (i) a conduta; (ii) o dano; e (iii) o nexo de causalidade. A seguir passaremos a demonstrar cada um desses elementos.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

4.3. - CONDUTA: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE ATO LEGISLATIVO COM EFEITOS CONCRETOS

Conforme já previamente delineado, o forte impacto na arrecadação municipal é decorrente da edição da Resolução do Senado nº 13/2012, que unificou a alíquota do ICMS para produtos importados em operações interestaduais em 4%.

Referido ato legislativo fez com que a União Federal provocasse o fim do FUNDAP, que beneficiava diversas empresas de comércio exterior instaladas no Estado do Espírito Santo, grande parte delas localizadas no Município de Vitória.

Assim, a conduta que gerou o dano social se materializa na edição de ato legislativo, apesar de não se limitar a isto, já que as consequências do referido ato repercutiram de modo implacável nas contas públicas do Município de Vitória, provocando uma queda abrupta no valor dos repasses de ICMS e na arrecadação direta dos impostos municipais gerados pelas empresas que atuavam no setor de importações.

Destacamos que há debate na doutrina acerca da possibilidade de responsabilizar o Estado por danos causados em decorrência de atos legislativos e poucas vezes houve o enfrentamento direto na jurisprudência.

No entanto, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a tese da responsabilização objetiva por atos legislativos lícitos, conforme se verifica no seguinte trecho da decisão proferida pela Min. CARMEN LÚCIA, no ARE: 855323/MG :⁵

5

(STF - ARE: 855323 MG, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 09/12/2014, Data de Publicação: DJe-245 DIVULG 12/12/2014 PUBLIC 15/12/2014)



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

(...) majoritariamente a doutrina reconhece a responsabilidade civil objetiva do Estado por atos legislativos. A não admissão desta tese é o último refúgio para aqueles que defendem a irresponsabilidade do Estado por seus atos. Logo, comprovados o nexo causal e demonstrado o dano (como no caso em questão), **mesmo se o ato legislativo for lícito, tem a Administração o dever de reparar o prejuízo causado** .

Todavia, o tema é polêmico, especialmente quando estamos tratando de responsabilidade de atos legislativos presumidamente constitucionais, uma vez que estaria se admitindo a ocorrência de dano em decorrência de ato lícito.

É pacífico na doutrina que a responsabilidade do Estado pode advir de conduta lícita ou ilícita. Se decorrer de conduta ilícita, a responsabilidade se fundamenta no princípio da legalidade. Já se decorrer de conduta lícita, a responsabilidade se fundamenta no princípio da isonomia. Nesse sentido, ALESSANDRO DANTAS COUTINHO e RONALD KRÜGER RODOR são precisos ao afirmar que:

Podemos resumir os fundamentos da responsabilidade civil em dois: *princípio da legalidade e princípio da isonomia*.

O primeiro, *princípio da legalidade*, desponta como fundamento para a responsabilidade civil por atos ilícitos. Praticado o ato ilícito, haverá o dever de reparação do dano como meio de restabelecimento da ordem jurídica.

Já a *isonomia*, por sua vez, fundamenta tanto a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos quanto dá ⁶ suporte à reparação de danos decorrentes de atos ilícitos .

6

Manual de direito administrativo. São Paulo: Método, 2015, p. 888/889



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

E justamente por tratar de forma desproporcional a igualdade entre os entes federativos, é passível a responsabilização em decorrência da edição da Resolução nº 13/2012, mesmo que o referido ato normativo seja considerado como constitucional.

Todavia, apesar de pouco aprofundada na doutrina, em geral, a responsabilização por edição de norma constitucional danosa não é bem recebida. Os que assim entendem se fundamentam em dois argumentos: (i) a lei tem efeitos gerais e abstratos; e (ii) a lei se trata de expressão da soberania nacional. Por esses dois motivos se costuma dizer que não é passível de reparação danos causados por atos legislativos.

Contudo, tais argumentos devem ser afastados, especialmente nos danos causados pela Resolução nº 13/2012, pois, em se tratando de responsabilidade objetiva, o que importa é a ocorrência do dano causado por uma conduta, sendo os dois elementos vinculados abstratamente a um nexo causal.

Primeiramente vamos tratar do argumento de que a lei teria efeitos gerais e abstratos e, por isso, não poderia causar danos a indivíduos específicos.

