



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

PROCESSO TCM Nº 12.628-10

AUDITORIA

SUPERINTENDÊNCIA DE CONTROLE E ORDENAMENTO DO USO DO SOLO – SUCOM, SECRETARIA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO, HABITAÇÃO E MEIO AMBIENTE – SEDHAM, SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA DE SALVADOR

GESTORES: CLÁUDIO SOUZA DA SILVA (SUCOM), PAULO SÉRGIO DAMASCENO SILVA (SEDHAM), E FLÁVIO ORLANDO CARVALHO MATTOS (SECRETÁRIA DA FAZENDA)

RELATOR: RAIMUNDO JOSÉ ALMEIDA MOREIRA

PROCURADORA DE CONTAS: CAMILA VASQUEZ NEGROMONTE

PARECER Nº 231/2013

I. Relatório

Tratam os autos de auditoria solicitada pela 3ª Coordenadoria de Controle Externo para verificação da regularidade dos processos administrativos para concessão de aumento de potencial construtivo, utilizando a Transferência do Direito de Construir – TRANSCON, em substituição ao pagamento da Outorga Onerosa do Direito de Construir.

Através do Ato nº 204/101, expedido pela Presidência desta Corte aos 19/08/10, foi autorizado o referido procedimento, inicialmente restrito à Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município – SUCOM e, posteriormente, em face à complexidade e alcance dos trabalhos,

¹Ato nº 204/10, de 19 de agosto de 2010 – Promove a realização de auditoria na Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município – SUCOM, notificando o seu Superintendente, o Sr. Cláudio Souza da Silva, para acompanhá-la pessoalmente ou por prepostos credenciados, ficando designados os servidores José Cláudio Mascarenhas Ventin, Ronaldo Nascimento de Santana, e Dimas Sousa, para procederem às diligências e verificações quanto ao cumprimento da legislação pertinente relacionada aos fatos noticiados (fl. 03).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

ampliado à Secretaria da Fazenda e à Secretaria de Desenvolvimento Urbano, Habitação e Meio Ambiente (SEDHAM), também pertencentes à estrutura da Prefeitura Municipal de Salvador, conforme ato nº 286/102.

Após a conclusão das atividades de fiscalização realizadas pelos servidores desta Corte *in loco*, foi lavrado Relatório de Auditoria, acostado aos autos às fls. 04/24. De acordo com o referido documento, mesmo vedado pelo Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano - PDDU, o uso de TRANSCON foi autorizado para concessão de aumento do gabarito em áreas de borda marítima, em detrimento da Outorga Onerosa do Direito de Construir, o que teria gerado um prejuízo ao Tesouro Municipal de **R\$ 6.486.742,08** (seis milhões quatrocentos e oitenta e seis mil setecentos e quarenta e dois reais e oito centavos).

O referido relatório ainda tece as seguintes considerações dignas de destaque, ora resumidas:

- Utilização de R\$ 5.129.715,23 (cinco milhões, cento e vinte nove mil, setecentos e quinze reais, vinte e três centavos) do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano de Salvador (FUNDURBS) sem a devida aprovação do Conselho Municipal de Salvador, que apesar de legalmente previsto, não foi instalado pela administração municipal no período auditado;
- Inobservância ao disposto no artigo 261, *caput*, da Lei Municipal nº 7.400/2008 (PDDU), considerando a ausência do Conselho Municipal de Salvador;
- Não houve realização da publicidade determinada pela Lei Municipal nº 7.400/2008, artigo 265, inciso II, cuja responsabilidade é do órgão municipal de licenciamento de empreendimentos, qual seja, a

²Ato nº 286/10, de 08 de novembro de 2010 – Estende os efeitos do Ato nº 204/10, publicado no Diário Oficial de 21 e 22 de agosto de 2010, à Secretaria Municipal da Fazenda – SEFAZ e à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, Habitação e Meio Ambiente – SEDHAM, da estrutura da Prefeitura Municipal do Salvador, ficando notificados os seus titulares, respectivamente, Flávio Orlando Carvalho Mattos e Euvaldo Jorge Miranda de Oliveira, para acompanhar as diligências e verificações que se fizerem necessárias, pessoalmente ou por preposto credenciados.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

SUCOM.

Documentos anexados em sete volumes e três Pastas tipo “A-Z”.

Sorteado o processo para a Relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Raimundo Moreira, os gestores das unidades fiscalizadas foram notificados por meio do Edital nº 199/12, publicado no Diário Oficial do Estado aos 11/11/12. Entretanto, somente o Sr. Cláudio Souza da Silva (SUCOM)³ apresentou justificativas e documentos apensados às fls. 2.345 e seguintes dos autos (Volumes VIII e IX).

Por outro lado, acompanha a defesa do Sr. Cláudio Souza da Silva manifestação do Sr. Paulo Sérgio Damasceno Silva⁴, gestor da SEDHAM, sobre o processo em testilha, ofertada aos 26/11/12 à Controladora Geral do Município de Salvador, Sr.^a Herculina Carbalho Matias.

Submetido o relatório de auditoria à análise pelo órgão de assessoria jurídica desta Corte, foram apresentadas as seguintes conclusões:

Ao lume do exposto, analisando a peça de defesa e contrapondo esta aos pontos de auditoria, fica evidente a deficiência nos controles internos referentes à concessão e acompanhamento dos saldos da TRANSCON e o descumprimento a dispositivos normativos esculpido na Lei Municipal nº 7.400/2008; irregularidades estas que redundaram, inclusive, como alhures mencionado, prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 6.486.742,08 (seis milhões, quatrocentos e oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e dois reais e oito centavos).

Em consonância com os fatos e fundamentos jurídicos acima expedidos, e em atenção à solicitação do ilustre Relator do processo, manifestamos pela procedência parcial da presente Defesa, posto que não lograram desconstituídas pela Entidade auditada, as irregularidades consignadas no Relatório de Auditoria, referentes aos Pontos de Auditoria nº “05”, “06”, “08”, “09”⁵, e itens “05” e “3.2” da Peça de

³Justificativas do Sr. Cláudio Souza da Silva (SUCOM) apensadas às fls. 2345/2361 (Volume VIII).

⁴Justificativas do Sr. Paulo Damasceno Silva (SEDHAM) apensadas às fls. 2362/2378 (Volume VIII).

⁵Pontos de Auditoria – “5” - Verificou-se que consta dos certificados de viabilidade dos empreendimentos manifestação expressa dos técnicos quanto ao pagamento de outorga onerosa,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Defesa⁶, descritos neste Parecer.

Em seguida, os autos foram encaminhados a esta Procuradoria de Contas para emissão de opinativo.

É o relatório. Passo opinar.

II. Fundamentação

Após análise detida do processo em lume, salta aos olhos que, em que pese a existência de diversas irregularidades apontadas pelo relatório de auditoria, a presente celeuma gravita em torno da utilização de TRANSCON para aumento de potencial construtivo em área de borda marítima, questão que será enfrentada de plano.

