

APEB

Associação dos Procuradores
do Estado da Bahia

Ano I - 2019
EDIÇÃO ESPECIAL

Revista

APEB

Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

Prêmio
Alice Gonzalez Borges

TRABALHOS VENCEDORES



Associação dos Procuradores
do Estado da Bahia

A Revista APEB - é uma publicação oficial da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia de periodicidade bianual. Objetiva ser um espaço de disseminação da produção intelectual e acadêmica, com a publicação de artigos, relatos de experiência, textos técnicos e resenhas de temáticas jurídicas de interesse da Associação, dos Procuradores e da comunidade forense.

EQUIPE:

Editor Responsável
Raimundo Luiz de Andrade

Equipe Editorial
Secretaria APEB
Lume Assessoria de Comunicação
Gato de AP/Arnoldo Miranda

DIRETORIA

Presidente:
Cristiane Santana Guimarães

Vice-Presidente:
Tatiana Martins de Oliveira

Secretário Geral:
Ubenilson Colombiano Matos dos Santos

Diretor Financeiro:
Raimundo Luiz de Andrade

Diretor de Inativos/Pensionistas:
Alba Freire de Carvalho Ribeiro da Silva

Diretor Social e de Divulgação:
Arlley Cavalcante de Oliveira

Diretor Jurídico e de Prerrogativas:
Roberto Lima Figueiredo

Conselho Editorial e Científico

Roberto Lima Figueiredo
Marco Valério Viana Freire
Miguel Calmon Teixeira de C. Dantas
Marcos Antônio dos Santos Rodrigues
Analice Passos Costa Gramacho
Regina Celeste de Almeida Souza

MESA DA ASSEMBLEIA GERAL

Membro Efetivo:
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas

Membro Efetivo:
André Luiz Peixoto Fernandes

Membro Efetivo:
Mariana Machado da Nóbrega

Membro Suplente:
Iara Alves de Paiva Lima

Membro Suplente:
Rosana Jezler Galvão

CONSELHO FISCAL

Membro Efetivo:
Paulo Borba Costa

Membro Efetivo:
Walsimar dos Santos Brandão

Membro Efetivo:
Evandro Dias Costa

Membro Suplente:
Roque Luiz Vaz Carvalho de Souza

Membro Suplente:
Márcio César Bartilotti

CONSELHO DE ÉTICA

Membro Efetivo:
Antônio Ernesto Leite Rodrigues

Membro Efetivo:
Mário César da Silva Lima

Membro Efetivo:
Dâmia Mirian Lâmega Bulos Sena

Membro Suplente:
Marcela Capachi Nogueira Soares

Membro Suplente:
Mário Rodrigues Coelho Neto

Revista APEB [Recurso eletrônico]/ Associação dos Procuradores do Estado da Bahia. V.1 n.1(2019) – Salvador : APEB, 2019-

Bianual
E-ISSN

1.Direito – Periodico 2. Procuradoria I. Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

CDD – 340

SUMÁRIO

COTAS EM EDITAIS: privilégio ou ação afirmativa?	4
Resumo:	5
1. Análise do contexto fático da discriminação racial no Brasil e das ações afirmativas nos editais do MINC.....	7
2. Análise da legislação.....	11
3. Da Hermenêutica aplicada ao tema.....	18
4. Da conclusão.....	26
 PROCESSO Nº.: PGE/2018302941-0 INTERESSADO(S): SDE / SEFAZ / EBAL PARECER Nº : NAE – 006 / 2019.....	 27
 A LIBERDADE DE ENSINO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: A TEORIA DO GOVERNMENT SPEECH E A RESPONSABILIDADE DO DISCURSO.....	 60
Resumo	61
1. Introdução.....	63
2. A Constituição Federal de 1988.	63
3. A universidade pública como integrante da Administração Pública e a teoria do “government speech”.	66
4. Da limitabilidade da liberdade de ensino.....	70
5. Exemplos das controvérsias acerca dos limites da liberdade de ensino e da autonomia universitária no brasil e em outras repúblicas democráticas.	73
6. Dos contornos da liberdade de ensino.	79
7. Conclusão.....	81
Referências:.....	84

COTAS EM EDITAIS: privilégio ou ação afirmativa?

Por: Lízea Magnavita Maia

COTAS EM EDITAIS: privilégio ou ação afirmativa?¹

RESUMO:

O trabalho consiste em uma produção técnica, na modalidade parecer jurídico, que respondeu a uma consulta formulada pela Secretaria de Cultura sobre a possibilidade de destinar 30% dos recursos repassados pelos edi-

tais Setoriais do Fundo de Cultura da Bahia, para fomento na área cultural, para cotas raciais. O estudo analisou o contexto fático das políticas afirmativas, a legislação e a hermenêutica para concluir pela sua possibilidade.

¹ Produção Técnica: Parecer na área de Direito Administrativo

CONSULTA. COTAS RACIAIS EM EDITAIS DO FUNDO DE CULTURA DA BAHIA.

Considerações acerca do Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa, Lei estadual nº 13.182/2014, Lei nº federal 12.990/2014 e do Decreto estadual nº 15.353/2014. Possibilidade. Recomendação de Uniformização.

Cuida o presente expediente de consulta formulada pela Secretaria de Cultura acerca da possibilidade de destinar 30% dos recursos repassados pelos editais Setoriais do Fundo de Cultura da Bahia, para fomento na área cultural, para cotas raciais na forma do item abaixo transcrito (fls. 68/97):

“3.2 Cota para autodeclarados Negros – Poderão encaminhar propostas culturais para seleção:

- (a) Pessoa Física: maiores de 18 (dezoito) anos que se autodeclararem negros, conforme formulário de autodeclaração (anexo VI);
- (b) Microempreendedor Individual (MEI); que se autodeclarar negro, conforme formulário de autodeclaração (anexo VI). O MEI equipara à pessoa física, excetuadas as situações indicadas neste Edital;
- (c) Pessoa jurídica de direito privado que possuam a partir de 50% do seu quadro diretivo autodeclarado negro, conforme formulário de autodeclaração (anexo VI)

O edital também previu que, após a seleção das propostas os proponentes autodeclarados negros serão convocados a participar de entrevistas para aferição da autodeclaração, por uma Comissão Específica, e em caso de autodeclaração falsa a proposta será

desclassificada do processo seletivo.

No expediente inaugural o Superintendente de Promoção Cultural Alexandre Simões informa que os objetos, justificativas, categorias e valores dos Editais Setoriais 2018 estão sendo definidos pelas Unidades Vinculadas, que foram estimuladas a adotarem metodologias de seleção para garantir a diversidade de etnia, raça e gênero. Esclareceu também que os Editais Setoriais 2018 já foram aprovados previamente pela PGE, o que demandaria nova análise desta acerca da pretendida alteração.

A Diretora Geral da FUNCEB em Nota Técnica, às fls. 30/31, esclareceu que a Lei Federal nº 12.990/2014, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 13.182/2014) e o Decreto estadual nº 15.353/2014 garantem a destinação de reserva de valor àqueles autodeclarados como negros.

Pontuou que o art. 1º da Lei nº federal 12.990/2014 determinou a reserva de 20% das vagas oferecidas em concur-

so público na Administração Pública Federal para negros e o art. 49 da Lei estadual nº 13.182/2014 determinou a reserva de 30% das vagas oferecidas em concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração estadual e o art. 52 da Lei nº 13.182/2014 prevê que a Administração Pública Estadual observará critérios e incentivos que viabilizem a contratação de empresas que implementem programas de ação afirmativa para acesso das mulheres negras e da população negra a oportunidades de trabalho e de negócios, havendo, portanto, lastro na legislação para a inserção de cotas como meio e forma de reparação da discriminação sofrida pelos negros ao longo da história.

Dessa forma, se entendeu que haveria obrigatoriedade da inserção das cotas raciais nas seleções públicas para ingresso da população negra, adotando-se por analogia o percentual de 30% previsto para o concurso público.

É o relatório.

1. Análise do Contexto Fático da discriminação racial no Brasil e das ações afirmativas nos Editais do MINC.

Os indicadores sociais produzidos por órgãos governamentais (IBGE e IPEA), organizações não governamentais e por pesquisas universitárias, apontam para a existência objetiva da discriminação e da desigualdade na distribuição riqueza, das oportunidades educacionais e na prestação de serviços públicos que recaem sobre a população negra no Brasil.

Em 2015, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2018), a população brasileira possuía mais pessoas autodeclaradas negras do que de qualquer outra raça ou cor, com um percentual próximo de 54,0% – proporção que aumenta quando se volta ao palco baiano – 79,5% no estado como um todo e 85,7% na RMS13².

De acordo com pesquisa elaborada pelo IPEA, dos 53 milhões de pobres brasileiros, 63% são negros e 37% são brancos. Já com relação aos 22 milhões de habitantes que estão abaixo da linha de indigência no país, 70% são negros. A pobreza também atinge 51% de todas as crianças brasileiras.

² Disponível em <http://www.sei.ba.gov.br/images/publicacoes/download/recortes_sociais/recortes_sociais_web.pdf. Acesso em 06 de novembro de 2018.

Dessas, a grande maioria (65%) é negra e apenas 38% são brancas³.

A taxa de desemprego de negros é 50% superior em relação ao restante da sociedade. Entre os pobres e extremamente pobres fora do mercado de trabalho, 70,7% são negros. Dados apontam, ainda, que 46,9% da população negra está inserida nas posições mais precárias (trabalho sem carteira assinada, empregado doméstico ou trabalho por conta própria), ao passo que 37,7% da população branca ocupa os mesmos postos. A população afrodescendente recebe, ademais, em média, 55% da renda percebida pelos brancos⁴.

O IPEA demonstrou que mesmo quando se comparam pessoas com igual escolaridade, os negros seguem em desvantagem. Se tomarmos os trabalhadores com mais de 12 anos de estudo, por exemplo, verifica-se que o rendimento médio de homens negros equivale a 66% daquele auferido por homens brancos e, em situação ainda pior, o rendimento de mulheres negras equivale a 40% do auferido por homens brancos⁵. A explicação

para essa diferença, segundo o IPEA, é que o racismo afeta as carreiras, as posições, o setor de atividade e o nível hierárquico que os negros podem vir a ocupar.

No tocante a escolarização, verifica-se que o analfabetismo é 2,5 vezes maior entre negros do que entre brancos; que a taxa média de escolarização dos brancos com 10 anos ou mais de idade é de 6,5 anos, enquanto a dos negros é de 4,4 anos e de 4,5 anos para pardos⁶. Nas universidades o percentual de negros de 2,2% e o de pardos é 13,5%, respectivamente (CENSO/IBGE, 2000).

Com relação a oferta de serviços públicos, verifica-se que 52% dos negros não contam com esgoto adequado, ao passo que 28% da população branca convive com essa realidade; que 9% dos negros encontram-se sem energia elétrica, ao passo que apenas 3% dos brancos vivem sem; que 30% dos negros vive sem coleta de lixo, ao passo que 15% dos brancos não dispõe desse serviço.

A cor da pele influencia a vida dos negros em todos os seus aspectos: nas

³ Disponível em < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pesquisa-do-ipea-expoe-racismo,20010322p31235>> Acesso em 09 de novembro de 2018.

⁴ IPEA, Políticas sociais: acompanhamento e análise, 2014.

⁵ Tatiana Dias Silva; Josenilton Marques da Silva, Nota Técnica Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. p. 4-5.

⁶ Disponível em <https://noticias.r7.com/brasil/analfabetismo-entre-negros-e-duas-vezes-maior-do-que-entre-brancos-21122017> Acesso em 09 de novembro de 2018.

condições de moradia e saúde, nas relações com a Polícia e com o Estado, na educação e também no mercado de trabalho. Nas favelas, 66% dos domicílios são chefiados por negros⁷. No sistema carcerário, 61% dos presos são negros; 76,9% dos jovens vítimas de homicídios são negros, e 67% da população de rua é composta por negros⁸.

Esses dados comprovam a existência de uma questão racial no Brasil, refletida no tamanho da desigualdade entre negros e brancos, seja na renda, nos estudos, ou na oferta de serviços sociais básicos. Não dá mais para negar que o racismo estrutural está intimamente relacionado com as condições de vida da população negra, além de confirmar as históricas denúncias do movimento negro. Tal contexto coloca para a sociedade a necessidade de uma ampla discussão sobre a importância da superação das desigualdades raciais para a democratização da própria sociedade, justificando a publicação de leis para implementação de políticas públicas de ações afirmativas.

E também a importância de políti-

cas públicas para inserção dessa população economicamente ativa no mercado de trabalho, inclusive no setor cultural e criativo que, de acordo com o Sistema de Informações e Indicadores Culturais, respondia em 2003 por 5,7% dos empregos formais e 6,2% do número de empresas, sendo que as empresas culturais são responsáveis por 5% dos postos de trabalho da indústria do país e por 9% do total de postos de trabalho no setor de serviços⁹.

O Ministério da Cultura –MINC já atua desde 2012 na criação de políticas afirmativas para negros como é o caso dos editais Curta Afirmativo, lançados em 2012 e 2014, do Longa BO Afirmativo, de 2016, e os do #AudiovisualGeraFuturo de 2018¹⁰.

Assim, desde 2012 o MINC realiza ações afirmativas para o combate ao racismo em diversos editais de cultura. A Fundação Biblioteca Nacional (FBN) patrocinou a implantação de 30 pontos de leitura e formação de autores negros em todas as capitais, e ofereceu bolsas para pesquisadores negros. Foi instituído o Prêmio

⁷ IPEA, Retrato das desigualdades de gênero e raça, 4ª ed., 2011.

⁸ IPEA, Políticas sociais: acompanhamento e análise, 2014.

⁹ Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indic_culturais/2003/indic_culturais2003.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2018.

¹⁰ http://www.cultura.gov.br/o-dia-a-dia-da-cultura/-/asset_publisher/waaE236Oves2/content/minc-debate-politicas-afirmativas-em-editais-de-audiovisual/10883

Funarte Grande Otelo para investir em criação, produção e fazer com que artistas e produtores negros ocupem palcos, ruas, escolas e galerias de arte de todo o país. Foram patrocinados 33 projetos nas categorias artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, além de pesquisa da produção artística negra no Brasil. Além da premiação de produções em curta-metragem. Trabalhos dirigidos e produzidos por jovens negros, de 18 a 29 anos, com temática livre e a possibilidade de utilização de técnicas de animação¹¹.

Um estudo feito pela Ancine e divulgado em janeiro de 2018¹² com base em 142 longas-metragens brasileiros lançados comercialmente em salas de exibição no ano de 2016, pontou que 75,4% foram dirigidos por homens brancos; que as mulheres brancas assinaram a direção de 19,7%; e que apenas 2,1% foram dirigidos por homens negros. Nenhum foi dirigido ou roteirizado por mulheres negras. A participação nos elencos das obras também mostra a sub-representação da população negra. Apesar de o Brasil ser formado por 54% de negros, o percentual de negros no elenco dos 97 filmes brasileiros de ficção lançados em 2016 foi de apenas 13,4%.

A partir desse estudo foi adotada uma política para ampliar a participação no mercado de novos talentos e de realizadores negros, mulheres e indígenas e estimular a descentralização do setor audiovisual e a produção de conteúdo infantil e transmídia. Esses foram os objetivos centrais do primeiro conjunto de editais do programa #AudiovisualGeraFuturo (11 editais) que foram publicados em 26 de fevereiro deste. Segundo o ministro da Cultura Sérgio Sá Leitão a estimativa era de dispensar R\$ 1 bilhão para programa”.

Em 22 de junho de 2018 também foi lançado o edital Filme Cultura Edição 64 com a temática do Cinema Negro que foi desenhado para dar visibilidade e para abrir espaço para o questionamento e a promoção sobre o cinema realizado por pessoas negras no Brasil e a representação dessas pessoas no audiovisual nacional.

Nada mais compreensível nesse contexto que, no Estado que possui a maior população negra do Brasil, se pretenda implementar políticas de ação afirmativa no setor cultural, como pretende a SECULT, buscando destacar 30% dos recursos nos editais setoriais, como uma das estratégias de

¹¹ http://www.cultura.gov.br/artigos/-/asset_publisher/WDHlazzLKg57/content/a-favor-das-acoes-afirmativas-559201/10883

¹² http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xIR9ITn/content/minc-lanca-11-editais-de-audiovisual-no-valor-de-r-80-milhoes/10883

superação das desigualdades raciais.

O Estado da Bahia deve muito da sua identidade à cultura negra, sem os negros a Bahia não seria a Bahia. Portanto, ao assegurar o direito de acessar um percentual mínimo dos recursos públicos do fomento cultural, o Estado da Bahia não está apenas reconhecendo o valor da cultura negra para a Bahia, mas está também dando condições materiais para o combate ao racismo estrutural.

Mas será que o nosso ordenamento jurídico pátrio autoriza a estratégia escolhida?

2. Análise da Legislação.

Pretende-se aqui pesquisar as normas do ordenamento brasileiro que tratam da questão das ações afirmativas para a população negra, com vistas a uma melhor compreensão do contexto jurídico para a resposta da consulta formulada.

Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil já tinha internalizado, através do Decreto nº 65.810/69, a Convenção para Eliminação da Discriminação Racial, que em seu Artigo I afirmava que:

“não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequa-

do de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

Segundo o entendimento vencedor no STF, do ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343-SP e reiterado no julgamento do HC 90.172-SP, os tratados já vigentes no Brasil possuem valor supralegal, e em se tratando de tratados de direitos humanos acham-se formal e hierarquicamente acima do Direito ordinário.

Desta forma, desde 1969 o Estado brasileiro assumiu perante a comunidade internacional e interna a obrigação de implementar ações afirmativas para a proteção dos direitos da população negra.

Mas essa obrigação foi melhor delimitada a partir da Constituição Federal de 1988 que definiu no seu art. 3º, os seguintes objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais-

quer outras formas de discriminação.

Restou evidenciada a preocupação em erradicar as desigualdades raciais e de combater o racismo em solo brasileiro.

Também o art. 5º elegeru o princípio da igualdade como direito fundamental do indivíduo. Mas essa igualdade não se confunde apenas com a igualdade formal, como nos primórdios se pensava, sendo também igualdade material e de reconhecimento, como já bem elucidou o Ministro Roberto Barroso no voto na ADC 41.

Conforme foi bem esclarecido pelo Ministro, a igualdade formal é aquela que impede que a lei estabeleça privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas. Dessa forma, o que se busca é que os critérios de diferenciação estabelecidas pela lei sejam razoáveis e que o fim buscado sejam compatível com a Constituição, como ocorre com as ações afirmativas que visam combater o racismo estrutural da sociedade brasileira, herdado por anos de escravidão e confirmados nas estatísticas acima descritas.

“Passo, então, a essa análise, destacando que a ideia de igualdade, como é compreendida na contemporaneidade, tem três dimensões: a igualdade formal, a igualdade material e uma modalidade mais recente e muito importante, que é a igualdade como reconhecimento. Desse modo, eu gostaria de enfrentar a questão das cotas raciais dentro desses três planos da igualdade, começando pela

questão da igualdade formal, que é precisamente aquela que impede que a lei estabeleça privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas. A ideia de igualdade formal é um mandamento ao legislador, inclusive, para que ele não discrimine as pessoas, não desequipare as pessoas. Mas o que está subjacente aí é que não faça de maneira arbitrária, porque legislar nada mais é do que classificar pessoas e coisas à luz dos mais diferentes critérios. Assim, o que se exige é que o fundamento da desequiparação seja razoável e que o fim visado seja compatível com a Constituição.

Pois bem, gostaria de salientar que, neste caso específico, tanto o fundamento quanto o fim são razoáveis, motivados por um dever de reparação histórica e pelas circunstâncias de que existe um racismo estrutural na sociedade brasileira que precisa ser enfrentado. No tocante à reparação histórica, nem há muita necessidade de se investir energia. Ela decorre da escravidão e de pessoas que foram retiradas, à força, do seu habitat natural e depois submetidas a trabalhos forçados e a condições degradantes de vida. E quando vem a abolição do regime escravocrata, essas pessoas são liberadas na sociedade sem nenhum planejamento, sem nenhuma integração, sem nenhum tipo de preparação para viver como pessoas livres em uma sociedade - liberal seria exagero - que começava a se liberalizar. Portanto, e não sem surpresa, como lembrado também da tribuna, na passagem de Joaquim Nabuco, mesmo depois de libertados, os negros continuaram a desempenhar as funções mais subalternas dentro de uma sociedade altamente hierarquizada como a nossa.

Portanto, o primeiro fundamento é uma reparação histórica a pessoas que herdaram o peso e o custo social do estigma moral, social e econômico, que foi a escravidão no Brasil; e, uma vez abolida, foram entregues à própria sorte, sem terem condições para se integrar em à sociedade.

Em segundo lugar, certamente como decorrência dessas circunstâncias que acabo de narrar, há o racismo estrutural da sociedade brasileira. Aqui, diferentemente do que se passou nos Estados Unidos, não foram necessárias leis discriminatórias, leis do estilo “Jim Crow”: vagões para negros, vagões para brancos; praias para negros, praias para

brancos; banheiros públicos para negros, banheiros públicos para brancos.

Nós não precisamos disso, porque aqui o racismo era tão estruturalmente arraigado que isso já acontecia naturalmente, independente de lei, como consequência da marginalização e do próprio sentimento de inferioridade que isso criava. Nós nos acostumamos com uma sociedade em que os negros eram tratados de uma maneira estratificada, hierarquicamente inferiores nas atividades que desempenhavam. Assim, acostumamo-nos que negros eram porteiros, faxineiros, pedreiros, operários; negras eram empregadas domésticas.”

A busca pela igualdade material visa, justamente, reparar a desigualdade substancial que existe na sociedade brasileira, onde coube aos negros a maior participação nos índices de pobreza, assassinato, prisões, desemprego, etc.

E a busca pela igualdade como reconhecimento busca respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procura aproximá-las, igualando as oportunidades. Daí o reconhecimento da necessidade de prever cotas e percentuais para a população negra, como forma de neutralizar os efeitos nocivos do racismo estrutural e histórico.

Mas a Constituição de 1988 também protegeu os direitos culturais e, em especial, protegeu a produção cultural afro-brasileira, a democratização do acesso aos bens culturais e a valorização da diversidade cultural étnica.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

Já a Constituição do Estado da Bahia previu um capítulo específico para reconhecer a importância da comunidade afro-brasileira na sociedade baiana, e para prever o racismo como crime inafiançável e imprescritível, entre outras ações.

“Art. 286 - A sociedade baiana é cultural e historicamente marcada pela presença da comunidade afro-brasileira, constituindo a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da Constituição Federal.

Art. 287 - Com países que mantiverem política oficial de discriminação racial, o Estado não poderá:

I - admitir participação, ainda que indireta, através de empresas neles sediadas, em qualquer processo licitatório da Administração Pública direta ou indireta;

II - manter intercâmbio cultural ou desportivo, através de delegações oficiais.

Art. 288 - A rede estadual de ensino e os cursos de formação e aperfeiçoamento do servidor público civil e militar incluirão em seus programas disciplina que valorize a participação do negro na formação histórica da sociedade brasileira.

Art. 289 - Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra.

Art. 290 - O Dia 20 de novembro será considerado, no calendário oficial, como Dia da Consciência Negra.”

A Lei federal nº 12.288, de 20 de Julho de 2010, institui o Estatuto da Igualdade Racial e prevê o direito da população negra em participar das atividades culturais e o dever do Estado em implementar políticas de ação afirmativa para proteger e incentivar a cultura negra.

Art. 9º A população negra tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

Art. 15. O poder público adotará programas de ação afirmativa.

Art. 17. O poder público garantirá o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra, com trajetória histórica comprovada, como patrimônio histórico e cultural, nos termos dos [arts. 215 e 216 da Constituição Federal](#).

E no art. 56 previu a observância das ações afirmativas para a inclusão da população negra nos programas previstos nos planos plurianuais:

Art. 56. Na implementação dos programas e

das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, deverão ser observadas as políticas de ação afirmativa a que se refere o inciso VII do art. 4º desta Lei e outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população negra, especialmente no que tange a:

I - promoção da igualdade de oportunidades em educação, emprego e moradia;

II - financiamento de pesquisas, nas áreas de educação, saúde e emprego, voltadas para a melhoria da qualidade de vida da população negra;

III - incentivo à criação de programas e veículos de comunicação destinados à divulgação de matérias relacionadas aos interesses da população negra;

IV - incentivo à criação e à manutenção de microempresas administradas por pessoas autodeclaradas negras;

V - iniciativas que incrementem o acesso e a permanência das pessoas negras na educação fundamental, média, técnica e superior;

VI - apoio a programas e projetos dos governos estaduais, distrital e municipais e de entidades da sociedade civil voltados para a promoção da igualdade de oportunidades para a população negra;

VII - apoio a iniciativas em defesa da cultura, da memória e das tradições africanas e brasileiras.