Esse fundamento não deve prevalecer, especialmente quando se observa que, apesar de aparentemente o ato ser genérico, o mesmo atinge de forma desproporcional uma categoria de sujeitos. Nesses casos haveria uma “pseudo abstração”, já que, apesar de não nomear os indivíduos prejudicados, a norma atinge de forma concreta um determinado grupo de indivíduos.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao destacar que nem sempre a lei produz efeitos apenas gerais e abstratos, afirma que o fundamento do dever de indenização nesses casos “(...) é o **princípio do Estado de Direito**, vale dizer, o da plena submissão de toda



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

atividade estatal ao Direito, concebendo-se este como criado, senão como algo que se coloca **acima** do Estado".⁷

Ao tratar da eficácia e amplitude dos danos causados pela atuação Estatal, FERNANDA MARILENA argumenta que:

A atuação estatal é imposta à sociedade que não tem como recusar sua presença, não tem como afastar sua ação, já que o Estado age de forma imperativa, independente da vontade do indivíduo. (...).

Também é interessante ressaltar que as funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. Isso porque a função estatal é bastante ampla (...), portanto, quanto maior o risco, mais cuidado deve ser despendido e menor o nível de aceitação de falhas, implicando consequente indenização.

E mais, a ordem jurídica nacional é una, isto é, todos estão sujeitos à mesma estrutura normativa, inclusive o Estado.⁸

No presente caso, não há dúvidas que a Resolução nº 13/2012 atingiu especificamente os cofres públicos dos entes políticos onde havia benefícios voltados ao comércio exterior, entre eles o Município de Vitória. Apesar de não constar expressamente o nome de cada um desses entes no texto legal, é inquestionável que o ato normativo provocou concretamente efeitos negativos na arrecadação municipal.

De forma bastante precisa ao tratar da possibilidade de responsabilização do Estado por ato legislativo, mesmo que de caráter geral, ALESSANDRO DANTAS COUTINHO e RONALD KRÜGER RODOR ensinam que:

⁷ Direito administrativo, 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 532, grifos no original.

⁸ Direito administrativo. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 873 e 874.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

É evidente que leis, aos serem aplicadas, podem acarretar prejuízos econômicos, como no caso de uma norma que proíba a comercialização de determinado produto ou que restrinja o comércio em determinados horários.

(...)

Assim, a responsabilidade civil do Estado, em tais situações, não pode ser resguardada, cabendo ao próprio legislador prover, dentro do exercício de sua atividade, as compensações financeiras cabíveis àquelas categorias econômicas que serão afetadas pela mudança da legislação vigente, ou, no máximo,

9

prever regras de transição aplicáveis aos casos concretos .

Cabe destacar que no caso da Resolução nº 13/2012 não houve compensações financeiras, nem regras de transições a fim de atenuar o impacto econômico no setor econômico e nas contas públicas do Município de Vitória.

Assim, fica afastado o argumento de que o referido ato legislativo não seria apto a causar o dever de reparação de dano por ser geral e abstrata. Isso porque seus efeitos são concretos, e indubitavelmente provocaram danos sociais ao Município de Vitória e à população que trabalhava do setor de comércio exterior.

O segundo argumento, no sentido que atos legislativos são expressões da soberania, também deve ser afastado.

Quanto à possibilidade de dano causado por ato legislativo, tome-se, como exemplo, o julgamento da Apelação Cível 157.299, pelo Tribunal de Alçada de São Paulo (*RDA, 109:172*), no qual empresa obteve indenização por conta de lei que proibiu a exploração da extração de madeira. Vejam-se os seguintes trechos dos julgados:

9

Manual de direito administrativo. São Paulo: Método, 2015, p. 922/923



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

A autora, sociedade comercial constituída para o cultivo agrícola, extração, industrialização e comércio de madeira ou atividades congêneres, pretendeu compelir a Fazenda do Estado ao pagamento de justa indenização pela perda de suas terras, matas e complexo industrial criado para a respectiva exploração agro-florestal, uma vez que a Lei estadual nº 8.656 (...) lhe vedara qualquer derrubada de mata, implicando essa atuação num verdadeiro confisco (...).

A Lei estadual criou a reserva florestal do Vale do Paraíba (...). E, nesse passo, todas as glebas de propriedade da autora acham-se da área de abrangência da lei estadual em causa. Frente à constituição da reserva permanente, *ex vi* da lei estadual, o Serviço Florestal do Estado não revalidou a autorização para a derrubada das matas. (...).

