



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da LC n. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, inciso VI, da LC n. 621/2012, oferecer

REPRESENTAÇÃO

com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de **RODNEY ROCHA MIRANDA**, Prefeito de Vila Velha/ES, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

Depreende das documentações constantes no calhamaço que, em 02 de dezembro de 2013, o Ministério Público de Contas requisitou a Prefeitura de Vila Velha que encaminhasse a relação dos servidores nomeados como avaliadores *ad hoc* da Secretaria Municipal de Finanças, especificando, ainda, de forma individualizada a natureza do vínculo com a municipalidade.

Em resposta, a Municipalidade apresentou nos documentos que acompanham o Ofício n.º. 695/2013/SEMGOV a relação dos vinte e cinco servidores, com vínculo estatutário, nomeados avaliadores *ad hoc* (fls. 04/37 do enfeixe).



Diante das informações, foi expedida a RECOMENDAÇÃO N° 1/2014, datada de 14 de agosto de 2014, para que a Prefeitura de Vila Velha anulasse todas as vinte e cinco designações de avaliadores *ad hoc* para fins de avaliação de imposto sobre transmissão de bens imóveis, adotando-se, simultaneamente, providências necessárias para que tal tarefa fosse atribuída aos auditores fiscais de carreira (fls. 42/47 do enfeixe).

Todavia, não acatou o jurisdicionado os termos da recomendação, apresentando, na ocasião, justificativas colidentes com a legislação, afirmando, assim, a regularidade das nomeações (fls. 49/56 do enfeixe).

Assim sendo, com o escopo de obter informações atualizadas a respeito dos servidores nomeados como avaliadores *ad hoc*, foi constatado, em pesquisa ao *site* da Prefeitura de Vila Velha, os servidores que compõem a Gerência de Avaliação Imobiliária, seus respectivos cargos e salários; todos estes dados referentes ao mês de fevereiro de 2015 (fls. 61/67 do apenso).

II – DO DIREITO

II.1 – Da inconstitucionalidade do § 1º do art. 206 da Lei n. 3.375/97 por burlar a regra do concurso público:

A Carta Republicana é expressa ao determinar no art. 37, inciso II, e § 2º¹, que a prévia aprovação em concurso público é condição *sine qua non* para o ingresso no serviço público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, bem como a contratação temporária, nos casos e hipóteses previstas em lei, sob pena de nulidade do ato.

Assim, a dispensa de concurso público para contratação de servidores configura medida extrema, que só pode ser admitida em situações excepcionalíssimas, identificadas, uma a uma, no caso concreto, conforme autorização contida em lei.

Leciona o renomado constitucionalista José dos Santos Carvalho Filho² que as hipóteses em que a Lei Magna dispensa a aprovação prévia em concurso público são **situações excepcionais e que atendem apenas à estratégia política do Constituinte**.

No que toca aos cargos vitalícios, é inexigível o concurso para investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários, composto de membros do Ministério Público e advogados (art. 94, CF). A investidura dos membros dos Tribunais de Contas sujeita-se à regra idêntica (art. 73, §§ 1º e 2º,

¹ **Art. 37. [...] II** - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] **§ 2º** - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

² *In* Manual de Direito Administrativo. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591/592.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

CF). O mesmo ocorre com os Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, CF) e do STJ (art. 104, parágrafo único, CF).

Para os cargos efetivos, a dispensa favorece aos ex-combatentes que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT da CF).

Por outro lado, não há também a exigência de concurso para o provimento de cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF). A dispensa nesse caso, como é fácil observar, atende à específica natureza desses cargos, titularizados por servidores da confiança das autoridades nomeantes. Embora a Constituição não tenha feito expressa alusão, é lícito afirmar, com suporte em interpretação sistemática, que a inexigibilidade de concurso abrange também os empregos em comissão (ou de confiança) das pessoas administrativas de direito privado – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.