Também a Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010, que aprovou o Plano Nacional de Cultura, previu a valorização da diversidade cultural e étnica como um dos objetivos da política cultural, competindo ao Poder Público proteger e promover a diversidade cultural, a criação artística e suas manifestações e as expressões culturais, individuais ou coletivas, de todos os grupos étnicos e suas derivações sociais.

Art. 2º São objetivos do Plano Nacional de Cultura

I - reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira;

II - proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial;

- III - valorizar e difundir as criações artísticas e os bens culturais;
- IV - promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções;
- V - universalizar o acesso à arte e à cultura;

Artigo 7 - Medidas para a promoção das expressões culturais:

1. As partes procurarão criar em seu território um ambiente que encoraje indivíduos e grupos sociais a:

- a) criar, produzir, difundir, distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso, conferindo a devida atenção às circunstâncias e necessidades especiais da mulher, assim como dos diversos grupos sociais, incluindo as pessoas pertencentes às minorias e povos indígenas;

A consolidação das cotas aconteceu principalmente com a Lei nº 12.711, de agosto de 2012, conhecida também como Lei de Cotas. Ela estabelece que até agosto de 2016 todas as instituições de ensino superior devem destinar metade de suas vagas nos processos seletivos para estudantes egressos de escolas públicas. A distribuição dessas vagas também leva em conta critérios raciais e sociais, pois considera fatores econômicos.

A Lei federal nº 12.990, de 09 de Junho de 2014, reserva 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela união.

Aqui é importante alertar que o STF, por unanimidade, declarou a constitucionalidade da referida Lei, no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso que assim concluiu:

“Portanto, diante da persistência das desigualdades enfrentadas pela população afrodescendente, evidenciada em todos os indicadores sociais, há fundamento constitucionalmente legítimo para a desequilíbrio promovida pela Lei nº 12.990/2014. Afinal, a reserva de vagas para negros no serviço público se volta a combater o racismo estrutural presente na sociedade brasileira, na linha dos compromissos firmados pela Constituição de 1988 com a promoção da igualdade em seu sentido material, com a redução das desigualdades e com o combate ao racismo (CF/1988, arts. 3º, III e 5º, caput e XLII)³⁶.

No Estado da Bahia a Lei nº 13.182, de 06 de Junho de 2014 instituiu o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia e previu como dever do Estado da Bahia garantir a igualdade de oportunidades ao cidadão brasileiro, através de ações afirmativas, visando o combate à discriminação racial.

Art. 1º - Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, defesa de direitos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e demais formas de intolerância racial e religiosa.

Art. 4º - É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empre-

sariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e valores religiosos e culturais.

Art. 6º - A participação da população negra, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do Estado, será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão igualitária nas políticas públicas, programas de desenvolvimento econômico e social e de ação afirmativa, combatendo especificamente as desigualdades raciais e de gênero que atingem as mulheres negras e a juventude negra;

II - adoção de políticas, programas e medidas de ação afirmativa;

III - adequação das estruturas institucionais do Poder Público para o eficiente enfrentamento e superação das desigualdades raciais decorrentes do racismo e da discriminação racial;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação racial e às desigualdades raciais em todas as suas manifestações estruturais, institucionais e individuais;

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade racial nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil destinadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades raciais, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de medidas e programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades raciais no tocante à educação, cultura, esporte, lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, acesso à justiça e outros aspectos da vida pública.

No art. 22 previu que o Estado desenvolverá ações para ampliar o acesso da população negra a cultura, entre outros direitos.

Art. 22 - O Estado desenvolverá ações para vi-

abilizar e ampliar o acesso e fruição da população negra à educação, cultura, esporte e lazer, almejando a efetivação da igualdade de oportunidades de acesso ao bem-estar, desenvolvimento e participação e contribuição para a identidade e o patrimônio cultural brasileiro.

Parágrafo único - O Estado poderá prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios, tendo para implementação, na esfera local, das medidas previstas neste Capítulo.

Na Seção II sobre o sobre o Direito à Cultura previu no parágrafo único do art. 34 que as seleções públicas de apoio a projetos na área de cultura deverão assegurar a equidade na destinação dos recursos, a iniciativas de grupos de manifestação cultural da população negra.

Art. 34 - O Estado, por meio do Sistema Estadual de Cultura, estimulará e apoiará a produção cultural de entidades do movimento negro e de grupos de manifestação cultural coletiva da população negra, que desenvolvam atividades culturais voltadas para a promoção da igualdade racial, o combate ao racismo e a intolerância religiosa, mediante cooperação técnica, seleção pública de apoio a projetos, apoio a ações de formação de agentes culturais negros, intercâmbios e incentivos, entre outros mecanismos.

Parágrafo único - As seleções públicas de apoio a projetos na área de cultura deverão assegurar a equidade na destinação de recursos a iniciativas de grupos de manifestação cultural da população negra.

A Lei nº 12.365, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a Política Estadual de Cultura, instituiu o Sistema Estadual de Cultura, e previu no seu art. 3º as manifestações étnico-cul-

turais como expressões e bens de natureza material e imaterial e no seu art. 4º, inciso VIII prevê como um dos princípios orientadores da Política Estadual de Cultura, a valorização e promoção da cultura da paz e do respeito às diferenças étnicas, de gênero e de orientação sexual.

A Lei nº 13.193, de 13 de novembro de 2014 que aprovou o Plano Estadual de Cultura da Bahia previu no seu art. 4º, IV o dever do Estado em proteger e promover a diversidade cultural, a criação artística, suas manifestações e as expressões culturais, individuais ou coletivas, de todos os grupos étnicos e suas derivações sociais, reconhecendo a abrangência da noção de cultura em todo o território nacional e garantindo a multiplicidade de seus valores e formações.

O Decreto estadual nº 15.669, de 19 de novembro de 2014, que regulamentou os arts. 48, 52, 55, 57 e § 4º do art. 49, todos da Lei nº 13.182, de 06 de junho de 2014, previu que nas contratações de obras, produtos e serviços a Administração Pública observará se o particular adota políticas de ações afirmativas e priorizará a contratação daqueles com maior aderência aos programas de ações afirmativas para acesso das mulheres negras e da população negra às oportunidades de trabalho e de negócios.

Art. 3º - Nas contratações de obras, produtos e serviços, em especial, das Parcerias Públicos Privadas - PPPs, nos Contratos de Gestão, nas licitações tipo Técnica e Técnica e Preço, nos editais para seleções públicas de convênios, e nos sistemas de credenciamento de fornecedores, mediante previsão editalícia, a Administração Pública observará se o particular adota políticas de ações afirmativas e priorizará a contratação daqueles com maior aderência aos programas de ações afirmativas para acesso das mulheres negras e da população negra às oportunidades de trabalho e de negócios.

Parágrafo único - A comprovação da existência dos programas e medidas especiais adotados para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades será feita mediante apresentação dos elementos e documentos referidos no edital do certame.

E o Decreto nº 15.670, de 19 de novembro de 2014 aprovou os Regulamentos do Sistema Estadual de Promoção da Igualdade Racial - SISEPIR e do Sistema de Financiamento das Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEFPIR, instituídos pela Lei nº 13.182, de 06 de junho de 2014.

Art. 1º - O Sistema Estadual de Promoção da Igualdade Racial - SISEPIR, instituído pela Lei nº 13.182, de 06 de junho de 2014, tem a finalidade de efetivar o conjunto de ações, políticas e serviços de enfrentamento ao racismo, promoção da igualdade racial e o combate à intolerância religiosa.

Parágrafo único - O SISEPIR tem a função precípua de organizar e promover políticas de igualdade racial, compreendidas como conjunto de diretrizes, ações e práticas a serem observadas na atuação do Poder Público e nas relações entre o Estado e a sociedade.

Como visto pelo elenco de normas acima reportadas, existe respaldo no ordenamento pátrio para a imple-

mentação de ações afirmativas no âmbito cultural no Estado da Bahia.

Mas como essas ações podem ser implementadas nos editais da SECULT, considerando que esta é a primeira consulta formulada nesse sentido para análise desta PGE?

3. Da hermenêutica aplicada ao tema.

Os editais setoriais são formatos de seleção pública para apoio a propostas culturais nos mais diversos segmentos, formatos e categorias, com recursos do Fundo de Cultura da Bahia (FCBA), buscando estimular iniciativas que envolvam pesquisa, formação, criação, produção, difusão, circulação e memória.

Cada edital é voltado para um segmento ou para um tema. Dessa forma, existem os editais para as Artes Visuais, Economia Criativa, Grupos e Coletivos Culturais, Museus, Setorial de Arquivos, Bibliotecas, Culturas Digitais, Culturas Populares, Dança, Livro, Patrimônio, Territórios Culturais, Dinamização de Espaços Culturais, Formação e Qualificação, Audiovisual, Culturas Identitárias, Leitura, Música e Teatro.

Entretanto, até a presente data, os editais setoriais não estabeleciam uma política afirmativa específica para a população negra, o que a partir de agora se pretende realizar, destinando 30% dos recursos para as pessoas físicas que se autodeclarem como negras ou para pessoas jurídicas que tenha 50% do seu corpo diretivo autodeclarado negros. Assim, trata-se de uma categoria de política pública que contém ações específicas voltadas para a população negra.

Conforme estudo publicado pelo IPEA, há três categorias de políticas públicas com recorte racial: (i) os programas universais sensíveis à promoção da igualdade racial, (ii) os programas e ações universais com projetos específicos de promoção da igualdade racial e (iii) os programas e ações específicos de promoção da igualdade racial, que “desenvolvem atividades específicas de combate à desigualdade racial, ou voltadas especialmente para a população negra”¹³.

Mas além da presente política pretender cumprir um comando normativo do Estatuto da Igualdade Racial, consoante já acima demonstrado, é preciso observar que ela visa garantir minimamente o acesso aos recursos públicos do fomento cultural para a

¹³ SILVA, T.D. *et al.* "Planejamento e financiamento das políticas de igualdade racial: possibilidades para o Plano Plurianual 2012-2015. Brasília: Ipea, maio 2011, p. 10.

população negra, haja vista a pouca participação dos negros nas seleções lançadas, conforme foi detectado pela FUNARTE na Nota Técnica elaborada pela Administradora Cultural Eulícia Esteves da Silva Veira¹⁴:

“O enfrentamento da desigualdade racial tem sido um desafio para os Estados democráticos contemporâneos, desafio este que o Brasil tem assumido como uma das prioridades de suas políticas públicas. Ao adotar mecanismos de repressão à discriminação e de promoção da igualdade substantiva, o país avança no sentido de garantir aos negros direitos e liberdades fundamentais que lhes foram negados ao longo da história.

Com a criação do Prêmio Funarte Grande Otelo, a Funarte também toma para si este desafio, realizando, pela primeira vez, uma ação voltada para a população negra. O objetivo é facilitar aos criadores e produtores pretos e pardos o acesso aos meios de produção artística (neste caso, dando-lhes possibilidade de acesso preferencial aos recursos públicos).

Cabe ressaltar que a população negra, no Brasil, ainda tem renda inferior à renda média da população brasileira, o que justifica a adoção de medidas que visam ao atingimento da igualdade material em nosso país.

Vale ressaltar, ainda, que concurso em questão está plenamente amparado pela legislação brasileira, especialmente pelo Plano Nacional de Cultura (Lei nº 12.343/2010) que se refere aos programas de reconhecimento, preservação, fomento e difusão do patrimônio e da expressão cultural dos e para os grupos sujeitos à discriminação e marginalização; e pelo Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), que estabeleceu em seu art. 4º, incisos IV e VI, a promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação e as desigualdades étnicas e a implementação de incentivos e critérios de

condicionamento e prioridades no acesso aos recursos públicos.”

Conforme estudos realizados pelo Ipea¹⁵ percebe-se que a justificativa racional para atribuir o tratamento jurídico específico é a necessidade de ações afirmativas **no campo do emprego no setor cultural.**

“Trabalhos realizados por Ipea, Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (Dieese), Laboratório de Análises Econômicas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais (Laeser) e OIT fazem parte da farta literatura que aponta desigualdades de condições da população negra em vários campos da vida social. No mundo do trabalho, verificam-se desigualdades raciais nos principais indicadores (...) A população negra, considerando-se a desigualdade de gênero, apresenta mais elevadas taxas de desocupação. A desigualdade também fica mais evidente na análise dos rendimentos do trabalho, em que, tomando-se a posição mais privilegiada – do homem branco –, os demais grupos, quer por reflexos de discriminações de gênero e raça, quer por interferência de variáveis como localização ou setor de atividade, percebem rendimentos sempre inferiores, ainda que disponham do mesmo nível de escolaridade.”

Trata-se de uma política de ação afirmativa que visa permitir que a população negra acesse os recursos públicos disponibilizados pelo Estado da Bahia para a realização de seus projetos culturais em diversas áreas, a partir do mesmo percentual já definido para a reserva de vagas para a população negra nos concursos públicos e processos

¹⁴ file:///C:/Users/LMAIA/Downloads/APELA%C3%87%C3%83O.pdf

¹⁵ Políticas Sociais - acompanhamento e análise nº 20”, 2012, p. 333.

⁷ http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indic_culturais/2003/indic_culturais2003.pdf

seletivos para provimento de pessoal:

Art. 49 - Fica instituída a reserva de vagas para a população negra nos concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual, correspondente, no mínimo, a 30% (trinta por cento) das vagas a serem providas.

§ 1º - A reserva de vagas de que trata o caput deste artigo aplica-se aos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, bem como aos processos seletivos para contratações temporárias, sob Regime Especial de Direito Administrativo - REDA, promovidos pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo do Estado da Bahia.

§ 2º - Terão acesso às medidas de ação afirmativa previstas neste artigo aqueles que se declarem pretos e pardos segundo a classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, prevalecendo a autodeclaração.

§ 3º - O Estado realizará o monitoramento e a avaliação permanente dos resultados da aplicação da reserva de vagas em certames públicos, de que trata este artigo.

§ 4º - O Estado garantirá a igualdade de oportunidades para o acesso da população negra aos cargos de provimento temporário, assegurando-se a reserva de vagas para o acesso de pessoas negras a estes cargos, observada a equidade de gênero da medida, que será definida em decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual.

De acordo com a bem lançada Nota Técnica elaborada por Renata Dias de Oliveira, Diretora Gral da FUNCEB:

“A FUNCEB vem, através da presente Nota, tecer algumas considerações sobre a inserção das cotas étnico raciais no conjunto de editais setoriais das linguagens artísticas para o ano de 2018, a saber: Dança, Teatro, Circo, Artes Visuais, Literatura e Audiovisual.

(..)

Art. 52 - Os processos de contratação de obras, produtos e serviços pela Administração Pública Estadual observarão critérios e incentivos que viabilizem a contratação de empresas que implementem programas de ação afirmativa

para acesso das mulheres negras e da população negra a oportunidades de trabalho e de negócios em todos os níveis de sua atuação.

(...)

Conforme resta demonstrado, há lastro específico na legislação no que cerne à inserção das cotas como meio e forma de reparação das ausências em prol da comunidade no acesso ao capital financeiro em prol do empreendedorismo e fortificação de suas bases, ensejando, diretamente, o compromisso social e reparatório para com a comunidade negra, por parte das Secretarias do Estado da Bahia.”

Importante resgatar que no Parecer PA-NLC-CCS-78/2015, no Processo nº 200140468400, que versava sobre a análise do edital de registro de preço da SAEB, a il. Procuradora do Estado Cléia Brandão defendeu a aplicabilidade imediata do Estatuto da Igualdade Racial, a fim de efetivar o direito à igualdade racial, com novas exigências na qualificação jurídica das empresas que pretendem contratar com o Estado da Bahia.

“Assim proponho, à vista dos efeitos do art. 52 da Lei Estadual 13.182/14 e da Lei Estadual 13.208/14 e dos demais aspectos abordados nessa manifestação, que:

Sejam incluídos no edital de licitação, no item HABILITAÇÃO JURÍDICA, os itens de e a i, nos seguintes termos: e) comprovação que atende cota mínima de empregados portadores de deficiência nos termos do art. 93 da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991; f) comprovação que o corpo ou quadro diretivo da pessoa jurídica possui 50% (cinquenta por cento) de mulheres; g) comprovação de que o quadro de empregados possui 40% (quarenta por cento) de mulheres; h) comprovação de participação no Programa Nacional de estímulo ao primeiro emprego para jovens, conforme Lei Federal 10.748/2003, alterada pela Lei Federal 10.940/2004 e regulamentada pelo De-

creto Federal 5.199/2004; i) comprovação que realizou o cadastramento de seus empregados/colaboradores constando o quesito raça/cor, observando o critério da autodeclaração.”

O opinativo foi aprovado parcialmente pela Procuradora Assistente Mariana Tannus que, sobre tal questão, concluiu que seria necessário a análise oportuna de um grupo de trabalho, tendo em vista a necessidade da aprovação da minuta de edital padrão pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado:

“No tocante à inclusão de exigências relativas à “habilitação jurídica” no instrumento convocatório, entendo que a matéria deve ser objeto de grupo de trabalho, a ser constituído oportunamente, tendo em vista que a inclusão implicaria em alteração de minuta de edital padrão, já aprovada pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.”

Após pesquisa realizada no SICAJ não foram encontradas informações acerca da constituição do grupo de trabalho, razão pela qual a minuta padrão do edital de registro de preço permanece sem referida alteração.

A questão é ora trazida, pois, aqui também se trata de alteração de minuta padrão de edital já aprovada por esta PGE, no âmbito do fomento à cultura, para inserir no texto do edital, cláusulas específicas sobre a reserva de 30% dos recursos, voltadas à implementação de uma ação afirmativa, para resguardar o direito da população negra de acessar os recursos públicos.

Dessa forma, entende-se que a política de ação afirmativa visa preservar o direito fundamental da igualdade formal, material e de reconhecimento da população negra em acessar os recursos públicos para usufruir do direito à cultura, cabendo, portanto, aplicar as diretrizes hermenêuticas definidas no princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II e no princípio que determina a sua aplicação imediata, previsto no art. 5º, § 2º, ambos da Constituição Federal.

O princípio da prevalência dos direitos humanos afirma uma visão do mundo – que permeia a Constituição de 1988 – na qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva de cidadania.

E o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais confere-lhes eficácia direta e independente de qualquer legislação infraconstitucional, e alcança todos os direitos fundamentais, explícitos ou implícitos no texto constitucional e legal.

O Executivo tem por dever buscar a realização dessas normas através de políticas públicas que promovam os fins perseguidos na Constituição e na legislação. Particularmente, interessam aqui, as ações afirmativas que garantam a equidade na distribuição

dos bens sociais à população negra.

As normas definidoras de direitos fundamentais, na atualidade, são enquadradas na categoria de princípios, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível dentre as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Trata-se do conceito de mandamentos de otimização criado pelo alemão Robert Alexy e amplamente difundido no Brasil.

A esse respeito cumpre citar o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 93.280/SC:

“Em suma: os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, de modo a viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.”

Dessa forma, considerando as diretrizes hermenêuticas para as normas protetoras de direitos humanos, opinou pela necessidade de garantir a aplicabilidade imediata do Estatuto da Igualdade Racial, especialmente aqui ao art. 34 e seu parágrafo único que assim determinam:

Parágrafo único - As seleções públicas de apoio a projetos na área de cultura deverão assegurar a equidade na destinação de recursos a iniciativas de grupos de manifestação cultural da população negra¹⁶.

A norma prevê como dever do Estado assegurar a equidade na destinação de recursos a iniciativas de grupos de manifestação cultural da população negra nas seleções públicas de apoio a projetos na área de cultura e, para a definição do que seja equidade no presente caso, a FUNCEB utilizou o percentual de 30% dos recursos disponíveis em cada edital, a partir da dinâmica da autodeclaração, considerando o percentual já utilizado para a reserva de vagas nos concursos públicos, previsto no art. 49 do Estatuto. O parâmetro da autodeclaração também consta no art. 49, §2º do Estatuto e também já foi adotado nas cotas para acesso das vagas em universidades, cargos públicos e editais do MINC.

A utilização do referido percentual se

justifica a partir da integração da norma, através da analogia, ou mesmo a partir de uma interpretação teleológica, sistemática e sociológica, já que os métodos integrativos e de interpretação não são excludentes. Afinal, em que pese existir um mandamento normativo para que o gestor garanta a equidade na destinação de recursos para a população negra em seleções públicas na cultura, não houve uma definição precisa na lei acerca dos parâmetros para se garantir tal equidade.

Dessa forma, razoável se mostra optar pelo parâmetro já previsto no Estatuto para hipótese semelhante, qual seja, a definição de percentual de vagas nos concursos públicos.

Ainda, num conceito bem simples e de fácil compreensão acerca da analogia, temos aquele trazido por LARH¹⁷, onde utiliza o raciocínio de que partindo da solução prevista em lei para certo objeto, conclui pela validade da mesma solução para outro caso semelhante não previsto.

A analogia do direito tem por finalidade a integração da norma jurídica com seus meios próprios, partindo do pressuposto da coerência intrínseca, a partir da existência de uma lacuna na lei.

Após isso, passa-se a analisar os requisitos necessários para a aplicação da lei através da analogia. É possível enumerar os requisitos da seguinte forma: 1º) o caso deve ser absolutamente não previsto em lei; 2º) deve existir elementos semelhantes entre o caso previsto e aquele não previsto; 3º) esse elemento deve ser essencial e não um elemento qualquer, acidental.

Dessa forma, no tocante ao primeiro requisito, tem-se aqui que a norma citada não definiu a forma para o gestor assegurar a equidade no acesso aos recursos públicos nos editais de fomento à cultura para a população negra. No tocante ao segundo requisito, tanto o art. 34 como no art. 49 se busca a implementação de uma política de ação afirmativa para combater as desigualdades raciais a partir da garantia da equidade no acesso aos bens sociais, e no tocante ao terceiro requisito, tem-se que a equidade perseguida se constitui como o elemento essencial de ambas as normas, razão pela qual se justifica a utilização do mesmo percentual.

Com efeito Carlos Maximiliano¹⁸ já dizia que “consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de

¹⁷ LAHR, *Manual de Filosofia*. apud MAXIMILIANO, Carlos. *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, p. 70.

¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 100.

leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”. Depois acrescenta:

“Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexó entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido”.

Dessa forma, através da interpretação sistemática percebe-se que a norma não pode ser vista de forma isolada, pois o direito existe como sistema, de forma ordenada e com certa sincronia, razão pela qual se justifica a aplicação do percentual de 30% para os recursos destinados nos editais setoriais de fomento à cultura.

Já a interpretação teleológica concentra suas preocupações no fim a que a norma se dirige. Assim, o intérprete deve levar em consideração valores como a exigência do bem comum, o ideal de justiça, a ética, a liberdade, a igualdade, etc.

Assim, não haveria sentido em definir como dever do Estado assegurar a equidade na distribuição dos recursos à população negra, mas impedir o cumprimento desse dever, ante a ausência de definição expressa acerca dos contornos dessa equidade. Portanto, também para garantir o

alcance da finalidade do Estatuto da Igualdade Racial, qual seja, o combate à desigualdade racial, é preciso realizar uma interpretação teleológica para escolher a forma de assegurar a equidade perseguida.

Já a interpretação sociológica, pela definição de João Baptista Herkenhoff¹⁹ é o “processo sociológico que conduz à investigação dos motivos e dos efeitos sociais da lei”.

Os objetivos pragmáticos do processo sociológico de interpretação são:

“a) conferir a aplicabilidade da norma às relações sociais que lhe deram origem;
b) estender o sentido da norma a relações novas, inexistentes ao tempo de sua criação;
c) verificar o alcance da norma, a fim de fazê-la corresponder às necessidades reais e atuais da sociedade.”

Dessa forma, cabe ao intérprete garantir a aplicação ao parágrafo único do art. 34, de forma a adaptá-lo às necessidades reais da sociedade, garantindo a sua efetividade, conforme aqui se pretende.

Vale à pena também esclarecer que, diferentemente do Edital Prêmio Funarte de Arte Negra, do Edital de Apoio à coedição de Livros de Autores Negros e do Edital de Apoio a pesquisadores Negros publicados pelo MINC, FUNARTE e FBN, e que foram declara-

¹⁹ HERKENHOFF, João Batista. Como Aplicar o Direito. 2ª ed., Rio de Janeiro, 1986. p. 28.

dos nulos pelo juízo da 5ª Vara Federal do Maranhão, no julgamento da Ação Popular nº 11734-81.2013.4.01.3700, não se pretende nos editais setoriais da SECULT, excluir as demais etnias, mas apenas, resguardar parcela dos recursos para a população negra. Razão pela qual, a mesma interpretação que justificou a decisão pela declaração de nulidade dos editais, não poderá ser aqui utilizada.