Um fundamento jurídico-filosófico de solidariedade estabelece-se, através da idéia de que todos os componentes do grupo social, genericamente vistos, têm o dever de suportar um sacrifício gratuito, em favor da coletividade. Não obstante, se esse sacrifício deixa de ser geral, para ser particular, passa a sugerir direito à indenização. Ernst Forsthof, bem lembrado nos autos em outras e apropriadas considerações, também versa sobre esse aspecto e adverte que, para a indenização, a exigência de um particular sacrifício se deduz da própria *ratio juris* da lei. (...).

Em suma, o Código Florestal fixou limitações administrativas e a lei estadual, seguida de ato da administração, subtraiu todo o exercício do direito de propriedade, para o fim a que esta se destinava. Tal equivale ao sacrifício total do direito e impõe a indenização.

Verifica-se no julgado acima que a empresa não perdeu a propriedade das terras, mas se esvaziou por completo o seu conteúdo econômico, causando-lhe inquestionável prejuízo.

Da mesma forma, a Resolução 13/2012 não proibiu o funcionamento do FUNDAP, mas provocou seu esvaziamento econômico, diminuindo diretamente a arrecadação de



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

ICMS do Estado. Isso causou prejuízos duplamente ao Município de Vitória/ES, que teve uma queda abrupta nos valores dos repasses, bem como deixou de arrecadar diretamente por conta da evasão de empresas em seu território.

Em outra situação, o Tribunal Federal de Recursos reconheceu que o Estado também responde pelos danos causados em razão de execução equivocada de regulamento (*RDA, 144:162*):

A Federação dos Trabalhadores (...) e mais trinta Sindicatos da categoria profissional, do interior do Estado, propuseram contra a União Federal ação declaratória de responsabilidade civil e de ressarcimento de perdas e danos, para que "seja estabelecida como complementação da sentença normativa, tomada por evidente erro, em sentença declaratória, a responsabilidade da União Federal, pela edição do Decreto Presidencial nº 72077, de 11 de abril de 1973, publicado no Diário Oficial da União - I, de 12 de abril de 1973, p. 3602/3, fixando erroneamente os índices baixados para o reajustamento salarial da categoria (...). Poder-se-ia, pois, ir além da inconstitucionalidade do decreto, e admitir-se a reparabilidade de prejuízos causados pela aplicação de critérios ou determinações fixadas no ato regulamentar, com comprovado erro. Não seria estranho ao ordenamento jurídico tal entendimento, desde que se considere, segundo a lição de Forsthoff, que "os regulamentos jurídicos não contêm somente normas jurídicas, senão preceitos administrativos que são também instruções." (Tratado, Madrid, 1948. p. 203). Na aplicação desses preceitos administrativos, podem ocorrer danos aos administrados que geram para a Administração o dever de indenizar. Daí tal aplicação ser sujeita ao controle judiciário, como qualquer ato administrativo.

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA também não concorda com o argumento da soberania, pois, segundo ele

(...)a soberania, tradicionalmente compreendida como poder incondicionado e de autodeterminação plena, somente pode ser



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

reconhecida à República Federativa do Brasil, em seu conjunto (art. 1º, I, da CRFB), sendo certo que os entes federados e seus entes federados e seus respectivos órgãos possuem autonomia (art. 18 da CRFB) que deve ser exercida dentro dos limites fixados da Constituição da República, sob pena de responsabilização estatal. (...) Ademais, se o argumento da soberania fosse verdadeiro para o Legislativo, deveria ser aplicado também para o Executivo, o que acarretaria, de forma indevida, imunidade do poder Público pelos danos causados a terceiros.¹⁰

Sendo assim, a soberania não se encontra apenas no ato-fim, que no caso é a Resolução nº 13/2012. A soberania do ato também se verifica ao longo de todo o processo legislativo, e deve observar os princípios constitucionais. Logo, mesmo que se produza ao final um ato normativo aparentemente constitucional, as condutas ocorridas na forma de implementação do ato legislativo deve observar o princípio do pacto federativo.

Em outras palavras, a fim de evitar desequilíbrio abruo na arrecadação do Município de Vitória, a União Federal deveria ter previsto mecanismos de transição que atenuassem o impacto financeiro.

É incoerente com o sistema federativo brasileiro retirar receitas públicas de entes sem que fossem previstas formas de reposição, tampouco que fosse estipulado um tempo adequado para que os mesmos se adaptassem a uma nova realidade de distribuição da arrecadação.

Com a autoridade argumentativa que lhe é peculiar, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, ao tratar dos danos causados pelo Estado, pondera o seguinte:

¹⁰

Curso de direito administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 2013.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Ademais, como o Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir o lesado. (...).

48. Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia.

49. Com efeito o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante **conduta comissiva legítima** e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supões sempre ilicitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interessa de coletividade. quem aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de

11
todos.

É preciso se atentar que o comportamento comum do Poder Legislativo federal, quando trata de medidas de forte impacto de finanças públicas, sempre aponta para soluções que buscam implementar as novas medidas de forma gradual no tempo, a fim de não provocar mais desequilíbrio.

Para ilustrar esse ponto, é válido lançar mão de um exemplo recente que demonstra qual o comportamento comum do poder legislativo federal quando se trata de medidas de grande impacto na arrecadação.

11

Curso de direito administrativo, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1007 e 1019.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Um bom exemplo foi a edição da Emenda Constitucional nº 85/2015, que trouxe novas regras para o ICMS relativo às operações de compra pela internet para o consumidor final.

Originalmente, a Constituição Federal previa que nas operações interestaduais em que o destinatário era consumidor final, o ICMS deveria ser integralmente recolhido para o Estado de origem.

Contudo, com a ampliação da quantidade de compras pela internet, notou-se que os Estados destinatários das mercadorias estariam sendo prejudicados, pois não recebiam nada nessas operações. Nesse contexto que foi editada a EC nº 85, que visava ajustar essa distorção.

Assim, em nome do pacto federativo, e buscando evitar um forte impacto na arrecadação dos Estados de origem, o legislador previu mecanismos para que a nova regra de divisão da receita entre os entes fosse implementada de forma gradual ao longo do tempo, estipulando uma regra de transição.

De acordo com o art. 99 do ADCT, a divisão da arrecadação se iniciou no exercício de 2015, ficando estabelecido que do imposto recolhido 20% seria para o Estado de destino, e 80% para o Estado de origem. Essa proporção vai se alterando gradualmente no tempo, até que no exercício de 2019 o Estado de destino da mercadoria ficará com 100% do valor do imposto incidente na operação.

Note-se que a forma como foi prevista a medida, o impacto nos cofres públicos do Estado de origem foi extremamente atenuado, em respeito ao pacto federativo, já que a nova regra não foi implementada de forma a causar uma queda abrupta e na arrecadação do imposto. Aqui sim há um exemplo de observância da lealdade federativa, em que a



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

implementação de uma nova política foi feita de forma a não prejudicar de imediato a arrecadação de determinados entes públicos.

Ocorre que tal comportamento, fundado na lealdade federativa, não foi observado na edição da Resolução nº 13/2012.

Pela implementação da nova regra, a partir de 1º de janeiro de 2013 a alíquota unificada de 4% para produtos importados fez com que houvesse uma verdadeira debandada das empresas que atuavam no setor de comércio exterior na cidade de Vitória. E foi justamente isso que fez com que o volume de repasses decorrentes do ICMS destinados ao Município de Vitória despencasse, provocando enormes dificuldades no funcionamento da máquina pública.

4.4 - DANO: DEMONSTRAÇÃO DO DANO SOCIAL – QUEDA ABRUPTA NA ARRECADAÇÃO MUNICIPAL

Outro elemento essencial para se caracterizar a responsabilidade estatal é a demonstração do dano.

No presente caso, o dano social chega a ser evidente, uma vez que a alteração na política de distribuição da arrecadação do ICMS sobre operações interestaduais com produtos importados causou uma queda abrupta desses recursos no Município de Vitória.

Conforme dados disponíveis no portal da transparência do Município de Vitória, os valores de repasses do ICMS reduziram de R\$ 617,1 milhões em 2011 para R\$ 374,4 milhões em 2015. Isso significa uma queda de cerca de R\$242,7 milhões nos últimos três

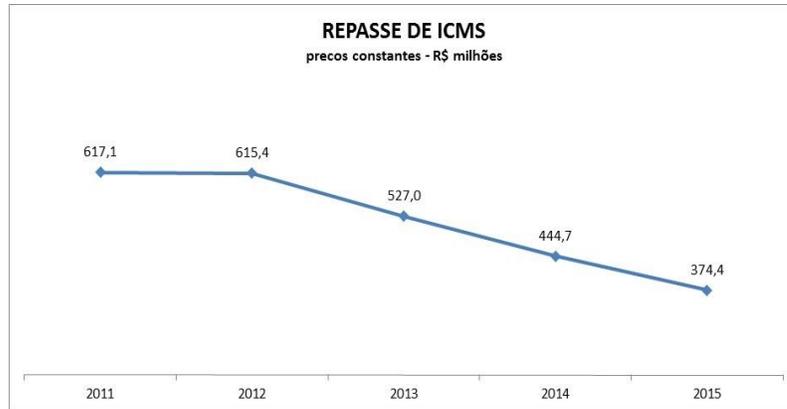
exercícios, conforme demonstrado no gráfico ¹² abaixo:

12

Os números apresentados levam em consideração a inflação do período, calculada pelo IPCA.