II.a. Da Utilização de TRANSCON em área de borda marítima de Salvador após a edição da Lei Municipal nº 7.400/08

No Município de Salvador a Transferência do Direito de Construir (a cognominada TRANSCON) tem seus contornos delineados pela Lei Municipal nº 7.400/08 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano), especificamente no artigo 263

em atendimento ao § 2º do art. 255 da Lei nº 7.400/2008, ignorado pela SUCOM; “6” - Houve utilização de TRANSCON para fins de obtenção de Potencial Adicional Construtivo em 17 (dezesete) processos de licenciamento de empreendimento localizados em borda marítima de Salvador, no período compreendido entre janeiro de 2008 a dezembro de 2010, conforme tabela às fls. 12; “08” Não houve a realização da publicidade determinada pela Lei Municipal nº 7400/2008, artigo 265, inciso II, cuja responsabilidade é do órgão municipal de licenciamento de empreendimentos, qual seja a SUCOM; “9” - O montante que deixou de ser recolhido em forma de pecúnia através de Outorga Onerosa, tendo sido recolhido através de utilização da TRANSCON, sob forma de resgate de título de dívida pública, no período compreendido entre 2009 e 2010, relativo a empreendimentos edificados na área de borda marítima de Salvador, foi o de R\$ 6.486.742,03 (seis milhões, quatrocentos oitenta e seis mil, setecentos quarenta e dois reais, três centavos).

⁶Defesa SUCOM (fls. 2546/2565) - Item 3.2: Do controle dos saldos daqueles que possuem TRANSCON (item XI do Relatório) e item 05 – Possibilidade de uso de TRANSCON em duplicidade (item XI do Relatório).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

e seguintes, *in verbis*:

Art. 263. A utilização de coeficientes de aproveitamento até o limite do Coeficiente de Aproveitamento Máximo, CAM, mediante a Transferência do Direito de Construir, TRANSCON, será admitida nas seguintes situações:

I - nas zonas e corredores nos quais haja a indicação de Coeficiente de Aproveitamento Máximo, CAM, conforme o Quadro 01 do Anexo 2 desta Lei;

II - para usos residenciais em Zonas de Usos Não-residenciais identificadas no Mapa 02 do Anexo 3, desta Lei como CMC (2) e CMR (3), bem como em Zonas de Usos Predominantemente Residenciais e para usos comerciais e de serviços nos Centros e Subcentros Municipais e nos Corredores de Usos Diversificados, conforme o Quadro 01 do Anexo 2 e o Mapa 02 do Anexo 3, integrantes desta Lei;

III - em áreas integrantes de programas de reurbanização nas quais haja interesse público, expresso em lei específica, em estimular o aproveitamento da infra-estrutura instalada.

§ 1º Fica facultado a utilização conjunta de TRANSCON e Outorga Onerosa em um mesmo terreno receptor.

§ 2º Fica assegurado aos titulares de TRANSCON na data de publicação desta Lei, o direito de utilização do referido instrumento integralmente em terreno receptor situado em qualquer Zona de Uso ou Corredor de Uso Diversificado com exceção da Área de Borda Marítima.

§ 3º os titulares de TRANSCON adquiridos após a publicação desta Lei, poderão utilizar o referido instrumento em terreno receptor situado em qualquer Zona de Uso ou Corredor de uso Diversificado, à exceção da Área de Borda Marítima à razão de 50% (cinquenta por cento) do incremento do potencial devendo os direitos correspondentes aos restantes 50% (cinquenta por cento) do incremento pretendido, ser objeto de aquisição de Outorga Onerosa do Direito de Construir.
(destaques acrescidos)

O legislador municipal, ao disciplinar a Transferência do Direito de Construir, utilizou estrutura normativa clara e direta, de sorte que, da leitura acurada dos dispositivos retro transcritos, não restam dúvidas quanto ao seu alcance e abrangência. **Nesse passo, percebe-se que foram estabelecidos parâmetros objetivos para a utilização da Transferência do Direito de Construir, dentre os quais se encontra expressamente ressalvada a utilização do referido instrumento em área de borda marítima (consoante dicção do §2º supra).**



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Faz-se mister ressaltar que, **quando entendeu pertinente**, o legislador não deixou de traçar a distinção de tratamento jurídico entre os títulos adquiridos antes e após o advento do diploma normativo em exame, conforme se depreende do §3º do dispositivo retro transcrito.

Nesta senda, quando se afigurou útil ao interesse público, o legislador distinguiu o tratamento jurídico dispensado aos títulos em exame a partir da sua data de aquisição. Não foi o que aconteceu nos terrenos de borda marítima, **em relação aos quais o diploma legal vedou a utilização de TRANSCON independentemente da sua origem ou data de concessão.**

Desse modo, é hialina e completa a dicção normativa, de modo que não há que se falar em lacunas ou omissão accidental, mas sim em silêncio proposital ou eloquente⁷, a indicar, no bojo da Lei nº 7.400/08, o idêntico tratamento de todas as TRANSCON's no tocante aos terrenos de borda marítima.

Elucidada a abrangência normativa e os limites do texto legal, o mesmo presume-se constitucional, servil ao interesse público e, até que esta presunção seja afastada, deve ser respeitado por particulares, bem como, principalmente, pela Administração Pública, para a qual o conceito de legalidade é ainda mais rigoroso.

Voltando ao caso concreto, as falhas e irregularidades consignadas no Relatório de Auditoria orbitam em torno dos processos administrativos de autorização para aumento do potencial construtivo de projetos imobiliários localizados em áreas de borda marítima, utilizando saldos de Transferência do

⁷É este o termo adotado pela Corte Suprema para situações em que a ausência de texto legal possui densidade normativa. É oportuno trazer à baila a explicação extremamente didática do novel Ministro Luís Roberto Barroso: *“Silêncio eloquente é quando você, ao não dizer, está se manifestando. Lacuna é quando você não cuidou de uma matéria. E omissão é quando você não cuidou tendo o dever de cuidar.”* (www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i)



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Direito de Construir – TRANSCON, em detrimento do pagamento de Outorga Onerosa do Direito de Construir⁸ durante a vigência da Lei nº 7.400/08.

Com responsabilidades distintas (posteriormente analisadas neste arrazoado), são signatários destes processos os gestores da SEDHAM e SUCOM.

Consoante Relatório da Auditoria, tanto a SEDHAM quanto a SUCOM, cancelaram a possibilidade da utilização de TRANSCON, em substituição ao pagamento de Outorga Onerosa do Direito de Construir, amparados pelo Parecer da Procuradoria Jurídica do Município de Salvador de fls. 45/52.