Conforme foi muito bem lembrado na Apelação interposta pela União na referida Ação – **não basta falar da cultura negra, sem dar voz aos negros:**

“Não basta falar da cultura negra, é preciso dar voz aos negros (assim, obviamente, como a outros grupos historicamente marginalizados), para que eles mesmos falem de si, de sua história, de suas angústias, de suas esperanças, que relatem seu passado, que expressem o seu presente, que imaginem o seu futuro! É preciso que a voz que está a entoar cânticos de liberdade tenha sentido a angústia do cárcere, para que, assim, possa ser bem compreendida. Mais uma vez, pede-se vênua ao Juízo para transcrever outra canção que retrata bem o assunto:

‘A cultura e o folclore são meus
Mas os livros foi você quem escreveu
Quem garante que palmares se entregou
Quem garante que Zumbi você matou Perseguidos sem direitos nem escolas Como podiam registrar as suas glórias
Nossa memória foi contada por vocês
E é julgada verdadeira como a própria lei
Por isso temos registrados em toda história
Uma mísera parte de nossas vitórias”

Pelo exposto, concluo que, embora o percentual de 30% não esteja expres-

samente prevista no art. 34, poderá ser adotado como parâmetro adequado para garantir a equidade buscada pela norma.

Embora tal percentual possa ser utilizado como parâmetro em outros editais, sem necessidade de nova consulta a esta PGE, não deverá ser tido como obrigatório para todos os demais editais da SECULT, tendo em vista a variedade de políticas públicas implementadas pelo órgão e a possibilidade desse percentual não ser condizente e adequado para determinados objetos, a exemplo do que se daria em um edital voltado apenas para a valorização da cultura indígena. Neste caso, entender-se como obrigatória a destinação de 30 % dos recursos para a população negra, implicaria em desvio da finalidade perseguida.

Com relação à minuta do edital, apenas solicito a revisão da redação do item 3.2.2 para esclarecer que as cooperativas precisam ser compostas, na maioria, por pessoas negras, sugerindo-se essa redação:

3.2.2. Poderão ser consideradas contempladas à destinação da cota as cooperativas representadas por pessoas físicas ou jurídicas associadas, desde que, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos seus componentes se autodeclarem negros.

Também reitero Parecer dado no pro-

cesso administrativo nº 800160010190, acerca de minuta de edital de seleção pública para a linha de Fomento Setorial, que recomendou que a SECULT promova a alteração no referido edital, de forma a compatibilizá-lo com a Lei nº 12.209/11, prevendo a possibilidade de interposição de recurso hierárquico de toda decisão definitiva, no prazo de 10 dias, contado da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida, que deverá ser dirigido à autoridade que a proferiu, a qual, se não a reconsiderar no prazo de 10 (dez) dias, o encaminhará à autoridade superior.

4. Da conclusão.

Com base nos pontos acima demonstrados, concluo que, embora o percentual de 30% não esteja expressamente prevista no art. 34, poderá ser adotado como parâmetro adequado para garantir a equidade buscada pela norma, podendo a minuta do edital ser alterada na forma proposta, desde que observadas às recomendações acima postas, sendo dever do Estado realizar políticas de ação afirmativa para o combate ao racismo e as desigualdades raciais.

Nessa oportunidade, compete também alertar a necessidade da SECULT realizar a integração de políticas afirmativas para articulação e a integração entre as políticas de promoção

da igualdade racial e combate ao racismo e ao sexismo e as políticas para as mulheres negras, em âmbito estadual. No entanto, considerando a diversidade de políticas de fomento cultural patrocinadas pela SECULT, entendendo que não deverá ser tido como obrigatório para todos os demais editais, tendo em vista as especificidades de cada edital.

Ademais, considerando a necessidade de aplicação imediata do Estatuto da Igualdade Racial, solicito a uniformização com o entendimento manifestado no Processo nº 200140468400, no sentido de possibilitar a revisão dos editais de licitação para cumprimento do quanto disposto no art. 52 da Lei nº 13.182/14.

Considerando o ineditismo da consulta e a necessidade de uniformização, encaminhe os autos para análise da Procuradora Assistente.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA,
09 de novembro de 2018.

**PROCESSO N.º:
PGE/2018302941-0**

**INTERESSADO(S):
SDE / SEFAZ / EBAL**

**PARECER N.º :
NAE – 006 / 2019**

PROCESSO Nº: PGE/2018302941-0
INTERESSADO(S): SDE/SEFAZ/EBAL
PARECER Nº: NAE – 006 / 2019

EMPRESA ESTATAL. Desestatização. Alienação do controle acionário estatal e do patrimônio empresarial à iniciativa privada. Alienação patrimonial que, quanto aos ativos, não incluiu bens imóveis e depósitos administrativos/judiciais feitos em processos em que a Companhia é/foi parte. Alienação patrimonial que, por outro lado, quanto aos passivos, não incluiu aqueles relativos a obrigações trabalhistas, tributárias, judiciais e contratuais constituídas até a data da transferência do controle acionário e que, portanto, foram abarcadas pelo Estado da Bahia. Alienação patrimonial parcial que, portanto, se optou formalmente por realizar, por se mostrar tal forma de alienação mais conveniente e oportuna ao êxito da desestatização empreendida. Opção implementada com autorização legal expressa – art. 36, *caput* e § 1º, da Lei Estadual nº 13.204, de 11.12.2014 –, formalizada objetivamente nas disposições correspondentes e específicas do edital publicado para disciplinar a licitação relativa à venda da Empresa. Assunção de passivos da Entidade desestatizada que, tendo natureza jurídica de ajuda financeira destinada a cobrir déficit de empresa estatal, somente se legitimaria à vista da observância ao art. 26 da LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal, fielmente obedecido no caso concreto. Ajuda financeira destinada a cobrir déficit de empresa estatal que, não se confundindo com a outorga aberta de benefício fiscal-financeiro a contribuintes em geral, para o fomento isonômico e impessoal a empreendimentos produtivos, afasta a incidência, sobre o caso analisado, do disposto no § 6º do art. 150 da CF/88. Ajuda financeira ministrada sob a forma de aumento de capital que, ademais, não se confundindo com incentivo fiscal, não deve integrar o produto da arrecadação partilhável com Municípios baianos para os fins inerentes ao sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. Interpretação que se atribui ao Tema 42 de repercussão geral atribuída pelo STF à decisão pela qual julgou o mérito do Recurso Extraordinário nº 572.762–9/SC. Entendimento diametralmente oposto sufragado pelo STF quando do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 705.423 / SE, gerador do Tema 653, que motivou a suspensão da publicação de súmula vinculante relativa à matéria. Dilema que, vindo a se resolver futura e oportunamente em favor de Municípios baianos, ensejará os pertinentes ajustes de contas e os consequentes repasses, com os acréscimos legais pertinentes. Questão interfederativa que constitui objeto de relação jurídica própria e específica, inapta a repercutir efeitos, presentes ou futuros, sobre os atos concretizadores da desestatização efetuada que, por sua fiel observância ao art. 26 da LRF, configuram atos jurídicos perfeitos, como tais protegidos constitucionalmente – CF/88, art. 5º, XXXVI. Responsabilidade tributária por sucessão empresarial que, no caso concreto, não se perfaz, por não se enquadrar a desestatização efetuada na moldura jurídica do art. 133 do CTN. Modelagem da operação pela qual o Estado da Bahia, autorizado legalmente, sob chancela editalícia e com respeito à LRF, abarcou, de forma livre e legítima, a assunção de todo o passivo tributário da Companhia, inclusive do passivo relativo ao

ICMS, até a data da assinatura do contrato de alienação de sua participação acionária, ensejando a sobreposição das condições de credor e de devedor sobre a pessoa política estatal que, ademais, antes mesmo do ato translativo, segregou e reteve os ativos melhor avaliados e de maior liquidez da Companhia. Inviabilidade jurídica, em tal contexto, da pretensão de suscitar os efeitos da responsabilidade por sucessão empresarial de que cuida o art. 133 do CTN. Boa-fé dos potenciais interessados na compra da Empresa que se presume. Eficácia que se atribui ao § 2º do art. 3º da Lei Estadual nº 12.209, de 20.04.2011. Créditos tributários estaduais do período indicado que, portanto, devem ser declarados extintos, por decisão administrativa da autoridade pública estadual competente, nos termos da legislação própria e para os fins do art. 156, IX, do CTN. Legitimidade jurídica de escolha política inerente à desestatização empreendida que encontra respaldo na inteligência do art. 20, Parágrafo único, da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nesta inserido pela Lei Federal nº 13.655, de 25.04.2018. Outras providências que se indica. Retorno à origem para o quanto cabível.

Os autos do feito em epígrafe emergem da Secretaria de Desenvolvimento Econômico [SDE] solicitando exame sobre a possibilidade de extinção de créditos tributários relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços [ICMS] incidente sobre operações de titularidade da Empresa Baiana de Alimentos S/A [EBAL], efetuadas até a data da transferência do controle acionário da aludida Companhia para a iniciativa privada, inclusive aqueles decorrentes de parcelamento – fls. 01.

Instruem a consulta formulada as planilhas de fls. 02/03 e 08/10, que consolidam o montante dos créditos tributários inscritos na Secretaria da Fazenda [SEFAZ] em relação à EBAL, bem como o r. Despacho de fls. 12/13, pelo qual a i. Procuradora do Estado Dr.^a Ana Carolina Moreira solicita (i) a

juntada do instrumento convocatório do certame deflagrado com vistas à desestatização da Companhia referida – o que se fez às fls. 15/34 –, bem como (ii) uma análise preliminar acerca dos termos segundo os quais se efetivou a assunção do passivo tributário da Empresa pelo Estado da Bahia, restituindo-se, em seguida, o expediente à d. Procuradoria Fiscal, para o quanto cabível.

Sendo esta a síntese do que apresentam os autos, avanço de logo ao mérito das questões postas, para aduzir inicialmente que a desestatização da EBAL enquadrou-se num dos objetivos da *Lei Estadual nº 13.204*, de 11.12.2014 (fls. 15/22), cuja proposição restou veiculada pelo Sr. Governador do Estado através da *Mensagem nº 99/2014*, de 1º.12.2014, que motivou a pertinência do diploma vinculando-o à necessidade de implementar uma reforma administrativa no Poder Executivo Estadual, mediante intervenções em sua estrutura e através da reorganização, extinção, criação e incorporação de órgãos e entidades, destacando-se o reforço nos controles internos e concretizando mudanças para a qualificação da gestão.

Ao assentar tais premissas, a Proposta encaminhada evidenciou o objetivo de fortalecer a capacidade administrativa do Governo, sobretudo no inte-

rior do Estado, além de definir nortes e estabelecer critérios racionais e seletivos na busca por resultados e pela modernização da gestão pública, permitindo a elevação dos padrões de eficiência na prestação dos serviços oferecidos à sociedade, corroborando, nessa medida, o foco na qualidade do gasto público e na redução das desigualdades sociais.

Nessa linha, os propósitos governamentais firmados na Proposição encaminhada buscaram alinhar-se à redistribuição das funções do Estado, redefinindo-se o perfil de responsabilidade dos órgãos e entidades executoras para, desse modo, fortalecer o comando da gestão pelos Secretários de Estado, evitando duplicidades e eliminando o sobreamento de competências na estrutura da administração, situando-se, pois, em tal contexto, a justificativa para desestatização da EBAL.

Além disso – e especificamente em relação à Empresa referida –, era de se notar que o perfil do varejo supermercadista baiano – caracterizado pela pulverização e pela capilaridade de fornecedores de portes econômicos distintos, aptos a proverem, segundo arranjos produtivos diversificados, demandas por itens de uma cesta de produtos maior e mais variada que aquela ofertada pela EBAL –, eviden-

ciava, mesmo muito antes da data de publicação do edital de desestatização da Companhia aludida, a desnecessidade do Estado da Bahia continuar a exploração direta da atividade econômica respectiva, ante à evidente falta de interesse coletivo, público ou social relevantes, nos termos dos arts. 173 da *Constituição Federal* e 165 da *Constituição do Estado da Bahia*¹.

À vista de tais premissas fáticas e jurídicas objetivas, o art. 36, caput e § 1º, da acima citada *Lei Estadual nº 13.204*, de 11.12.2014, assim dispôs:

“Art. 36 - Fica o Poder Executivo autorizado a promover **a alienação onerosa, integral ou parcial, de sua participação no capital societário, inclusive do controle acionário, da Empresa Baiana de Alimentos S.A - EBAL, e/ou dos ativos, bens e direitos desta.**

§ 1º - Para efetivar o disposto no caput deste artigo, fica o Poder Executivo autorizado a realizar **operações societárias que envolvam a EBAL, como cisão, incorporação, fusão, transformação, criação de subsidiárias, desativação parcial de seus empreendimentos, redução ou ampliação de capital social, dentre outras que se revelem convenientes e oportunas.** (Destacamos).

Ou seja, o que a *Lei Estadual nº 13.204/2014* autorizou expressa e objetivamente foi a **alienação integral ou parcial da participação acionária**

do Estado da Bahia no capital social da EBAL (art. 36, caput), bem como quaisquer outras operações que se revelassem convenientes e oportunas ao propósito de alienação da Companhia (art. 36, § 1º).

A partir disso, tem-se que se (i) a participação acionária no capital de uma sociedade anônima traduz a participação do acionista no patrimônio da empresa, se (ii) o patrimônio de uma empresa constitui-se de bens, direitos (ativos) e obrigações (passivos)², se (iii) tendo sido o acionista Estado da Bahia legalmente autorizado a proceder à alienação parcial de sua participação acionária, i.e., de sua participação no patrimônio da Empresa suso referida, então (iv) o Estado da Bahia foi legalmente autorizado a alienar, no todo ou **em parte**, ativos e passivos integrantes do patrimônio da EBAL, podendo optar pela modelagem que se revelasse mais conveniente e oportuna à viabilidade do processo de desestatização.

Dada tal autorização legal, o Estado da Bahia definiu-se, então, – visto que mais conveniente e oportuno à viabilidade da desestatização pretendia –,

¹ Nessa linha, o art. 27 da LEE – *Lei das Empresas Estatais* –, a *Lei Federal nº 13.303*, de 30.06.2016, dispõe expressamente que “A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.”

² As premissas (i) e (ii) fundam-se, de um lado, no próprio conceito de *ação* como estrutura representativa da menor fração em que se divide patrimônio de uma sociedade anônima e que, portanto, pode ser definida como “a fração negociável em que se divide o capital social, representativa dos direitos e obrigações do acionista.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 1º volume: artigos 1º a 74. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208). Fundam-se também tais premissas nos conceitos de *ativos* e de *passivos*. Para Hendriksen e Van Breda, ativos “são essencialmente reservas de benefícios futuros.” Para os mesmos Autores, passivos representam “os sacrifícios futuros e prováveis de benefícios econômicos que resultaram de obrigações presentes.” (Cf. HENDRIKSEN, Eldon S., VAN BREDA, Michael F. *Teoria da Contabilidade*, 5a. ed., São Paulo: Atlas, 1999).

pela *alienação parcial de sua participação no patrimônio da EBAL*, eis que decidiu alienar apenas (i) a *parte* dos ativos que *não* incluísse bens imóveis, bem como os depósitos administrativos e judiciais efetuados em processos em que a Empresa seja parte; e (ii) a *parte* do passivo que *não* incluísse obrigações trabalhistas, tributárias, judiciais e contratuais constituídas até a data da transferência do controle acionário da aludida Companhia para a iniciativa privada.

As definições delineadas acima, por sua vez, restaram formalizadas através do Edital de Licitação – Leilão nº 001 / 2018 (DOE em 01/02/2018 – fls. 23/43)³, de tal sorte que, (i) a definição relati-

va a alienar apenas a *parte* dos ativos que *não* incluísse bens imóveis, bem como os depósitos administrativos e judiciais efetuados em processos em que a Empresa fosse parte restou substanciada no *primeiro parágrafo do introito* e nos *itens 1.3.1, 2.1 e 2.2.1* do Edital referido⁴, da mesma forma que (iii) a definição relativa a alienar apenas a *parte* dos passivos que *não* incluísse obrigações trabalhistas, tributárias, judiciais e contratuais constituídas até a data da transferência do controle acionário da aludida Companhia para a iniciativa privada restou positivada nos *itens 2.2.1, b), segundo parágrafo, 4.1, II, i), 4.2, II, f)* e 4.3, da mesma suso referida norma editalícia⁵.

³ Nem mesmo à vista do disposto no art. 29, XVIII, da LEE, seria juridicamente viável a alienação de empresa estatal sem autorização legislativa e sem licitação prévia, eis que, no atual contexto jurídico-processual e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowsky concedeu liminar na ADI nº 5.624 – DF, para dar interpretação conforme a Constituição ao citado dispositivo da LEE que torna dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista no caso de compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. Segundo o Ministro, o dispositivo suso referido (art. 29, XVIII, da LEE) deve ser interpretado no sentido de afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige *prévia autorização legislativa*, sempre que se cuide de alienar o controle acionário. Ele acrescenta que a *dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle acionário* de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas – fls. 44/59.

⁴ O *primeiro parágrafo* do introito do Edital aludido assim dispõe: “O ESTADO DA BAHIA, por sua Secretaria de Desenvolvimento Econômico, doravante denominada apenas SDE, em cumprimento ao disposto nos artigos 36, §§ 1º e 2º, da Lei Estadual nº 13.204, de 11 de dezembro de 2014, e 2º da Portaria nº 004, de 29 de janeiro de 2018, publicada no Diário Oficial do Estado em 30 de janeiro de 2018, pelo presente EDITAL, vem tornar públicas as condições para a desestatização da EBAL – Empresa Baiana de Alimentos S/A, mediante a alienação total da participação acionária estadual no capital social da Companhia referida, não integrando o objeto desta oferta pública os bens imóveis pertencentes ao patrimônio da Empresa mencionada”. O item 1.3.1 prevê, por sua vez que “O procedimento objeto deste ato convocatório teve início com a publicação da LEI que autorizou o ESTADO a promover a desestatização da EBAL, inclusive mediante a alienação de bens, direitos e obrigações de que é titular junto à Companhia referida, excluídos os bens imóveis integrantes do patrimônio desta”. O item 2.1, por seu turno, contempla que “O objeto deste EDITAL é a alienação total da participação acionária do ESTADO no CAPITAL SOCIAL da Companhia referida, não integrando o objeto desta oferta pública os bens imóveis pertencentes ao patrimônio da EBAL”. Por fim, o item 2.2.1, assinala que “Constitui objeto desta oferta pública a alienação total da participação acionária do ESTADO no CAPITAL SOCIAL da Companhia referida, não integrando o objeto desta oferta pública os bens imóveis pertencentes ao patrimônio da EBAL”. A exclusão dos ativos relativos a depósitos administrativos e judiciais feitos em processos em que a EBAL fosse parte restou positivada no item 4.1, II, h), com a seguinte redação: “Sem prejuízo de outras constantes deste EDITAL, constituem obrigações do ALIENANTE e, quando for o caso, da EBAL: (...) II. uma vez atendido o disposto no inciso I supra, (...) h) transferir ao COMPRADOR, no estado em que se encontrarem, a posse e a propriedade dos bens móveis que guarnecem cada ponto comercial/loja da EBAL, especialmente aqueles bens móveis que estejam direta e/ou indiretamente alocados à execução das operações da Companhia, aqui incluída a marca comercial “Cesta do Povo”. Como os depósitos administrativos/ judiciais, como bens móveis não guarnecem ponto comercial / loja, nem estão direta ou indiretamente relacionados à execução das operações da Companhia, os mesmos restaram ressalvados da desestatização, remanescendo com o acionista controlador Estado da Bahia. Nada obstante, tal condicionante da operação restou expressamente explicitada no 1º Termo Aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Participação Acionária em seus “Considerandos” 5º e 6º e na sua sub-cláusula 1.4.

⁵ O item 2.2.1, b), segundo parágrafo, do edital referido consagra que “Como condição tecnicamente avaliada como indispensável ao êxito da operação de desestatização objeto deste ato convocatório, o ALIENANTE assumirá a integralidade dos passivos trabalhista, tributário, judicial e contratual da EBAL, neste último incluídos os débitos junto a fornecedores, relativamente

Oportuno anotar, no ponto, que inexistente contradição jurídico-substancial *entre (i)* a alienação parcial de ativos e passivos operada com base nos itens editalícios acima indicados e transcritos e *(ii)* a alienação da totalidade das ações de titularidade do Estado da Bahia, na forma respectivo edital de venda, cujo rótulo não foi outro senão o de “*ALIENAÇÃO TOTAL DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DO ESTADO DA BAHIA NO CAPITAL SOCIAL DA EBAL – EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A*” – fls. 23/43.

Em tal hipótese e com tal configuração jurídica, a desestatização efetuada apenas repercutiu efeitos sobre o *valor real* das ações alienadas.

Realmente, entendido o valor real das ações de uma companhia como “*o que corresponde ao resultado da di-*

visão do patrimônio líquido da sociedade pelo número das ações em que é dividido o seu capital social”⁶, é certo, então, que, quando a alienação de ações opera-se conjuntamente com a alienação de todo o ativo e de todo o passivo, o valor real de cada ação restará influenciado pelo montante do passivo da empresa que, quando for muito alto, tende a empurrar para baixo o valor real das ações transferidas.

A *contrario sensu*, tem-se que, quando a alienação de ações opera-se com exclusão do passivo empresarial, tal como ocorreu no caso ora examinado, o valor real de cada ação não sofre a influência do montante do passivo empresarial, de tal sorte que, em tal situação, o valor real das ações após a venda corresponderá à divisão entre os ativos da empresa e o número de ações em que é dividido o seu capital social.

a obrigações constituídas até a data da assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA – a que aludem os itens 1.1, V, 2.2.4 e 3.5 deste ato convocatório –, a ser firmado ao término do procedimento de desestatização objeto deste EDITAL, sendo de exclusiva responsabilidade do COMPRADOR os passivos relativos às obrigações constituídas após a data aqui referida, conforme item 4.2, I, alínea i), deste EDITAL”. O item 4.1, II, i), prevê que “Sem prejuízo de outras constantes deste EDITAL, constituem obrigações do ALIENANTE e, quando for o caso, da EBAL: (...) II. uma vez atendido o disposto no inciso I supra, (...) i) assumir, observado o disposto no subitem 1.2.4 deste EDITAL, a integralidade dos passivos trabalhista, tributário, judicial e contratual da EBAL, neste último incluídos os débitos junto a fornecedores, relativamente a obrigações constituídas até a data da assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA a que aludem os itens 1.1, V, 2.2.4 e o item 3.5, sendo de exclusiva responsabilidade do COMPRADOR os passivos relativos às obrigações constituídas após a data aqui referida”. O item 4.2, II, f), assevera que “4.2. Sem prejuízo de outras obrigações constantes deste EDITAL, o COMPRADOR e seus eventuais sucessores, a qualquer título, estarão obrigados, solidariamente, de forma irrevogável e irretroatável, a cumprir rigorosamente as seguintes obrigações especiais: (...) II. uma vez atendido o disposto no inciso I supra, (...) f) cientificar o ALIENANTE, pela Procuradoria Geral do Estado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre o recebimento de citação, notificação, intimação ou qualquer outro ato de comunicação processual administrativa ou judicial pelo qual o COMPRADOR seja chamado a responder por passivos trabalhistas, tributários, judiciais e contratuais decorrentes de obrigações constituídas até a data da assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA, possibilitando ao ESTADO intervir tempestiva e eficazmente na relação processual, para a defesa de interesses do Erário, em razão do disposto no subitem 1.2.4, no subitem 2.2.1, no item 4.1, inciso II, alínea i), e no item 4.3 deste ato convocatório, acarretando a inobservância ao disposto nesta alínea a assunção, exclusivamente pelo COMPRADOR, do passivo cuja existência, valor e obrigação de quitação estejam sendo discutidas em processo administrativo ou judicial”. Por fim, o item 4.3 dispõe que “Como condição tecnicamente avaliada como indispensável ao êxito da operação de desestatização objeto deste ato convocatório, o ALIENANTE assumirá a integralidade dos passivos trabalhista, tributário, judicial e contratual da EBAL, neste último incluídos os débitos junto a fornecedores, relativamente a obrigações constituídas até a data da assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA a que aludem os itens 1.1, V, 2.2.4 e 3.5 supra, atendidas as condições indicadas nos itens 1.2.4, 4.1, incisos II, alínea i), e 4.2, inciso II, alínea f), supra”.