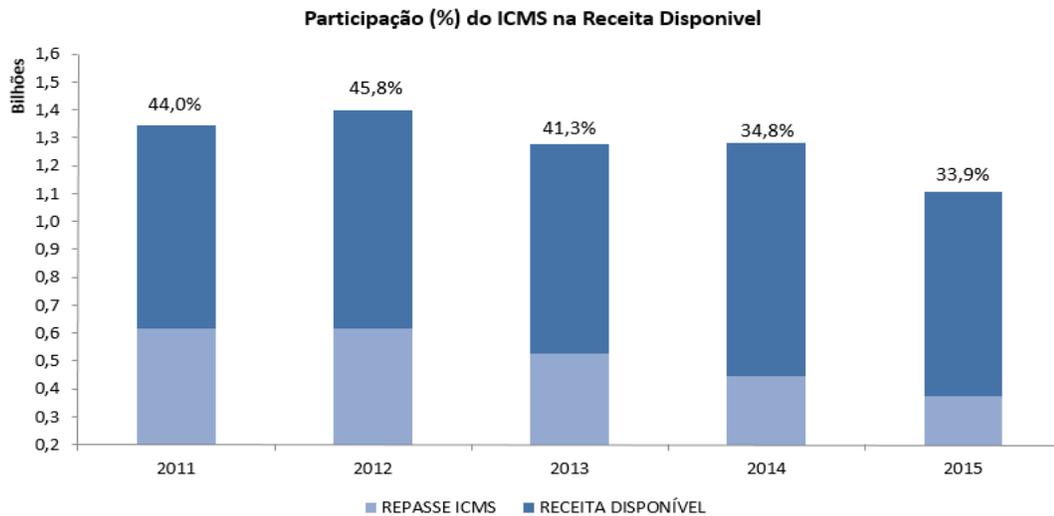


PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Cabe destacar que **o Município de Vitória era extremamente dependente desses recursos**, que representavam cerca de 44% da Receita Pública disponível em 2011, passando a um patamar de 33,9% no exercício de 2015, conforme demonstrado no gráfico abaixo:

13





PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
 ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
 PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Ainda, de acordo com a tabela publicada na página 34 do Anuário Multi Cidades 2016 (Ano 11), elaborada pela Frente Nacional de Prefeitos - FNP, o Município de Vitória teve uma queda acentuada no Índice de Participação na quota-parte do ICMS distribuída pelos governos estaduais nos últimos anos:

Evolução do índice de participação das capitais no ICMS

UF	Município	2005	2013	2014	2015	2014/2013	2015/2014	2015/2005
PA	Belém	21,040	18,300	17,400	17,740	-4,9%	2,0%	-15,7%
RR	Boa Vista	65,313	70,772	8,4%
AP	Macapá	55,577	50,611	50,797	55,272	0,4%	8,8%	-0,5%
AM	Manaus	57,754	62,094	62,094	62,094	0,0%	0,0%	7,5%
TO	Palmas	12,463	21,257	17,816	18,089	-16,2%	1,5%	45,1%
RO	Porto Velho	18,220	24,208	24,979	24,212	3,2%	-3,1%	32,9%
AC	Rio Branco	47,000	45,620	45,620	45,620	0,0%	0,0%	-2,9%
SE	Aracaju	32,512	35,185	33,774	34,565	-4,0%	2,3%	6,3%
CE	Fortaleza	38,958	38,902	38,365	37,469	-1,4%	-2,3%	-3,8%
PB	João Pessoa	29,283	28,631	29,099	28,519	1,6%	-2,0%	-2,6%
AL	Maceió	28,755	32,158	29,647	28,732	-7,8%	-3,1%	-0,1%
RN	Natal	34,780	29,165	27,332	26,069	-6,3%	-4,6%	-25,0%
PE	Recife	36,089	27,582	26,436	25,196	-4,2%	-4,7%	-30,2%
BA	Salvador	15,204	15,939	15,362	14,741	-3,6%	-4,0%	-3,0%
MA	São Luís	51,267	38,131	36,417	33,149	-4,5%	-9,0%	-35,3%
PI	Teresina	54,472	49,054	49,131	49,131	0,2%	0,0%	-9,8%
MG	Belo Horizonte	9,793	9,407	9,142	8,997	-2,8%	-1,6%	-8,1%
RJ	Rio de Janeiro	35,527	28,216	28,153	29,003	-0,2%	3,0%	-18,4%
SP	São Paulo	23,996	22,773	22,623	21,927	-0,7%	-3,1%	-8,6%
ES	Vitória	21,643	19,958	17,462	15,224	-12,5%	-12,8%	-29,7%
MS	Campo Grande	22,317	23,531	22,298	21,406	-5,2%	-4,0%	-4,1%
MT	Cuiabá	14,639	15,008	14,073	13,662	-6,2%	-2,9%	-6,7%
GO	Goiânia	21,409	16,104	15,657	15,972	-2,8%	2,0%	-25,4%
PR	Curitiba	11,930	13,689	14,363	12,815	4,9%	-10,8%	7,4%
SC	Florianópolis	4,222	3,463	3,390	3,112	-2,1%	-8,2%	-26,3%
RS	Porto Alegre	11,299	10,557	10,627	10,530	0,7%	-0,9%	-6,8%