Nesse Parecer, oriundo do processo SEDHAM nº 818/09, cujos interessados foram a Patrimonial Saraíba Ltda, Prima Participações Ltda e Haya Empreendimentos Patrimoniais Ltda, foi suscitada a possível afronta da Lei nº 7.400/08 (PDDU) ao direito adquirido, de viés constitucional, acerca da utilização dos títulos de TRANSCON recebidos nos anos de 1991, 1992 e 1993 em áreas de borda marítima uma vez que antes da vigência da referida norma não existia restrição para o seu uso em qualquer zona da cidade, inclusive na mencionada região.

Restringindo-se ao prisma do direito adquirido, em resumo, entendeu a douta Procuradora que *“ao transferir ao Poder Público área considerada como de interesse público, nasceu para as requerentes o direito subjetivo (até o momento não concretizado) de poder exercer em outro local seu direito de construir, sem que à*

⁸O Instituto da Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado), é conceituado como toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O Solo Criado será sempre um acréscimo ao direito de construir além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei; acima desse coeficiente, até o limite que as normas edificações admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona. (DE PAULA, Alexandre Sturion. Estatuto da Cidade e o Plano Diretor Municipal: Teoria e Modelos de Legislação Urbanística. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 186).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

época fosse restringida sua utilização em áreas específicas da cidade, nos termos do previsto no parágrafo 5º do art. 83 da Lei Orgânica Municipal, que permite cálculo diferenciado de avaliação quando a transferência se referir a imóveis situados em zonas ou regiões de concentração de uso e ocupação de solo distintas”.

Finaliza o Parecer opinando pela impossibilidade do Poder Público, através da Lei nº 7.400/08, limitar a utilização dos mencionados títulos, razão pela qual os requerentes poderiam manejá-los em substituição à Outorga Onerosa ainda que em áreas de borda marítima.

Nesse passo, nota-se que o resultado conclusivo do referido Parecer foi diametralmente oposto ao estabelecido no §2º, do art. 263 da Lei nº 7.400/08, no qual o legislador fincou a vedação expressa e literal acerca da utilização deste instituto para aumento do potencial construtivo em áreas de borda marítima.

Assim, emergem dois questionamentos merecedores de reflexão na construção do convencimento deste Órgão Ministerial, quais sejam, **(i)** a possibilidade de afastamento da responsabilidade dos gestores das entidades em análise, na medida em que adotaram o Parecer de fls. 45/52 na prática dos atos impugnados; e **(ii)** a possibilidade de secretário ou gestor de entidade descentralizada afastar a aplicabilidade de comando expresso de lei municipal a pretexto de suposta “inconstitucionalidade”.

Do ponto de vista jurídico, ambas as indagações merecem como resposta uma absoluta negação.

II.a.1. Natureza jurídica do Parecer emitido pela Procuradoria do Município de Salvador



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

No exercício das suas atividades, o advogado público exerce função consultiva na emissão de opinativos e na prestação de assessoria ao Poder Público, tendo a incumbência de expressar opinião técnica sobre assuntos submetidos à sua apreciação, externada através de parecer.

Por ser dotado, em regra, de natureza opinativa, não constitui, por si, uma declaração de vontade da Administração Pública, tampouco um ato decisório estatal. Conforme preleciona a doutrina de escol, **o parecer não configura ato administrativo**⁹. É este o entendimento atual acerca do tema na inteligência do Supremo Tribunal Federal, o qual, a partir do julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.073/DF, nº 24.631/DF e 24.584/DF, assentou, como regra¹⁰, a natureza opinativa dos pronunciamentos da advocacia pública, **inexistindo compartilhamento de responsabilidade ou atenuação da responsabilidade do gestor público que adota o entendimento técnico como razão de decidir, convencimento acolhido por este Parquet de Contas**. Para ilustrar o ora esposado:

Assim, via de regra, se a lei (i) não exige expressamente parecer favorável como requisito de determinado ato administrativo, ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado e dele não faz parte. Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, o parecer perca sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é (...) ¹¹

⁹Neste sentido: **Hely Lopes Meirelles** (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 145) e **José dos Santos Carvalho Filho** (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 201. p. 109).

¹⁰Para as hipóteses excepcionais de responsabilização do parecerista, sugere-se a consulta ao inteiro teor dos *writs* supramencionados.

¹¹Excerto do voto do Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.584/DF.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Sobre o tema, traz-se à baila a doutrina de **Maria Sylvia de Pietro**¹², para quem a natureza opinativa do parecer fica evidenciada “*quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato*”. No mesmo sentido é o entendimento do Professor **José dos Santos Carvalho Filho**¹³, que entende que o parecer facultativo é solicitado pela Administração com o escopo de melhor fundamentar o ato a ser exarado, não havendo, contudo, compromisso vinculante com a conclusão do arrazoado.

No caso em exame, o parecer emitido não detinha caráter vinculante, já que não é derivado de uma obrigação estabelecida em lei. **A natureza jurídica deste parecer é de um ato enunciativo, no qual sua declaração isoladamente não produz efeitos jurídicos.** Registre-se, por oportuno, que o acolhimento do referido parecer como fundamento da decisão dos gestores da SUCOM e SEDHAM não altera o *status* desse pronunciamento, persistindo o seu caráter opinativo.

Para arrematar o raciocínio esposado, colaciona-se o acórdão exarado no julgamento do MS nº 26.631/DF, já mencionado neste arrazoado, da Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa¹⁴:

Constitucional. Administrativo. Controle Externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: **(i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;** (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se

¹²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 230.

¹³CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. 23 ed. p. 152.

¹⁴MS nº 24.631/DF, Plenário. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julg. 9.8.2007. DJ, 31 jan. 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-la a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. **Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte do ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.** III. Controle Externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (grifos acrescidos)

Salta aos olhos que **a existência de opinião jurídica favorável nos autos de determinado processo administrativo não blinda o gestor que pratica atos temerários na administração da coisa pública.** Com efeito, o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante é o de que o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, razão pela qual sobre ela recai a responsabilidade pelo ato administrativo praticado. Nesta linha de intelecção, entende-se que a responsabilização das autoridades em análise não perpassa pelo apuro jurídico ou hipotético equívoco do parecer emitido pela Douta Procuradoria do Município de Salvador, razão pela qual é despicienda a análise técnica do seu mérito neste arrazoado.

Nestes termos, resta saber se dentro da esfera de competência do cargo ocupado pelos gestores demandados figurava a possibilidade de afastar a aplicação de lei existente, válida e vigente, sob a qual recaia a presunção de constitucionalidade.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

II.a.2. Da análise da conduta que negou cumprimento à Lei 7.400/08

Com o intuito de garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais frente a possíveis defraudações, foi estabelecido em nosso ordenamento jurídico um sistema rígido de controle de constitucionalidade das leis. Assim, a estabilidade do sistema é garantida a partir da presunção de higidez das normas vigentes, artifício que lhes preserva a autoridade e garante a segurança jurídica, princípio basilar da sistemática normativa pátria.