⁶ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 1º volume: artigos 1º a 74. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215).

Assim, do ponto de vista do direito societário brasileiro e do que resulta da *Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (LSA – Lei das Sociedades por Ações)*, tanto a alienação de ações de uma companhia pode operar-se conjuntamente com a alienação de todos os seus ativos e passivos, quanto a alienação de ações de uma companhia pode operar-se com exclusão de certos ativos e/ou passivos desta, tal como ocorreu no caso vertente e ora analisado, por outorga legal expressa.

Nada havendo, portanto, de ilegal na modelagem de venda da participação acionária estadual no caso concreto, tem-se, então, que o Estado da Bahia operou a desestatização da EBAL valendo-se regularmente (i) da alienação total da participação acionária, (ii) com a alienação parcial de ativos e passivos da aludida Companhia, (iii) tal como expressamente autorizado na lei específica disciplinadora da matéria e (iv) segundo delimitado, de forma objetiva, no edital de licitação que serviu de base à venda pretendida.

Atendo-me agora, especificamente,

ao *passivo tributário* EBAL, aduzo inicialmente que, no contexto da alienação parcial operada, as obrigações concernentes ao período em que o Estado da Bahia titularizou a condição de acionista controlador da Empresa foram abarcadas pelo Poder Público Estadual, pelos valores devidos pela Companhia até a data da transferência do controle acionário respectivo à iniciativa privada⁷, efetivada quando da assinatura do Contrato de Compra e Venda de Participação Acionária, objeto do Anexo I do Edital de Licitação – Leilão nº 001 / 2018, formalizado através do Contrato nº 006 / 2018, de 05.06.2018 (DOE em 09.06.2018 – fls. 60/63), e já sujeito a um 1º Termo Aditivo subscrito em 28.08.2018 – fls. 64/69⁸.

Nesse contexto, observe-se que, num cenário em que não houvesse desestatização e o Estado da Bahia continuasse titularizando a condição de acionista controlador da Companhia, a ele competia – para preservá-la – *destinar recursos para os cobrir os déficits da Empresa*, inclusive aqueles resultantes do seu passivo tributário.

⁷ No contexto da *alienação parcial* operada pelo Estado da Bahia no caso da EBAL, a definição estatal relativa à *parte dos passivos* que remanesceriam com o acionista controlador Estado da Bahia pelos valores constituídos até a data da assinatura do Contrato de Compra e Venda de Participação Acionária restou positivada nos *itens 2.2.1, b), segundo parágrafo, 4.1, II, i), 4.2, II, f) e 4.3*, do Edital de Licitação – Leilão nº 001 / 2018, cujos conteúdos acham-se transcritos na *nota de rodapé 4* deste opinativo, donde se extrai que, até a data suso referida, o Poder Público Estadual comprometeu-se a assumir todo o *passivo* relativo às *obrigações* trabalhistas, *tributárias*, judiciais e contratuais da aludida Companhia.

⁸ Aludido 1º Termo Aditivo Contratual, de 28.08.2018, dispôs sobre procedimentos operacionais relativos ao reconhecimento de passivos assumidos pelo Estado da Bahia no contexto da desestatização da EBAL, em coerência com as disposições do *Decreto nº 18.388, de 11.05.2018*, que *“Dispõe sobre a destinação do valor correspondente aos recursos oriundos da alienação total da participação acionária do Estado da Bahia no capital social da Empresa Baiana de Alimentos S/A - EBAL, regula os procedimentos de reconhecimento de passivos de responsabilidade do Poder Público Estadual, fixa medidas de transição, e dá outras providências.”* – fls. 70/72.

Para tanto, isto é, para *cobrir tais déficits*, inclusive aqueles decorrentes do passivo tributário, competiria ao Estado da Bahia prover a concessão de *empréstimos, financiamentos, refinanciamentos, prorrogações e (re) composições de dívidas, subvenções e/ou aumentos de capital*, estes muitas vezes praticados pelo Poder Público Estadual como sócio controlador da Empresa ao longo de toda a existência desta⁹.

Se ao longo do período em que titular da condição de acionista controlador competia ao Estado da Bahia prover recursos para cobrir os déficits da Empresa, inclusive aqueles resultantes do seu passivo tributário, nada juridicamente impediria o Estado da Bahia – *atendidas as condições legais aplicáveis à situação* – de prover recursos para *cobrir tais déficits, até a data da transferência do controle acionário*, já agora para sanear as contas da Companhia e tornar a venda desta minimamente atrativa, eis que o último *Estudo de Valor*¹⁰ realizado sobre as 49 lojas remanescentes da Entidade indicavam um *valor de avaliação negativo* ! (fls. 76/143).

Tal estimativa negativa de valor de avaliação, por sua vez, não considerou possíveis contingências, insuficiências ou superveniências ativas ou passivas, registradas ou não registradas na posição patrimonial da Empresa (fls. 84), o que significa que se as contingências, insuficiências ou superveniências passivas, registradas ou não registradas na posição patrimonial da Companhia, inclusive relativas ao passivo tributário, tivessem sido consideradas no referido Estudo de Valor, *a estimativa de valor projetada para a EBAL poderia ser ainda pior que aquela identificada no estudo aludido !*

Ou seja, até da data da transferência do controle acionário da EBAL, competia ao Estado da Bahia, dada a sua condição de acionista controlador da aludida Entidade, *(i)* transferir-lhe recursos para cobrir déficits da Empresa, inclusive aqueles resultantes do seu passivo tributário, *(ii)* valendo-se, para efetivar tais transferências de mecanismos diversos, tais como aqueles indicados acima, *(iii)* desde que observadas as condições vertidas na *LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n°*

⁹ Tal como, p.ex., ocorreu via deliberação de AGE – Assembleia geral Extraordinária ocorrida em 22.07.2016, quando o Acionista Controlador da Companhia decidiu prover adiantamento para futuro aumento de capital, elevando o capital social subscrito e integralizado do montante de R\$ 567.021.310,00, para 830.223.080,00 – fls. 73/75.

¹⁰ O Estudo de Valor referido, de natureza estritamente confidencial à época de sua realização, para não comprometer a competitividade e a lisura ética do certame futuro, baseou-se em premissas, critérios e metodologia definidas pela executora do estudo – a Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda., em 20.12.2017 –, e teve por objeto a definição da estimativa de valor dos fundos de comércio remanescentes para desestatização da EBAL, estando a íntegra do estudo aludido a compor, com dados agregados e dados específicos por loja, a instrução do expediente objeto deste opinativo às fls. 76/143.

101, de 04.05.2000, cujo art. 26, §§ 1º e 2º, aplicáveis ao caso vertente e pertinentes ao contexto normativo das chamadas “Destinações de Recursos Públicos ao Setor Privado”, acham-se assim redigidos¹¹:

“Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser **autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.**”

§ 1º O disposto no caput **aplica-se** a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e **empresas estatais**, exceto, no exercício de suas atribuições próprias, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou **aumento de capital.**”

Quaisquer que fossem, então, as modalidades de destinação de recursos que competissem ao Estado da Bahia transferir à EBAL para cobrir seus déficits respectivos, decorrem das disposições legais acima transcritas os requisitos a serem observados para tais destinações que, por seu turno, compreendem (i) autorização em lei específica, (ii) atendimento às condições estabelecidas na lei de Diretrizes Orçamentárias [LDO] e (iii)

previsão na Lei Orçamentária Anual [LOA] ou em seus créditos adicionais.

Quanto ao primeiro dentre os requisitos elencados acima – *autorização em lei específica* –, observo que tal exigência jurídico-formal restou atendida através das disposições consignadas no *caput* e no § 1º do art. 36 da acima citada *Lei Estadual nº 13.204*, de 11.12.2014, que, ao autorizar, dentre outras, a alienação parcial do controle e, pois, do patrimônio da EBAL, autorizou tanto a alienação de apenas parte do ativo, quanto a alienação de apenas parte do passivo, conforme o que se revelasse mais conveniente e oportuno ao êxito da desestatização pretendida.

Considerando que a alienação parcial do passivo, legal e expressamente autorizada, abarca e legítima decisão no sentido de que remanesça com o acionista controlador Estado da Bahia frações do passivo da EBAL, tenho, então, como legalmente autorizada tal decisão, formalizada no Edital de Venda no sentido da assunção, pelo Poder Público Estadual, dos passivos ali indicados – *itens 2.2.1, b), segundo parágrafo, 4.1, II, i), 4.2, II, f) e 4.3* –, em meio aos quais se coloca o *passivo tributário* existente até a data da assi-

¹¹ A menção direta aos dispositivos da LRF não pretende, por óbvio, olvidar o disposto nas pertinentes disposições da Lei nº 4.320, de 17.03.1964, ainda em vigor e que, ao disciplinar a outorga de subvenções econômicas, concebe-as expressamente como mecanismos destinados, dentre outras coisas, à cobertura de déficits de empresas estatais, tal como assinalam os arts. 12, § 2º, e 3º, II, e 18 do diploma aludido.

natura do contrato de compra e venda da participação acionária estadual. Quanto ao *segundo* dentre os requisitos elencados acima – *atendimento às condições estabelecidas na lei de Diretrizes Orçamentárias* –, anoto que a *LDO/BA de 2018*, a *Lei Estadual nº 13.727*, de 05.07.2017 (DOE em 06.07.2017), relativa às diretrizes orçamentárias para o exercício de 2018, dispo em seu *art. 66* sobre as “*Subvenções Econômicas*”, assim estabeleceu:

“Art. 66 - A transferência de recursos nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, e dos arts. 26 e 28 da Lei de Responsabilidade Fiscal, atenderá exclusivamente às despesas correntes destinadas a:

I - equalização de encargos financeiros ou de preços a produtores e vendedores de determinados gêneros alimentícios ou materiais;

II - pagamento de bonificações a produtores e vendedores de determinados gêneros alimentícios ou materiais;

III - ajuda financeira a entidades com fins lucrativos.

§ 1º - Será mencionada, na respectiva categoria de programação, a legislação que autorizou o benefício.

§ 2º - A transferência de recursos a título de subvenções econômicas dependerá de Lei específica, nos termos da legislação citada no caput deste artigo.

§ 3º - A despesa de que trata o caput será executada obrigatoriamente na modalidade de aplicação “60 - transferências para entidades privadas com fins lucrativos” e no elemento de despesa “45 - subvenções econômicas”.

Da leitura do dispositivo legal acima

transcrito, observamos que a assunção de passivos da EBAL para sanear suas contas e viabilizar sua desestatização corresponde a “*ajuda financeira a entidade com fins lucrativos*” expressamente autorizada pelo *inciso III* do *art. 66* da *LDO/BA 2018*.

Por sua vez, as disposições vertidas nos §§ 1º e 2º do *art. 66* da *LDO/BA 2018*, têm como destinatários os órgãos da Administração Estadual encarregados da programação, execução e da contabilização da despesa decorrente da “*ajuda financeira*” legalmente autorizada, tendo, pois, caráter eminentemente operacional, sendo sua exigibilidade posterior à autorização legal para prestar ajuda financeira a entidade de fins lucrativos, como a EBAL.

Já a disposição constante do § 2º do *art. 66* da *LDO/BA 2018* restou observada através das disposições consignadas no *caput* e no § 1º do *art. 36* da acima citada *Lei Estadual nº 13.204*, de 11.12.2014, tal como avaliado acima.

Quanto ao *terceiro* dentre os requisitos elencados acima – *previsão na Lei Orçamentária Anual [LOA] ou em seus créditos adicionais* –, aduzo que as despesas decorrentes da “*ajuda financeira*” ministrada à EBAL para assunção de seus passivos, visando a possibilitar a desestatização da Com-

panhia referida, foram executadas sob responsabilidade da SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico, com lastro na LOA/BA 2018¹², pela rubrica 3.3.90.93.00 – Indenizações e Restituições, código 28.846.900.8054, correspondente a “Encargos Decorrentes de Extinção de Empresa”, que autoriza o Estado da Bahia a “atender compromissos com pessoal e encargos sociais, manutenção, atividades fins e parcelamento de dívidas decorrentes de extinção de empresas” – descrição na qual se enquadra perfeitamente a ajuda financeira ministrada à Empresa, para os fins inerentes à sua desestatização, tudo conforme evidenciam os documentos de fls. 144/152.

Para o exercício fiscal de 2019, idêntica autorização restou prevista na LOA/BA 2019¹³, que também autoriza do Estado da Bahia, por sua SDE, via rubrica de código 28.846.900.8054, correspondente a “Encargos Decorrentes

de Extinção de Empresa”, “atender compromissos com pessoal e encargos sociais, manutenção, atividades fins e parcelamento de dívidas decorrentes de extinção de empresas” – descrição na qual também se enquadra perfeitamente a ajuda financeira ministrada à Empresa, para os fins inerentes à sua desestatização, tudo conforme igualmente evidenciam os documentos de fls. 153/159.

Sob a perspectiva das LOAs / BA, editadas para os exercícios financeiros de 2018 e de 2019, eventuais insuficiências de recursos para viabilizar a ajuda financeira ministrada à EBAL poderiam inclusive restar supridas pela abertura de créditos adicionais, da espécie créditos suplementares, autorizada pelos respectivos dispositivos específicos atinentes ao tema constantes dos dois diplomas orçamentários suso referidos¹⁴.

¹² A LOA/BA 2018 corresponde à Lei nº 13.833, de 14.01.2018, que estima a receita e fixa a despesa do Estado para o exercício de 2018.

¹³ A LOA/BA 2019, por sua vez, corresponde à Lei nº 14.036, de 20.12.2018, que estima a receita e fixa a despesa do Estado para o exercício financeiro de 2019.

¹⁴ Realmente, os arts. 6º e 7º da LOA/BA 2018 assim dispõem: “Art. 6º - Fica o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares: I - com a finalidade de atender insuficiências nas dotações orçamentárias, até o limite de 30% (trinta por cento) do total da despesa atualizada dos orçamentos de que trata o art. 4º desta Lei, mediante a utilização de recursos, na forma permitida pelo art. 43 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, decorrentes de: a) anulação, parcial ou total, de dotações orçamentárias ou de créditos autorizados em Lei; b) superávit financeiro dos órgãos, fundos e entidades integrantes deste Orçamento, apurado nos respectivos balanços patrimoniais do exercício anterior; c) excesso de arrecadação superveniente dos orçamentos aprovados por esta Lei. II - à conta de recursos provenientes de operações de crédito e das respectivas variações monetária e cambial, até o limite autorizado em Lei ou previsto no cronograma de recebimento. III - mediante a transposição, remanejamento ou a transferência de recursos de um programa para outro ou de um órgão para outro, para atender às necessidades supervenientes, devidamente justificadas. Parágrafo único - Para efeito desta Lei, entende-se por excesso de arrecadação o saldo positivo das diferenças acumuladas entre a arrecadação prevista e a realizada apurado no Boletim de Acompanhamento Mensal da Receita, do Sistema Integrado de Planejamento, Contabilidade e Finanças do Estado da Bahia - FIPLAN, considerando-se, ainda, quando couber, a tendência do exercício, desde que indicada em estudos elaborados conjuntamente pelas Secretarias do Planejamento e da Fazenda. Art. 7º - Não serão computados para efeito do limite previsto no inciso I do art. 6º desta Lei, os créditos suplementares se destinados a atender: I - a insuficiências das dotações relativas a pessoal e encargos sociais, inativos e pensionistas, dívida pública, honras de aval, débitos constantes de precatórios judiciais; a despesas decorrentes de obrigações constitucionais e legais; e a convênios e operações de crédito. II - a despesas relativas às emendas parlamentares de que trata o art. 48 da Lei nº 13.727, de 05 de julho de 2017, ou à conta de recursos da reserva de contingência. Parágrafo único - As modificações orçamentárias intrassistema de que trata o art. 46 da Lei nº 13.727, de 05 de julho de 2017, não oneram o limite autorizado no caput desta Lei.” Já o art. 6º da LOA/BA 2019 assim dispõe: “Art. 6º - Fica o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares: I - com a finalidade de atender a insuficiências nas dotações orçamentárias, até o limite de 30% (trinta por cento) do total da despesa atualizada dos orçamentos de que trata o art. 4º desta Lei, mediante a utilização de recursos, na forma permitida pelo

No caso ora examinado, por fim, a ajuda financeira ministrada à EBAL para cobrir déficits decorrentes de seus passivos, inclusive o passivo tributário, restou formalmente autorizada, no âmbito da Companhia, através de decisão de seu acionista controlador, o Estado da Bahia, que em tal sentido deliberou em AGE – Assembleia Geral Extraordinária, ocorrida em 22.07.2016 (no ano seguinte ao da primeira tentativa de alienação da Companhia), ali decidindo prover adiantamento para futuro aumento de capital, autorizando, então, a majoração do capital social subscrito e integralizado da Empresa, para alçá-lo do montante de R\$ 567.021.310,00, para o montante de R\$ 830.223.080,00 – fls. 73/75 –, correspondendo a diferença a R\$ 263.201.770,00, necessária a acomodar ajuda financeira visando ao saneamento da Entidade, cujo passivo total restou contabilizado em R\$ 218.005.344,00 para o exercício findo em 2015, consoante indicado nas Demonstrações Contábeis / Financeiras respectivas – fls. 160/162¹⁵. Ou seja, à luz do que acima se expôs,

todas as exigências vertidas nos requisitos pelos quais o *art. 26* da *LRF* baliza a transferência de recursos para cobrir déficits de empresas estatais restaram atendidas no caso concreto que, portanto, sob a perspectiva das normas aplicáveis à gestão responsável das finanças públicas estaduais, observou integralmente o regimento jurídico societário e financeiro que lhe condiciona.

É claro que, tendo o Estado da Bahia assumido o passivo tributário de uma empresa estatal enquanto ente empresarial, poder-se-ia questionar se, ao assumir dito passivo tributário, o Poder Público Estadual não estaria *renunciando* à receita alusiva aos créditos tributários correspondentes e, nessa linha, atribuindo à EBAL um *benefício fiscal-financeiro* compatível com o propósito de *subsidiá-la*, de forma a poder viabilizar a venda pretendida – que, se incluísse o passivo total da Companhia, não teria interessados¹⁶.

art. 43 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, decorrentes de: a) anulação, parcial ou total, de dotações orçamentárias ou de créditos autorizados em Lei; b) superávit financeiro dos órgãos, fundos e entidades integrantes destes Orçamentos, apurado nos respectivos balanços patrimoniais do exercício anterior; c) excesso de arrecadação superveniente dos orçamentos aprovados por esta Lei; II - à conta de recursos provenientes de operações de crédito até o limite autorizado em Lei, bem como das respectivas variações monetária e cambial e suas contrapartidas; III - com recursos de transferências da União, Estados e Municípios, à conta de convênios, contratos ou instrumentos congêneres e respectivas contrapartidas, inclusive fundo a fundo; IV - à conta de recursos da reserva de contingência, nos termos que dispõe o art. 20 da Lei nº 13.973, de 12 de julho de 2018; V - mediante a transposição, remanejamento ou a transferência de recursos de um programa para outro ou de um órgão para outro, para atender às necessidades supervenientes, devidamente justificadas. § 1º - Não serão computados para efeito do limite previsto no inciso I do caput deste artigo, os créditos suplementares, se destinados a atender: I - despesas referentes a pessoal e encargos sociais, inativos e pensionistas, dívida pública, honras de aval; com sentenças judiciais, nos termos definidos na Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001, publicada no Diário Oficial da União de 07.05.2001; e despesas decorrentes de obrigações constitucionais e legais; II - despesas relativas às emendas parlamentares de que trata o art. 49 da Lei nº 13.973, de 12 de julho de 2018. § 2º - As modificações orçamentárias intrassistema de que trata o art. 47 da Lei nº 13.973, de 12 de julho de 2018, não oneram o limite autorizado no caput desta Lei."

15 O total do passivo indicado acima pelo montante de R\$ 218.005.344,00 para o exercício findo em 31.12.2015 resulta do somatório das obrigações contabilizadas a título de passivo circulante, no valor de R\$ 139.076.973,00, e a título de passivo não circulante, no valor de R\$ 78.988.371,00, pois R\$ 139.076.973,00 + R\$ 78.928.371,00 = R\$ 218.005.344,00 – fls. 160/162.

16 A propósito, convém salientar que desestatização da EBAL deu-se em *segunda tentativa*, eis que a primeira licitação deflagrada para a alienação da Companhia, estruturada através do Edital de Licitação nº 001 / 2015 (DOE em 19.11.2015 – fls. 163/180), foi declarada

Tal questionamento atrairia, então, imediatamente o disposto no § 6º do *art. 150 da Constituição Federal* vigente, de acordo com o qual

“Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g” (Grifamos).

Por seu turno, a referência constante do final do dispositivo acima transcrito ao previsto no *art. 155, § 2º, XII, g)*, da *CF/88*, remete-nos inevitavelmente ao comando citado, que se acha delineado com a redação seguinte:

“Art. 155. 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;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação

dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

Decorreriam, então, da literalidade do disposto no § 6º do *art. 150* e na *alínea g)* do *inciso XII* do § 2º do *art. 155* da *CF/88*¹⁷ os requisitos de validade jurídica dos benefícios fiscais-financeiros, que serão regularmente instituídos quando (i) a outorga financeira que se pretenda atribuir tenha natureza jurídica de benefício fiscal-financeiro, quando (ii) restarem previstos em lei, quando (iii) dita lei for específica, no sentido de versar exclusivamente sobre os benefícios fiscais-financeiros indicados no dispositivo ora examinado ou sobre os tributos ou contribuições aos quais se refiram, e também quando (iv) relativamente ao ICMS, os titulares da competência impositiva respectiva observarem os termos de convênio interestadual celebrado segundo os termos da *Lei Complementar nº 24*, de *07.01.1975* e da *Lei Complementar nº 160*, de *07.08.2017*.

A olhos vistos, as diretrizes constitucionais acima transcritas norteiam (i) a estruturação de intervenções pertinentes ao campo da *extrafiscalidade*, (ii) operadas via programas

deserta, ante à ausência de interessados. A segunda licitação, por seu turno, ocorrida no início de 2018, deu-se com em cenário caracterizado pela grave degradação dos ativos da Empresa, especialmente quanto ao item 'Estoques', bem como pela degradação do próprio cenário macroeconômico do País, levando a Alta Administração a avaliar que a não assunção do passivo trabalhista, tributário, judicial e contratual existente até a data da transferência do controle da Empresa tornaria inviável a pretensão de desestatização.

¹⁷ Na mesma linha dispõe o *art. 37* da *Lei Estadual nº 7.014*, de *04.12.1996*, que assim dispõe: “As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto somente serão concedidos ou revogados conforme as disposições das leis complementares que tratem dessas matérias, observado o disposto no §6º do *art. 150* e no *art. 155, § 2º, XII, g*, da *Constituição Federal*.”

de desoneração tributária de alcance dirigido *a todos* quantos atendam às exigências necessárias a possibilitar a fruição de benefício fiscal-financeiro previsto, *(iii)* favorecedor – tal como assinala o *caput* do art. 150 da CF/88, ao qual pertence o § 6º ora examinado –, de “*contribuintes em geral*”, *(iv)* para fomentar empreendimentos produtivos de forma isonômica, *(v)* objetivando “*impedir o uso indiscriminado e casuístico de isenções e benefícios fiscais*”¹⁸.

Nesse cenário, revelam-se *inconfundíveis* as figuras do *(i)* subsídio relativo a benefício fiscal-financeiro de ordem geral previsto em favor de empresas nas quais o Ente Público concedente não titulariza a condição jurídica de sócio/acionista controlador (*hipótese disciplinada pelo § 6º do art. 150 da CF/88*) e da *(ii)* ajuda financeira destinada a cobrir déficit de empresa estatal (*hipótese disciplinada pelo art. 26 da LRF*), motivo pelo qual enquadrando-se, como penso que se enquadra, a situação ora examinada nessa segunda e última hipótese – e não na primeira –, concebo que o disposto no retro referido § 6º do *art. 150 da CF/88* não incide sobre a situação vertente, pelo que descabia observar os requisitos ali vertidos quando da desestatização da EBAL.