A partir dos dados acima, disponíveis no portal da transparência do Município de Vitória, verifica-se que, de fato, a Resolução nº 13/2012 causou um forte impacto no total das receitas públicas, prejudicando a manutenção e continuidade de diversos serviços públicos. Assim, indubitável que houve dano ao Município.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Contudo, o dano pode ser efetivamente provado por meio de laudos técnicos de especialistas em economia, que assegurarão os impactos negativos na economia local são decorrentes da medida adotada pelo Governo Federal.

Quanto à modalidade do dano causado, atente-se que modernamente a doutrina¹⁴ e a jurisprudência tem reconhecido a existência de outras modalidades, além do dano material e moral. Entre essas novas modalidades podemos citar os *danos estéticos*, *perda de uma chance* e os *danos sociais*.

O que nos interessa no presente caso é o dano social, que se caracteriza como “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral (...), quanto por diminuição na qualidade de vida”¹⁵.

Note-se que o dano social não se confunde com o dano moral coletivo, uma vez que este tem apenas natureza extrapatrimonial. O dano social tem cunho patrimonial e extrapatrimonial e decorre de condutas socialmente reprováveis, ou comportamentos negativamente exemplares. Trata-se de modalidade de dano difuso, uma vez que os prejudicados são indivíduos indeterminados ou indetermináveis.

Inclusive, tal modalidade de dano já foi reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho:

O fenômeno abordado, cujos pressupostos restaram bem delineados no caso concreto (conduta ilícita, culpa, nexos causal e dano extrapatrimonial) consiste no que a doutrina empresarial tem reconhecido como “dano social”, modalidade de dano

14

<http://direito-legal.jusbrasil.com.br/noticias/218757341/surge-uma-nova-modalidade-de-reparacao-civil-os-danos-sociais>

15

Conforme Antônio Junqueira de Azevedo, citado por Flávio Tartuce, em seu Manual de Direito Civil – Volume único, 5ª edição, Editora Método.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

injusto de natureza extrapatrimonial e transcendente a situações individuais que é amparado pela teoria da responsabilidade civil, em seu momento evolutivo mais avançado.

(TST - RR: 18509220105030111, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Julgamento: 23/09/2015, 7ª Turma, Publicação: DEJT 23/10/2015)

No presente caso, resta claro que a edição da Resolução nº 13/2012 provocou danos sociais à população do Município de Vitória, que diante de uma conduta atentatória ao pacto federativo, se viu privada em diversos investimentos em serviços públicos. Além disso, provocou um desaquecimento da economia local, com o fechamento de empresas e encerramento de postos de trabalho.

Dessa forma, a fim de reparar o dano social apontado, e evitar que a União Federal adote novas medidas políticas desse jaez, sem a mínima preocupação no impacto das contas públicas de entes menores, faz-se necessário que seja fixada indenização de forma equitativa destinada a um fundo municipal que será formado especialmente para tal finalidade.

4.5 - NEXO DE CAUSALIDADE: DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA LEALDADE FEDERATIVA

Após a demonstração da conduta e do dano social, passaremos a demonstrar o nexo de causalidade, que nada mais é do que o elemento imaterial da responsabilidade civil, que vincula em uma relação de causa e efeito a conduta e o dano.