É possível afirmar, portanto, que a lei nº 7.400/08 surgiu como a materialização normativa do interesse público no sentir do legislador, tendo a sua legitimidade sido devidamente reconhecida pelo Poder Executivo através da sanção do Prefeito Municipal¹⁵.

Conforme se depreende da sequência de atos aqui elencados, a autoridade e força da norma derivam também da dinâmica do processo legislativo que demanda a chancela da cúpula do Poder Legislativo (através do *quorum* de aprovação) e da autoridade máxima do Poder Executivo (por meio da sanção) como condições para a sua entrada em vigor. Como consequência, o ato normativo deve ser respeitado pelas demais esferas da Administração Pública, hierarquicamente subordinadas à autoridade sancionadora.

Para afastar a referida presunção de validade, a Carta Magna disciplinou o controle de constitucionalidade, de sorte que, não obstante a preponderância do

¹⁵A forma preventiva de controle de constitucionalidade exercida pelo Poder Executivo foi disciplinada na Lei Orgânica do Município de Salvador da seguinte forma: “Art. 49. *Aprovado em redação final, será o projeto enviado ao prefeito que, aquiessendo, o sancionará no prazo de 15 (quinze) dias úteis, determinando a sua publicação. § 1º Se o prefeito considerar o projeto inconstitucional, ilegal ou contrário ao interesse público, opor-lhe-á veto total ou parcial, dentro de 15 (quinze) dias, encaminhando ao presidente da Câmara os motivos do veto.*” Trata-se de hipótese diversa da situação em comento, considerando que a Lei Municipal nº 7.400/08 foi sancionada pelo Executivo Municipal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA **Controle Externo da Administração Pública Municipal**

controle exercido pelo Poder Judiciário, admite-se a realização do referido confronto pelos três poderes, seja no processo legislativo, seja durante a execução da norma. No presente arrazoado, contudo, nos interessa elucidar as nuanças do controle repressivo realizado pelo Poder Executivo sobre normas vigentes.

Delineado o tema de forma breve, surge assim a questão a ser enfrentada no caso concreto: diante de uma lei municipal contendo um comando expresso, poderia o Poder Executivo afastar a sua aplicabilidade por entendê-lo inconstitucional?

O entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema surgiu em momento anterior ao advento da Constituição Cidadã, quando o controle concentrado, então novel e restrito, poderia ser deflagrado apenas pelo Procurador Geral da República. Neste cenário, havia o entendimento de que, por não possuir a faculdade de acessar o Poder Judiciário ao se deparar com uma lei inconstitucional, era perfeitamente cabível que o chefe do poder executivo negasse execução a uma norma inconstitucional, através de ato normativo.

Após a CF/88, com a ampliação do rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, restou afastada a premissa essencial que sustentava a possibilidade de não aplicação de lei inconstitucional pelo chefe do Poder Executivo. Ainda assim, a doutrina majoritária entende que subsiste a mencionada faculdade conferida ao chefe do Poder Executivo, conforme demonstra trechos extraídos da obra de Bernardo Gonçalves Fernandes¹⁶:

Certo é que essa possibilidade do Chefe do Executivo deixar de aplicar lei que ele entender inconstitucional foi desenvolvida sob égide da Constituição anterior de 1967-69. Assim o foi porque o Procurador-Geral da República era o único legitimado ativo para ajuizamento de ADI e, em razão disso, o Presidente da República não tinha como se dirigir ao STF

¹⁶FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed., rev.ampl. E atual até a EC nº 71 de 29/12/2012. Editora Juspodium, 2013, p. 1084 e 1085.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

para pleitear a inconstitucionalidade de leis vigentes no ordenamento, ficando metaforicamente “refém” do PGR. Sem dúvida, se não há provocação, não há análise e se não há análise, não há decisão e a lei continua válida. Por tal motivo, foi desenvolvida jurisprudencialmente a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional. Acontece que, com o advento da Constituição de 1988, a legitimidade da ADI foi ampliada e o Presidente da República, bem como os Governadores de Estado e do Distrito Federal, passaram a ter possibilidade de provocar o STF para análise da constitucionalidade de leis, em tese presentes no ordenamento. Portanto, a questão toma outros rumos na medida que, após o advento da Carta de 1988, o Chefe do Poder Executivo passou a poder provocar o STF. Assim, boa parte da doutrina passou a entender que se o Chefe do Poder Executivo entende que uma lei é inconstitucional, ele deve ajuizar uma ADI e esperar que o órgão encarregado do seu julgamento (no caso do STF) se pronuncie decidindo a questão. Aparentemente, tanto o Presidente da República quanto os governadores teriam que agir dessa forma. **Certo é que, por esse entendimento só os Prefeitos (chefes do Executivo Municipal) é que poderiam, uma vez que estes não são dotados de legitimidade ativa para ajuizar ADI, praticar o procedimento de deixar de aplicar uma lei por entender que a mesma é inconstitucional.** Ocorre, porém, que, com isso, os Prefeitos, para alguns doutrinadores, teriam uma certa primazia em relação ao Chefe do Executivo Nacional (Presidente da República) e aos Chefes do Executivos estaduais e distrital (Governadores). Portanto, essa tese não foi bem recebida pela doutrina. Com isso, outras bases doutrinárias foram desenvolvidas e partiram não mais do pressuposto da legitimidade dos Chefes do Poder Executivo (que não existia antes de 1988 e passou a existir pós 1988). Estas bases trabalharão com a tese da supremacia da Constituição **na medida em que os Chefes do Executivo nacional e estaduais, bem como Distrital não poderiam aplicar uma lei que entendessem inconstitucional, pois estariam contrariando a Constituição, negando sua aplicação ao se curvarem diante de uma inconstitucional. Com isso, o Presidente da República, conforme entendimento da doutrina majoritária escorada em decisões do STF da década de 90, ainda pode deixar de aplicar administrativamente uma lei por entender que a mesma é inconstitucional. Certo é que, nesse caso, entendemos também que o Presidente da República deve ajuizar uma ADI contra a lei que está descumprindo.** (grifos acrescidos)

Em que pese a escassez jurisprudencial sobre o assunto, destacam-se dois



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

julgados pertinentes. No primeiro, proferido no exame da ADI 221/DF, o Ministro-Relator Moreira Alves traçou as considerações ora destacadas¹⁷:

Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia - e isso mesmo tendo sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

Por sua vez, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão foi analisada nos seguintes termos¹⁸:

Sem enleios, a pronta inexecução de lei, entendida como inconstitucional, por autoridade administrativa, é tema de significativa dimensão jurídica, decorrente das implicações do ato no ordenamento jurídico. É que, a rigor, a Administração Executiva, de ofício (jure próprio), retira a vigência de texto legal, ou seja, aplicada o chamado princípio de auto-impugnativa. Aí a questão: há obstáculo a essa conduta ou se resguarda constitucionalmente?