Por fim, tem-se admitido que o concurso público também é inexigível para o recrutamento de servidores temporários. Aqui a dispensa se baseia em razões lógicas, sobretudo as que levam em conta a determinabilidade do prazo de contratação, a temporariedade da carência e a excepcionalidade da situação de interesse público, pressupostos, aliás, expressos no art. 37, IX, da CF.

A Emenda Constitucional nº 51, de 14.2.2006, introduzindo o § 4º ao art. 198 da CF, consignou que os **agentes comunitários de saúde** e os **agentes de combate às endemias** podem ser recrutados pelos gestores locais do sistema único de saúde através de **processo seletivo público**, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos para seu desempenho, estendendo-se o alcance da norma à contratação direta por Estados, Distrito Federal e Municípios, ressalvada leis especiais desses entes. À primeira vista, tal processo seletivo não seria o mesmo que o concurso público de provas e títulos, assim como previsto no art. 37, II, da CF, parecendo ter-se admitido procedimento seletivo simplificado – exceção ao princípio concursal. A legislação regulamentadora, porém, aludiu a **processo seletivo público de provas ou de provas e títulos**, o que espelha o concurso público. A expressão empregada no novo texto, além de atécnica, só serviu para suscitar dúvida no intérprete; na verdade, bastaria que o Constituinte se tivesse referido simplesmente ao concurso público – instituto já com definição própria e imune a tais dúvidas.

Desta maneira, essencial verificar, na espécie, se o § 1º do art. 206 da Lei n. 3.375/1997, alterado pela Lei n. 5.579/2014, que autoriza a designação de servidores efetivos para a função de avaliadores, afronta as normas constantes nos incisos II, V e IX, do artigo 37 da Constituição Federal³, portanto, passível de inconstitucionalidade.

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] **II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Vejamos o dispositivo da Lei Municipal supracitada que se apresenta como inconstitucional:

Art. 206. [...]

§ 1º Caberá aos servidores efetivos a função de avaliadores, que serão em número de 25 (vinte e cinco), todos lotados na Coordenação de Tributos Imobiliários – CTRIM, designados pelo Prefeito Municipal, proceder à avaliação de bens imóveis ou direitos transmitidos para posterior homologação do Gerente de Avaliação Imobiliária ou, na sua ausência, pelo Coordenador de Tributos Imobiliários.

O dispositivo da lei em análise, acima citado, **incorre em grave vício de inconstitucionalidade por não se reportar às hipóteses excepcionais de dispensa de prévio concurso público para ingresso no serviço público**, haja vista que dizem respeito a atividades típicas de estrutura permanente e atribuições rotineiras de servidores públicos, cujos cargos devem ser de provimento efetivo.

Destarte, atribuído aos avaliadores proceder à avaliação de bens imóveis ou direitos transmitidos, na forma do § 1º do art. 206 da Lei n. 3.375/1997, alterado pela Lei n. 5.579/2014, **não é possível caracterizar a hipótese como sendo de cargo em comissão ou função de confiança**, já que ausente o caráter de assessoramento, chefia ou direção, afrontando, assim, os incisos II e V do art. 37 da Lei Magna, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. **criação de cargos em comissão de atribuições técnicas e burocráticas: impossibilidade.** NATUREZA DOS CARGOS E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM: SÚMULAS NS. 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF, RE 658643 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dj 02/12/2014).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. **criação de cargo comissionado sem caráter de assessoramento, chefia ou direção. impossibilidade. precedentes.** SÚMULAS 279 E 280/STF. **“É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico” (ADI 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa).** Para dissentir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem quanto à natureza jurídica dos cargos, bem como saber se existe subordinação entre o servidor nomeado para a função criada pela lei e seu respectivo superior hierárquico, faz-se necessário analisar as legislação local impugnadas (Leis nºs 1.786/1998, 1.983/2001, 2.203/2005, 2.267/2005, 2.370/2007, 2.609/2009, 2.675/2010 e 2.843/2011) e reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, providências que não têm lugar neste momento processual, nos termos das Súmulas 279 e 280/STF. Ausência de argumentos capazes de

por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 820442 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, Dj 28/10/2014).