Assumindo-se, então, a plena regularidade jurídico-constitucional da desestatização efetivada no tocante à assunção dos passivos elencados no correspondente Edital de Venda, inclusive no tocante ao respectivo passivo tributário, avanço para questão constitucional tão sensível quanto à anteriormente tratada, já agora relativa aos efeitos da mencionada assunção do passivo tributário da EBAL sobre o mecanismo de repartição constitucional de receitas tributárias, especificamente no tocante à partilha do ICMS pelo Estado da Bahia com os Municípios integrantes do seu território, dado que parte do passivo tributário assumido pelo Poder Público Estadual para viabilizar a desestatização da Companhia suso referida diz respeito exatamente a créditos tributários relativos ao tributo citado.

O tema atrairia o disposto no *art. 158, IV, da CF/88*, que assim dispõe literalmente:

“Art. 158. Pertencem aos Municípios:
(...)

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.” (Grifamos).

Do dispositivo transcrito acima¹⁹, ex-

¹⁸ Cf. CALIENDO, Paulo. In: J.J Gomes Canotilho et. al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.p. 1.665/1.668.

¹⁹ Disposições de teor semelhante reside no *art. 153, II, da Constituição do Estado da Bahia de 1989 [CE/89]*, no *art. 3º da Lei*

trai-se imediatamente que constitui direito público subjetivo dos Municípios dispor do que lhes competir em razão da partilha do “*produto da arrecadação*” do ICMS, apuradas as parcelas concernentes a cada municipalidade segundo os termos do *Parágrafo único, I e II*, do mesmo retro referido *art. 158 da CF/88*²⁰.

A literalidade do texto constitucional supra transcrito consagrou o “*produto da arrecadação*” como base para o cálculo do montante partilhável com lastro no *art. 158, IV, da CF/88*, lavrando-se, derredor de tal grandeza – “*produto da arrecadação*” – forte dissídio federativo atinente ao sentido que se deve atribuir a tal expressão constitucional, já que tanto o produto da arrecadação de um ente federado pode corresponder *(i)* à receita bruta do imposto partilhável (enquanto receita total, sem quaisquer exclusões), quanto pode corresponder *(ii)* à receita líquida do imposto partilhável (enquanto receita bruta deduzida dos benefícios fiscais regularmente concedidos pelo

titular da competência tributária relativa ao imposto partilhável)²¹.

Portando o dissídio retro delineado matéria constitucional de grave repercussão sobre a estrutura das finanças públicas dos entes federados brasileiros, sua composição atrairia, como inevitavelmente acabou atraindo, a atuação do *Supremo Tribunal Federal* que, num primeiro momento, quando do julgamento do *Recurso Extraordinário nº 572.762-9/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, DJe em 05.09.2008*, assim se pronunciou (fls. 181/186):

“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.

Complementar nº 63, de 11.01.1990, e no art. 50, da Lei Estadual nº 7.014, de 04.12.1996.

20 Aludidas disposições acham-se assim redigidas: “*Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...) Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.*”

21 Como se a dificuldade interpretativa indicada não bastasse, grassam dúvidas também ao sentido atribuído pelo legislador constituinte, enquanto legislador político, ao termo “*arrecadação*” que, em sentido próprio alude “*ao momento em que os devedores comparecem perante os agentes arrecadadores oficiais (repartições públicas) ou autorizados (bancos credenciados, correios etc.), a fim de liquidarem suas obrigações para com o Estado.*” (cf. RAMOS Fº, Carlos Alberto de Moraes, em *Direito financeiro esquematizado*. 3. ed., São Paulo; Saraiva, 2018, p. 306). Quanto a isso, a *arrecadação* em sentido próprio difere do *recolhimento*, como “*ato pelo qual os agentes arrecadadores repassam (entregam) diariamente ao Tesouro Público os valores recebidos, isto é, o produto da arrecadação*”, correspondendo, então, o recolhimento – e talvez seja disso que trate o dispositivo constitucional examinado – como ato pelo qual “*se efetiva a entrada de dinheiro nos cofres públicos.*” (cf. Ramos Fº, Carlos Alberto de Moraes, ob. cit., pag. 307).

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.” (Destacamos).

Em tal precedente, o STF examinou caso concreto em que o Estado de Santa Catarina instituiu programa de incentivo fiscal por meio do qual as empresas recolhiam ICMS e o Poder Público Estadual lhes devolvia grande parte do tributo, como incentivo produtivo, ou seja, o imposto era recolhido e depois restituído, postergando-se sua arrecadação definitiva para outro período.

Tal como ficou assentado nos votos proferidos quando do julgamento do aludido recurso, o mecanismo examinado significava alterar a base de cálculo do ICMS por vias transversas, pois a regulamentação do incentivo fiscal proporcionava um “efeito colateral” sobre o volume da arrecadação, a partir da devolução de certo montante recolhido.

Por conta disso, o STF reconheceu que uma norma, mesmo sem dispor dire-

tamente sobre um tributo, pode alterar sua arrecadação total e, com isso, prejudicar outro ente federado, razão pela qual, no caso concreto, a Cômte Excelsa deu por violado, no caso concreto, o art. 158, IV, da CF/88, ali firmando a tese de que a expressão “produto da arrecadação” deve ser interpretada e aplicada como significando “receita bruta, enquanto receita total, sem quaisquer exclusões”²².

Num segundo momento, contudo, já agora quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 705.423 – SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, DJe em 05.02.2018, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu – fls. 187/248:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais,

²² Tal como posto no Informativo STF nº 848, de 21 a 25.11.2016. Recurso julgado com repercussão geral associada ao Tema 42, cuja tese jurídica principal restou assim formulada: “A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.”

legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

2. A expressão “produto da arrecadação” prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública.

3. A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina.

4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: **“É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.”** (Destaques do parecerista).

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Em tal precedente, é visível, então, que o STF acolheu a tese segundo a qual a expressão “produto da arrecadação” deve ser interpretada e aplicada como

significando “receita líquida do imposto partilhável, enquanto receita bruta deduzida dos benefícios fiscais regularmente concedidos pelo titular da competência tributária relativa ao imposto partilhável.”

Ainda que do ponto de vista econômico-financeiro as duas situações acima evidenciadas equivalham²³, é certo que o STF as distinguiu, para firmar, com repercussão geral e relativamente aos Estados-Membros, a tese jurídica associada ao Tema 42, ao mesmo tempo em que, também com repercussão geral, mas já agora relativamente à União, definiu a tese jurídica associada ao Tema 653, assim delineados formalmente:

Tema 42 – A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.

Tema 653 – É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

A visível contradição de entendimentos chegou a motivar, inclusive, a suspensão da Súmula Vinculante nº 30 (fls. 249/250), cuja publicação acha-se

23 Já que, em ambos os casos, o que se discute é a possibilidade de se excluir ou não do “produto da arrecadação”, os valores concernentes a benefícios fiscais-financeiros regularmente concedidos. Dúvida de tal natureza traduz a precariedade do sistema normativo aplicável ao caso, com tudo que disso decorre, para todos os entes federados, em matéria de falta de previsibilidade e, pois, de segurança jurídica para seus atos de gestão financeira e orçamentária. No limite, importa superar a precariedade do sistema normativa aludido, dispondo-se nacionalmente, *dentre outras coisas*, sobre (i) o sentido da expressão ‘produto da arrecadação’, (ii) o momento a partir do qual dada grandeza passa a integrá-la, (iii) as grandezas passíveis de adição, dedução e exclusão, (iv) as fases que antecedem os repasses e (v) os encargos efetivamente devidos em caso de repasse com atraso.

pendente, ainda que, do ponto de vista jurídico-processual, enquanto o STF não revisita a matéria, o conteúdo do suso referido *Tema 42*, por albergar diretrizes firmadas com repercussão

geral, impõe aos Estados-Membros tomar os efeitos da tese ali firmada em sua devida conta, sempre que atos inerentes à gestão das finanças públicas estaduais puderem impactar repasses devidos aos Municípios com lastro no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias²⁴.

Sendo assim, ao retomar o exame do que decorre da literalidade do suso aludido *Tema 42*, aduzo ter este consagrado a tese segundo a qual “*A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias*” – grifamos.

Decorre da tese jurídica consubstanciada no referido *Tema 42*, então, *não ser compatível com o regime constitucional de repartição de receitas tributárias excluir dos repasses de ICMS devidos aos Municípios as receitas tributárias objeto de renúncias*

decorrentes da concessão de “incentivos fiscais”.

Sob tal perspectiva, então, assumo que *a tese jurídica albergada no referido Tema 42 não incide sobre o caso concreto ora examinado*, pois, tal como acima assinalado, o Estado da Bahia, em favor de viabilizar a alienação da EBAL, saneando-a, a esta concedeu *ajuda financeira, sob a forma de aumento de capital, destinada a cobrir déficit* da aludida empresa, enquanto esta ainda revestia a condição de empresa estatal e donde, portanto, o Estado da Bahia ainda titularizava a condição de acionista controlador, competente, pois, – dada tal condição –, para sanar déficits da Companhia, desde que para tanto atuasse com observância ao disposto no *art. 26 da LRF*, o que efetivamente ocorreu, segundo os moldes anteriormente explicitados.

Nessa linha, tendo o Estado da Bahia, no caso concreto, manobrado *ajuda financeira, sob a forma de aumento de capital, destinada a cobrir déficit segundo os moldes do art. 26 da LRF*, é certo que, com tal figura jurídica *não* se confunde o subsídio relativo a benefício fiscal-financeiro de ordem geral previsto em favor de empresas

²⁴ Por mais que uma dada literatura de referência siga debatendo a chamada ‘*eficácia ultra autos*’ das decisões de mérito proferidas em recursos extraordinários com reconhecimento de repercussão geral, especialmente no tocante aos efeitos de tais decisões relativamente à Administração Pública. Sobre o tema, introdutoriamente, confira-se HARADA, Kiyoshi, em *Efeitos do recurso extraordinário com reconhecimento de repercussão geral*. Disponível em <<http://www.haradaadvogados.com.br/efeitos-do-recurso-extraordinario-com-reconhecimento-de-repercussao-geral/>>. Acesso em 23 jan. 2019.

nas quais o Ente Público concedente não titulariza a condição jurídica de sócio/acionista controlador segundo *disciplinado pelo § 6º do art. 150 da CF/88*, razão pela qual, não tendo o Poder Público Estadual manejado, no caso vertente incentivo fiscal, descabe pretender-se fazer incidir sobre o caso os efeitos da tese jurídica vertida no *Tema 42* de repercussão geral formalmente delineado pelo STF.

Assumindo-se, contudo, que, independentemente da natureza jurídica do ato administrativo de assunção do passivo tributário da EBAL – *(i)* ajuda financeira para cobrir déficit de empresa estatal sob a forma de aumento de capital *ou (ii)* incentivo fiscal –, tal assunção possa vir a ter privado Municípios baianos de repasses de ICMS que lhes fossem por acaso devidos, tal eventual privação, *se ocorreu e se ilegítima*, não repercute qualquer efeito prático e objetivo sobre a eficácia dos atos de desestatização da Companhia, reclamando, aí sim e se cabível, o necessário, oportuno e regular acerto de contas com as municipalidades afetadas.

Ou seja, se a ajuda financeira regularmente ministrada ao caso vertente, para cobrir déficits resultantes dos passivos da EBAL, tiver repercutido efeitos colaterais sobre repasses de créditos tributários porventura partilháveis com municipalidades baianas, caberá ao Estado da Bahia, *a seu tempo e modo*, promover o ajuste de contas que se mostrar eventualmente pertinente.

Isto porque, a propósito do *Tema 42* em apreço, seriam distintas, inconfundíveis e independentes as relações jurídicas inerentes à situação concreta, a saber, *(i)* uma *primeira* relação jurídica estabelecida entre o Estado da Bahia e a EBAL quanto à ajuda financeira ministrada para cobrir déficit de empresa estatal sob a forma de aumento de capital e *(ii)* uma *segunda* relação jurídica estabelecida entre o Estado da Bahia e os Municípios baianos eventualmente afetados por privação de receita tributária caso exigível e passível de ajuste de contas futuro e oportuno²⁵.

Nessa configuração, a *primeira*

²⁵ Eventual ajuste de contas, podendo ser 'futuro' e 'oportuno', tal como destacado acima, pode dar-se inclusive de ofício, com lastro no poder de autocontrole ou autotutela da Administração Pública (STF, Súmulas 346 e 473), segundo, aliás, dispõe o art. 13 da Lei Estadual nº 12.209, de 20.04.2011. No caso vertente, a Administração Estadual atuaria de ofício, para evitar a incidência futura dos encargos de que cogitam os arts. 153, II, da CE/89, e 50, § 3º, da Lei Estadual nº 7.014, de 04.12.1996, apenas e tão somente se motivada pela convicção de que, como efeito da desestatização da EBAL, privou ilegitimamente Municípios baianos de receitas tributárias partilháveis segundo o sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. Tal como visto acima, porém, não aderimos a tal entendimento, pois, ao atribuímos ao ato administrativo de assunção de passivos tributários da EBAL natureza jurídica de *ajuda financeira, sob a forma de aumento de capital, destinada a cobrir déficit segundo os moldes do art. 26 da LRF*, entendemos, por via de consequência, não ter sido atribuído à Companhia aludida nenhum "incentivo fiscal", com o que resta afastada a incidência, sobre o caso concreto, da tese jurídica firmada no *Tema 42* de repercussão geral do STF, no sentido de *não ser compatível com o regime constitucional de repartição de receitas tributárias excluir dos repasses de ICMS devidos aos Municípios as receitas tributárias objeto de renúncias decorrentes da concessão de "incentivos fiscais."*

relação jurídica acima indicada ensejou a prática de *atos jurídicos perfeitos e acabados*²⁶, concernentes ao manejo de *ajuda financeira, sob a forma de aumento de capital, destinada a cobrir déficit segundo os moldes do art. 26 da LRF*, de sorte a possibilitar que o acionista controlador da EBAL, regularmente investido de competência para prover a ajuda financeira, pudesse dar conta de sanear-la, com vistas a concretizar os propósitos da desestatização, que se efetivou com observâncias a todos os requisitos de validade jurídica que lhe são inerentes.

Nessa mesma configuração, a *segunda* relação jurídica acima indicada envolve a atuação do Estado da Bahia, não como acionista controlador de empresa estatal, mas já agora como partícipe de relação interfederativa no bojo da qual caberá, futura e oportunamente, perquirir sobre a eventual existência de créditos tributários relativos ao ICMS porventura devidos e acaso não repassados a Municípios baianos²⁷, em nada afetando o conteúdo desta segunda relação a eficácia jurídica da primeira, cuja incolumidade jurídica tenho, então, como *induidosa*.

Noutro giro, resgato agora que, da ajuda financeira manobrada sob a forma de aumento de capital, destinada a cobrir déficits da EBAL, segundo os moldes do art. 26 da LRF, resultou que, quanto ao passivo tributário relativo ao ICMS, o *Estado da Bahia*, autorizado por lei estadual e segundo critérios lavrados em norma editalícia, assumiu a condição de *devedor* de obrigações tributárias que, na origem, estava habilitado a exigir como *credor*.

Uma *primeira* questão disso decorrente teria a ver, então, com o que resulta do previsto no *art. 133, I e II*, do *CTN*, assim redigido:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

Considerando que, no caso concreto relativo à desestatização da EBAL, seu acionista controlador Estado Ba-

²⁶ Como tais tutelados constitucionalmente, em razão do que consagra o inciso XXXVI do art. 5º da CF/88.

²⁷ Nesta PGE, a propósito, o tema restou tratado em bases consistentes no âmbito da PROFIS via contestação ofertada contra pretensão municipal deduzida no bojo do processo judicial nº 005398-88.2015.8.05.0000 – fls. 251/294.

hia *não* prosseguiu na exploração da atividade da Companhia, nem iniciou – ou iniciará – nova atividade no mesmo ramo supermercadista, nem em qualquer outro ramo de comércio, indústria ou profissão, o exame da questão objeto deste opinativo envolve lidar apenas com o disposto no acima transcrito *art. 133, caput e inciso I*, do *CTN*, em cuja moldura normativa *não* se inserem diversos dos aspectos fáticos e jurídicos concernentes à operação de desestatização suso referida.

Nesse contexto, destaco em *primeiro* lugar que, nos moldes firmados pelos dispositivos indicados acima, a sucessão empresarial ali referida ensejará a responsabilidade tributária de adquirente de empreendimento econômico, quando *“pessoa natural ou jurídica de direito privado (...) adquirir de outra” pessoa natural ou jurídica de direito privado* o empreendimento referido.

Em tal fragmento da moldura normativa vertida no *caput* do *art. 133 do CTN* não se enquadra a desestatização da EBAL, em cujo contexto a pessoa jurídica de direito privado *N.G.V.S.P.E. Empreendimentos e Participações Ltda.* adquiriu as ações que ora lhe conferem direitos sobre a Companhia aludida, *não* de outra pessoa natural ou jurídica de direito privado, *mas*

diretamente da *pessoa jurídica de direito público* Estado da Bahia, em operação regradada por normas de direito público aplicáveis à licitação empreendida e ao posterior contrato administrativo subscrito, ambos regradados, dentre outras, pela *Lei Federal nº 8.666, de 21.06.1993*, e pela *Lei Estadual nº 9.433, de 01.03.2005*, ambas voltadas a dispor sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito da Administração Pública.

Em adição a isso, destaco em *segundo* lugar que, também nos moldes firmados pelos dispositivos indicados acima, a sucessão empresarial ali referida ensejará a responsabilidade tributária de adquirente de empreendimento econômico, quando a aquisição de empreendimento econômico tiver por objeto *(i) “fundo de comércio” ou (ii) “estabelecimento comercial, industrial ou profissional”*.

Inexistindo, no plano do direito privado brasileiro, uma definição legal de *fundo de comércio (fonds de commerce*, no Direito Francês, ou *azienda*, no Direito Italiano), cabe-nos lançar mão da literatura jurídica especializada, que se refere a tal estrutura econômica como o *“conjunto de bens, materiais ou imateriais, agregados pelo empresário para a consecução de suas*

atividades, designando a universalidade harmônica de bens, utilizada na realização da atividade comercial²⁸.

Sob tal perspectiva, então, a operação de desestatização da EBAL não importou na alienação de um fundo de comércio, enquanto “*universalidade de bens*”, pois referida operação, tendo se concretizado sob a forma de *alienação parcial* do patrimônio da Companhia, não ensejou a transferência de propriedade, p. ex., de bens imóveis, tampouco dos depósitos judiciais / administrativos efetuados em processos em que a Empresa figurou como parte até a data da assinatura do ato translativo da titularidade das ações alienadas, tal como minudentemente já descrito no corpo deste opinativo.

Ora, tendo o Estado da Bahia, no caso concreto, limitado-se a optar por promover uma *alienação parcial*, o certo é que, no tocante aos ativos da Empresa, *apenas partes, pedaços ou frações* destes restaram transferidas, não se podendo, por óbvia inviabilidade fática e jurídica, pretender-se considerar uma “*universalidade harmônica de bens*” apenas algumas das partes, pedaços ou frações dos ativos integrantes de um patrimônio empresarial, já que ínsito ao conceito

de fundo de comércio é a ideia de patrimônio empresarial em sua *dimensão total*.

Sendo, pois, fática e juridicamente *impossível*, em tais condições, considerar que a desestatização da EBAL importou em alienação de *fundo de comércio*, é certo, então, que, não estando configurada a venda de tal “*universalidade harmônica de bens*”, mas do mero e singelo direito do adquirente de postular a renovação dos pactos locatícios donde outrora funcionavam os pontos comerciais da Companhia aludida, não se pode enquadrar a aquisição de tal Empresa no fragmento da moldura normativa vertida no *caput* do *art. 133 do CTN* que exige que se configure a aquisição de *fundo de comércio* para que disso ecloda a responsabilidade tributária do sucessor empresarial.

Diferentemente do que se passa em relação ao conceito de fundo de comércio, o direito privado brasileiro consubstancia uma definição legal para a figura do estabelecimento, vertida no *art. 1.142. do Código Civil* vigente, pelo qual “*considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”.

²⁸ Nesse sentido, SABBAG, Eduardo de Moraes, em *Manual de direito tributário*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 788.

Nesse plano, note-se que *“a ideia de estabelecimento, diferentemente da universalidade de bens mencionada, que marca o fundo de comércio, passa pela identificação da unidade fisicamente autônoma, na qual uma pessoa física ou jurídica realiza suas atividades comerciais²⁹”*.

No ponto, considerando que, por força de norma editalícia expressa, nenhum bem imóvel constituiu objeto da desestatização efetuada, é certo que de tal operação não resultou a transferência de propriedade de nenhuma *“unidade fisicamente autônoma”*, tendo-se, quanto a isso, transferido apenas a óbvia e singela

prerrogativa do adquirente de se reportar aos senhorios dos imóveis locados donde outrora funcionavam as lojas da EBAL e junto a estes renegociar os contratos de locação existentes.

Sob tal perspectiva, afigura-se óbvia a inviabilidade de se pretender confundir (i) *“unidade fisicamente autônoma”* donde o empresário comercial desempenha suas atividades com (ii) o direito do adquirente de uma participação societária de postular renovação dos pactos locatícios donde outrora funcionavam lojas do empreendimento, que foi o que, em verdade e realmente, restou

adquirido pelo arrematante das ações da EBAL, tal como se extrai da simples leitura do disposto no *item 4.1, III, a)*, do *Edital de Venda* (fls. 23/43), assim redigido:

“4.1. DAS OBRIGAÇÕES DO ALIENANTE

Sem prejuízo de outras constantes deste EDITAL, constituem obrigações do ALIENANTE e, quando for o caso, da EBAL:

(...)

*III – a partir da assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA, será de exclusiva responsabilidade do **COMPRADOR**, correndo às suas próprias e exclusivas expensas:*

a) todas as providências relativas à renovação dos contratos de locação e/ou dos instrumentos de posse e de cessão de uso que servem de base para as operações da EBAL;”

Aludida disposição editalícia restou, por sua vez, repetida na *Cláusula Quinta, sub-cláusula 5.1, II, g)*, do *Contrato de Compra e Venda de Participação Acionária - Contrato nº 006 / 2018, de 05.06.2018* (DOE em 09.06.2018 – fls. 23/43).

Acentua tal contexto o fato de que (i) os bens móveis direta ou indiretamente necessários a viabilizar as operações futuras da Companhia foram entregues em estado de conservação deplorável, ante à redução do nível de atividade seguida da interrupção das operações da Empresa, tanto quanto o fato de que (ii) por força do quanto

²⁹ Nesse sentido, SABBAG, Eduardo de Moraes, ob. cit., p. 788.

indicado anteriormente, os estoques de mercadoria repassados ao adquirente chegaram-lhe em declínio, a julgar pela redução dos valores pelos quais se foram contabilizados em 2014 (R\$ 57.042.485,00) e em 2015 (R\$ 17.469.253,00) - fls. 160/162.

Sendo, pois, fática e juridicamente *impossível*, em tais condições, considerar que a desestatização da EBAL importou em alienação de *estabelecimentos comerciais* entendidos como “*unidades físicas autônomas*”, é certo, então, que, não estando configurada a venda de estabelecimentos mercantis de qualquer natureza, mas do mero e singelo direito do adquirente de postular a renovação dos pactos locatícios donde outrora funcionavam os pontos comerciais da Companhia aludida, não se pode enquadrar a alienação de tal Empresa no fragmento da moldura normativa vertida no *caput* do *art. 133 do CTN* que exige que se configure a aquisição de *estabelecimentos comerciais, industriais ou profissionais*, para que disso ecloda a responsabilidade tributária do sucessor empresarial.

É verdade, contudo, que uma dada literatura jurídica especializada *não*

estabelece distinção entre *estabelecimento comercial* e *fundo de comércio*, sendo nesse sentido, a propósito, o magistério de *Maria Helena Diniz*³⁰, para quem “*estabelecimento é o complexo de bens de natureza, materiais ou imateriais reunidos e organizados pelo empresário individual ou pela sociedade empresária, por serem necessários ou úteis ao desenvolvimento e exploração de sua atividade econômica.*”

Aceita a concepção segundo a qual fundo de comércio e estabelecimento comercial seriam, então, a *expressões sinônimas*, correspondentes à ideia de “*universalidade harmônica de bens*”, disso decorreria que, no caso concreto, então, que, não estando configurada a venda da aludida “*universalidade harmônica de bens*”, mas – repita-se – do mero e singelo direito do adquirente de postular a renovação dos pactos locatícios donde outrora funcionavam os pontos comerciais da Companhia aludida, não se pode enquadrar a aquisição de tal Empresa no fragmento da moldura normativa vertida no *caput* do *art. 133 do CTN* que exige que se configure a aquisição de *fundo de comércio ou de estabelecimento comercial* para

³⁰ DINIZ, Maria Helena, em *Lições de direito empresarial*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151. Em igual sentido, tem-se, dentre outros, FABRETTI, Lúcio Camargo, em *Direito de empresa no novo código civil*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 68; GUSMÃO, Mônica, em *Curso de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 155 e 157; FURTADO, Lucas Rocha, em *Estabelecimento comercial, o novo código civil - estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTr, 2003, p. 931-39; CARVALHOSA, Modesto, em *Comentários ao código civil (coord. Antônio Junqueira de Azevedo)*, São Paulo: Saraiva, 2005, v. 13, p. 617 e 618.

que disso ecloda a responsabilidade tributária do sucessor empresarial.