Emfim, na esfera de sua atividade pode a autoridade administrativa, que executa a lei, opor-se aos seus efeitos ou somente o Judiciário, provocado, tem competência para o controle de constitucionalidade:

Nesse eito, calha lembrar que, na doutrina, prepondera o entendimento de que a Administração tem o "privilégio da execução prévia", realizando o direito como meio necessário ao exercício das suas atribuições funcionais (resultado material útil ao Estado), enquanto que o Judiciário é um fim da sua própria existência institucional.

No pervergar dessas ideias não há como negar que o Judiciário, somente quando chamado pelo interessado, atua no exame do descumprimento da lei pela Administração ou quando esta ofende direitos subjetivos do administrado. Assim, de plano a Administração Pública não invadiria a competência Judiciária; apenas exercendo seu "auto-comando".

(...)

Como se apreende, não se trata dos efeitos ex tunc ou ex nunc da declaração de inconstitucionalidade, mas da legitimidade da Administração Pública negar execução, antes da decisão judicial, a lei que entende inconstitucional. Mas, a toda evidência, também,

¹⁷STJ, RTJ 151/331, ADIN 221-DF, liminar, rel. Min. Moreira Alves.

¹⁸STJ - REsp: 23121 GO 1992/0013460-2, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 06/10/1993, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.11.1993 p. 23521.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

prosperando a afirmação de que a palavra derradeira caberá ao Poder Judiciário, quando provocado.

(...)

Por essas indicações vetoriais, frutifica que não tem lampejo lógico a aplicação de uma lei entendida como inconstitucional, desde que, fundada autoridade administrativa em razoável argumentação.

Sobre o tema, é importante ressaltar que esta excepcionalíssima situação deve ser acompanhada de comando apropriado expedido pelo Chefe do Poder Executivo, com fundamentos sólidos e demonstração clara de que a aplicação da lei pode trazer efeitos mais danosos do que a sua não aplicação, ainda que não tenha sido declarada a inconstitucionalidade pelo Poder competente.

Da explanação acima, conclui-se que, ainda que se admita a possibilidade de não cumprimento de lei vigente pelo Poder executivo (o que já é controvertido), tal faculdade é conferida **apenas** ao chefe do referido poder, *in casu*, o Prefeito Municipal, que deve expedir ato devidamente motivado e, na sequência, precisa buscar o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade como forma de se resguardar funcionalmente.

No caso concreto, as autoridades envolvidas não possuíam a competência supramencionada, de modo que, no entendimento deste *Parquet*, o procedimento esposado nos presentes autos deve ser considerando totalmente ilegal e irregular, tendo em vista que os interesses de particulares foram sobrepostos ao interesse público, sem justificativa jurídica para tanto, gerando prejuízos irreversíveis à administração pública.

Os motivos são claros, senão vejamos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Caso a Administração tivesse optado por negar o uso do instituto da TRANSCON em áreas de borda de marítima – o que seria o esperado em face da vedação contida no art. 263, §2º, da Lei nº 7.400/08 – o Tesouro Municipal não seria privado dos recursos oriundos da Outorga Onerosa do Direito de Construir e, de qualquer forma, restariam preservados os direitos dos adquirentes dos mencionados títulos, já que a própria lei supracitada os contemplou.

Outrossim, a via eleita pela Administração no caso concreto prestigia tão-somente interesses particulares, que, além de não estarem amparados pelas normas pertinentes, relegam a segundo plano a política urbana municipal.

Não se pode olvidar que os recursos oriundos do pagamento da **Outorga Onerosa do Direito de Construir possuem uma finalidade específica** e atendem ao planejamento urbanístico estabelecido pelo Município no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano – PDDU, o qual, conseqüentemente, sofreu restrições decorrentes da limitação desta receita. Não se trata, portanto, de mera ausência de ingresso de recursos (o que já seria suficientemente grave), mas sim de frustração, ainda que parcial, do planejamento urbanístico do Município de Salvador.

Fica evidente, portanto, que as licenças para construir concedidas com base na utilização da TRANSCON em áreas de borda marítima foram realizadas ao arrepio da lei, em flagrante descumprimento do art. 263, §2º, da Lei Municipal nº 7.400/08, que instituiu o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano - PDDU, e, além disso, que desta conduta resultou a **ausência de arrecadação ao Tesouro Municipal da expressiva**



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

quantia de R\$ 6.486.742,08 (seis milhões, quatrocentos e oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e dois reais, e oito centavos - conforme se depreende do Relatório de Auditoria de fls.04/24).

Assim, devem ser responsabilizados os gestores que cancelaram o multicitado descumprimento da Lei nº 7.400/08.

II.b. da responsabilidade dos gestores da SUCOM e da SEDHAM

Como cada ato tem autonomia e por ele responde o agente que o expediu¹⁹, é imperioso que se analise a responsabilidade dos gestores da SUCOM da SEDHAM pelo exercício da sua parcela de competência.

As rotinas no processo administrativo para aumento de potencial construtivo foram devidamente detalhadas pelo Relatório de Auditoria, com atribuições e participações distintas para a SEDHAM e a SUCOM (fl. 12).

A título ilustrativo, segue abaixo o roteiro de licenciamento nas situações em que existe permuta da Outorga Onerosa por TRANSCONS, nos moldes constantes no Relatório de Auditoria:

1. Interessado solicita análise da viabilidade na SEDHAM;

¹⁹A Lei Municipal nº 01/91, que instituiu o Regime Jurídico Único dos servidores públicos do Município de Salvador, trouxe no art. 3º a definição de cargo público como “o conjunto de atribuições e responsabilidades específicas, criado por lei, em número certo, denominação própria e pagamento pelos cofres do Município”.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

2. Se for viável o aumento de potencial construtivo, Secretário da SEDHAM defere a solicitação e emite Certificado de Viabilidade de Potencial Construtivo;
3. SEDHAM encaminha processo à SUCOM;
4. SUCOM conclui a análise e encaminha processo à SEDHAM para cobrança de Outorga Onerosa;
5. SEDHAM calcula o valor a ser recolhido em Outorga Onerosa;
6. SEDHAM encaminha o processo à Fundação Mário Leal Ferreira, para recolhimento da Outorga Onerosa;
7. Interessado protocola requerimento na SEDHAM solicitando a permuta entre Outorga Onerosa e TRANSCON;
8. A SEDHAM encaminha processo à SUCOM para providências, nos termos do requerimento do interessado;
9. SUCOM defere a solicitação de licença para construção;
10. SUCOM expede alvará de construção e dá baixa do saldo da TRANSCON do interessado.

Consoante o Relatório de Auditoria (fl. 20 – itens 03 e 04), a autorização para aumento do potencial construtivo em área de borda marítima através de recolhimento da TRANSCON em substituição ao pagamento da Outorga Onerosa foi feita pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano - SEDHAM, então gerida foi o Sr. Paulo Sérgio Damasceno Silva.