EMENTA: DOIS AGRAVOS REGIMENTAIS NO SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. **FUNÇÕES GRATIFICADAS OU DE CONFIANÇA.** NOMEAÇÃO DE SERVIDORES SEM VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS. **1. Funções públicas ou de confiança são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a ser serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche. Ditas limitações ao preenchimento de cargos e funções na Administração Pública visam conferir efetividade aos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa. 2. A Constituição Federal, no inciso V do artigo 37, preceitua as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo inconcebível que a exigência constitucional do concurso público não possa ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza, bem assim que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo – que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público -, se proceda à livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público.** 3. In casu, a Lei nº 8.221/91 criou o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, tendo sido proposta ação civil pública por suposta prática de atos de improbidade administrativa, visando a anulação dos atos de nomeações para exercício das funções gratificadas, as quais somente poderiam ser preenchidas por servidores do Quadro do referido Tribunal. Precedentes: ADI nº 1.141/GO-MC, Tribunal Pleno, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 4.11.94; RE nº 557.642/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17.12.2010; RE nº 510.605/SP, relator Ministro Celso de Mello, DJe de 4.08.2010; RE nº 376.440/DF, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 05.08.2010. 4. Agravos regimentais não providos. (STF, RE 503436 AgR-segundo/PI, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dj 16/04/2013).

Por esta razão, não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico a criação arbitrária de cargos em comissão e/ou funções de confiança para o exercício de funções que fogem o seu caráter singular, de direção, chefia ou assessoramento, tapeando a exigência constitucional de prévio concurso público.

Além disso, registra-se que a utilização do termo *ad hoc*, adotado até a edição da Lei n. 5.579/2014, demonstra o caráter temporário da nomeação. Neste sentido é encontrado julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE - PRECARIIDADE DA NOMEAÇÃO - GRATIFICAÇÃO PROPTER LABOREM - MANUTENÇÃO DOS PROVENTOS INDEVIDA.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Servidor Público Municipal, contratado sob regime celetista para cargo de fiscal de obras e posteriormente nomeado avaliador *ad hoc*, com o encargo de proceder a avaliações de imóveis para efeito de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis -I.T.B.I.-.

Caráter precário da designação como avaliador. A locução latina *ad hoc* significa "para o momento". É usada com o intuito de informar que algo (um fato, uma função, um cargo, uma pessoa) é provisório, isto é, foi criado rapidamente, para um propósito específico e momentâneo. E a incontrastável prova da temporalidade surge dos demonstrativos de pagamentos, realizados em períodos, por sinal, muito espaçados. Configura-se, pois, uma gratificação *propter laborem* a ser percebida enquanto o servidor estiver prestando o serviço que a enseja.

Extrai-se dos autos não haver um pagamento regular da gratificação ao agravante, pois claramente vinculado à execução da tarefa para o qual foi designado em caráter temporário, ou seja, pagamento sempre e quando o serviço era realizado. A Administração Municipal, ao estabelecer a natureza precária da designação, deixou patente a intenção de utilização dos serviços do servidor, aqui apelante, apenas quando necessário e o pagamento respectivo só se realizaria quando o serviço fosse prestado e não o sendo ele cessaria, como de fato aconteceu. (TJ/ES, Agravo AI 0908732-39.2006.8.08.0000 (012069000789), 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Maurílio Almeida de Abreu, DJ 24/10/2006).

Todavia, a norma em análise carrega autorização genérica para contratação temporária, sem especificar a situação fática emergencial que acomete o município, bem assim o interesse público excepcional a ser resguardado, fato que macula a norma em questão também da pecha da inconstitucionalidade por afronta ao art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal, consoante pacificada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Contratação temporária e concurso público