Há diversas teorias desenvolvidas para explicar o nexo causal, sendo a mais aceita pela jurisprudência a *teoria da causalidade adequada*. Para essa teoria, deve-se identificar se determinado fato gerou o evento dano. Trata-se de um exercício mental em que se imagina a não ocorrência do fato analisado e se verifica se, mesmo assim, ocorreria o



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

dano. Em outras palavras, se não houvesse a ocorrência do dano sem o fato examinado, evidencia-se o nexo causal.

No presente caso resta claro que se não houvesse a nova fórmula de divisão da arrecadação do ICMS promovido pela Resolução nº 13/2012, também não haveria a queda nos repasses aos cofres públicos do Município de Vitória.

Como dito anteriormente, o Município de Vitória teve uma dupla penalização, pois, além de ter diminuído a arrecadação do ICMS no estado do ES (o que diminui, por tabela, o volume dos repasses do tributo aos Municípios), a redução da alíquota esvaziou o conteúdo econômico do FUNDAP, que buscava privilegiar exatamente as importações pelo Porto de Vitória/ES, através de fomentos financeiros.

Tal causalidade é claramente demonstrada nos gráficos acima apontados em que se visualiza uma queda abrupta a partir do exercício de 2013. Logo, não se pode negar a relação de causa (i.e., Resolução nº 13/2012) e efeito (i.e., queda nos repasses de ICMS ao Município de Vitória e desaquecimento da economia local). Isso, por si só, já demonstra o nexo de causalidade apto a ensejar a responsabilidade da União Federal.

Aqui vale mais uma vez ressaltar que a responsabilidade da União Federal decorre de total falta de observância ao princípio do pacto federativo, uma vez que editou ato legislativo sem tomar medidas que atenuassem o impacto social no Município de Vitória.

Conforme já afirmado, **o que se espera do legislador federal é que medidas de alto impacto sejam implementadas de forma gradativa**, a fim de que o ente político impactado tenha tempo hábil para se preparar para uma mudança na estrutura da arrecadação.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Trata-se, na verdade, de promoção do princípio da lealdade federativa que, apesar de não ser um princípio constitucional explícito, pode ser extraído a partir da leitura do art. 1º, *caput*, da Constituição Federal.

Consoante o referido dispositivo, a República Federativa do Brasil é formada pela união **indissolúvel** dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Por conta disso, a lealdade deve permear as relações entre todos os entes políticos, visando manter essa união indissolúvel.

Quando o art. 60, §4º, inciso I, da Constituição Federal estabelece que não são permitidas alterações no texto constitucional que tendam a abolir a forma federativa de Estado, demonstra que a manutenção desse pacto federativo é pilar da existência da nossa nação, fundamento do qual não se pode abrir mão. Qualquer conduta que tenta de violar o funcionamento desse pacto devem ser abolidas, por serem contraditórias ao sistema da República Federativa do Brasil.

Ademais, o art. 18 da Constituição Federal dispõe que em relação à organização político-administrativa os entes políticos possuem **autonomia**, o que corrobora a existência do princípio da lealdade federativa. Não há como falar em autonomia sem que haja um dever mútuo de lealdade, pois o impacto na arrecadação dos entes maiores interfere na arrecadação dos menores. Não é admissível que o exercício da competência legislativa de um ente interfira de modo negativo na de outro.

Em outras palavras, as unidades federativas, no exercício de suas competências autônomas, devem sempre observar obrigações e limitações que busquem manter a indissolubilidade da federação e a autonomia dos demais entes.

Nesse sentido, o STF já se pronunciou no sentido de que há interferência na autonomia dos Municípios quando o Estado condiciona e restringe repasses de receita



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

previstas constitucionalmente. Isso porque a fração correspondente ao repasse previsto na constituição não pertence ao Estado, mas aos Municípios. No caso analisado pelo Supremo, julgou-se inconstitucional lei estadual de Santa Catarina que instituiu benefício de ICMS e restringiu o valor dos repasses aos Municípios daquele Estado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - **A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios.** II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido.

(RE 572.762/SC, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-04 PP-00737)

Mais importante que o resultado do julgamento acima, são os fundamentos expostos nos votos dos ministros. No que diz respeito ao tema da autonomia dos entes e repartição de receitas, o voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI foi preciso ao afirmar que:

(...), para autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federativos seja real, efetiva, e não apenas virtual, **cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira**, (...).