Indica ainda o referido documento que cabia à SUCOM o controle dos saldos das TRANSCONS e a sua baixa, bem como a posterior emissão da licença para construção.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Nas justificativas apresentadas pelo Sr. Paulo Sérgio Damasceno Silva à Controladora Geral do Município, **o gestor reconhece a competência da SEDHAM para autorizar a substituição do pagamento de Outorga Onerosa pela utilização de TRANSCON.** Ademais, informa ainda que, nos processos administrativos correlatos, os demais atos de registro e contabilização eram de competência da SUCOM²⁰:

Quanto à emissão, controle, utilização e fiscalização da TRANSCON, as competências são repartidas entre esta SEDHAM e a SUCOM, autarquia vinculada a SEDHAM. **A Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação e Meio Ambiente analisa o processo de concessão da TRANSCON e autoriza ou veta**, sempre nos limites do Coeficiente de Aproveitamento Máximo – CAM, emitindo Certificado de Viabilidade. **Os demais atos de registro e contabilização são de competência da SUCOM.**

Esta afirmação ratifica o fluxo processual estabelecido pelo Relatório de Auditoria.

Logo, não resta dúvida quanto à participação direta do gestor da SEDHAM, Sr. Paulo Sérgio Damasceno, no ato administrativo ilegal praticado, razão pela qual sobre o mesmo deve recair a responsabilidade pelos danos decorrentes do mau uso das prerrogativas públicas.

Com relação ao Sr. Cláudio Souza da Silva, sua defesa repousa na ausência de competência do mesmo para autorizar o uso da TRANSCON, considerando que

²⁰Ofício nº 495/2012 – GAB – de 26 de novembro de 2012 – da SEDHAM, gestor Sr. Paulo Damasceno. Assunto: Em atenção ao Ofício CGM nº 554/2012, relacionados aos processos nº 12.941/2010 e 12.628/2010, estamos encaminhando as pontuações anexas visando compor resposta ao Tribunal de Contas do Município (fls. 2362/2368).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

tal poder-dever integraria a esfera jurídica do Sr. Paulo Sérgio Damasceno, gestor da SEDHAM. Assim, argumenta que as emissões dos Certificados de Viabilidade de Potencial Construtivo e, conseqüentemente, as autorizações para utilização da TRANSCON, eram atribuições da SEDHAM, de sorte que, em sua opinião, não integra a esfera de competência do Superintendente da SUCOM o questionamento da referida decisão.

Ainda na construção da sua defesa, sustenta o gestor da SUCOM que *“se já havia a indicação do instrumento a ser utilizado pela SEDHAM, não cabia a SUCOM avaliar se os pareceres exarados por aquela Secretaria eram tecnicamente suficientes para permitir ou não a utilização de TRANSCON ou Outorga Onerosa nas áreas de borda marítima, ou demais empreendimentos no Município, pois se assim o fizesse, estaria avocando competência de outros órgãos, incorrendo em ilegalidade” (sic).*

As suas alegações, contudo, não procedem, conforme doravante aduzido.

Com efeito, a autorização para uso de TRANSCON em substituição ao pagamento da Outorga Onerosa do Direito de Construir não é o único ato do *iter* em comento, qual seja, a **concessão de licença para construir**, de modo que se interliga com outros tantos, cuja a finalidade é a emissão (ou não) do alvará para construção de empreendimentos, **ato final cuja competência foi atribuída à SUCOM.**

Assim, a concessão do referido licenciamento, cuja competência incontestemente é da SUCOM, deve ser precedida da análise **da regularidade de todo o conjunto de**



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

atos jurídicos constantes no processo administrativo, inclusive daqueles aperfeiçoados pela SEDHAM. Qualquer mácula ou ilegalidade no desenrolar do referido processo deve, naturalmente, obstar a concessão do referido direito. Não se trata, portanto, de ato mecânico daquela superintendência, mas sim de análise cuidadosa da higidez do procedimento em análise, dentro do qual se insere a utilização de TRANCON em área de borda marítima.

Ao conceder a licença, o Superintendente da SUCOM **considerou regulares todos os atos daquele procedimento, inclusive aquele que ignorou o comando inserido na lei nº 7.400/08**. Ora, sem a concessão da autorização para construir, não haveria a renúncia indevida de receita a título de outorga onerosa, que se questiona *in casu*. **Do ponto de vista funcional, portanto, sua obrigação era proceder da maneira exatamente contrária**. Por isto, no entender deste *Parquet*, o Sr. Cláudio Silva é solidariamente responsável pelo dano causado ao erário no caso em tela.

Em outras palavras, a SUCOM chancelou como regulares 17 licenças para construção de empreendimentos em área de borda marítima com aumento de potencial construtivo utilizando TRANCON, em flagrante desrespeito ao art. 263, §2, da Lei nº 7.400/08.

Para afastar quaisquer dúvidas acerca da responsabilidade do Superintendente da SUCOM, faz-se mister ressaltar que, nos processos de solicitação de aumento do potencial construtivo, atuam técnicos de ambas entidades (SEDHAM e SUCOM), o que torna insubsistente a tese do gestor da SUCOM de que não detinha poder hierárquico para fiscalização. Em verdade,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

na qualidade de superintendente da SUCOM, é de sua competência o controle dos atos praticados pelos agentes que lhe são subordinados.

A propósito, vale conferir a transcrição da ementa do Recurso Especial nº 299.830, cuja relatoria coube ao Ministro José Arnaldo da Fonseca²¹:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ALTERAÇÃO DE DESTINATÁRIO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PREFEITO MUNICIPAL. "Lei posterior que altera o destinatário das contribuições previdenciárias descontadas dos servidores municipais, e não recolhidas pelo Prefeito Municipal, não altera tipificação de norma penal incriminadora. Subsistência do ilícito criminal". **O simples fato de não ser de obrigação do Prefeito municipal a elaboração da folha de pagamento, não o exime de responsabilidade, porque ele tem o dever legal de controlar e fiscalizar os seus subordinados.** Recurso conhecido e provido. (grifos acrescidos)

Aponta-se ainda que o gestor da SUCOM foi alertado pelo seu corpo técnico quanto à necessidade do pagamento da Outorga Onerosa do Direito de Construir para aumento do potencial construtivo²² e, mesmo assim, optou por acolher o Parecer nº 818/09, concedendo em seguida 17 licenças irregulares para construção

²¹Superior Tribunal de Justiça - Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, Data de Julgamento: 06/03/2003, T5 – Quinta Turma.

²²Em diversas fases do processo há manifestações de técnicos da SUCOM E SEDHAM direcionando para o pagamento da Outorga Onerosa.

A título ilustrativo no processo nº 11201 (volume II) manifesta-se a Arquiteta da SUCOM, Sr.^a Ana Georgete Passos Paim, nos seguintes termos:

“A GERAÉ: Para apreciação e vistas a ASSEG/SEDHAM, face o imóvel encontrar-se inserido em área de borda marítima (Trecho 12 – 9 m), cujo parecer supra da análise ratifico, ressaltando que deverá ser pago contraprestação à FMLF...”