Por reputar caracterizada a afronta aos incisos II e IX do art. 37 da CF, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da Lei amapaense 765/2003. A norma impugnada autoriza a contratação de pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público nas áreas de saúde; educação; assistência jurídica; de competência específica dos órgãos autônomos, autarquias e fundações públicas desprovidos de quadro próprio de pessoal e de técnicos especializados no âmbito de projetos especiais instituídos por ato do Chefe do Poder Executivo daquela unidade federada. **Entendeu-se que a lei adversada fixaria hipóteses abrangentes e genéricas de contratação, sem definir qual a contingência fática emergencial apta a ensejá-la, bem como permitiria a contratação para o exercício de serviços típicos de carreira e de cargos permanentes no Estado, sem concurso público ou motivação de excepcional relevância que a justificasse.** Acrescentou-se que a norma questionada teria como fundamento a Lei amapaense 192/94, cuja validade das contratações temporárias fora afirmada em razão da incipiência da estrutura administrativa do referido ente federativo, criado em 1990. **Consignou-se que as leis amapaenses que lhe sucederam teriam como características marcantes o caráter permanente das funções passíveis desse tipo de arrematação e a previsibilidade da necessidade ensejadora dessa contratação. No ponto, destacou-se a perpetuação da edição dessas leis inconstitucionais.** (Informativo n. 623, ADI 3116/AP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 14/04/2011) (grifo nosso).



Pandemia: Contratação Temporária de Servidores e Excepcional Interesse Público

Por entender caracterizada a ofensa aos incisos II e IX do art. 37 da CF, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei Complementar 300/2004, prorrogada pela Lei Complementar 378/2006, ambas do Estado do Espírito Santo, que dispõem sobre a contratação de servidores, em caráter temporário, para atender as necessidades da Secretaria de Saúde - SESA e do Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP. Realçou-se que a Corte possui orientação consolidada no sentido de que, para a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; e d) o interesse público seja excepcional. **Entendeu-se que as leis impugnadas fixam hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, sem especificar a contingência fática que, presente, justificaria a edição de lei que indicaria a existência de um estado de emergência, atribuindo-se, ao Chefe do Executivo interessado na contratação, a competência para estabelecer os casos.** Tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país em virtude do surto da denominada “gripe suína” (Influenza A), o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para que ela tenha eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação ao Governador e à Assembléia Legislativa. Vencido, neste ponto, o Min. Marco Aurélio, que simplesmente declarava as leis inconstitucionais, sem adentrar o campo da modulação. Precedente citado: ADI 2987/SC (DJU de 2.4.2004). (Informativo n. 555, ADI 3430/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12/08/2009) (grifo nosso).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná.

I. - **A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.**

II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence.

III. - **A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade.**

IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3210/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 11/11/2004).

Não basta, portanto, que a lei simplesmente autorize a designação de pessoal para conformar-se ao texto constitucional, vez que a excepcionalidade das



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

situações emergenciais afasta a possibilidade de que elas, de transitórias, se transmudem em permanentes, como de singela visão, sem esforço, se observa no caso concreto, vez que a situação engendrada pelo executivo municipal não se alinha ao termo “*excepcionalidade*”.

Não se nega a possibilidade de aprimoramento na organização administrativa de determinado ente federativo, e tampouco a reestruturação do respectivo quadro de cargos, empregos e funções. Tal possibilidade é insita à própria autonomia de cada ente federativo, e em especial dos Municípios (art. 29, 30, inc. I, da CR/88).

Também não se refuta a possibilidade de enquadramento de servidores, já integrantes da administração, nos casos de extinção ou transformação de cargos, empregos e funções, **desde que idênticas as atribuições do novo cargo, e idênticos os requisitos ou condições exigidos dos candidatos ao seu provimento**. Contudo, como anota Hely Lopes Meirelles, “*se a transformação implicar alteração do título e das atribuições do cargo, configura novo provimento, que exige concurso público*” (Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 34^a. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, *cit.*, p. 427).

Destarte, consubstancia burla ao concurso público designar servidores públicos para executar atribuições não compatíveis com o cargo no qual foi investido, sobretudo quando estas se encontram no feixe de competência de outra carreira, a de auditores fiscais, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

É oportuno averbar que no Supremo Tribunal Federal a matéria é pacífica. Encontra-se sedimentada no verbete nº 685 da súmula da jurisprudência dominante da Corte, com a seguinte dicção:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. (SÚM. 685).