Ou seja, como quer que se defina *fundo de comércio e estabelecimento comercial*, nenhuma de tais estruturas restou alienada e adquirida no contexto da operação de desestatização da EBAL, levada a efeito como alienação parcial do patrimônio – ativo e passivo – da Companhia.

Por fim, destaco em *terceiro* lugar que, também nos moldes firmados pelos dispositivos indicados acima, a sucessão empresarial ali referida ensejará a responsabilidade tributária de adquirente de empreendimento econômico, se este “*continuar a respectiva exploração*”, dando continuidade às atividades ali anteriormente desempenhadas, “*da mesma forma que atuava anteriormente o bem adquirido*”³¹.

No caso concreto, a adquirente das ações da EBAL *não* prosseguirá com “*a respectiva exploração*”, dando continuidade às atividades anteriormente desempenhadas pela EBAL em suas antigas lojas “*da mesma*

forma que atuava anteriormente o bem adquirido”, eis que o modelo de negócios da compradora aludida envolverá o manejo de inúmeras *atividades não manobradas pela EBAL no passado*, tais como aquelas a que se acha autorizada a praticar a arrematante com lastro no *item 4.1, II, f)*, do respectivo *Edital de Venda* (fls. 23/43), que a autoriza a

“(…) face à transferência dos direitos de exploração comercial relativos ao Cartão do PROGRAMA CREDICESTA, (...) modificar, ampliar, aperfeiçoar e/ou, por quaisquer mecanismos viáveis e juridicamente legítimos, diversificar as funcionalidades do cartão referido, a este podendo associar a ampliação da rede de compras e a contratação de serviços, inclusive comerciais, creditícios, financeiros, securitários e congêneres, ficando desde logo definido que as despesas/dívidas decorrentes da contratação dos aludidos serviços comerciais, creditícios, financeiros, securitários ou congêneres, assumidas por agentes públicos estaduais através de novas funcionalidades atribuídas ao Cartão do PROGRAMA CREDICESTA, sem correlação direta com a aquisição de gêneros e mercadorias na rede de lojas do COMPRADOR, não poderão extrapolar o percentual de 50% (cinquenta por cento) da margem de consignação específica de cada agente público estadual por débitos contratados segundo as regras próprias do PROGRAMA CREDICESTA.”

Nesse contexto, dado o quanto pontuado acima e considerando que a desestatização da EBAL *(i) não* configurou a aquisição de empreendimento econômico por pessoa jurídica

³¹ Nesse sentido, MINARDI, Josiane, em *Manual de direito tributário*, 5. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 403. Nessa mesma linha, Ives Gandra da Silva Martin assevera que a configuração objetiva da hipótese de responsabilidade tributária prevista no art. 133 do CTN exige do adquirente que dê continuidade à exploração “*do negócio de quem venda o fundo de comércio e não ‘de negócio do adquirente’, mesmo que semelhante, [pois] a dicção do dispositivo não oferta dúvida de que a aquisição se refere à assunção da própria empresa, do seu fundo de comércio, vale dizer, da cumulação de sua propriedade imaterial (marcas, patentes e quaisquer outras dimensões que representem o valor do empreendimento) e material (bens, mercadorias, contratos e andamento incluídos nestes contratos os clientes etc.)*”. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Inteligência do art. 133 do código tributário nacional. Origem do dispositivo. Evolução jurisprudencial e doutrinária. Inaplicabilidade à hipótese consultada*. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 145, out. 2007, p. 132. Na configuração delineada pelo Autor ora citado não se amolda a operação de desestatização da EBAL que, efetivada sob a forma de alienação parcial, tal como legalmente autorizado, não envolveu a transferência da integralidade do patrimônio, mas apenas partes, pedaços ou frações de seus ativos e passivos.

de direito privado junto a outra pessoa jurídica de direito privado, mas junto ao próprio Estado da Bahia enquanto pessoa jurídica de direito público e segundo regras publicísticas, (ii) não ensejou a aquisição de fundo de comércio, enquanto “universalidade harmônica de bens”, pois tendo sido efetivada sob a forma de uma alienação parcial, restaram vendidas partes, pedaços ou frações do patrimônio empresarial, (iii) não ensejou a aquisição de *estabelecimento comercial*, enquanto “unidade física autônoma”, mas do singelo direito de postular a renovação dos pactos locatícios relativos aos imóveis donde, no passado, a EBAL operou suas lojas, e também (iv) não ensejará a continuidade das operações da Companhia da mesma forma que esta operava suas lojas no passado, assumo que, portanto, a operação de desestatização suso referida não tem aptidão para ensejar a responsabilidade tributária da adquirente como sucessora empresarial, pois o modo como implementada tal operação não permite seu enquadramento na moldura jurídica do *art. 133, caput e inciso I, do CTN*.

Nesse contexto, resgato que o raciocínio que orienta as regras concernentes à responsabilidade tributária na sucessão empresarial é o de que “a Administração Tributária deve seguir

a manifestação de riqueza dessas entidades, de forma que o ‘desaparecimento’ de uma entidade deve implicar a responsabilidade daquelas que lhe sucedem³².”

A responsabilidade tributária definida segundo os moldes do *art. 133* do CTN constitui, então, instrumento que permite ao Poder Público “*seguir a manifestação de riqueza*” de dado empreendimento, de sorte a evitar que, em caso de desaparecimento deste, seu sucessor responda pelos tributos devidos, na medida em que tenha adquirido o patrimônio – universalidade harmônica de bens – do empreendimento sucedido.

Ora, no caso concreto, responsabilidade tributária definida segundo os moldes do *art. 133* do CTN não ensejaria “*seguir a manifestação de riqueza do alienante*”, eis que este reteve consigo parte significativa dos ativos da Companhia vendida, pois, segundo demonstrado acima, *nem* os bens imóveis, *nem* os valores relativos aos depósitos administrativos / judiciais efetuados em processos em que a EBAL é parte foram objeto de transferência.

Justamente por isso, o Estado da Bahia precisou assumir o passivo da Companhia a ser desestatizada, ali incluído o próprio passivo tributário, pois, considerando que o próprio acionista

³² Cf. ALEXANDRE, Ricardo, em *Direito tributário esquematizado*, 10. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, pp. 335, 340 e 341.

controlador segregou e reteve consigo os bens mais valiosos da Empresa alienada – bens imóveis e os valores relativos aos depósitos administrativos / judiciais efetuados em processos em que a EBAL fosse parte –, é certo que, desde a publicação do Edital de Venda, o acionista controlador sabia que, em razão do modo como esta se daria (i.e., com retenção de ativos dos mais valiosos), não iria ser possível, no momento seguinte à concretização da desestatização pretendida, “seguir a manifestação de riqueza do alienante”, dado que *parte de tal riqueza foi por ele mesmo segregada e retida antes da transferência da titularidade das ações alienadas.*

Mais que isso.

Tal como indicado acima, da ajuda financeira manobrada sob a forma de aumento de capital, destinada a cobrir déficits da EBAL, segundo os moldes do *art. 26 da LRF*, resultou que, quanto ao passivo tributário relativo ao ICMS, o *Estado da Bahia*, autorizado por lei estadual e segundo critérios lavrados em norma editalícia, assumiu a condição de *devedor* de obrigações tributárias que, na origem, estava habilitado a exigir como *credor*.

Com isso, ao tornar-se o Estado da

Bahia responsável por obrigações tributárias que, na origem, estava habilitado a exigir, *passou a confundir-se, na mesma pessoa jurídica estatal, as condições de credor e de devedor.*

Tal situação, livre e licitamente assumida pelo Estado da Bahia segundo regras legais e editalícias, enquadra-se na moldura jurídica do instituto da *confusão*, de que cuidam os *arts. 381 a 384 do Código Civil* vigente, lavrados com a redação seguinte:

Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

Art. 382. A confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida, ou só de parte dela.

Art. 383. A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.

Art. 384. Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior.

Tendo, então, assumido livre e licitamente o propósito de assumir, dentre outros, o passivo tributário da EBAL, aí incluído o passivo concernente ao ICMS, tal circunstância e condição jurídica da desestatização foi, desde a publicação do Edital de Venda, do público conhecimento de todos os potenciais interessados na aquisição dos

pedaços de ativos e de passivos que o Estado da Bahia estava colocando à venda no contexto da alienação parcial do patrimônio da Companhia.

Nesses moldes, por mínimo respeito à *boa-fé objetiva* que deve nortear relações titularizadas pelo Poder Público junto a terceiros –, afigura-se eticamente *ilegítimo* pretender agora suscitar os efeitos da responsabilidade tributária por sucessão empresarial de que cuida o *art. 133* do *CTN*, já aqui à vista de que resulta do § 2º do *art. 3º* da *Lei Estadual nº 12.209*, de *20.04.2011*, de acordo com o qual tem-se que

“A Administração respeitará padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, procedendo, na relação com os administrados, com lealdade, correção e coerência, sem abuso das prerrogativas especiais que lhe são reconhecidas.” (Destacamos).

Nessa medida, assumo que o Estado

da Bahia subverteria grave e maliciosamente o disposto na norma legal supra transcrita se, tendo assumido reter consigo o passivo da Empresa que pretendia alienar, via ato de pública e ampla divulgação, lavrado com autorização legislativa, chancela editalícia e respeito ao regramento da LRF, invocasse agora os efeitos do *art. 133* do *CTN* contra a adquirente do negócio, especialmente se, antes da concretização da desestatização pretendida, o Estado da Bahia, em razão de sua condição de acionista controlador, segregou e reteve consigo os itens do ativo patrimonial de maior valor e de melhor liquidez, com isso inviabilizando que qualquer adquirente fizesse face a cobranças futuras de créditos fiscais considerados devidos³³.

Assim, dado que, no caso concreto, (i) não se perfazem em relação à adquirente da Companhia desesta-

³³ Não enfrentaremos aqui a questão atinente aos efeitos da ‘confusão’ como hipótese de extinção do crédito tributário não prevista no *art. 156* do *CTN*, que assim dispõe: “*Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado; XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.*”

Sendo certo que o instituto jurídico da confusão não integra o rol de hipóteses extintivas do crédito tributário positivado nos *incisos I a XI* do *art. 156* do *Código Tributário Nacional*, a situação aqui posta recolocaria em cena o debate acerca do caráter taxativo – ou não – do rol normativo consagrador das aludidas hipóteses de extinção do crédito tributário, especialmente face ao disposto no *art. 146, III, b*, da *CF/88*, que submete a tratamento por lei complementar as questões atinentes ao crédito tributário.

Sobre o tema, o cenário é de indefinição no âmbito do *Supremo Tribunal Federal*, visto encontra-se ali pendente de julgamento a *ADI nº 2.405 – DF, Rel. Min. Carlos Britto*, com julgamento suspenso e liminar concedida para, dentre outras pretensões, *facultar o ente federado criar modalidade extintiva de crédito por lei estadual, estabelecendo regras específicas e quitação de seus próprios créditos tributários* e, com isso, cautelarmente, (i) alterar o entendimento firmado na *ADInMC 1917-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello*, para, consequentemente (ii) considerar carente de plausibilidade a alegação de ofensa ao *art. 146, III, b*, da *CF/88* que, como dito acima, reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário – fls. 295/298.

No âmbito do *Superior Tribunal de Justiça*, porém, quando do julgamento do *Agravo Regimental em Agravo nº 117.895 / MG, Rel. Min. Ari Pargendler*, em caso concreto envolvendo o Município de Belo Horizonte/MG e contribuinte do *IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (CF/88, art. 156, I)* relativo a período em que a próprio Ente Federado incorreu em esbulho sobre a posse tributável, a *Côrte Especial* considerou que, ao imitar-se na posse tributável, a municipalidade, sujeito ativo do tributo, confundiu-se com o sujeito passivo, não permitindo, em tal período, a ocorrência do respectivo fato gerador, razão pela qual a *Côrte* aludida, negando provimento ao recurso do ente público, manteve a decisão que declarou extintos os créditos tributários do período, face aos efeitos jurídicos inerentes ao instituto da confusão – fls. 299/302.

tizada os efeitos da responsabilidade tributária por sucessão empresarial de que cuida o *art. 133* do *CTN* e dado que *(ii)* a alienação parcial levada a efeitos com autorização legal, chancela editalícia e observância ao regramento da LRF, fez eclodir os efeitos do instituto da confusão quanto a obrigações tributárias alusivas ao ICMS que cumularam na mesma pessoa política estatal as condições de credor e de devedor, impõe-se, segundo assumo, o seguinte:

(a) declarar extintos os créditos tributários inscritos em face da Companhia desestatizada, até a data da assinatura do *Contrato de Compra e Venda de Participação Acionária – Contrato nº 006 / 2018, de 05.06.2018* (DOE em 09.06.2018 – fls. 64/69);

(b) habilitar os interessados à obtenção de certidão negativa de tais pendência, a ser emitida segundo os termos da legislação específica, notadamente os *arts. 205 a 208* do *CTN*; e, por fim,

(c) promover os ajustes cabíveis na *Contabilidade Pública Estadual*, tendo em vista as mutações patrimoniais a que se submeteu o ente Estado da Bahia, quando, por um lado, reteve e

transferiu a seu acervo bens imóveis e depósitos administrativos e judiciais feitos em favor da EBAL, e também quando, de outro lado, abarcou os passivos tributários, inclusive aqueles relativos ao ICMS até a data da assinatura do pacto translativo da propriedade das ações negociadas visando a concretizar a operação aqui examinada.

A declaração de extinção suso referida – motivada pelas razões constantes deste opinativo, proferido pela Procuradoria Geral do Estado no exercício do que lhe atribui a *CE/89*³⁴, a *LOPGE – Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado*³⁵ e o *§ 5º* do *art. 3º* do *Regimento da Secretaria da Fazenda*³⁶ – compete ao *Sr. Secretário da Fazenda*, nos termos do da *alínea b)* do *inciso I* do *art. 18*, do retro referido *Regimento da SEFAZ* – fls. 303/318.

Aludida *decisão administrativa*, por seu turno, ensejará a extinção dos créditos tributários a ela relativos, com base no que dispõe o *art. 156, inciso IX*, do *CTN*, segundo os quais “Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;”

³⁴ A *CE/89* atribui à PGE a representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Estado, de suas autarquias e fundações públicas inclusive em matéria tributária, segundo o que decorre dos seus arts. 140 a 143.

³⁵ A *LOPGE* corresponde à Lei Complementar Estadual nº 34, de 06.02.2009.

³⁶ O *Regimento da Secretaria da Fazenda* em vigor foi aprovado pelo Decreto nº 16.406, de 13.11.2015.

Ao resgatar, por fim, os aspectos da motivação do ato de alienação da EBAL, tais como assinalados nos primeiros parágrafos deste opinativo, assumo a plena *legitimidade jurídica da opção política* ensejadora da desestatização da Companhia aludida e o faço invocando a autoridade do *art. 20, Parágrafo único, da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*³⁷, assim redigidos:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” (Destacamos).

No caso concreto, *“as consequências práticas da decisão”* de não desestatizar a Companhia referida ensejariam manter sob controle e financiamento estatal uma empresa permanentemente deficitária³⁸, operando à míngua de interesse público relevante que justificasse a titularidade pública de uma Entidade destinada a atuar, em moldes sempre precários, a oferta de produtos e serviços básicos, disponíveis a preços em geral muito mais módicos na rede supermercadista privada.

Por outro lado, *“as consequências práticas da decisão”* de promover a liquidação extrajudicial pura e simples da Companhia aludida importariam em arrastar para a extinção um agente produtivo que, em operação sujeita a controle privado – livre das amarras impostas ao Poder Público da gestão de algo extremamente dinâmico como o varejo supermercadista (!) –, poderia seguir participando da dinâmica econômica estadual, com todos os desdobramentos benignos disso decorrentes, especialmente no tocante à possibilidade de preservação e/ou de geração de empregos diretos e indiretos.

Assim, sopesadas as *“consequências práticas”* inerentes às *“possíveis alternativas”* colocadas diante da realidade objetiva do acionista controlador – (i) seguir financiando déficits financeiros contínuos ou (iii) liquidar pura e simplesmente –, aduzo que a opção pela desestatização por alienação parcial do patrimônio com a transferência do controle respectivo à iniciativa privada é a que melhor se legitima à vista dos balizamentos traçados pelo *art. 20, Parágrafo único, da LINDB*, na medida em que a escolha política exercida preservou um núcleo de

³⁷ Aprovada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942. Por sua vez, o dispositivo invocado acima – art. 20, Parágrafo único –, restou incluído no diploma citado por força da Lei Federal nº 13.665, de 25.04.2018.

³⁸ À simples leitura da Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, relativa ao exercício findo em 2015 – fls. 160/162 –, vê-se que em todos os exercícios anteriores a EBAL evidenciou prejuízos que evoluíram crescentemente ao longo dos 3 (três) últimos anos, sem perspectiva de reversão do quadro que, nos exercícios posteriores, apenas piorou.

atividade produtiva potencialmente apto a seguir gerando externalidades socioeconômicas relevantes, dentre outras coisas, para preservar e/ou gerar empregos diretos e indiretos nos espaços de atuação do novo controlador da Entidade.

Ante o exposto, atendo-me aos estritos e específicos termos da consulta formulada, opino conclusivamente no sentido de que

1.º) mediante autorização legal, balizamento editalício e observância ao regramento vertido na LRF, o Estado da Bahia, operando de forma livre e legítima, efetivou a desestatização da EBAL, mediante opção pela alienação parcial de ativos e passivos da Companhia aludida, segundo regras publicísticas;

2.º) como regra norteadora da alienação parcial implementada, o Estado da Bahia promoveu a desestatização da Empresa referida autorizado, por decisão de AGE – Assembleia Geral Extraordinária, a ministrar-lhe aumento de capital, com vistas à posterior assunção dos passivos da Entidade, visando a saneá-la, para viabilizar a venda pretendida;

3.º) nesse contexto, do ponto de vista econômico-financeiro, o Estado da Bahia operou provendo ajuda financeira, sob a forma de aumento de

capital, para cobrir déficit de empresa estatal, observando as diretrizes do *art. 26 da LRF* e, pois, legitimando-se à assunção dos passivos da Entidade, inclusive seu passivo tributário e, em particular, aquele relativo ao ICMS;

4.º) a ajuda financeira ministrada segundo os termos do item precedente, destinada como fora a cobrir déficit de empresa estatal, sob a forma de aumento de capital, segundo os termos do *art. 26 da LRF*, não se confundindo com a outorga aberta de benefício fiscal-financeiro a contribuintes em geral, para o fomento isonômico e impessoal a empreendimentos produtivos, não atrai a incidência, sobre o caso analisado, do disposto no *§ 6º do art. 150 da CF/88*;

5.º) de igual modo, tendo sido a ajuda financeira acima referida ministrada sob a forma de aumento de capital, não se confunde com incentivo fiscal, razão pela qual não deve integrar o produto da arrecadação partilhável com Municípios baianos, para os fins inerentes ao sistema constitucional de repartição de receitas tributárias;

6.º) vindo a orientação firmada no item precedente a se modificar, futura e oportunamente, em favor de Municípios baianos, tal cenário ensejará os pertinentes ajustes de contas e os consequentes repasses, com os

acréscimos legais pertinentes, constituindo a questão interfederativa referida objeto de relação jurídica própria e específica, inapta a repercutir efeitos sobre os atos concretizadores da desestatização efetuada que, por sua fiel observância ao *art. 26 da LRF*, configuram atos jurídicos perfeitos, como tais protegidos constitucionalmente – *CF/88, art. 5º, XXXVI*;

7.º) no caso concreto, não se perfazem os efeitos jurídicos da responsabilidade tributária por sucessão empresarial, por não se enquadrar a desestatização efetuada na moldura jurídica do *art. 133 do CTN*;

8.º) a modelagem atribuída à operação pela qual o Estado da Bahia, autorizado legalmente, sob chancela editalícia e com respeito à LRF, abarcou, de forma livre e legítima, a assunção de todo o passivo tributário da Companhia – inclusive do passivo relativo ao ICMS, até a data da assinatura do contrato de alienação de sua participação acionária, ensejando inclusive a sobreposição das condições de credor e de devedor sobre a pessoa política estatal – torna juridicamente inviável, em tal contexto, a pretensão de suscitar os efeitos da responsabilidade por sucessão empresarial de que cuida o suso referido *art. 133 do CTN*;

9.º) se a própria pessoa política estatal, antes mesmo do ato translativo da propriedade da Companhia alienada, segregou e reteve os ativos melhor avaliados e de maior liquidez, representados pelos bens imóveis e pelos depósitos feitos em processos em que a EBAL figurava como parte, violaria agressivamente as diretrizes do § 2º do *art. 3º da Lei Estadual nº 12.209, de 20.04.2011*, pretender-se agora imputar à adquirente de boa-fé os efeitos de responsabilidade tributária por sucessão empresarial, com fulcro no *art. 133 do CTN*;

10.º) por tais razões, então, os créditos tributários estaduais do período indicado devem ser declarados extintos, por decisão administrativa da autoridade pública estadual competente, nos termos da legislação própria e para os fins do *art. 156, IX, do CTN*, disso decorrendo, subseqüentemente, os deveres do Poder Público Estadual de **(i)** habilitar os interessados à obtenção de certidão negativa de tais pendência, a ser emitida segundo os termos da legislação específica, notadamente os *arts. 205 a 208 do CTN*, bem como de **(ii)** promover os ajustes cabíveis na Contabilidade Pública Estadual, tendo em vista as mutações patrimoniais a que se submeteu o ente Estado da Bahia, quando, por um lado, reteve e transferiu a

seu acervo bens imóveis e depósitos administrativos e judiciais feitos em favor da EBAL, e também quando, de outro lado, abarcou os passivos tributários, inclusive aqueles relativos ao ICMS até a data da assinatura do pacto translativo da propriedade das ações negociadas;

11.º) é indubitosa a legitimidade jurídica de escolha política inerente à desestatização empreendida, que encontra respaldo no art. 20, Parágrafo único, da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nesta incluído pela *Lei Federal nº 13.655, de 25.04.2018*, tendo em vista que as “consequências *práticas*” inerentes às demais “*possíveis alternativas*” colocadas diante da realidade objetiva do acionista controlador no caso concreto representavam caminhos que não realizavam de forma mais satisfatória os interesses públicos submetidos à tutela estatal.

É como me ocorre poder opinar.

À i. Procuradora – Chefe desta PCT e, em seguida, à i. Procuradora do Esta-

do da Bahia Dr.^a Ana Carolina Moreira, para o quanto lhe compete no âmbito da d. Procuradoria Fiscal.

Salvador / BA, 24 de janeiro de 2019.

Marco Valério Viana Freire

Procurador do Estado da Bahia

Procurador Assistente

OAB/BA nº 12.503

A LIBERDADE DE ENSINO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: A TEORIA DO GOVERNMENT SPEECH E A RESPONSABILIDADE DO DISCURSO.

Por: Rodrigo Almeida Gomes Moura

A LIBERDADE DE ENSINO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: A TEORIA DO GOVERNMENT SPEECH E A RESPONSABILIDADE DO DISCURSO.

Rodrigo Almeida Gomes Moura¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva a realização de breve análise de questões relevantes atinentes à liberdade de ensino e aprendizagem, especialmente no âmbito da universidade pública. Aborda-se o fundamento da proteção do ensino e enfatiza-se, por outro lado, a existência de limites. O desenvolvimento do tema foi impulsionado pela experiência do autor no curso “Os Desafios da Advocacia Pública na Efetivação de Direitos na Era Global” realizado nos dias 02 a 13 de julho de 2018 em Roma-Itália/Genebra-Suíça, pela Universidade de Roma “Tor Vergata”. Na ocasião abordou-se a teoria americana do “Government Speech” e ressaltou-se a dificuldade de con-

senso da concepção da liberdade de ensino e dos seus delineamentos em diversos países. A existência de leis e de projetos de lei tramitando nas Casas Legislativas no Brasil sobre o assunto e o controle exercido pelo Poder Judiciário cancelaram o interesse pelo tema. O potencial desenvolvimento de políticas públicas sobre o assunto o faz inserir no contexto das atividades da advocacia pública, revelando questões desafiadoras a serem enfrentadas pelos seus membros. O estudo conclui pela necessidade de construção dos contornos acerca do tema de forma sólida, rechaçando a falta de diálogo inserida no cenário de polarização política e social.