Posteriormente manifesta-se o Assessor Chefe- ASSEG, Sr. Nilton Arruda Oliveira Júnior:

“Ao GAJUP: Com os pareceres constantes neste processo o projeto poderá ser deferido após o encaminhamento à SEDHAM considerando o pagamento de contraprestação pela majoração do gabarito.

Por fim, responde o gestor da SUCOM, Sr. Cláudio Silva:

“À SEDHAM: Para os fins descritos no despacho supra”.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

de empreendimentos em área de borda marítima. Atuou, portanto, à revelia dos seus agentes técnicos.

Nas lições do professor José dos Santos Carvalho Filho²³ *“quando o ato decisório se limita a aprovar o parecer, fica este integrado naquele como razão de decidir, ou seja, corresponde ao motivo do ato. Se, ao revés, o ato decisório define a questão de modo contrário ao parecer, deverá a autoridade expressar formalmente as razões que levaram a decidir de modo contrário ao opinamento do parecer, sob pena de ser considerado abuso de poder o ato que praticar, justamente por não render ensejo à verificação de sua legalidade”*.

Portanto, para se eximir de culpa, deveria o gestor da SUCOM ter consignado nos autos a sua manifestação contrária, o que não foi feito em nenhum dos processos analisados pela equipe de auditoria.

Outro fato que merece ser evidenciado é que o referido Parecer de nº 818/09 tratou do requerimento para utilização de TRANSCON em área de borda marítima no caso específico de três empresas²⁴, mas, estranhamente, foi reiteradamente utilizado para lastrear as autorizações em diversos processos de solicitação desta natureza, ignorando a ausência de poder normativo daquele opinativo.

²³CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Editora Lumen Juris, 17ª ed. rev. ampl. E atual até 05.01.2007. Rio de Janeiro, 2007, p. 125.

²⁴Processo SEDHAM nº 818/09, cujos interessados foram a Patrimonial Saraíba Ltda, a Prima Participações Ltda e Haya Empreendimentos Patrimoniais Ltda.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Assim, no entendimento deste Órgão Ministerial o gestor da SUCOM, Sr. Cláudio Souza da Silva, tem responsabilidade solidária pela utilização irregular de TRANSCON em áreas de borda marítima, ao lado do Secretário da SEDHAM, Sr. Paulo Sérgio Damasceno.

II.c. Dos danos causados ao erário

Indica o Relatório de Auditoria que *“deixaram de ingressar nos cofres públicos municipais em virtude da ausência de arrecadação de valores a título de Outorga Onerosa do Direito de Construir a soma de R\$ 6.486.742,08 (seis milhões quatrocentos e oitenta e seis mil setecentos e quarenta e dois reais e oito centavos)”*.

Em sua defesa, o gestor da SUCOM, Sr. Cláudio Silva, argumenta que os processos administrativos de autorização para uso de TRANSCON não teriam gerado prejuízos aos cofres públicos, uma vez que, como se tratam de títulos públicos, de qualquer forma ocorreria a amortização da dívida pública. Alega ainda que a equipe de auditoria não teria identificado a utilização em duplicidade deste instituto.

No tocante à defesa do gestor da SUCOM, constata-se que a mesma não logra êxito em descaracterizar a maioria dos itens do Relatório de Auditoria, de modo que subsistem as graves irregularidades apontadas neste documento.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Nesta senda, discorda este *Parquet* quanto à afirmação de que o Relatório de Auditoria teria constatado que não houve utilização de TRANSCON em duplicidade. Em verdade, os técnicos desta Corte registraram que houve limitação de escopo, razão pela qual concluem que “*não há como afirmar a existência de uso duplicado da TRANSCON*”. Desse modo, a equipe técnica sinaliza que, em face dos controles precários da SUCOM sobre os saldos das TRANSCON's, os exames foram comprometidos e tiveram resultado inconclusivo.

Ademais, a defesa não apresenta nenhum documento comprobatório que demonstre o controle realizado sobre os saldos das TRANSCON's anteriores ao exercício de 2010, o que afastaria a dúvida sobre a sua possível utilização em duplicidade.

Ora, o gestor argumenta que, em contrapartida ao uso das TRANSCON's, teria ocorrido amortização da dívida do Município. Entretanto, como pode ter ocorrido amortização da dívida, se não é possível afirmar, com o mínimo de segurança, que houve a devida baixa destes títulos?

Cumpre-nos ressaltar que não houve publicação destas transações, em descumprimento ao art. 265 da Lei nº 7.400/08, conduta gravíssima que inviabilizou a eventual mitigação dos danos causados pelo procedimento em análise, além de ter maculado diversos princípios da Administração Pública, dentre eles o da publicidade.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Registre-se ainda que os supostos processos de amortização da dívida também não foram apresentados pelo gestor da SUCOM, tornando insubsistente a tese defensiva de que o Município teria se beneficiado pela transação.

Conforme entendimento assentado no Tribunal de Contas da União, é do gestor o ônus da prova quanto à boa aplicação dos recursos públicos, não havendo nenhuma presunção de regularidade na aplicação dos mesmos. Assim, ao não se desincumbir deste ônus, considera-se irregular a gestão empreendida, conforme se demonstra:

Tomada de Contas Especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional devido à inexecução parcial do objeto do Convênio, celebrado entre o Município de Caroebe/RR e o aludido Ministério, o qual consistia na pavimentação e drenagem de ruas da Vila Entre Rios, conforme detalhamento do Plano de Trabalho. Processual. Ônus da prova do gestor. Contas irregulares.

7. A inexecução de mais da metade da obra de infraestrutura em área carente do Município de Caroebe/RR, sem dúvida, acaba por comprometer a melhoria na qualidade de vida dos moradores da região, impondo-lhes a continuidade dos problemas decorrentes de lama, poeira, buracos nas ruas, além de eventuais dificuldades na limpeza das vias públicas.

8. É preciso lembrar que ao gestor público, segundo farta jurisprudência do Tribunal de Contas da União, compete o ônus de demonstrar a boa e correta aplicação dos recursos públicos.

9. A propósito, cabe reproduzir a respeito do tema excerto do Voto condutor da Decisão n. 225/2000 - 2ª Câmara, no qual o Exmo. Ministro Relator Adylson Motta tão bem abordou a matéria:

"A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que (...) foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público."

10. Assim, considerando a inexecução parcial do objeto constatada pelo órgão concedente e tendo em vista que os responsáveis citados não ofereceram defesa sobre tal ocorrência, cabe julgar as contas do ex-gestor irregulares, condenando-o ao pagamento do débito solidariamente com a empresa contratada, e impondo a ambos, de forma individual, devido à gravidade que a falta encerra, a multa prevista no art. 57 da Lei n. 8.443/1992.