Há diversos precedentes do STF que, sob vários aspectos e em situações diferentes, confirmam que nosso sistema constitucional não transige com a regra do concurso público. Assim, como quando a Corte veda a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso (ADI 231, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 5-8-92, DJ de 13-11-92; ADI 3.582, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 1º-8-07, DJ de 17-8-07); ou ao proibir o mero enquadramento de prestadores de serviço (ADI 3.434-MC, voto do Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-8-06, DJ de 28-9-07); ou mesmo ao vedar o enquadramento de servidores que exerçam determinadas funções, em cargos que integram carreira distinta, ainda que com período prévio de reciclagem (ADI 388, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20-9-07, DJ de 19-10-07; ADI 3.442, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 7-11-07, DJ de 7-12-07).

Verifica-se, portanto, às escâncaras, o antagonismo da legislação municipal, em evidente afronta ao artigo 37, incisos II, V e IX, da Constituição Federal, norma reproduzida de forma simétrica no art. 32, incisos II, V e IX, da Constituição Estadual, razão pela qual deve esse Tribunal, com fulcro no enunciado sumular n. 347 do STF, arts.



176 e 177 da LC n. 621/12 e arts. 332 e 333 do RITCEES, **incidentalmente, negar exequibilidade ao § 1º do art. 206 da Lei Municipal n. 3.375/3.375/1997, alterado pela Lei Municipal n. 5.579/2014**, reputando ilegais as designações de servidores com base nelas efetivadas.

II.2 – Da designação de servidores alheios à carreira fiscal para exercer a função de avaliador do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis:

Inicialmente, necessário frisar a relevância que deve ter a Administração Tributária no contexto da Administração Pública, de modo que o desempenho razoável e racional dos objetivos do Estado está totalmente vinculado à eficácia e eficiência na obtenção dos recursos públicos advindos da tributação.

Nas palavras de Ricardo Alexandre⁴:

A atividade de fiscalizar e arrecadar tributo é, talvez, a mais importante atividade-meio do Estado, pois dos recursos dela advindos dependem todas as atividades-fim estatais, como a prestação dos serviços de segurança, saúde e educação.

Em atenção a esta importância, **a Emenda Constitucional 42/2003 deixou expresso no Texto Constitucional que as administrações tributárias dos diversos entes federados são atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, tendo recursos prioritários para a realização de suas atividades**, mediante, inclusive, a vinculação da receita própria dos impostos para tais fins (CF/1988, art. 37, XXII combinado com o art. 167, IV).

Assim, em decorrência da essencialidade da Administração Tributária, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, nos moldes do art. 142 do CTN e art. 37 do Código Tributário Municipal.

Nestes mesmos termos, vislumbra-se, também, do Anexo II da Lei Municipal n. 5.203/2011⁵ que são atribuições dos **Audidores Fiscais a realização de atividades pertinentes à fiscalização e arrecadação do Município**, inspecionando estabelecimentos industriais, comerciais, de prestação de serviços e outros, de acordo com a Legislação vigente.

Já os §§ 4º e 5º do art. 206 do Código Tributário Municipal (Lei Municipal n. 3.375/1997), alterado pela Lei Municipal n. 5.579/2014, traz de forma detalhada as atribuições dos avaliadores, quais sejam: (i) ir a campo, ao local do imóvel e analisar a variação do mercado imobiliário com base na Planta Genérica de Valores a fim de acompanhar a valorização dos imóveis e **apurar o valor do bem ou direito transmitido**, e

⁴ In Direito Tributário Esquemático. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 498.

⁵ Institui o Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos do Quadro Técnico e Administrativo do Poder Executivo do Município de Vila Velha.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

(ii) proceder a atualização do cadastro imobiliário, bem como **agilizar junto aos contribuintes a parte do trâmite processual, bem como os recursos e revisões**⁶.