¹ Procurador do Estado da Bahia, Pós- Graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia.

ABSTRACT

The present work aims to carry out a brief analysis of important questions related to academic freedom, especially in the scope of the public university. The work addresses the fundamental of the protection of education and emphasizes the existence of its limits. The development of the theme was driven by the author's experience in the course "The Challenges of Public Advocacy in the Effect of Rights in the Global Age", held from July 2 to 13, 2018 in Rome-Italy/ Geneva-Switzerland, by Rome University "Tor Vergata". At the time the American Theory of Government Speech was discussed and the difficulty of having a consen-

sus on the conception of the academic freedom and its boundaries was emphasized. The existence of Laws and bills dealing in the Legislative Houses in Brazil on the subject and the judicial control exercised confirmed the interest in the subject. The potential development of public policies on the subject makes it insert in a context of public advocacy activities, revealing challenging issues for its members to address. The study concludes by the need to build the outline about the theme in a solid way, rejecting the lack of dialogue inserted in the scenario of political and social polarization.

1. Introdução

O presente trabalho, longe de pretender o esgotamento do assunto, dada a sua vastidão, visa trazer alguns pontos de reflexão acerca da liberdade de ensino e de aprendizagem, apontando a relação dos seus fundamentos com a teoria do “Government Speech” desenvolvida nos Estados Unidos da América (E.U.A). No decorrer da análise verifica-se que, se por um lado resta assentado que os mencionados princípios possuem por objetivo a proteção do ensino frente a ingerências político-governamentais, por outro lado, nota-se que não são princípios absolutos, possuindo limites, muitas vezes, de não clara identificação, tanto no Brasil, como em outras repúblicas democráticas, o que enseja, caso se pretenda discipliná-los, a necessidade de desenvolvimento de profundos estudos, casados com o objetivo de desenvolvimento do direito à educação, almejando-se sempre o interesse público, desatrelado, portanto, de quaisquer direcionamento vinculado a movimento político-partidário.

Cumprir registrar que as considerações realizadas no presente artigo são destinadas, de um modo geral, a todas as instituições de ensino. Aplicam-se, todavia, com maior propriedade às instituições públi-

cas, e dentre estas, às universidades públicas, tendo em vista que estas, além de se configurarem como entidades integrantes da Administração Pública, possuem como corpo discente pessoas já fisiologicamente formadas, com maior capacidade de compreensão, de desenvolvimento de pensamento crítico e de atuarem após a formação em prol da sociedade e do desenvolvimento do país. A título de registro de demonstração da importância da liberdade de ensino nas universidades, nota-se que a Constituição conferiu-lhe proteção específica: a Autonomia Universitária.

A advocacia pública cada vez mais exigida num mundo multifacetário deve se readaptar e se esforçar para conquistar seu espaço, nunca se descuidando do interesse público, atuando como agente de transformação e realizador, agindo ao lado do Gestor, o orientando principalmente nos estudos dos nascedouros das políticas públicas, evitando assim ações desarrazoadas e que afetem negativamente o desenvolvimento social.

2- A Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), no inciso II do art. 206, estabelece que o ensino será ministrado com base no **princípio da liberdade**

de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e, ainda, com base no **pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas**.² Observa-se que os referidos princípios se encontram dispostos no segundo artigo da Seção I do Capítulo III do Título VIII que trata da Educação.

Os mencionados princípios, dentre outros previstos no mesmo artigo, configuram-se como norteadores do direito à educação, que se constitui, por sua vez, como direito fundamental, de cunho social, destinado ao “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (Da Cunha Júnior, 2015, p. 1071).

Vale destacar, apenas para pontuar, que a expressão **“liberdade de ensino e aprendizagem”** revela-se mais apropriada do que a também utilizada **“liberdade de cátedra”**, muito comum nos meios acadêmicos. Além de se encontrar em consonância com a norma constitucional, a expressão “liberdade de ensino e aprendizagem” é mais abrangente, pois resguarda tanto o aspecto do ensino relacionado ao professor, que transmite o conhecimento, quanto ao correspondente ao aluno, que o recebe.

José Afonso da Silva, por exemplo, denomina a liberdade de ensino e de aprendizagem de “Liberdade de Transmissão e de Recepção do Conhecimento” (Da Silva, 2009, p.786), no intuito de expressar também a salvaguarda do aprendizado.

A liberdade de ensino, ou liberdade de transmissão do conhecimento se traduz na liberdade que o professor possui, dentro dos programas oficiais e currículos de ensino, de escolher o objeto e a forma de transmissão daquela matéria. O mesmo autor expõe que na liberdade de ensino “encontra-se a liberdade de o professor escolher o objeto relativo do ensino a transmitir” (Da Silva, 2009, p.786) e ressalta que o termo “objeto relativo” é devido “porque sua liberdade, aqui fica condicionada aos currículos escolares e aos programas oficiais de ensino” (Da Silva, 2009, p.786).

Além da liberdade de aprender e ensinar, conforme acima mencionado, verifica-se que a Constituição Federal busca preservar o **pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas**, sendo este princípio vertente da democracia pluralista já que a República Federativa do Brasil assegura os valores de uma sociedade

² Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

...

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, ...

pluralista (Preâmbulo da CF/88) e se fundamenta, também, no pluralismo político (art.1º, V da CF/88).

Ademais, mesmo havendo disposições expressas acerca da liberdade de ensino, de aprendizagem, bem como do pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, como diretrizes do ensino, a CF/88, no art.207, estabelece que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão³. Atentou-se o constituinte de 1988 que o reconhecimento da autonomia universitária pela via legislativa não é suficiente para que as universidades realmente possam cumprir, de modo independente, a sua relevante finalidade e a resguardou em sede constitucional.

Não menos importante, também, e que vem a integrar a diretriz constitucional de liberdade de ensino com respeito ao pluralismo de idéias é a disposição presente no art.210 da CF/88⁴ que estabelece que serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica co-

mun e respeito aos valores culturais, artísticos, nacionais e regionais. Neste caso, nota-se que só se exige que o ensino fundamental tenha conteúdo mínimo nacionalmente, com vistas a se assegurar formação básica comum. Todavia, importante ponderar que não se pretende obter um ensino necessariamente uniformizado, já que esta base, conforme prevê o art.26⁵ da Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), deve ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, considerando-se características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

A partir da leitura dos dispositivos citados observa-se que, de maneira geral, a CF/88, busca assegurar a liberdade do ensino, seja a liberdade da instituição na construção e implementação de sua proposta pedagógica, seja a liberdade dos professores como condutores do processo de aprendizagem, seja a do aluno, conferindo-o o direito de aprender e de pesquisar.

³ Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

⁴ Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.
§2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

⁵ Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

3- A Universidade Pública Como Integrante da Administração Pública e a Teoria do “Government Speech”.

As universidades públicas em geral são criadas por lei específica na forma de Autarquia ou Fundação Pública com fundamento no inciso XIX, art. 37 da Constituição Federal⁶. Assim, passam a ser integrantes da Administração Pública indireta, seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual.

Diante das considerações expendidas no item anterior verifica-se que o legislador constituinte pretendeu evitar interferências político-governamentais no âmbito do ensino, principalmente nas universidades. A discussão se torna mais profícua e sensível nos aspectos relacionados às universidades públicas, haja vista serem estas partes integrantes da Administração Pública, sendo subsidiada, inclusive, com recursos públicos.

Importante aqui asseverar que o fato de a universidade pública ser estruturada e mantida com recursos públicos não a torna um mero órgão público porta voz do governo e de suas ideologias ou a caracteriza como instituição executora de políticas públicas transmissora da ideolo-

gia do governo eleito.

Não há como o governo, eleito de forma legítima, atuar no campo das universidades públicas com vistas a implementação de política pública que não seja voltada ao desenvolvimento do ensino, da pesquisa e da extensão. Não pode o governo, sob a justificativa de que busca a efetivação do direito à educação, atuar com políticas públicas que visem a utilização da universidade pública como instituição transmissora da ideologia que embasa determinado programa de governo. Dito de outro modo, o fato de a universidade pública ser custeada com recursos públicos, não a torna campo, ferramenta de implementação, instrumento, ainda que de forma indireta, de qualquer ideologia de governo. Não se faz legítima, por exemplo, a atuação do governo direcionando a grade curricular ou o conteúdo programático, para que sejam adotadas ideologias políticas de esquerda ou de direita ou, ainda, para se impor concepção voltada para determinado pensamento de cunho político-ideológico ou científico. Não se encontra legitimada a intervenção, disfarçada de incentivo, por exemplo, na forma de realização de seminários que busque, de forma direcionada, o apoio a pensamentos ou propostas

⁶ XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

condizentes com a ideologia do governo eleito. Foi com este fim que o constituinte prescreveu os princípios norteadores do ensino, assegurando expressamente a liberdade de ensino e de aprendizagem e a autonomia didático- científica das universidades.

A questão levantada relaciona-se com tema muito em voga nos Estados Unidos da América (E.U.A) onde até hoje é discutida a doutrina do “Discurso do Governo” denominada de “*Government Speech Doctrine*”.

A doutrina do *Government Speech* partiu do desenvolvimento ocorrido de forma paulatina da interpretação da primeira Emenda da Constituição dos E.U.A de modo a não se exigir neutralidade no discurso do governo quando este fala por si. Trata-se da legitimação da parcialidade política das instituições democráticas. Em qualquer Estado Constitucional há a isonomia e a igualdade, princípios clássicos de direito constitucional. A ideia básica e estrutural da doutrina é a de que o governo deve ser **parcial** em matéria política e quando fala por si ou através dos seus órgãos. Não pode ser, por exemplo, em matéria religiosa, mas sim na política. Isto, pois, as maiorias parlamentares, os representantes dos governos, foram eleitos porque a maior parte da população apro-

vou um programa eleitoral, apoiou um programa puramente político de governo, deseja e até muitas vezes possui o direito de vê-los implementados. Além disso, reconhece-se que os atos de Governo são atos políticos.

De acordo com Rust, Randaall Bezanson e William Buss (2013, p. 227):

Os casos de discurso governamental refletem um novo e teórico fundamental desenvolvimento na jurisprudência da Primeira Emenda da Constituição dos E.U.A, sobre a qual uma maioria ativa da Corte se formou, uma ideia transformadora da Primeira Emenda e a relação entre o governo moderno e complexo e a política a que este serve. Esta é uma visão do governo como iniciador, persuasor, educador, formador de cultura e crenças e modelador do consenso. (tradução nossa)

David Greene (2017, p.2) especialista em litígios relacionados à primeira emenda da Constituição dos E.U.A leciona:

A doutrina do discurso do governo é singular no que concerne à aplicação da Primeira Emenda na medida em que é a única situação em que o governo pode discriminar com base no ponto de vista do interlocutor. Em sua aplicação mais básica, é incontroverso: o próprio governo pode adotar posições políticas e promovê-las sem ter que adotar igualmente políticas defendendo o ponto de vista oposto ao seu. (tradução nossa)

A concepção presente é a de que quando um governo subvenciona algo ou implementa algum programa que foi construído

em período pré-eleitoral está agindo politicamente. Sua única responsabilidade por este discurso é a responsabilidade própria do processo. Há presumidamente respaldo de uma maioria. É legítimo. Neste caso, minora-se o controle judicial, tendo em vista que a atuação do governo passa a presumidamente ser revestida de um viés de legitimidade.

Esta teoria, muito discutida no âmbito da Suprema Corte dos EUA, adotada, em um primeiro momento como preponderante, tem sido muito questionada no próprio país. Até que ponto os poderes públicos, as instituições públicas, não tem que respeitar um mínimo de imparcialidade política em determinados âmbitos e sobre determinadas questões? É possível dizer que as instituições devem ser absolutamente parciais nas políticas públicas ou há um mínimo de grau neutralidade que se pode exigir dos poderes públicos de modo a se preservar outros direitos assegurados aos cidadãos? O Governo poderá se utilizar de todas as instituições ou órgãos públicos como ferramentas instrumentais para a implementação do programa aprovado? Essa é a discussão atualmente presente no direito americano e que se reflete também no âmbito das discussões das universidades tanto nos EUA como na Europa.

A doutrina do “Government Speech” encontra-se relacionada com outra doutrina denominada de “The Public Forum Doctrine”. Na doutrina do Fórum Público, também difundida nos EUA, defende-se a concepção de que em qualquer Estado Democrático de Direito há os fóruns públicos naturais, a exemplo das praças e os parques, onde historicamente se faz política (consenso preservado desde a República Romana) e onde são apresentadas e debatidas ideologias e pensamentos. Nesses locais, não pode o Estado, pautado na ideia de domínio público restringir os discursos. Nos fóruns públicos criados pelos Estados também não pode o Estado discriminar, pois a concepção da criação do fórum é justamente a do fomento ao debate, à discussão, onde se busca a preservação da liberdade de expressão.

A Suprema Corte dos E.U.A admitiu que a Universidade Pública tem muitas características do Fórum Público, apesar de não ser propriamente um Fórum Público, sendo que este reconhecimento, por sua vez, já se faz suficiente para a aplicação da “The Public Forum Doctrine”. Vejamos o que diz, por exemplo, Daniel W.Park (2011, p.119) Chefe do Conselho da Universidade da Califórnia, em questão debatida no âmbito da Suprema Corte dos E.U.A:

Em uma nota de rodapé, a Corte reconheceu implicitamente que se constituiu um afastamento de sua anterior jurisprudência do fórum público. O Tribunal reconheceu que "(a) universidade difere em aspectos significativos de fóruns públicos como ruas ou parques ou mesmo teatros municipais." No entanto, a Corte também se embasou na concepção de que "o campus de uma universidade pública, pelo menos para seus alunos, possui muitas das características de um fórum público". Assim, pela primeira vez, possuir "características de um fórum público" foi suficiente para a aplicação da doutrina do fórum público". (tradução nossa)

Desta forma, verifica-se que a Suprema Corte dos EUA vem se inclinando para reconhecer que as universidades públicas possuem aspectos singulares, aproximando-as de locais reconhecidos como "Public Forums", onde se prepondera a liberdade de expressão, do que, propriamente, para reforçar a ideia de que são órgãos que atuam na execução das políticas públicas e programas de governo. Ou seja, no âmbito dos E.U.A verifica-se clara inclinação para se reconhecer que as Universidades Públicas não se submetem à doutrina do Government Speech, dada as suas peculiaridades.

Nos E.U.A também há o reconhecimento da liberdade de ensino, protegida pelo "American Association of University Professors' Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure", estatuto adotado na maioria das universidades

americanas e incorporado ao contrato individual de trabalho do professor. O Estatuto prescreve a liberdade de ensino, de pesquisa e, de forma mais controvertida, a liberdade "extra muros" de discurso desde que seja exercitado de forma responsável. Estas prescrições, todavia, são consideradas formalmente como "soft law", ou seja, como direcionamentos, recomendações sem o poder de norma cogente. A liberdade de ensino no mencionado país é chamada de "Academic Freedom", sendo esta categorizada em liberdade acadêmica dos professores "Academic Freedom of Individual Professors" e a liberdade acadêmica das Instituições "Institutional Academic Freedom".

Assim, diante do quanto exposto, nota-se que a liberdade de ensino e aprendizagem, bem como a autonomia universitária, reconhecida na Constituição Federal de 1988, revela-se com contornos claros pelo menos em alguns sentidos:

a) apesar de ser parte integrante da Administração Pública, seja federal, seja estadual, as Universidades Públicas não devem se comportar como entidades veiculadoras ou executoras de programas de governo ou de políticas públicas que não tenham como base primordial o desenvolvimento do ensino, da pesquisa e da extensão

e a busca pela efetivação do direito à educação;

b) as escolas e, em específico, as universidades, ainda que mantidas com recursos públicos, devem ser preservadas para o fim precípua de desenvolvimento do ensino, da pesquisa e da extensão, não estando submetidas às ingerências político-ideológicas e político-partidárias de qualquer ordem.

4- Da Limitabilidade da Liberdade de Ensino.

Todo direito tem os seus limites. A limitabilidade é, inclusive, uma das características dos direitos fundamentais. Não há direitos fundamentais absolutos. Isto, pois, sempre pode haver razão de bem comum que enseje a limitação de um direito.

No que se refere à liberdade de ensino e de aprendizado, e, consequentemente, à autonomia universitária, verifica-se que estes limites são de difícil identificação, dada à própria essência do aludido direito, concebido para garantir justamente a não ingerência, o não direcionamento e a não intervenção. Desta forma, os parâmetros acima delineados, concernentes à impossibilidade de utilização das escolas e das universidades como ferramentas de veiculação de ideologia de governo, parecem claros. Toda-

via, por outro lado, os aspectos relacionados aos limites dessa liberdade não o são. Os contornos de atuação dos dirigentes e professores dentro desse campo já reconhecido e preservado pelo direito não são de fácil caracterização.

Em um Estado Democrático de Direito, tudo deve ser construído com base em parâmetros que atentem para o bem comum, para o atendimento do interesse público, que, nem sempre é de fácil reconhecimento. Deste modo, as lacunas existentes no processo de reconhecimento de um direito e, consequentemente, de identificação dos seus limites, deve ser construído de forma sólida, com muito estudo e debate, levando-se em consideração a cultura existente na sociedade e os possíveis efeitos desastrosos decorrentes da contenção de um direito, já que outros valores necessariamente estarão envolvidos e serão afetados.

O impulso para a regulamentação de um direito deve ter por base o ímpeto de se buscar ao máximo a efetivação do seu conteúdo essencial, sempre em correspondência com a preservação do bem comum e nunca a existência de motivações políticas e ideológicas que visam ganhar espaço no campo de discussão partidária, ideológica, de gênero ou opinião.

A riqueza de valores inseridos no tema, seja de forma direta, seja tangenciada, demanda das instituições públicas e privadas, comprometimento com a ética e com o interesse público, visto que eventual atuação de forma leviana ou precipitada, pode gerar efeito inverso, qual seja: ao invés de se educar o cidadão, de capacitá-lo para a vida em sociedade, corre-se o risco de se promover a sua alienação, com doutrinações direcionadas ou distorcidas, transformando-o em instrumento de manobra de atores que visam a manutenção do poder, seja este econômico, político, social ou religioso.

Não há como negar que as universidades são instituições que por atuarem no campo do conhecimento, da educação, da cultura, fazem parte do processo de desenvolvimento de qualquer país. Insetos no processo estão milhares de estudantes capazes de realizar transformação social, de atuarem como agentes transformadores da economia, da saúde, da educação, da cultura, da seguridade, do meio ambiente, do direito, e isso, os faz, naturalmente, sujeitos que possuem grande valia para qualquer nação democrática.

Por isso, além da proteção da liberdade de ensino e de aprendiza-

gem, há de se verificar que se faz extremamente importante a discussão sobre o que é que de fato esta liberdade assegura. Até onde um professor pode ir respaldado na liberdade de ensino? Já que existem limites, pode o poder público regular a liberdade do professor de modo a tolher condutas que são intrínsecas ao próprio ensino? E quais são as condutas que são condizentes com o ensino? Quais são os conteúdos que não devem ser abordados, pois desatrelados do ensino? Estas questões não são de fácil identificação e necessitam de atenção especial. Atuações precipitadas e restritivas do poder público na tentativa de se disciplinar os limites da liberdade de ensino, poderão gerar penosos danos no sistema educacional, pois os educadores ao se submeterem, por exemplo, a normas cogentes desarrazoadas, poderão atuar em desconformidade com o próprio propósito do ensino, com receio de eventual repreensão de ordem disciplinar. A política do medo não pode prevalecer quando se trata de educação.

Nesta seara, partindo-se do pressuposto da existência do direito à liberdade de ensino e aprendizagem, liberdade reconhecida com o objetivo de que as instituições se comprometam precipuamente com o desenvolvimento do ensino e não fiquem

susceptíveis às oscilações das diretrizes políticas, verifica-se que, não se afigura claramente identificável até onde os condutores do processo podem chegar em nome do ensino. Chama atenção a existência de zonas incertas, indeterminadas, talvez de mais fácil identificação do campo da ética, mas não tão bem definidas no campo do direito, de modo que, qualquer regulamentação normativa sobre o tema deve ser fruto de processo sólido de construção e estudo, com atuação efetiva dos **advogados públicos**, partindo-se da própria discussão do que é o ensino, suas conexões com os temas sensíveis que o envolvem e que se encontram enraizados na sociedade, como o debate da sexualidade, da identificação do gênero, da religião, do conceito de família, da raça, para que se definam com coerência e solidez, quais são os verdadeiros limites de atuação das instituições de ensino.

De fato, a autonomia universitária é princípio que revela a existência de direito subjetivo das universidades, professores e alunos, configurando-se este no poder que estes possuem de exigir a não intervenção por parte do Estado em matéria didático-científica, administrativa, de gestão financeira e patrimonial. Ocorre que, em contrapartida, também, não pode

ser lida como liberdade desvairada e incondicional, sem qualquer limite ideológico-científico e jurídico. A autonomia universitária e a liberdade de ensino não se reverberam em carta branca para os seus atores escreverem o que bem entenderem e adotarem qualquer pensamento, ideologia ou programa de ensino.

Um Reitor de uma universidade, por exemplo, poderá apoiar o financiamento com o dinheiro público de uma publicação que contém determinado tipo de tendência ideológica e não outra que não a contempla? Uma universidade pública pode se posicionar ideologicamente acerca de algum tema político, religioso ou social? Professores podem emitir opinião pessoal acerca do tema estudado? Estudantes podem utilizar o espaço da universidade para fazer manifestações político-ideológicas? Ao expor os dois lados de uma concepção filosófica ou ideológica que embasou determinado fato histórico de relevância, pode o professor opinar, demonstrando suas razões? Pode o professor estar sujeito a sanções pela mera emissão de sua opinião pessoal? Deve o professor se inclinar pela corrente menos danosa ao ser humano, à discriminação e à violência, ou deve tratar de todos assuntos expondo o embasamento e estrutura de cada

pensamento, apontando também suas fragilidades? É possível ser exigente quanto à imparcialidade nesses aspectos?

Estas questões estão presentes não só no Brasil, mas também em outras democracias, como se verá a seguir e, por ensejarem a discussão da identificação da própria essência do ensino, necessitam ser trabalhadas com cautela, desassociadas de qualquer tentativa de imposição de pensamento de cunho político.

5- Exemplos das Controvérsias Acerca dos Limites da Liberdade de Ensino e da Autonomia Universitária no Brasil e em outras Repúblicas Democráticas.