²⁵

Portanto, não existindo meios para comprovar cabalmente que foi dada a devida baixa das TRANSCON's utilizadas nos 17 procedimentos analisados em sede de auditoria, não se pode afirmar que houve qualquer tipo de contrapartida em oposição à ausência de arrecadação dos valores que seriam pagos a título de outorga onerosa.

Diante do exposto, as provas carreadas a estes autos levam este Órgão Ministerial à conclusão de que houve dano ao erário no montante de R\$ 6.486.742,08 (seis milhões, quatrocentos e oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e dois reais, e oito centavos), impondo-se o ressarcimento deste valor e a cominação de sanções aos agentes estatais que lhe deram causa.

Cumpre-nos ressaltar que, nestes casos, cabe ainda aplicação de multa equivalente ao dano ao erário gerado pelo administrador público. É o que estabelece o art. 69 da Lei Complementar nº 06/91, *in verbis*:

²⁵AC-4869-27/10-1Sessão: 03/08/10 Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

art. 69 Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda ser-lhe aplicada multa de até 100% (cem por cento) do valor do dano causado ao erário.

Para além dos prejuízos financeiros, deve-se ter em vista o impacto do mau procedimento em tela sobre a política urbana do Município. Com efeito, o Plano Diretor sistematiza a política de desenvolvimento e expansão municipal, bem como veicula a maioria dos instrumentos e institutos concernentes à consecução da função social da propriedade.

Nessa esteira, o instituto do “solo criado”²⁶ e o pagamento da Outorga Onerosa do Direito de Construir servem para exigir contrapartidas do beneficiário pelo adensamento do empreendimento particular, redistribuindo as mais valias decorrentes desse processo de urbanização para outras políticas urbanas de interesse público, tais como a regularização fundiária, a execução de programas e projetos sociais, o ordenamento e direcionamento da expansão urbana, dentre outros²⁷.

²⁶A possibilidade de criação de solo decorre sempre de uma vontade pública, formada a partir da compreensão de uma necessidade que emerge a própria dinâmica da cidade. Se for certo que o Poder Público deve prevenir o adensamento de certos núcleos urbanos, também deve prevenir-se da instalação de equipamentos urbanos adequados, em quantidade e em qualidade suficientes para atender essa população. O Solo Criado possibilita essa realização na medida em que oferece ao particular oportunidade de ganho efetivo, fundado na construção de solo habitáveis, mas que, em contrapartida, ele mesmo, o particular, oferecerá meios para a edificação de equipamentos públicos necessários. (MOREIRA, Mariana; NETTO, Domingos Theodoro de Azevedo; DE AMBROSIS, Clementina. O Estatuto da Cidade e o CEPAM. In: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. Estatuto da Cidade, coordenado por Mariana Moreira. São Paulo: CEPAM, 2001, p. 473).

²⁷O Estatuto da Cidade prescreve, em seu art. 31, que os recursos auferidos com a adoção da Outorga Onerosa do Direito de Construir e de alteração do uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do artigo 26 do Estatuto, as quais são: (i) regularização fundiária; (ii) execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; (iii) constituição de reserva fundiária; (iv) ordenamento e direcionamento da expansão urbana; (v) implementação de equipamentos urbanos e comunitários; (vi) criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

No entanto, *in casu*, a sociedade foi privada dos possíveis benefícios advindos dos recursos da Outorga Onerosa oriundos do aumento do coeficiente de aproveitamento em empreendimentos localizados em áreas de borda marítima do município de Salvador, o que reforça a necessidade de imposição de penalidade proporcional à gravidade da conduta dos demandados nos presentes autos.

Por derradeiro, este *Parquet* sugere que seja formulada representação ao Ministério Público Estadual para adoção das providências que entender cabíveis em face às autorizações de uso das TRANSCON's para aumento do potencial construtivo de empreendimentos localizados em áreas de borda marítima, cujos prejuízos gerados aos cofres municipais totalizaram **R\$ 6.486.742,08** (seis milhões quatrocentos e oitenta e seis mil setecentos e quarenta e dois reais e oito centavos), sendo de responsabilidade do Sr. Cláudio Souza da Silva, gestor da SUCOM, e do Sr. Paulo Sérgio Damasceno Silva, gestor da SEDHAM.

II.d. Outras falhas consignadas no Relatório de Auditoria

Dentre as falhas registradas no Relatório de Auditoria, vale destacar a utilização do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano de Salvador (FUNDURBS) sem a devida aprovação do Conselho Municipal de Salvador, sendo a responsabilidade atribuída ao Secretário Municipal da Fazenda, o Sr. Flávio Orlando Carvalho Mattos.

A esse respeito, foram realizadas despesas que totalizaram **R\$ 5.129.715,23**

(vii) criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; e,
(viii) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

(cinco milhões cento e vinte nove mil setecentos e quinze reais). Embora a defesa não tenha descaracterizado a utilização dos recursos do fundo sem prévia deliberação do Conselho Municipal de Salvador, em inobservância ao art. 320 da lei municipal nº 7.400/08 (PDDU), os exames realizados pela equipe técnica apontaram que estas despesas, no tocante à sua finalidade, atendem ao disposto na Lei Federal nº 10.257/01.

Ressalte-se, contudo, que esta evidência, devidamente registrada, não afasta a violação do referido artigo, que exige, sem ressalvas, a participação do Conselho Municipal de Salvador para o planejamento e realização das despesas referentes ao FUNDURBS.

Deste modo, considerando que os elementos da defesa apresentada são insuficientes para alterar as conclusões do Relatório de Auditoria nos itens 1 e 2 (fl. 20), sugere-se a aplicação de multa ao Secretário da Fazenda do Município de Salvador à época dos fatos, o Sr. Flávio Orlando Carvalho Mattos.

III. Conclusão

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas opina pelo **conhecimento e provimento do relatório produzido em sede de auditoria** e, como consequência, recomenda:

(i) que seja determinado aos senhores Cláudio Souza da Silva e Paulo Sérgio Damasceno Silva, gestores da SUCOM e da SEDHAM respectivamente, a responsabilidade solidária pelo ressarcimento, com recursos pessoais, do montante de R\$ 6.486.742,08 (seis milhões quatrocentos e oitenta e seis mil setecentos e quarenta e



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

dois reais e oito centavos);

(ii) que sejam imputadas multas aos gestores da SUCOM (Cláudio Souza da Silva), SEDHAM (Paulo Sérgio Damasceno Silva) e ao Secretário da Fazenda do Município de Salvador (Flávio Orlando Carvalho Mattos) por conta das irregularidades apontadas neste parecer;

(iii) o envio de cópia destes autos ao Douto Ministério Público Estadual para apuração de eventuais ilícitos civis e criminais.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Salvador, 02 de setembro de 2013.

CAMILA VASQUEZ NEGROMONTE
PROCURADORA GERAL DE CONTAS

MPC-BA