Além disso, o parágrafo único do art. 207 do Código Tributário Municipal prevê que “*após efetuada a avaliação do bem ou direito transmitido pela repartição competente, ou homologado o valor declarado, o contribuinte terá o prazo de 30 (trinta) dias para recolher aos cofres do Município o valor do imposto devido*”.

Destarte, **resta incontroverso que as atribuições atinentes ao avaliador são aquelas afetas ao Auditor Fiscal, uma vez que realiza atividades diretamente relacionadas à arrecadação do Município, sendo, pois, denominada atividade essencial ao funcionamento do Estado** (art. 37, inciso XXII da Lei Magna⁷).

Aliado a isto, destaca-se, diante da relevância da atividade exercida, que para o provimento no cargo de Auditor Fiscal deve o candidato possuir ensino superior em Administração, Ciências Contábeis, Ciências Econômicas ou Direito (Anexo II da Lei Municipal n. 5.203/2011).

No entanto, o Prefeito de Vila Velha, em total desapego ao ordenamento jurídico, nomeou, e mantém como Avaliadores vinte e quatro servidores ocupantes de cargos de naturezas diversas, com exigências de ingresso inferiores a daqueles que compõem a carreira fiscal do município, e também com salários diferenciados, parecendo privilegiar determinadas pessoas com a percepção da gratificação de produtividade prevista na Lei Municipal n. 5.579/2014, como se verifica no quadro abaixo:

Cargo ⁸	Descrição Sumária das Atribuições ⁹	Requisitos para Provimento ¹⁰	Servidor ¹¹	Salário Base ¹²	Proventos (02/2015)
Agente Público de Manutenção de Obras	Executar, sob supervisão, tarefas	Ensino Fundamental Completo	Mauro Gonçalves	R\$ 838,24	R\$ 8.703,09

⁶ **Art. 206.** [...] § 4º Os pedidos de avaliação serão encaminhados à Gerência de Avaliação Imobiliária que os distribuirá aos servidores designados avaliadores, dos quais até 08 (oito), definidos pelo Coordenador de Tributos Imobiliários, terão a **atribuição de ir a campo, ao local do imóvel e analisar a variação do mercado imobiliário com base na Planta Genérica de Valores**, conforme disposto nos arts. 143 a 150 do Código Tributário Municipal, **a fim de acompanhar a valorização dos imóveis e apurar o valor do bem ou direito transmitido**, os quais para efeito de Gratificação de Produtividade terão o Percentual sobre o Valor da Avaliação (PVA) de 0,31. § 5º Os demais servidores designados terão **atribuições administrativas internas, específicas, no sentido de proceder a atualização do cadastro imobiliário, bem como agilizar junto aos contribuintes a parte do trâmite processual, observando os prazos de lei, bem como os recursos e revisões**, os quais para efeito da Gratificação de Produtividade terão o Percentual sobre o Valor da Avaliação (PVA) de 0,57.” (NR)

⁷ **Art. 37.** [...] **XXII** - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

⁸ Informações extraídas do site da Prefeitura de Vila Velha (fls. 61/67 do enfeixe)

⁹ Anexo II da Lei n. 5.203/2011.

¹⁰ Anexo II da Lei n. 5.203/2011.

¹¹ Informações extraídas do site da Prefeitura de Vila Velha (fls. 61/67 do enfeixe)

¹² Informações extraídas do site da Prefeitura de Vila Velha (fls. 61/67 do enfeixe)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 2ª Procuradoria de Contas