Os aspectos sensíveis ao tema são discutidos em vários Estados Democráticos. Apesar da proteção constitucional da liberdade de ensino já ter sido reconhecida pela Suprema Corte dos EUA em inúmeras ocasiões, dada a complexidade do tema, este princípio está longe de ter contornos devidamente delineados e assentados naquele país. Até no aspecto relacionado à identificação da fonte jurídica do princípio não há, ainda, consenso. Vejamos, por exemplo, algumas menções de autores americanos que discorrem sobre o tema:

Como uma questão legal, pode ser extrema-

mente difícil se determinar onde os direitos dos membros do corpo docente sob liberdade acadêmica e a Primeira Emenda começam e terminam. Também pode ser difícil se explicar a distinção entre “liberdade acadêmica” e “direitos de liberdade de expressão sob a Primeira Emenda” - dois conceitos jurídicos relacionados, mas analiticamente distintos. Os direitos de liberdade acadêmica não são coextensivos aos direitos da Primeira Emenda, embora os tribunais tenham reconhecido uma relação entre os dois. A Primeira Emenda geralmente restringe o direito de uma instituição pública - incluindo uma faculdade ou universidade pública - de regular a expressão em todos os tipos de tópicos e em todos os tipos de cenários. A liberdade acadêmica, por outro lado, aborda os direitos dentro dos contextos educacionais de ensino, aprendizagem e pesquisa, tanto dentro como fora da sala de aula - tanto para indivíduos em instituições privadas quanto públicas (Levinson. 2007, p.01) (tradução nossa)

Robert M. O`Neil (2015, p.3), ex-presidente da Universidade de Virgínia, aposentado como professor de Direito, traz um panorama sobre os novos desafios da liberdade de ensino nos E.U.A:

A liberdade acadêmica tradicional está sob ameaça em muitos lugares hoje, ensejando a necessidade de mais atenção para os desafios contemporâneos. Essas crises abrangem aspectos em que os professores estão sujeitos a severas sanções por seu ensino, pesquisa ou expressão - incluindo demissão, prisão ou até mesmo violência. Grupos como Scholars at Risk prestam assistência a tais acadêmicos e divulgam seus problemas. Em alguns países, existem restrições sobre o que pode ser pesquisado, ensinado e publicado. Em alguns casos, as restrições são explícitas, mas na maioria dos casos as “linhas vermelhas” que não podem ser cruzadas não são claramente explicitadas. No entanto, os acadêmicos podem ser sancionados se violarem esses termos. A lista desses países e campos de investigação é, infelizmente, bastante lon-

ga. Nos Estados Unidos, que tem, em geral, proteções efetivas para a liberdade acadêmica, estão surgindo problemas. Os tribunais decidiram recentemente que os acadêmicos que se manifestam contra as políticas de suas próprias universidades e são penalizados por tais ações não são protegidos pela liberdade acadêmica. O número crescente de professores em trabalho não integral em muitos países não tem proteção efetiva de sua liberdade acadêmica, uma vez que eles são frequentemente empregados para apenas um curso ou para um curto e muitas vezes por período indeterminado de tempo. A propriedade do conhecimento por corporações multinacionais ou mesmo por universidades empregadoras tornou-se um problema muito discutido em alguns países. O controle de publicação por uma organização externa baseada nos direitos de propriedade é uma violação da liberdade acadêmica? A liberdade acadêmica resta violada se os governos impuserem requisitos curriculares de vários tipos, como ocorre em um número significativo de países? Em suma, a liberdade acadêmica está sob considerável destaque hoje, e expandir a definição desse conceito-chave para incluir basicamente tudo torna a proteção dos fundamentos da liberdade acadêmica cada vez mais difícil. As complexidades do século XXI exigem cuidadosa atenção aos princípios centrais da liberdade acadêmica, para que possam ser protegidos em um ambiente cada vez mais difícil. (tradução nossa)

O tema relacionado à doutrina do Government Speech, à liberdade de ensino e à autonomia Universitária vem surgindo em debates não poucas vezes frequentes em jurisdições estrangeiras. Trata-se de tema complexo visto que envolve inúmeros valores a serem considerados antes que se chegue à conclusão de quais condutas serão aceitas ou vedadas.

Na Espanha, por exemplo, re-

centemente, o tema da independência da Catalunha ganhou fôlego com o plebiscito realizado em 01 de outubro de 2017. Na votação que teve a participação de menos da metade do eleitorado da região, a maioria dos que participaram votou pela separação. A votação não foi reconhecida pelo Governo Espanhol e a polêmica ainda se estende sem a devida conclusão. As universidades públicas da Espanha que participaram das discussões de forma intensa, com promoção de debates e até, algumas, com manifesto de apoio ao sistema institucional em que se organiza politicamente o autogoverno da Catalunha, a exemplo da Universidade de Girona, conforme aponta Pilar Alvarez (2017, P.01-03), **levantaram a questão se as universidades públicas podem ou não adotar ideologia política e de forma parcial a favor ou contra a separação.**

Na Inglaterra, o assunto ganhou recentemente as páginas de jornais e impulsionou discussão nacional quando Chris Heaton-Harris, membro do Parlamento Britânico pelo Partido Conservador, escreveu para os representantes das Universidades da Inglaterra solicitando o nome dos professores que lecionaram disciplinas que continham particulares referências ao Brexit. A “solic-

tação” foi em geral interpretada como desconsideração da longa tradição da liberdade acadêmica das universidades, considerada como princípio crucial ao desenvolvimento e sucesso destas instituições. Sua “solicitação” continha o pleito do nome dos professores, cópia do programa acadêmico das matérias e das palestras ministradas sobre o tema. A “solicitação”, com cunho de “requisição”, para a maioria, foi recebida como ameaça implícita à liberdade das universidades. Outros, em minoria, se manifestaram no sentido de que as universidades não poderiam adotar parcialmente ideologias políticas, se estas, de alguma forma, apoiaram ou não o Brexit.

De acordo com Anna Fazackerley (2017, p. 2), Julie Smith, diretor do “European Centre in the politics and international studies department” da Universidade de Cambridge mencionou que ministrou palestra sobre o ofício expedido por Heaton-Harris e revelou:

Eu falei aos estudantes quais eram as minhas impressões sobre o assunto e enfatizei que eram opiniões pessoais. Eu votei pela permanência, mas como um acadêmico, meu trabalho é a transmissão do conhecimento, encorajando o debate e o desenvolvimento de habilidades de análise argumentativa e não a imposição de uma doutrina. (tradução nossa)

Os aspectos acima citados

demonstram quão sensível o assunto tem se apresentado. Os Países que possuem modelo democrático tendem a discutir o assunto e tomar decisões de forma cuidadosa, através de muito debate, principalmente quando adeptos do Common Law em que as construções dos contornos do princípio ou direito são realizadas caso a caso.

No Brasil, conforme acima mencionado, recentemente iniciou-se corrida para a edição de lei (s) acerca da Escola sem Partido ou Escola Livre. Apenas a título de exemplo, segundo Stephanie Kim Abe (2017, p. 01), até 03 de agosto de 2017, quase 60 (sessenta) projetos de lei relacionados à escola sem partido tramitavam em todo país. Ao que tudo indica, a ideia se originou com o projeto de lei n. 2974/14 apresentado à Assembléia do Estado do Rio de Janeiro, no intuito de se promover reação a uma suposta instrumentalização do ensino tendo em vista a existência de disseminação de propaganda partidária e de ideais de esquerda no âmbito das escolas.

A polarização recentemente vista na política do Brasil entre esquerdistas “pró-PT” e direitistas “contra-PT”, está completamente inserida no âmbito de discussão projetos de lei de “escola sem partido” e

“escola livre” que tramitam em várias Assembleias Legislativas estaduais, Câmaras Municipais, e, inclusive, no Congresso Nacional.

Inevitavelmente a corrida por normatização sem o devido amadurecimento e motivada por pensamentos de “esquerda” ou de “direita”, seja com contornos de cunho proibitivo de manifestação de pensamentos e opiniões, seja para preservar a liberdade de pensamento e opinião sem os razoáveis contornos, geram distorções e, inevitavelmente, ofensa a direitos fundamentais, prejudicando certamente o maior bem jurídico a ser tutelado: a educação, direito social tão importante e tão deficitário no nosso país. A politização muitas vezes enraizada na discussão dos processos construtivos de leis e normas jurídicas não pode chegar ao ponto de mascarar o conteúdo essencial do direito e a identificação dos seus elementos mais valiosos.

Recentemente, por exemplo, o Ministro Roberto Barroso, deferiu, via decisão monocrática, medida cautelar na ADI n. 5-537⁷ (ainda pendente de julgamento final), para determinar a suspensão da integralidade da Lei n.7.800/2016 do Estado de Alagoas que institui, no âmbito

do sistema estadual de ensino, o programa “escola livre”. Na decisão apontou-se inúmeros vícios formais e materiais de inconstitucionalidade.

No aspecto formal, identificou-se violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV), tendo em vista a competência da União para estabelecer normas gerais sobre o tema (CF, art. 24, IX e § 1º); violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, (CF, art. 22, I), visto que a lei impugnada prevê normas contratuais a serem observadas pelas escolas confessionais, violação à iniciativa privativa do Chefe do Executivo para deflagrar o processo legislativo (CF, art. 61, § 1º, “c” e “e”, ao art. 63, I), visto que a lei de iniciativa parlamentar promove alteração do regime jurídico aplicável aos professores da rede escolar pública.

Já no âmbito material, violação do direito à educação tendo em vista que se entendeu que a lei restringia o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Foi apontada também a supressão de domínios inteiros do saber do universo escolar, bem como a incompatibilidade entre o suposto dever de neutralidade,

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Cautelar. ADI n. 5537. Min. Roberto Barroso. Publicação da decisão: 22/3/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5537&processo=5537>. Acesso em 25/09/2018.

previsto na lei, e os princípios constitucionais da liberdade de ensinar, de aprender e do pluralismo de ideias (CF/1988, arts. 205, 206 e 214). Também foi ressaltada a existência de vedações genéricas de conduta que, a pretexto de evitarem a doutrinação de alunos, podem gerar a perseguição de professores que não compartilhem das visões dominantes, sendo destacado, ainda, risco de aplicação seletiva da lei, para fins persecutórios e, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade.

Na Câmara dos Deputados tramita o projeto de lei n. 7180/14 de autoria do Deputado Erivelton Santana (PSC-BA) e o projeto de lei n. 867/15 de do Deputado Izalci Lucas (PSDB-DF). No Senado tramita o projeto de lei 193/2016 de autoria do Senador Magno Malta (PR-ES), todos com a mesma temática. O PL 867/2015 foi apensado ao PL 7180/2014. Ainda no âmbito da Câmara dos Deputados, a última ação legislativa, até o presente momento, foi a designação de comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto.

A redação original do PL 867/2015, mais abrangente, visto que inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional o “Programa Escola sem Partido” traz inúmeras ino-

vações polêmicas. Na realidade, o PL 867/2015 é semelhante à Lei nº 7800, de 05 de maio de 2016 do Estado de Alagoas que foi suspensa em sua integralidade pelo Ministro Roberto Barroso em decisão cautelar proferida na ADI n.5537. Sem pretender fazer análise jurídico-constitucional do referido PL, chama atenção a quantidade de vícios formais da lei alagoana identificados na decisão, e, também, a quantidade de vícios materiais que, inevitavelmente, se estendem ao PL 867/2015, dada a identidade de conteúdo.

Recentemente a Ministra Carmem Lúcia na ADPF nº548 suspendeu em sede liminar os efeitos de decisões judiciais que autorizaram ações de busca e apreensão em universidades de todo o país com o objetivo de coletar materiais que, supostamente, configurariam propaganda eleitoral irregular. O STF referendou a decisão para assegurar a livre manifestação do pensamento e das idéias nas universidades. Vale destacar que em seu voto, seguido por unanimidade, a relatora salientou que os atos judiciais e administrativos questionados na ação contrariam a Constituição tendo em vista que a autonomia universitária está entre os princípios constitucionais que garantem toda a forma de liberdade, o que demonstra

que a discussão se encontra atualmente em voga no país.

Quanto aos projetos de lei, nota-se que questões que mereciam discussões profundas e que tocam a própria essência do conceito do ensino foram apresentadas sem o devido amadurecimento. A título de exemplo, o primeiro princípio da educação nacional constante no mencionado projeto é o da neutralidade política do Estado⁸. Ocorre que a partir daí, várias indagações surgem: como fomentar o pluralismo de idéias, de concepções pedagógicas, de diferentes visões de mundo, de perspectivas políticas e a diversidade de pensamento em sala de aula? Ao definir a neutralidade como um princípio educacional, o Projeto de Lei não contradiz o princípio constitucional do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas uma vez que tal pluralidade se efetiva somente mediante o reconhecimento da diversidade do pensamento, dos diferentes saberes e práticas?

A própria concepção de neu-

tralidade é de difícil aferição e aplicação já que o ser humano é pela sua própria essência um ser **não neutro**. O ser humano não é uma máquina, haja vista que possui valores, opiniões e percepções que integram a sua formação cultural, constantemente alterada pelo acúmulo de vivências e de informações advindas justamente do contato com pontos de vista distintos. Observa-se que nem o Poder Judiciário deve ser neutro. Deve sim ser **imparcial**, mas neutro não tem como ser, pois, suas decisões são expedidas por seres humanos investidos para tanto. E o ser humano na sua essência não é neutro.

A escola faz parte do processo educacional do ser humano, mas não é sinônimo de educação. E não deve ser. A família e a sociedade possuem papel fundamental no desenvolvimento educacional da pessoa. E o aluno deve colher as informações advindas das diversas fontes para a construção de sua opinião. As proibições impostas ao professor⁹ e a enumeração dos seus deveres¹⁰ no citado

⁸ Art. 2º. A educação nacional atenderá aos seguintes princípios:
I - neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado;

⁹ Art. 4º. No exercício de suas funções, o professor:

I - não se aproveitará da audiência cativa dos alunos, como objetivo de cooptá-los para esta ou aquela corrente política, ideológica ou partidária;
II - não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas;
III - não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas;

IV - ao tratar de questões políticas, sócio-culturais e econômicas, apresentará aos alunos, de forma justa, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito;

V - respeitará o direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções;

VI - não permitirá que os direitos assegurados nos itens anteriores sejam violados pela ação de terceiros, dentro da sala de aula.

¹⁰ I - O Professor não se aproveitará da audiência cativa dos alunos, com o objetivo de cooptá-los para esta ou aquela corrente política, ideológica ou partidária.

anteprojeto ascendem inúmeros outros tipos de questionamentos. Além de serem proibições vagas e genéricas, o que abriria a possibilidade para interpretações equivocadas ou até de perseguições, pois o desatendimento a estas ensejaria a responsabilização disciplinar, inclusive de professores da rede pública estadual e municipal, haja vista estarem estas dispostas em lei de âmbito nacional, (caso seja aprovada), há, ainda, inúmeros dispositivos que desatendem à razoabilidade.

Mais um episódio que retrata a precipitação da edição dos mencionados projetos foi a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que concedeu medida de natureza satisfativa mediante expedição de decisão liminar suspendendo o art.6º da Lei Municipal n. 3234/2016 que institui o Plano Municipal de Educação (PME) no município de Niterói/RJ que proíbe a discussão de temáticas de gênero, diversidade e orientação sexual. Na decisão apontou-se vício de inconstitucionalidade formal, tendo em vista a competência privativa da União para legislar so-

bre diretrizes e bases da educação e, ainda, vícios de inconstitucionalidade material, haja vista a ofensa à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF/88), à liberdade para divulgar o pensamento, a arte e o saber (artigo 206, II da CF/88) e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (artigo 206, III da CF/88).

Neste contexto, verifica-se que a tentativa descuidada, motivada por ideologia de afirmação político-partidária, de se disciplinar os limites de atuação do professor com regras proibitivas de abordagem de questões sensíveis na formação educacional do ser humano muitas vezes terminam por atingir outros valores, direitos e princípios de resguardo constitucional e até mesmo a desatender ao próprio propósito do ensino.

6- Dos Contornos da Liberdade de Ensino.

O direito à educação, direito fundamental de cunho social, como todo direito fundamental, conforme acima visto, também possui limites. A

II - O Professor não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas.

III - O Professor não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas.

IV - Ao tratar de questões políticas, sócio-culturais e econômicas, o professor apresentará aos alunos, de forma justa – isto é, com a mesma profundidade e seriedade –, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito.

V - O Professor respeitará o direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

VI - O Professor não permitirá que os direitos assegurados nos itens anteriores sejam violados pela ação de terceiros, dentro da sala de aula.

identificação desses limites revela-se como condição indispensável para o controle de sua disciplina normativa. Ocorre que a ideia da existência de limites ou de restrições a um direito, que com este não se confunde, embora possa, em um primeiro momento, parecer trivial, na verdade, na maioria dos casos, demonstra-se de difícil percepção haja vista a necessidade de análise dos significados desses limites. Sem dúvida que a disciplina normativa dos direitos fundamentais pode se limitar a detalhar tais direitos a fim de possibilitar o seu exercício, com vistas a concretizá-lo. Todavia, muitas vezes a disciplina normativa termina por reduzir o alcance do direito como aconteceu no caso da hipótese tratada da Lei Alagoana, segundo interpretação do STF em decisão precária o que, provavelmente, ocorrerá com os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional sobre o tema.

Importante lembrar que se faz possível a existência de limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outro, o que legitima o estabelecimento de restrições. Essas restrições não necessariamente, porém, devem estar expressas, haja vista que não é possível ao legislador ou ao constituinte prever antecipadamente todas as hipóteses de colisão

de direitos fundamentais, deixando-se margem, inevitavelmente, para a ponderação no caso concreto. Neste caso, importante destacar que a conclusão da aplicação do direito não pode se basear na ideia de se conferir ordem hierárquica a valores constitucionais, não sendo, lícito, por outro lado, o sacrifício de um valor ou bem em favor do outro. Daí o surgimento de técnicas e aplicação de princípios como o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

No caso da liberdade de ensino e de aprendizado, inicialmente se verifica que não pode o professor ou a unidade escolar se desatrelar do escopo básico da educação previsto no art.206 da Constituição Federal de 1988, consistente no pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho¹¹. Nestes casos, os objetivos da educação por si só já se configuram como limites à liberdade de ensino.

Além disso, a liberdade de ensino e aprendizagem inevitavelmente poderá entrar em colisão com outro princípio ou direito fundamental. O tema dos limites da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o sa-

¹¹ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

ber, está vinculado, por certo à realidade histórica e cultural de cada país. Com exceção dos casos de flagrante violação dos princípios constitucionais, como, por exemplo, mediante a propagação de concepções racistas e discriminatórias, os limites estarão vinculados aos elementos de consenso que se formam no ambiente social.

Há também limitações de caráter ordinário, na hipótese de conflito entre direitos ou entre um direito e um bem juridicamente protegido pela Constituição. Assim, por exemplo, levanta-se a hipótese de professora do ensino fundamental que utiliza um método de alfabetização não apropriado para as crianças. Está ela se utilizando da liberdade de ensinar, ou seja, liberdade de transmitir o conhecimento que, na hipótese, reverte-se de um método de alfabetização. Por certo, ela deverá ter o seu direito de liberdade limitado pelas disposições acerca da proteção da criança. Marcos Augusto Maliska (2013, p.1967) ao comentar sobre os princípios básicos em que o ensino será ministrado leciona:

Os limites da liberdade de ensino e aprendizagem devem ter em vista os desafios de cada sociedade e a necessidade de que o enfrentamento e a superação deles, depende, em grande medida, de uma adequada prática pedagógica. Aqui o direito à liberdade reveste-se de elemento fundamental no trato de questões que precisam ser debatidas no

espaço público. O direito à diferença e ao pluralismo, por exemplo, somente ganhará força se passar a ser objeto de discussão no plano da liberdade das práticas pedagógicas, pois a escola é, também um lugar de aperfeiçoamento do cidadão sob o ponto de vista dos valores protegidos pela Constituição.

Observa-se como é delicada a disciplina do direito à liberdade de ensino e de aprendizagem. Além da busca pela efetivação do núcleo essencial do direito à educação, para o estabelecimento dos contornos da liberdade assegurada, faz-se necessária a identificação dos próprios desafios da sociedade e a preservação dos direitos fundamentais eventualmente colidentes.

7- Conclusão.

A liberdade de ensino e de aprendizagem, princípio base da educação, revela-se como pilar de proteção do ensino em face de intervenções políticas e administrativas. Verifica-se, desta forma, que as instituições de ensino, especialmente as configuradas como órgãos públicos (escolas públicas) ou autarquias (universidades públicas), apesar de serem mantidas com recursos públicos e integrarem a Administração Pública, não se apresentam como instituições representativas do governo eleito, e, conseqüentemente, da maioria que o elegeu, não estando abrangidas pela ideologia da teoria do *Government*

Speech. Na verdade, encontram-se protegidas, pelos mencionados princípios, tanto contra ingerências do governo eleito, quanto contra direcionamentos e intervenções do seu próprio corpo diretivo.

A liberdade de ensino, todavia, não se configura como autonomia incondicionada, desmedida, tanto no aspecto da instituição dos programas didáticos, quanto no que se refere ao discurso do professor em sala de aula.

Os contornos destes limites, todavia, não são de fácil identificação. Aflora-se como caminho menos tortuoso a constatação de que no processo de condução do ensino, encontram-se vedadas ofensas a princípios constitucionais, mormente os afetos aos direitos fundamentais. Assim, deve ser proibida a presença de qualquer tipo de ideologia que estimule o tratamento desumano ou degradante, a liberdade de crença, de livre expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, o tratamento discriminatório em a face de gênero, raça, cor ou religião, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e a da imagem das pessoas.

Além dos limites acima

mencionados existem outros que naturalmente se fazem presentes relacionados, por exemplo, com a dissociação da atuação da instituição ou do professor à própria concepção do ensino. Neste aspecto, as instituições existem para promover o ensino e não para atuarem como ferramentas de doutrinação política, filosófica ou científica, sendo que os professores são veículos, ferramentas chaves neste processo.

A identificação do conteúdo essencial do ensino e, consequentemente, do que está associado ou desassociado a ele faz parte de um processo histórico de construção. Certamente não é através de disciplina normativa fundada em divergências e perseguições partidárias que se chegará a estas respostas. A razão pela qual as escolas e as universidades não podem ser organismos veiculadores de programa eleitoral do governo eleito é a mesma pela qual também não podem estas, bem como os seus professores, estarem susceptíveis à disciplina de Lei que contém dispositivos desarrazoados, construídos apenas com vistas a se afastar e excluir um dos lados do discurso.

A advocacia pública possui papel estratégico e fundamental neste debate, devendo se imiscuir em

todas as discussões reveladoras de políticas públicas sobre o tema.

A polarização político-partidária que contamina o Brasil no cenário de gestação dos mencionados projetos vem sendo caracterizada pela renúncia ao diálogo, pela construção de bloqueios, onde cada lado se aprisiona nas próprias ideias e na própria razão. Viram prisioneiros de si mesmos. Não há absorção e contraposição fundamentada ao pensamento do outro. A polarização vem silenciando o debate e criando esfera de guerra, onde o principal objetivo é vencer o oponente. Daí reproduzir-se a lógica fomentada em diversos campos e segmentos sociais. Surgem os “de esquerda” e os “de direita”, os “ricos” e os “pobres”, os “negros” e os “brancos”, os “gays e os héteros”, os “católicos” e os “protestantes”, os “comunistas” e os “nazistas”, os de “vermelho” e os de “verde e amarelo”.

A valorização do debate, do diálogo, o respeito ao pensamento alheio e às diferenças, valores de extrema valia para o aprimoramento do ser humano, se perderam com o tempo. E o ensino, mola mestra da produção do conhecimento, não pode estar inserido neste cenário. Avancemos na esperança de que os sistemas de educação se desenvolvam de modo a sempre

proporcionar o pensamento crítico, desatrelado de influências políticas e de partido e que a ingenuidade ínsita à esperança mencionada certa vez pelo mestre Paulo Freire (1984, p.89)¹², não nos abandone jamais.

¹² Seria uma atitude ingênua esperar que as classes dominantes desenvolvessem uma forma de educação que proporcionasse às classes dominadas perceber as injustiças sociais de maneira crítica.

Referências:

Abe. Stephanie Kim. **Quase 60 (sessenta) projetos de lei relacionados a escola sem partido tramitam em todo país.** 2017. Acessível em: <http://www.deolhonosplanos.org.br/projetos-lei-escola-sem-partido/>

Alvarez, Pilar. **Las Universidades Catalanas Rechazan la Via Unilateral.** Disponível em: http://elpais.com/ccaa/2017/10/08/catalunya/1507481999_700632.html

Barendt. Eric, Bentley. David. **Academic Freedom and the Law**- Summary of the international Law Discussion Group Meeting held at Chatham House on Wednesday, 8 December 2010. Disponível em: <http://chatham-house.org>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Cautelar. ADI n. 5537. Min. Roberto Barroso. Publicação da decisão: 22/3/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5537&processo=5537>. Acesso em 25/09/2018.

Da Cunha Junior, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. Salvador: Ed. Jus Po-divm, 2015, p.1071.

Da Silva, José A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª edição. Ed. Melhoramentos, 2008.

Da Silva, José A. **Comentário Contextual à Constituição.** 6ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2009, p. 786.

David. Greene. **Supreme Court Rejects Expansion of Government-Speech Doctrine**

in Tam Case. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2017/06/supreme-court-rejects-expansion-government-speech-doctrine-tam-case>

Fazackerley. Anna. **Universities deplore 'McCarthyism' as MP demands list of tutors lecturing on Brexit.** 2017. Disponível em : <http://www.open.ac.uk/research/news/brexit-academic-freedom>;

Freire, Paulo. **Ação Cultural para a Liberdade.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

Kristi L. Bowman. **The Government Speech Doctrine and Speech in Schools,** 48 Wake Forest L. Rev. 211 (2013). Acessível em <https://digitalcommons.law.msu.edu/facpubs/493/>.

Levinson, Rachel. **Academic Freedom and the First Amendment.** Disponível em: <http://www.aaup.org/our-work/protecting-academic-freedom/academic-freedom-and-firs-amendment-2007>.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 205. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1967.

O'Neil. Robert M. **New Challenges to Academic Freedom in the United States.** 2015. Disponível em: ejournals.bc.edu.

Park, Daniel. **Government Speech and the Public Forum: A Clash Between Democratic and Egalitarian Values** .Disponível em : blogs.gonzaga.edu/gulawreview/files/2011/01/45-Gonz-L-Rev-113.pdf.