Portanto, qualquer alteração legislativa que impacte na repartição de receitas tributária fatalmente atingirá a autonomia dos entes federativos menores, especialmente se não for prevista uma forma de amenizar o impacto, o que é comumente feito, conforme já



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

demonstrado acima com o exemplo da EC 87/2015, e que não foi observado no presente caso.

Cabe de plano afastar qualquer argumento no sentido de que os Municípios só teriam direito aos valores dos repasses do ICMS a partir do efetivo ingresso nos cofres públicos do respectivo Estado. Conforme o art. 158, IV, da Constituição Federal, 25% do produto da arrecadação do ICMS **pertence** aos Municípios. Inclusive, isso ficou consignado em outro trecho do voto do relator no referido RE 572.762/SC:

Não merece acolhida, *data venia*, a alegação de que o direito do Município estaria condicionado ao efetivo ingresso do tributo no erário estadual, porque nesse momento é que passaria a existir como receita pública.

(...)

Isso é exatamente o que se ocorre com a parcela do imposto a que se refere o art. 158, inciso IV, da Lei Maior, a qual não constitui receita do Estado, mas, sim, dos Municípios, aos quais pertencem de pleno direito.

Portanto, ao promover alterações que modificaram a distribuição da receita do ICMS sem qualquer regra de transição que visasse atenuar o impacto negativo nas contas do Município de Vitória, a União Federal interferiu indevidamente na autonomia municipal, desrespeitando o princípio da lealdade federativa.

Em outras palavras, parafraseando outro trecho do brilhante voto do relator no REsp 572762, nesse caso a União Federal "*fez cortesia com o chapéu alheio*", provocando um sério dano social aos munícipes e ao Município de Vitória, causado pela vertiginosa queda no volume dos repasses e evasão das empresas que davam sustentação à economia local.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

5 – OS PARÂMETROS PARA AVALIAÇÃO DO DANO: REGRAS/MODELO DE TRANSIÇÃO

Com relação à mensuração do dano sofrido pelo Município, os gráficos apresentados demonstram que, após 3 anos de vigência da Resolução nº 13/2012, o repasse de ICMS ao Município de Vitória caiu R\$ 242 milhões, ou seja, uma média de R\$ 80 milhões a menos por ano, já considerada a inflação do período.

Segundo estudos econômicos que embasaram a proposta de regra de transição, não encampada pelo Governo Federal, foi previsto que seriam necessários cerca de 8 (oito) anos para amenizar os impactos na economia local. Considerando esse período, o impacto na arrecadação municipal seria de cerca de R\$ 640 milhões.

Por outro lado, tomando como paradigma a regra de transição prevista na EC 87/2015, que trouxe nova forma de arrecadação de ICMS sobre comércio eletrônico, o tempo para aplicação da nova regra foi de 4 (quatro) anos. Levando em conta o período de transição previsto nesse caso, o impacto da arrecadação teria sido de R\$ 320 milhões, sendo que R\$ 240 milhões efetivamente já foram suportados pela sociedade capixaba.

De qualquer forma, independente dos parâmetros que forem adotados para mensurar equitativamente o dano social, deve ser considerado que não se trata apenas de queda de arrecadação ao longo de mais de um exercício, mas também aumento de desemprego e falta de investimento em diversos projetos de interesse social.

6 - DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, o Município de Vitória requer:

- a) Seja citada a União Federal para contestar a presente ação;



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

- b) Seja julgado procedente o pedido para condenar a União Federal ao pagamento de indenização por danos sociais, reparando-se todas as perdas elencadas nessa ação, devendo essa verba ser destinada a Fundo Municipal especialmente constituído para investimentos voltados desenvolvimento econômico da cidade;
- c) Seja declarada incidentalmente a inconstitucionalidade formal da Resolução nº 13/2013, tendo em vista a comprovação de compra de apoio legislativo pela empresa Odebrecht.
- d) O Município pretende provar o alegado por todos os meios de prova admissíveis em direito, inclusive mediante prova técnica realizada por peritos da área econômica;
- e) Seja a União Federal condenada ao pagamento de honorários advocatícios, conforme art. 85, do Novo Código de Processo Civil.

Dá-se o valor da causa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), tendo em vista que não se pode dimensionar de forma precisa e cartesiana os danos sofridos.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Vitória, 14 de dezembro de 2016

RUBEM FRANCISCO DE JESUS
Procurador Geral do Município
Matr. 214604 - OAB/ES 6.440