	manuais simples que necessitem de esforço físico, relacionadas aos serviços de manutenção de obras em edifícios, logradouros, escolas, creches, ambulatórios, cemitérios e demais instalações municipais				
Agente Público Administrativo	Executar atividades de apoio administrativo e financeiro	Ensino Médio Completo	Lucimar Ferro	R\$ 875,19	R\$ 9.298,85
			Rogério Rodrigues da Costa		R\$ 1.110,43
Assistente Público Administrativo	Planejar e executar atividades de suporte à gestão dos processos administrativos em diferentes áreas da Prefeitura de Vila Velha	Ensino Médio Completo	Marcela Bimbato de Moraes	R\$ 939,53	R\$ 8.959,31
			Andréa Cristina da V Reblin	R\$ 1.026,65	R\$ 11.606,28
			Linea Possmoser		R\$ 2.273,40
			Sandro Marins Rauta		R\$ 11.999,05
			Aristides Felix dos Santos	R\$ 1.057,46	R\$ 8.818,79
			Elizabeth Santos Azevedo		R\$ 9.291,90
			Francisco de Assis C Lima		R\$ 9.022,56
			Guilherme da Conceição Fraga		R\$ 1.596,22
			João Bosco Boldrini		R\$ 9.034,40
			Lucimar Nascimento		R\$ 9.613,89
			Luiz Messias dos Santos		R\$ 1.600,34
			Maria da Graça Peruzzo		R\$ 16.273,05
			Paulo Roberto de A Machado		R\$ 1.782,72
			Robson Firme Barros		R\$ 9.567,36
Rosângela Gonçalves Teixeira	R\$ 1.605,84				



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

			Sandra Terezinha Bianchi		R\$ 9.625,84
			Sirley dos Santos Loureiro		R\$ 9.027,10
			Valesca Correa Gonçalves		R\$ 2.326,78
			Wellington João de Oliveira Simo		R\$ 9.608,28
Desenhista Projetista	Executar, sob supervisão, desenhos e projetos referentes a obras civis, plantas topográficas, instalações e equipamentos	Curso Técnico em Edificações, Agrimensura ou Estradas. Registro Profissional no Conselho Regional da Classe	Luzia Brunoro Bissoli	R\$ 1.057,46	R\$ 12.376,48
Topógrafo	Realizar tarefas de caráter técnico relativas a execução de projetos de levantamentos topográficos, hidrográficos e geodésicos, utilizando instrumentos de agrimensura	Curso Técnico em Agrimensura e/ou Topografia, Ensino Médio com curso profissionalizante na área da topografia e/ou agrimensura. Registro Profissional no Conselho Regional da Classe	Marcos Vicente Scalfoni	R\$ 996,75	R\$ 9.533,62

Na realidade, resta configurado o desvio de função como forma oblíqua e indireta de acesso à função pública, **em total afronta a regra do concurso público e aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, estando, pois, violado o art. 37, “caput” e inciso II da Carta Magna.**

Ao mesmo tempo, **o vício de incompetência dos agentes designados avaliadores induz à nulidade do ato administrativo, resultando, inexoravelmente, em potencial prejuízo ao erário municipal, em razão da ausência de conhecimento dos servidores para a prática da atividade, do risco de nulidade dos respectivos atos de lançamentos do tributo e da inestimável perda de receita.**

Arrematando, forçoso enfatizar que a Lei Orgânica n. 01/1990 de Vila Velha prevê na alínea “a” do § 1º do art. 46¹³ que as matérias insertas no Código Tributário

¹³ **Art. 46** A Câmara deliberará por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos Vereadores, salvo as exceções dos parágrafos seguintes e outras constantes nesta Lei. § 1º Dependerão de voto favorável da maioria



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

do Município devem ser reservadas à Lei Complementar. Entretanto, observa-se que as Leis n.s 3.375/1997¹⁴ e 5.579/2014¹⁵, citadas no decorrer da narrativa, e que trazem a figura dos avaliadores *ad hoc*, foram disciplinadas por lei ordinária, padecendo, assim, de **vício formal**, conforme se observa do julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DIREITO TRIBUTÁRIO - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CONTRIBUIÇÃO PARA O CONTRIBUIÇÃO DE CUSTEIO À ILUMINAÇÃO PÚBLICA - VÍCIO FORMAL NA ELABORAÇÃO DA LEI ORDINÁRIA MUNICIPAL Nº 3.683/03 - MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR - ILEGALIDADE DA EXAÇÃO - REPETIÇÃO DO INDÉBITO DEVIDA.

1. A não observância da norma prevista no art. 58, I, da Lei Orgânica Municipal de Alfenas, no sentido de que a matéria de ordem tributária será objeto de leis complementares, determina a invalidade da lei ordinária que invadiu a esfera de competência de lei complementar municipal, instituindo contribuição de custeio à iluminação pública.

2. Apelação conhecida e provida para declarar a inexistência de relação jurídica tributária entre a autora e o Município de Alfenas, no que concerne à contribuição de custeio à iluminação pública, e condenar o requerido a repetir os valores indevidamente cobrados, observada a prescrição quinquenal (TJ/MG, AC 10016130102789002 MG, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, Dj 08/10/2004).

III - DA MEDIDA CAUTELAR

Consoante aduzido nesta representação, restou cabalmente demonstrada a irregularidade decorrente da nomeação de servidores efetivos estranhos à carreira fiscal, e sem previa aprovação em concurso público, para atuarem como avaliadores do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, atividades estas inerentes aos servidores ocupantes do cargo de Auditor Fiscal.

Os vícios apontados são facilmente aferíveis, mediante mera análise dos documentos que compõem o enfeixe, demonstrando, com robustez, a violação aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, bem como aos incisos II, V e IX do art. 37 da Carta Magna e à alínea “a” do § 1º do art. 46 da Lei Orgânica de Vila Velha (relevância do fundamento da demanda – “*fumens boni juris*”).

Por outro lado, tais irregularidades induzem à nulidade do ato administrativo, em decorrência do vício de incompetência dos agentes designados, havendo fundado receio de grave lesão ao erário municipal, notadamente em razão da ausência de conhecimento dos servidores para a prática da atividade, do risco de nulidade dos respectivos atos de lançamento do tributo e da inestimável perda de receita, situação fática a exigir a adoção de medida cautelar por parte desse Tribunal de Contas, de maneira a garantir a lisura de tais receitas públicas advindas do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, o que deve ser adotado imediatamente (justificado receio de grave lesão ao erário e risco de ineficácia da decisão de mérito – “*periculum in mora*”).

absoluta dos membros da Câmara a aprovação e as alterações das seguintes matérias: a) código tributário do Município

¹⁴ INSTITUI O NOVO CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

¹⁵ Dispõe sobre alteração na Lei nº 3.375, de 14 de novembro de 1997 - Código Tributário Municipal, na Lei nº 3.872, de 20 de dezembro de 2001, e na Lei nº 5.247, de 28 de dezembro de 2011, e dá outras providências.



IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do art. 99, § 1º, inciso VI da LC n. 621/2012 c/c artigos 181 e 182, inciso IV, do RITCEES;

2 – LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, incisos XV, 124 e 125, II da LC n. 621/2012, a concessão de **medida cautelar inaudita altera parte**, determinando-se à Prefeitura de Vila Velha a sustação dos atos de nomeação de avaliadores, adotando-se as providências necessárias para que tal tarefa seja atribuída aos auditores fiscais de carreira do município, até decisão final sobre o mérito da representação;

3 – a oitiva das partes, para que se pronuncie no prazo a que se refere o § 4º do art. 125 da LC n. 621/12 e posterior remessa dos autos à Unidade Técnica para instrução do feito;

4 – NO MÉRITO,

4.1 – na forma dos arts. 176 e 177 da LC n. 621/12 e arts. 332 e 333 do RITCEES, seja instaurado **incidente de inconstitucionalidade**, para negar exequibilidade ao § 1º do art. 206 da Lei Municipal n. 3.375/1997, alterado pela Lei Municipal n. 5.579/2014; e

4.2 – seja provida a presente representação para que seja **declarada a nulidade de todas as designações de avaliadores** para fins de avaliação do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, determinando ao Chefe do Executivo Municipal que tal tarefa seja atribuída aos auditores fiscais de carreira, **bem assim seja cominada multa pecuniária ao responsável pelas ilegalidades apontadas nesta representação**, com fulcro no art. 135, II da LC n. 621/12.

Vitória, 26 de março de 2015.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS