



EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO,

O **Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo (MPC-ES)**, por meio da Procuradoria Especial de Contas, no exercício de suas funções institucionais, com fundamento no artigo 130 da Constituição da República¹, no art. 99, § 1º, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012², e no art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar Estadual nº 451/2008³, vem oferecer

REPRESENTAÇÃO Com Pedido Liminar de Natureza Cautelar *Inaudita altera pars*

em face do senhor **Paulo Roberto Ferreira**, **Secretário de Estado da Fazenda**, em razão de robustos indícios de prática de atos de gestão ilegais, ilegítimos e antieconômicos, materializados no **Edital Sefaz nº. 03** (DOC. 1), de 06 de outubro de 2016, concernente ao processo seletivo para o provimento de cargos em comissão da Secretaria de Estado da Fazenda (Sefaz).

¹ **Art. 130.** Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

² **Art. 99.** Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

§ 1º. Têm legitimidade para representar ao Tribunal:

[...]

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

³ **Art. 3º.** Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

I - promover a defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa;

[...]

VI - prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;



1 LEGITIMIDADE ATIVA, PASSIVA, CABIMENTO E COMPETÊNCIA

Estreme de dúvidas a legitimidade ativa do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo em propor a presente Representação, à vista do que dispõe o art. 130⁴ da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI⁵, da Lei Complementar n.º 451/2008 c/c art. 99, § 1º, VI⁶, da Lei Complementar n.º 621/12.

Quanto à legitimidade passiva, constata-se que coube ao senhor **Paulo Roberto Ferreira, Secretário de Estado da Fazenda**, subscrever o **Edital Sefaz n.º 03/2016** (DOC. 1).

No tocante ao cabimento e competência, prescreve o art. 99, *caput*, da Lei Complementar n.º 621/2012 que *“serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.”* Assim, em caso de ilegalidades ou irregularidades perpetradas em detrimento do patrimônio público, perfeitamente adequada esta Representação à Corte de Contas com vistas a obstá-las.

⁴ **Art. 130.** Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

⁵ **Art. 3º** Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

I - promover a defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa;
[...]

VI - prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;

⁶ **Art. 99.** Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

§ 1º Têm legitimidade para representar ao Tribunal:

[...]

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;



2 DOS FATOS

Em consulta ao sítio eletrônico (*site*) da Secretaria de Estado da Fazenda - <http://www.sefaz.es.gov.br/>, constata-se a abertura de processo seletivo para o provimento de cargos em comissão da Secretaria de Estado da Fazenda, o qual possibilita a participação de profissionais com ou sem vínculo com a Administração Pública. Confira:

1. DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

1.1 O processo seletivo será realizado mediante as condições estabelecidas neste Edital e dependerá de participação voluntária dos **profissionais com ou sem vínculo com a Administração Pública**, obedecidos os prazos constantes do Anexo II que integra este Edital. (Grifo nosso)

Conforme item 5.1 do **Edital Sefaz nº 03**, a seleção respeitará a seguinte ordem de preferência:

5.1 As vagas serão preenchidas, obedecendo-se, preferencialmente, a seguinte ordem:

I. por Auditor Fiscal da Receita Estadual (AFRE, AFRE I, AFRE II, AFRE III);

II. por Auxiliar Fazendário;

III. por Consultor do Tesouro Estadual e demais servidores efetivos com atuação e exercício na SEFAZ, em igualdade de condições; e

IV. pelos demais candidatos. (grifo nosso)

A expressão “*pelos demais candidatos*”, registrada na alínea IV da cláusula 5.1, indica a possibilidade de os cargos em comissão supracitados serem ocupados por profissionais desprovidos de qualquer vínculo anterior com o setor público, mormente não afetos à Secretaria de Estado da Fazenda.

De acordo com o cronograma do referido instrumento convocatório (Anexo II do certame), a abertura do processo seletivo teve início no dia **07 de outubro de 2016**, com previsão de encerramento e publicação do resultado final no dia **01 de novembro de 2016**.



ANEXO II

CRONOGRAMA DO PROCESSO SELETIVO

Descrição	Data
1. Divulgação/publicação do Edital	07/10/2016
2. Início das Inscrições	07/10/2016
3. Encerramento das Inscrições	18/10/2016
4. Divulgação do quantitativo de candidatos inscritos	Até 24/10/2016
5. Convocação para segunda fase (entrevista)	Até 24/10/2016
6. Início da segunda fase	Até 26/10/2016
7. Término da segunda fase	Até 28/10/2016
8. Divulgação /publicação do resultado final	Até 01/11/2016

Os cargos oferecidos são para **Chefe da Agência da Receita Estadual I e II, Subgerente Fiscal – Região Metropolitana – SUFIS-M, Subgerente Fiscal – Região Nordeste – SUFIS-NE, Subgerente Fiscal - Região Sul – SUFIS-S, Gerente Tributário e Gerente Fiscal**; os quais possuem as seguintes atribuições:

ANEXO I

CARGO	VAGA / LOCAL	COMPETÊNCIAS DA UNIDADE ADMINISTRATIVA
Chefe da Agência da Receita Estadual I Valor Total: R\$ 3.234,60	01 Cachoeiro de Itapemirim 01 Cariacica 01 Colatina 01 Linhares	A execução e controle das atividades de manutenção e atualização das informações cadastrais; o acompanhamento do comportamento tributário do contribuinte, a atualização e correção de informações tributárias e fiscais e ao cumprimento de obrigações acessórias; o atendimento e orientação ao contribuinte quanto ao cumprimento de obrigações tributárias; a proposição para o aprimoramento da legislação tributária e monitoramento dos impactos advindos de modificações normativas; a contribuição para o programa de educação tributária nas escolas; outras atividades correlatas.
Chefe da Agência da Receita Estadual II Valor Total: R\$ 2.917,69	01 São Mateus	
Subgerente Fiscal – Região Metropolitana – SUFIS-M Valor Total: R\$ 4.957,01	01 Vila Velha	O acompanhamento do desempenho da economia dos municípios de suas regionais, subsidiando a atuação da Secretaria por meio de dados e sugestões; o apoio à implantação de projetos de educação tributária nas escolas, em articulação com o responsável pelo programa de Educação Tributária no Estado e com as unidades da Secretaria de Estado da Educação; a supervisão e o acompanhamento da fiscalização nos estabelecimentos e no trânsito de mercadorias no âmbito de suas regionais; a orientação aos contribuintes de sua circunscrição, em estreita articulação com a Gerência de Atendimento ao Contribuinte - GEACO; e outras atividades correlatas.
Subgerente Fiscal – Região Nordeste – SUFIS-NE Valor Total: R\$ 4.957,01	01 Linhares	
Subgerente Fiscal – Região Sul – SUFIS-S Valor Total: R\$ 4.957,01	01 Cachoeiro de Itapemirim	



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

Gerente Tributário Valor Total: R\$ 7.758,91	01 Vitória	O estudo, análise e elaboração da legislação tributária, promovendo sua divulgação no âmbito interno e externo; as articulações com órgãos especializados federais e dos Estados, visando a integração, troca de informações e o aprimoramento da legislação tributária; o estabelecimento de sistemáticas de orientação de natureza tributária-fiscal ao contribuinte e às demais unidades da Secretaria de Estado da Fazenda; a elaboração de projetos de lei e atos normativos tributários, assegurando a homogeneidade dos critérios de interpretação da legislação tributária do Estado; a expedição de atos de sua alçada; a contribuição para elevação do nível de consciência do papel social dos tributos entre os cidadãos; a análise e proposição de concessão de regimes especiais; a preparação e emissão de parecer em processos administrativos fiscais; a articulação com a Procuradoria Geral do Estado nos assuntos de legislação tributária; o julgamento em primeira instância de processos administrativos fiscais; outras atividades correlatas.
Gerente Fiscal Valor Total: R\$ 7.758,91	01 Vitória	O planejamento, a programação, a orientação, a execução, o controle e a avaliação da ação fiscal no Estado; a proposição de adequação e aperfeiçoamento da legislação tributária e dos procedimentos a serem adotados na ação fiscal, com vista ao combate da evasão de receitas e da fraude fiscal; e outras atividades correlatas.

De posse dessas informações, o *Parquet* de Contas constatou flagrantes ilegalidades no instrumento convocatório, mormente quanto à possibilidade de delegação de atribuições específicas de servidor do quadro permanente da Sefaz, concursado, cuja carreira é destacada pelo art. 37, XXII⁷, da Constituição Federal, bem como pelo art. 37, XXVI⁸, da Constituição Estadual, a particulares que não possuem qualquer vínculo com a Administração Pública, resultando, com isso, em

⁷ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

[...]

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. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#))

⁸ **Art. 32** As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, e também aos seguintes: ([Redação dada pela EC nº 73, de 30.11.2011 – DOE 1.12.2011](#)).
[...]

XXVI - a administração tributária do Estado do Espírito Santo, atividade essencial ao funcionamento do Estado, **exercida por servidores de carreiras específicas**, terá recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuará de forma integrada com a União, os demais Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. ([Inciso incluído pela EC nº 49, de 15.8.2006 - DOE 17/8/2006.](#))



contratação de pessoal com burla à regra do concurso público, insculpida no art. 37, II, da Carta Magna, conforme será demonstrado nos tópicos seguintes.

Desse modo, representa o Ministério Público a este egrégio Tribunal de Contas para que, ao final, confirmado os termos desta Representação, repute o ato **ilegal, ilegítimo e antieconômico**, cominando ao Responsável as sanções preconizadas pela legislação vigente (notadamente artigos 135, III⁹, e 139¹⁰, da Lei Complementar nº. 621/2012).

3 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO

Antes de realizar análise pormenorizada dos indicativos de irregularidades que permeiam o caso em tela, cumpre evidenciar, de forma didática, os principais aspectos do diploma normativo que conformam a ilegalidade das contratações de pessoal que se pretende realizar por intermédio do **Edital Sefaz nº. 03** (DOC. 1).

Inicialmente, por imperioso, convém trazer à baila a **Lei Complementar Estadual nº. 832**, de **25 de agosto de 2016**, a qual permitiu que cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, até então privativos de agentes da carreira específica de Auditor Fiscal da Receita Estadual, fossem **preenchidos por pessoal desvinculado do setor público**. Confira:

LEI COMPLEMENTAR Nº 832

Dispõe sobre os cargos de provimento em comissão da estrutura organizacional da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

⁹ **Art. 135.** O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:
[...]

¹⁰ **Art. 139.** O Tribunal de Contas, por maioria absoluta de seus membros, considerada a gravidade da infração cometida, poderá aplicar ao responsável a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, por prazo não superior a cinco anos, sem prejuízo das sanções previstas nos artigos 134 e 135 desta Lei Complementar e das penalidades administrativas aplicáveis pelas autoridades competentes.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

Art. 1º Os cargos de provimento em comissão, da estrutura organizacional da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ, são de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, II, parte final da Constituição Federal e do art. 32, II, parte final da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Ficam revogadas as disposições em contrário, em especial o art. 8º da Lei Complementar nº 16, de 09 de janeiro de 1992; o art. 2º da Lei Complementar nº 29, de 16 de dezembro de 1992; o art. 42 da Lei Complementar nº 225, de 08 de janeiro de 2002; e o art. 12 da Lei Complementar nº 776, de 16 de abril de 2014.

Palácio Anchieta, em Vitória, 24 de agosto de 2016.

PAULO CESAR HARTUNG GOMES

Governador do Estado

(D.O. de 25/08/2016)

Para executar tal medida, o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo, com a chancela do Poder Legislativo, no bojo deste diploma normativo, revogou o **art. 8º da Lei Complementar nº 16/1992**; o **art. 2º da Lei Complementar nº 29/1992**; o **art. 42 da Lei Complementar nº 225/2002**; bem como o **art. 12 da Lei Complementar nº 776/2014**, dispositivos que indicavam cargos de provimento em comissão, entretanto, privativos do cargo de provimento efetivo de **Auditor Fiscal da Receita Estadual**.

Ressalte-se que o cargo de provimento efetivo de **Agente de Tributos Estaduais**, instituído pelo art. 3º da Lei Complementar nº 16, de 09.01.1992, **passou a ser denominado Auditor Fiscal da Receita Estadual**, por força do art. 3º¹¹ da Lei Complementar 262/2003, mantendo-se os mesmos níveis de categoria, competências e atribuições.

Com o fito de colocar à margem de qualquer dúvida, confira adiante os dispositivos revogados, os quais prescreviam cargos de provimento em comissão, mas destacando que seriam ocupados privativamente por servidores específicos de carreira vinculada à Secretaria de Estado da Fazenda:

¹¹ **Art. 3º** O cargo de provimento efetivo de Agente de Tributos Estaduais, instituído pelo art. 3º da Lei Complementar nº 16, de 09.01.1992, passa a ser denominado Auditor Fiscal da Receita Estadual, mantendo-se os mesmos níveis de categoria, competências e atribuições.



- **Art. 8º da Lei Complementar nº 16/1992:**

~~Art. 8º~~ Os cargos de provimento em comissão em Postos Fiscais, Agências da Fazenda Estadual e Delegacias Regionais da Fazenda **são privativos dos ocupantes do cargo de Agente de Tributos Estaduais – ATE.** (Revogado pela L.C. nº 832/2016)

- **Art. 2º da Lei Complementar nº 29/1992:**

~~Art. 2º~~ Os cargos de provimento em comissão de Chefe de Equipe de Fiscalização, **Chefe de Posto Fiscal, de Agência da Receita,** Supervisor Regional e Coordenador Regional da Receita, **são privativos dos Agentes de Tributos Estaduais.** (Revogado pela L.C. nº 834/2016)

Parágrafo único - Os cargos de provimento em comissão de Chefe do Departamento, Subcoordenador e de Coordenador de Fiscalização, Arrecadação, Tributação e Treinamento, serão exercidos preferencialmente, por Agentes de Tributos Estaduais.

- **Art. 42 da Lei Complementar nº 225/2002:**

~~Art. 42.~~ São de provimento em comissão, **privativo dos Agentes de Tributos Estaduais,** bem como o cargo de Subgerente da Dívida Ativa, os cargos pertencentes à estrutura da Subsecretaria de Estado da Receita vinculados à:

~~I – Gerência Tributária;~~

~~II – Gerência Fiscal;~~

~~III – Gerências Regionais Fazendárias.~~ (Revogado pela L.C nº 832/2016)

- **Art. 12 da Lei Complementar nº 776/2014:**

~~Art. 12.~~ Os cargos de provimento em comissão de Supervisor de Área Fiscal **são privativos de Auditor Fiscal da Receita Estadual.** (Revogado pela L.C. nº 832/2016)



Portanto, a **Lei Complementar Estadual nº. 832, de 25 de agosto de 2016**, em flagrante desconhecimento com as Constituições Federal e Estadual, passou a permitir o estabelecimento de vínculo precário entre a Administração Tributária Estadual e os eventuais ocupantes dos cargos especificados nos dispositivos revogados, fazendo com que os agentes contratados passassem a desempenhar importantes funções sem a independência necessária, conforme será pormenorizado nos tópicos seguintes.

4 DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE

O Tribunal de Contas é uma instituição secular cujo surgimento, contemporâneo à proclamação da República, remonta ao Decreto n.º 966-A de 1890, editado por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa.

Erigido a nível constitucional com a Constituição Federal de 1891, foi institucionalizado com o desiderato de realizar o controle da legalidade dos atos da Administração pertinentes a matérias que envolvessem despesas públicas.

Na Carta Constitucional em vigor, o Tribunal de Contas, disciplinado como órgão constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, é órgão de permeio, atuando, ora em auxílio ao Poder Legislativo no exercício do controle externo da administração pública, ora no exercício de competências próprias e específicas.

Ao delinear as competências do Tribunal de Contas da União – TCU, a Constituição Federal de 1988 positivou, em seu art. 71, inciso IX, que àquela Corte de Contas compete *“assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”*.

Por seu turno, a Constituição do Estado do Espírito Santo, com esteio no artigo 75¹² da Carta Republicana – que trata de *norma de reprodução obrigatória* no âmbito da

¹² **Art. 75.** As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.



organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados –, reproduz, em seu art. 71, inciso X, norma idêntica à prevista no art. 71, inciso IX, da CF/88. Confira:

Art. 71. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa ou da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ao qual compete:

[...]

X - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

Neste contexto, insta ressaltar que o pronunciamento definitivo do Tribunal de Contas a respeito do exato cumprimento da lei, se verificada *ilegalidade*, **vincula** a Administração Pública e produz efeitos retroativos.

Destarte, tem-se que o controle de legalidade empreendido pelo Tribunal de Contas na prática de atos vinculados do gestor – que se traduz na análise comparativa do ato fiscalizado frente à lei *latu sensu*, sendo essa a própria Constituição Federal ou Lei Ordinária ou Complementar – revela-se imprescindível ao aperfeiçoamento desses atos.

O exponencial administrativista José dos Santos Carvalho Filho define com maestria o conceito de controle de legalidade:

O controle de legalidade, como informa a própria expressão, é aquele em que o órgão controlador faz o confronto entre a conduta administrativa e uma norma jurídica vigente e eficaz, que pode estar na Constituição, na lei ou em ato administrativo impositivo de ação ou omissão. Verificada a incompatibilidade da ação ou omissão administrativa com a norma jurídica incidente sobre a espécie, deve ser revista a conduta por ser ilegítima¹³.

Cumpra, portanto, ao Tribunal de Contas verificar a estrita legalidade dos atos praticados na Administração Pública, em observância às regras constitucionais e legais.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 21ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. P. 896.



Como não poderia deixar de ser, a lei defere ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo o exame, em **controle difuso**, da constitucionalidade da Lei, consoante se deduz dos arts. 1º, inciso XXXV¹⁴, 176¹⁵ e seguintes da Lei Complementar 621/2012, bem como dos arts. 9º, inciso IX¹⁶, 332¹⁷ e seguintes do Regimento Interno dessa Corte de Contas.

Neste cenário, apresenta-se plenamente cabível a essa Corte de Contas o controle da legalidade da **Lei Complementar Estadual n.º 832/2016** (DOC. 2), que desfigurou a estrutura da Administração Tributária Estadual então vigente, ao possibilitar que importantes cargos em comissão, de Chefe da Agência da Receita

¹⁴ **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

¹⁵ **Art. 176.** O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público.

Parágrafo único. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, na apreciação de qualquer feito, a matéria será apreciada pelo Plenário, em pronunciamento preliminar.

Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

Art. 178. A Câmara não submeterá a arguição de inconstitucionalidade ao Plenário, quando já houver o pronunciamento deste ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 179. Poderá o Plenário, por iniciativa do Presidente ou a requerimento de Conselheiro ou do representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, ato ou procedimento da administração.

¹⁶ **Art. 9º** Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

IX - apreciar incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público;

¹⁷ **Art. 332.** O Tribunal, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do Poder Público.

Art. 333. O incidente será apresentado em Plenário, com a explanação da matéria, pelo Presidente, pelos Conselheiros ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo da iniciativa da arguição.

§ 1º Poderão ainda arguir o incidente os Auditores, por ocasião da apreciação ou julgamento.

§ 2º Na fase de instrução, as unidades técnicas poderão propor a arguição de incidente de inconstitucionalidade.

§ 3º Ao Ministério Público junto ao Tribunal será oportunizado que se manifeste também por escrito, antes da deliberação do Plenário. (**Parágrafo acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 12.4.2016**).

Art. 334. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, na apreciação ou julgamento de qualquer feito, assegurado o contraditório, o Plenário, em pronunciamento preliminar, poderá negar aplicação da lei ou do ato, total ou parcialmente.

Art. 335. A decisão, contida no acórdão que deliberar, por maioria absoluta dos membros do Plenário, sobre o incidente de inconstitucionalidade, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal.

Parágrafo único. Poderá o Plenário, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, por maioria absoluta, modular os efeitos da decisão.

Art. 336. Tornada definitiva a decisão denegatória da aplicação da lei ou ato, o Tribunal representará ao Procurador-Geral de Justiça, para os devidos fins.

Art. 337. Verificada a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato do Poder Público, por ocasião do julgamento de qualquer feito pelas Câmaras, os autos serão remetidos à discussão em sessão do Plenário para pronunciamento preliminar sobre a matéria.

§ 1º Na primeira sessão plenária, o Relator exporá o caso, procedendo-se, em seguida, à deliberação sobre a matéria.

§ 2º Deliberada a matéria pelo Plenário, serão os autos devolvidos à Câmara para apreciação do caso de acordo com a decisão prejudicial.

Art. 338. A Câmara não submeterá a arguição de inconstitucionalidade ao Plenário, quando já houver o pronunciamento deste ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 339. Poderá o Plenário, por iniciativa do Presidente ou a requerimento de Conselheiro ou do Ministério Público junto ao Tribunal, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, ato ou procedimento da Administração Pública.



Estadual, Subgerente Fiscal, Gerentes Tributário e Fiscal, anteriormente ocupados privativamente por agentes com vínculo efetivo, de natureza profissional e permanente, organizados em classe ou categorias escalonadas em razão do nível de responsabilidade e atribuições definidas, passassem a ser ocupados, de forma precária, por profissionais estranhos à Secretaria de Estado da Fazenda, em flagrante desrespeito ao art. 37, II¹⁸ e XXII¹⁹, da Constituição Federal e ao art. 32, II²⁰ e XXVI²¹, da Constituição Estadual.

5 DA VIOLAÇÃO À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA SER EXERCIDA POR SERVIDORES DE CARREIRA ESPECÍFICA

A atividade de fiscalizar e arrecadar tributos configura-se como a mais importante atividade-meio do Estado, pois, por seu intermédio, os recursos arrecadados serão disponibilizados para a execução dos planos de governo, no qual certamente estarão contemplados serviços públicos finalísticos básicos tais como educação, saúde e segurança.

¹⁸ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

¹⁹ **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. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#))

²⁰ **Art. 32** As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, e também aos seguintes: (Redação dada pela EC nº 73, de 30.11.2011 – DOE 1.12.2011).

²¹ **Art. 32** [...]

XXVI - a administração tributária do Estado do Espírito Santo, atividade essencial ao funcionamento do Estado, **exercida por servidores de carreiras específicas**, terá recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuará de forma integrada com a União, os demais Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (*Inciso incluído pela EC nº 49, de 15.8.2006 - DOE 17/8/2006.*)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

Servindo-nos da cátedra do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles “a administração (no caso em tela, tributária) é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo²².”

Destarte, o art. 37, XXII, da Constituição Federal, reproduzido no art. 32, XXVI, da Constituição Estadual, destinou especial deferência à atividade de administração tributária ao qualificá-la, de forma expressa, como essencial ao funcionamento do Estado, enobrecendo-a ainda com recursos prioritários, mediante, inclusive, a vinculação da receita própria dos impostos para tais fins (art. 167, IV²³, da CF/88) e, em idêntica senda, assegurando-lhe o exercício da insígne atividade por servidores de carreiras específicas.

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

[...]

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. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#) (grifo nosso)

Ademais, o princípio constitucional da eficiência, assentado no *caput* do art. 37²⁴ da Carta Magna, ao prescrever uma atuação otimizada por parte do Estado, acarretou, principalmente, para a administração tributária, a realização satisfatória de suas atividades por meio de pessoal de carreira, plenamente treinado e capacitado para estas funções, além de devidamente contemplados pela independência proporcionada pela ocupação de cargo de provimento efetivo.

²² Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 19ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1990. P. 61.

²³ **Art. 167.** São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

²⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

Assim sendo, no momento em que o constituinte definiu no inc. XXII do art. 37, da Constituição Federal, e no art. 32, XXVI, da Constituição Estadual, que os servidores das administrações tributárias deveriam possuir carreiras específicas, estabeleceu, por consectário lógico, dentre outros termos, que os **cargos comissionados** no plano da administração tributária não seriam ocupados por pessoas apartadas do setor público, mas sim pelos próprios agentes, ocupantes de cargos efetivos, vinculados à carreira específica, que são preenchidos mediante prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, como forma de garantia de impessoalidade e maior segurança na execução de suas atividades.

Em que pese a clareza solar do raciocínio acima empreendido, fácil é ver que o **Edital Sefaz nº. 03/2016** (DOC. 1), amparado pela inconstitucional **Lei Complementar Estadual 832/2016**, descaracterizou as normas constitucionais acima citadas ao possibilitar que importantes cargos de chefia, como os de Gerência Tributária e Gerência Fiscal, sejam ocupados por profissional totalmente desvinculado da carreira específica da administração tributária, tornando vulnerável o exercício dessa magna função.

Diga-se, ademais, que, seguindo a linha de raciocínio empreendida pelos arts. 197 e 198²⁵, do Código Tributário Nacional, esses profissionais, ao serem contratados,

²⁵ **Art. 197.** Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. ([Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001](#))

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: ([Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001](#))

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; ([Incluído pela Lcp nº 104, de 2001](#))

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. ([Incluído pela Lcp nº 104, de 2001](#))

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. ([Incluído pela Lcp nº 104, de 2001](#))



certamente terão acesso a informações obtidas em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, o que, por certo, devido à precariedade do vínculo com o setor público, fragiliza e deslegitima a atividade tributária, bem como as premissas da administração tributária.

Em verdade, a manutenção da credibilidade da atividade fazendária depende, em suma, que os cargos oferecidos pelo **Edital Sefaz nº. 03/2016** (DOC. 1) sejam ocupados tão somente por pessoal com vínculo com a administração tributária, da carreira de Auditor Fiscal da Receita Estadual (AFRE, AFRE I, AFRE II, AFRE III), pois somente o profissional formado no interior dessa estrutura, com a garantia da independência funcional, e a estabilidade que o blindava de ingerências políticas, pode exercer com plenitude as magnas competências da unidade administrativa, dentre as quais, cita-se, por imperioso, *“(i) o planejamento, a programação, a orientação, a execução, o controle e a avaliação da ação fiscal no Estado; (ii) a proposição de adequação e aperfeiçoamento da legislação tributária e dos procedimentos a serem adotados na ação fiscal, com vista ao combate da evasão de receitas e da fraude fiscal;”*²⁶ *“(iii) “o estabelecimento de sistemáticas de orientação de natureza tributária-fiscal ao contribuinte e às demais unidades da Secretaria de Estado da Fazenda; (iv) elaboração de projetos de lei e atos normativos tributários, assegurando a homogeneidade dos critérios de interpretação da legislação tributária do Estado; (v) a preparação e emissão de parecer em processos administrativos fiscais;”*²⁷ *“(vi) “proposição para o aprimoramento da legislação tributária e monitoramento dos impactos advindos de modificações normativas;”*²⁸ *“(vii) “a supervisão e o*

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: [\(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

I – representações fiscais para fins penais; [\(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; [\(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

III – parcelamento ou moratória. [\(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

²⁶ Atribuições do cargo de Gerente Fiscal.

²⁷ Atribuições do cargo de Gerente Tributário.

²⁸ Atribuição do cargo de Chefe da Agência da Receita.



*acompanhamento da fiscalização nos estabelecimentos e no trânsito de mercadorias no âmbito de suas regionais;*²⁹

Logo, demonstrada está a violação ao art. 37, XXII, da Constituição Federal, reproduzido no art. 32, XXVI, da Constituição Estadual.

5.1 DA ANTIECONOMICIDADE DA AUTORIZAÇÃO EDITALÍCIA DE ABERTURA DE CARGOS DA SEFAZ A CANDIDATOS SEM NENHUM VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA

Conforme cediço, até a vigência da Lei Complementar 832/2016, os cargos em comissão dispostos no **Edital Sefaz 03/2016** eram privativos a Auditores Fiscais da Receita Estadual.

Portanto, em regra, esses agentes, no exercício da comissão, optavam pela remuneração do cargo efetivo, a qual era acrescida a gratificação correspondente a 65% (sessenta e cinco pontos percentuais) do cargo em comissão, nos moldes autorizados pelo art. 96, § único, da Lei Complementar nº 46/1994³⁰ - Regime jurídico único para os servidores públicos civis estaduais.

Todavia, na atual conjuntura, **ante abertura à nomeação de candidatos sem vínculo com o setor público**, abre-se a possibilidade de a Administração remunerar os contratados com o valor integral do cargo em comissão, **ocasionando um notório aumento da despesa com pessoal para o Estado do Espírito Santo**.

Sobre tal aspecto, cumpre trazer à baila dados extraídos do Processo **TC 4733/2016**, no qual este Sodalício emitiu ALERTA ao Poder Executivo Estadual, com fundamento no inciso II do § 1º do art. 59 da Lei Complementar nº 101/00, tendo em vista que o percentual da despesa total com pessoal para fins de apuração do limite, verificado pelo TCEES de 45,09%, no 1º quadrimestre de 2016, encontrou-

²⁹ Atribuição do cargo de Subgerente Fiscal.

³⁰ **Art. 96.** A gratificação por exercício de cargo em comissão será concedida ao servidor público que, investido em cargo de provimento em comissão, optar pelo vencimento do seu cargo efetivo.
Parágrafo único – A gratificação a que se refere este artigo corresponderá 65% (sessenta e cinco por cento) do vencimento do cargo em comissão. (Redação dada pela LC nº 408, de 26 de Julho de 2007).



se acima do “limite” de Alerta (44,10%), correspondente a 90% (noventa por cento) do limite legal estabelecido na LRF.

Assim sendo, a abertura da concorrência aos demais candidatos desvinculados da administração tributária, sem vínculo preexistente com o setor público, como prescrita no **Edital Sefaz 03/2016**, **revela-se antieconômica**, somente contribuindo para debilitar, ainda mais, a situação financeira do Estado, merecendo, destarte, a devida atenção desta Corte de Contas.

6 DA INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: FISCALIZAÇÃO CONSTITUI ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO, NÃO PODENDO SER EXERCIDA POR PROFISSIONAL SEM QUALQUER VINCULAÇÃO COM A CARREIRA ESPECÍFICA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Como de amplo conhecimento, o Estado é dotado de poderes políticos exercidos pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário no desempenho de suas funções constitucionais, e de poderes administrativos que surgem secundariamente com atos da Administração Pública e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da coletividade, e impedindo, destarte, a sobreposição do interesse privado. Enquanto os poderes políticos se identificam com os poderes do Estado e são exercidos somente pelos respectivos órgãos constitucionais de Governo, os poderes administrativos se espraiam e se apresentam por toda a Administração.

Por seu turno, o poder de polícia destina-se a assegurar o bem-estar geral, impedindo, por meio de ordens, proibições e apreensões, o exercício antissocial dos direitos individuais, o uso abusivo da propriedade, ou, como ponto maior, a prática de atividades prejudiciais à coletividade. Esse instituto tem como missão zelar pela boa conduta em face das leis e regulamentos administrativos relacionados ao exercício do direito de propriedade e de liberdade social.



Afinal, uma das funções do Estado constitui justamente adequar o direito individual de cada cidadão, devendo organizar a convivência social a partir da harmonização de direitos e liberdades particulares em favor do interesse geral.

Nesse contexto, o poder de polícia é exercido pelo conjunto de órgãos e serviços públicos incumbidos de fiscalizar atividades individuais.

Nessa senda, cabe citar os seguintes ensinamentos:

“Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2002, p. 127).

“O Poder de Polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequando, direitos e liberdades individuais” (TÁCITO, 1975, *apud* MEIRELLES, 2002, p. 128).

Poder de Polícia pode ser entendido como o conjunto de restrições e condicionantes a direitos individuais em prol do interesse público prevalente. Traduz-se, portanto, no conjunto de atribuições outorgadas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse social, determinados direitos e liberdades individuais (FRIEDE, 1999, p. 109).

“O poder de polícia constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem” (CAVALCANTI, 1956, p. 07, *apud* MEDAUAR, 2000, P.390).

Como se verifica, o ponto comum da análise desses doutrinadores reside na faculdade que tem a Administração Pública de ditar e executar medidas restritivas do direito do indivíduo em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado, sendo esse poder inerente a toda Administração, se repartindo entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados e dos Municípios.

Essa conceituação doutrinária está prevista em nossa legislação, valendo citar o Código Tributário Nacional que, em texto amplo e explicativo, dispõe seu entendimento:

Art. 78 Considera-se **poder de policia** a Atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a pratica de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, á ordem, aos costumes, a disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e os direitos individuais ou coletivos. (grifo nosso)

Destarte, o poder de polícia fundamenta-se no princípio da predominância do interesse público sobre o privado, dando à Administração Pública uma posição de supremacia sobre os particulares, a qual o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, revelando-se nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, em favor do interesse coletivo.

Nesse contexto, cabe destacar que o Poder Legislativo edita as leis decorrentes do poder de polícia, condicionando a conduta dos indivíduos no exercício do direito de propriedade e de liberdade. E, por sua vez, a Administração Pública, em virtude de sua supremacia geral, tem como uma de suas funções aplicar a lei de ofício ao caso concreto, **fiscalizando a conduta dos indivíduos em face dessas leis.**

Ademais, apresenta-se incontroverso que a competência para o exercício do poder de polícia é indelegável a particular. Com muito mais propriedade quando há estrutura de carreira de estado para tal mister, como no caso em tela.

Ora, o Estado, no desempenho de suas funções constitucionais, necessita de poderes auxiliares para o exercício de suas atribuições, que se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e o interesse da coletividade. Como exposto alhures, dentre esses poderes contingentes e instrumentais da Administração Pública, encontra-se o poder de polícia.

Como se verá adiante, **o atributo de indelegabilidade do poder de polícia**, objeto da presente discussão, é reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que as atividades típicas do Estado somente podem ser exercidas por ele mesmo, por intermédio de seus agentes.

Destarte, percebe-se a flagrante inconstitucionalidade da **Lei Complementar Estadual 832/2016**, ao possibilitar que a Secretaria de Estado da Fazenda estabeleça um vínculo precário para exercício de atividade de polícia administrativa, sem ter, para tanto, as devidas prerrogativas inerentes à carreira de agente da receita estadual.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

A propósito, vale colacionar trecho de decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio nos autos da ADI nº 2.310-MC:

DECISÃO - LIMINAR AGÊNCIAS REGULADORAS - PESSOAL - ARREGIMENTAÇÃO - CLT - PESSOAL DA TELEBRÁS - APROVEITAMENTO - IMPROPRIEDADE - LIMINAR DEFERIDA - AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

(...)

Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. **Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.** Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. (grifo nosso)

Ainda nesse sentido, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Salvo hipóteses excepcionalíssimas [...], não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual. (MELLO; 2009, p 832)

A inconstitucionalidade revela-se tão evidente que, dentre as atividades a serem exercidas pelos contratados, consta o exercício de: (i) *“planejamento, programação, orientação, execução, controle e avaliação da ação fiscal no Estado”*; (ii) *“proposição de adequação e aperfeiçoamento da legislação tributária e dos procedimentos a serem adotados na ação fiscal, com vista ao combate da evasão de receitas e da fraude fiscal”*; (iii) *“promoção e determinação de medidas visando ao combate da evasão de receitas e da fraude fiscal”*; (iv) *“planejamento e execução de operações fiscais especiais”*; e (vi) *“supervisão e o acompanhamento da fiscalização nos estabelecimentos e no trânsito de mercadorias no âmbito de suas regionais”*;

É crível que o profissional sem qualquer vínculo com o setor público, não possui legitimidade para a prática dos atos acima mencionados. Tão somente



servidor público investido em cargo de caráter efetivo possui legitimidade para a prática desses referidos atos constantes na Lei.

Em verdade, o ardil afigura-se teratológico, ainda mais por se tratar de atividades relacionadas à fiscalização, sendo, assim, indelegável a atribuição do poder de polícia administrativa a profissional que irá possuir apenas um vínculo precário, sem qualquer garantia que assegure a sua independência e continuidade no serviço público.

Na espécie, a fiscalização é um serviço exclusivo do Estado, pois relacionada ao exame de informações, documentos e procedimentos administrativos. A permitir ilegal atuação, provoca-se, de forma inegável, a vulnerabilidade do sistema de arrecadação e fiscalização.

Desse modo, pelo exercício de tal poder decorrer de atividade típica de Estado, somente o servidor investido em cargo público de caráter efetivo pode realizar tal mister, não se podendo conceber que, profissional exclusivamente comissionado exerça poder de polícia, consubstanciado nas atividades supracitadas.

7 DA BURLA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO

Com a promulgação da Constituição da República, a investidura no serviço público restou cristalizada no **princípio do concurso público**³¹, de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, sendo a sua inobservância sancionada com a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável.

³¹ **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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

[...]

§ 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.



Ressalvou-se, no entanto, duas hipóteses.

Referem-se, especificamente, aos cargos em comissão (art. 37, II³²), e à contratação por tempo determinado, para atender serviço temporário de excepcional interesse público (art. 37, IX³³).

Destarte, qualquer outra espécie de admissão no serviço público, sem o requisito do prévio concurso, revela-se totalmente vedada pela Lei Maior, **sendo o ato nulo e sujeitando a autoridade responsável à punição**, conforme prevê o artigo 37, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal, *verbis*:

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

[...]

§ 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.

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No caso vertente, a Sefaz lançou o **Edital 03/2016** (DOC. 1), permitindo que cargos em comissão, anteriormente ocupados privativamente por Auditores Fiscais da Receita Estadual, com atribuições, por consectário lógico, que exigiam independência funcional, fossem disponibilizados para profissionais sem qualquer vínculo com o setor público, em flagrante ofensa ao princípio do concurso público.

Sobre tal aspecto, importante tecer uma análise comparativa entre as atribuições dos ocupantes de cargos **efetivos** de Auditor Fiscal da Receita Estadual, com os

³² **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; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

³³ **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
Procuradoria Especial de Contas

cargos **em comissão** a serem ocupados, caso seja levada adiante a malfadada seleção engendrada por intermédio do **Edital Sefaz 03/2016**:

ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL, CONFORME LEI COMPLEMENTAR 737/2013	ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO DISPOSTOS NO EDITAL SEFAZ 03/2016
<p>Em caráter privativo: d) orientar o sujeito passivo no tocante à aplicação da legislação tributária e não tributária, por intermédio de atos normativos e solução de consultas;</p>	<p><u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> Estabelecimento de sistemáticas de orientação de natureza tributária-fiscal ao contribuinte e às demais unidades da Secretaria de Estado da Fazenda; E contribuição para elevação do nível de consciência do papel social dos tributos entre os cidadãos.</p> <p><u>Atribuição do cargo de Chefe da Agência da Receita Estadual:</u> Atendimento e orientação ao contribuinte quanto ao cumprimento de obrigações tributárias.</p> <p><u>Atribuição do cargo de Subgerente Fiscal – Todas as Regiões:</u> Orientação aos contribuintes de sua circunscrição, em estreita articulação com a Gerência de Atendimento ao Contribuinte – GEACO.</p>
<p>Em caráter não privativo: h) elaborar textos de atos normativos relativos à receita estadual tributária e não tributária; e</p>	<p><u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> Elaboração de projetos de lei e atos normativos tributários, assegurando a homogeneidade dos critérios de interpretação da legislação tributária do Estado.</p> <p><u>Atribuição do cargo de Gerente Fiscal:</u> Proposição de adequação e aperfeiçoamento da legislação tributária e dos procedimentos a serem adotados na ação fiscal.</p> <p><u>Atribuição do cargo de Chefe da Agência da Receita:</u> Proposição para o aprimoramento da legislação tributária e monitoramento dos impactos advindos de</p>



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL, CONFORME LEI COMPLEMENTAR 737/2013	ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO DISPOSTOS NO EDITAL SEFAZ 03/2016
	modificações normativas.
<p>Em caráter privativo: f) coordenar, orientar e controlar as atividades dos agentes arrecadadores de receita estadual;</p>	<p><u>Atribuição do cargo de Gerente Fiscal:</u> Tem como jurisdição administrativa o planejamento, programação, orientação, controle e avaliação da ação fiscal no Estado, em articulação com as Gerências Regionais Fazendárias.</p> <p><u>Atribuição do cargo de Subgerente Fiscal:</u> A supervisão e o acompanhamento da fiscalização nos estabelecimentos e no trânsito de mercadorias no âmbito de suas regionais.</p>
<p>Em caráter não privativo: d) realizar estudos e desenvolver projetos de pesquisas;</p>	<p><u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> Tem como jurisdição administrativa o estudo, análise e elaboração da legislação tributária, promovendo sua divulgação no âmbito interno e externo.</p>
<p>Em caráter privativo: c) elaborar parecer e proferir, na forma da legislação aplicável:</p> <ol style="list-style-type: none">1. decisão em processo administrativo-fiscal no julgamento de primeira instância; e2. decisão em processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; (Nova redação com a Lei Complementar nº 807/2015)	<p><u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> A preparação e emissão de parecer em processos administrativos fiscais.</p>

De posse dessas informações, verifica-se, de forma clara, que o **Edital Sefaz 03/2016**, ao possibilitar que profissionais, alheios à administração tributária, ocupem



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

cargos comissionados de **Chefe da Agência da Receita Estadual I e II, Subgerente Fiscal – Região Metropolitana – SUFIS-M, Subgerente Fiscal – Região Nordeste – SUFIS-NE, Subgerente Fiscal - Região Sul – SUFIS-S, Gerente Tributário e Gerente Fiscal**, autorizou, por consequência, que atividades de caráter rotineiro e permanente, análogas às exercidas por **Auditor Fiscal da Receita Estadual**, fossem prestadas por agentes com vínculo precário com a administração pública, em afronta a regra do concurso público, disposta no art. 37, II, da Constituição Federal.

Apreciando matéria similar, o egrégio Tribunal de Contas da União (TCU) determinou que se *“exclua do Contrato de prestação de serviços as atividades que detenham correlação com as atribuições dos cargos previstos no Quadro de Pessoal ou configurem terceirização de atividades não passíveis de execução indireta, observando o estabelecido no art. 37, inciso II, da Constituição Federal e art. 1º, § 2º do Decreto n.º 2.271/97 (Acórdão 975/2005 Segunda Câmara).*

Especificamente quanto à contratação de assessoria contábil, este Tribunal de Contas, por intermédio do Acórdão TC-0353/2010, Rel. Conselheiro Sergio Aboudib Ferreira Pinto, firmou o seguinte precedente:

PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2008 - PRESIDENTE: GELSON FERNANDES FIRMO - 1) CONTAS IRREGULARES - MULTA - 2) RECOMENDAÇÕES AO GESTOR.

[...]

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e seis de outubro de dois mil e dez, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar irregulares as contas analisadas, sob a responsabilidade do Sr. Gelson Fernandes Firmo, Presidente da Câmara Municipal de Presidente Kennedy no exercício de 2008, com base no artigo 59, inciso III, alínea “a”, da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com **multa** no valor correspondente a 500 (quinhentos) VRTE, com base no artigo 62 da referida lei, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista a contratação de assessoria contábil jurídica para a realização de atividades típicas, permanentes e essenciais da Administração Pública, contrariando a regra do concurso público; e a ausência de motivação para as referidas contratações, em infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e aos artigos 3º e 5º da Resolução nº 005/2005 da Câmara Municipal de Presidente Kennedy.** (grifo nosso)



2. Recomendar ao atual gestor que:

2.1. Promova a realização de concurso público, na forma do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, visando investir servidores para a consecução de atividades-fim do órgão, abstendo-se, em especial, de terceirizar serviços advocatícios e contábeis, exceto para situações excepcionais, devidamente justificadas e autorizadas pela lei;

Ressalte-se, por fim, que a violação do princípio do concurso público consubstancia ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, por violar deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e moralidade, conforme preceitua o art. 11 da Lei nº. 8.429/93, na esteira dos seguintes excertos jurisprudenciais:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, independentemente da presença de dolo, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. Ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido. O acórdão recorrido ressalta que a admissão da servidora "não teve por objetivo atender a situação excepcional e temporária, pois a contratou para desempenhar cargo permanente na administração municipal, tanto que, além de não haver qualquer ato a indicar a ocorrência de alguma situação excepcional que exigisse a necessidade de contratação temporária, afunção que passou a desempenhar e o tempo que prestou serviços ao Município demonstram claramente a ofensa à legislação federal".

3. Desse modo, é razoável a sua condenação na pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município - punições previstas no patamar mínimo do artigo 12, III, da LIA.5. Recurso especial não provido.

(STJ - PR 2007/0262534-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/04/2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 12/05/2011)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS



CONTRATAÇÕES RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - DANO MORAL DIFUSO.

1. 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 (art. 37, II, CF). A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF).

2. Contratação de servidores sem concurso público. Ofensa à legalidade, impessoalidade e moralidade caracterizada. Ressarcimento ao erário. Inadmissibilidade. A despeito da irregularidade na contratação, não há prova da ocorrência de dano patrimonial ao erário. Servidores temporários que prestaram os serviços pelos quais foram contratados. Dano moral difuso. Ausência de forte abalo no senso de moralidade da coletividade. Descabimento. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP 9135748-12.2004.8.26.0000, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 25/05/2011, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/06/2011)

Logo, verificado que a contratação pretendida viola, de forma expressa, a norma do art. 37, II, da Constituição Federal, em evidente burla ao princípio do concurso público, cabe ao Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal³⁴ c/c o art. 1º, XVI³⁵, da Lei Orgânica desta Corte (Lei Complementar 621/2012), **determinar à Sefaz - que possui em seu quadro próprio servidores aptos a ocupar os cargos especificados no Edital 03/2016** -, que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e, não o fazendo no prazo estipulado, sustar diretamente a execução do ato, sem prejuízo de aplicar, ao Responsável, as sanções previstas em lei, além de comunicação do fato à Assembleia Legislativa estadual.

Assim, a **deflagração do processo seletivo em tela**, por justamente possibilitar a delegação, a profissional não aprovado em concurso público, da execução de serviços típicos de Estado, afronta o princípio da legalidade, mediante a burla ao

³⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

³⁵ Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XVI - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade;



concurso público, pois existe quadro de carreira – Auditor Fiscal da Receita Estadual – com pessoal plenamente capacitado.

8 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº. 832, de 25 de AGOSTO de 2016

O princípio do Estado Democrático de Direito, visto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traduz-se como garantia basilar da constituição de uma organização política em que o poder emana do povo e que se empenha em assegurar aos cidadãos o efetivo exercício dos direitos proclamados na Lei Fundamental.

Como forma de prestigiar a democratização no controle de constitucionalidade, adotou-se no ordenamento jurídico brasileiro um sistema que permite a todos os tribunais pátrios, incidentalmente no curso de um processo, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como autoriza que essas espécies normativas sejam questionadas originalmente perante o Supremo Tribunal Federal – STF ou aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal – TJ, mediante instrumentos próprios e por iniciativa daqueles que foram contemplados, em sede constitucional ou legal, como legitimados.

Em compasso com essa democratização no exercício do controle de constitucionalidade, confere-se aos Tribunais de Contas a possibilidade de exercerem esse controle por via indireta ou reflexa.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmar que as Cortes de Contas podem e devem se manifestar acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos, cujo entendimento é perfilhado pelo STF, nos termos do Enunciado Sumular n.º 347, *litteris*:

“O tribunal no exercício das suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público”



Evidente, portanto, que as questões submetidas ao Tribunal de Contas devem ser confrontadas com as Constituições Federal e Estadual, a fim de que seja realizado o controle da lei.

Nesta esteira, a Lei Orgânica e o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo contemplaram a competência dessa Corte de Contas para exercer o controle de constitucionalidade das leis ou de atos normativos, de acordo com o art. 1º, inciso XXXV, da Lei Complementar 621/2012³⁶, com redação idêntica esposada no art. 1º, inciso XXXIV, do Regimento Interno³⁷.

No caso concreto, como já bem fundamentado nos itens anteriores, não se pode delegar as atribuições típicas de Estado, como o poder de fiscalização ou de direção da ação fiscal, a pessoal desvinculado da carreira de Auditor Fiscal da Receita, sendo ainda, de elevada inconstitucionalidade, a delegação do poder de polícia.

Vê-se, sobre tal aspecto, que o constituinte, por meio do inc. XXII do art. 37, da Constituição Federal, e do art. 32, XXVI, da Constituição Estadual, assentou que os servidores da administração tributária devem ser dispostos em carreiras específicas, de natureza permanente, o que, por certo, torna inconstitucional o acesso, aos estranhos ao serviço público, aos cargos em comissão da estrutura organizacional da Sefaz.

Assim sendo, no momento em que a **Lei Complementar Estadual nº. 832/2016** revogou o art. 8º da Lei Complementar nº 16/1992; o art. 2º da Lei Complementar nº 29/1992; o art. 42 da Lei Complementar nº 225/2002; bem como o art. 12 da Lei Complementar nº 776/2014 - *dispositivos que indicavam quais cargos de provimento em comissão eram privativos de cargo de provimento efetivo de Auditor Fiscal da Receita Estadual* -, e, no mesmo ato, estabeleceu que os cargos de provimento em

³⁶ **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

³⁷ **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual e na forma estabelecida na sua Lei Orgânica, compete:

[...]

XXXIV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;



comissão, da estrutura organizacional da Sefaz, são de livre nomeação e exoneração, **possibilitou a delegação de atribuições, até então exercidas privativamente por servidores efetivos, a profissional sem vínculo com a Administração Tributária Estadual, o que evidencia burla à regra geral do concurso público, e exige, prejudicialmente, a análise da sua constitucionalidade, a fim de negar-lhe aplicação.**

Nesta seara, configura-se plenamente justificável e exigível a atuação deste Tribunal, preventivamente, em um viés nitidamente cautelar, no caso trazido à apreciação.

Consoante bem delineado nos tópicos anteriores, configura-se de elevada inconstitucionalidade o preceptivo legal apontado, o que torna incontestável a plausibilidade jurídica da pretensão que se deduz.

Por todo o exposto, requer o **Ministério Público de Contas** seja reconhecida a inconstitucionalidade de todo conteúdo normativo da **Lei Complementar Estadual nº. 832, de 25 de agosto de 2016**, e, por conseguinte, lhe seja negada aplicação, nos termos do art. 1º, inciso XXXV, da Lei Complementar 621/2012³⁸, com redação idêntica esposada no art. 1º, inciso XXXIV, do Regimento Interno³⁹.

9 DA MEDIDA CAUTELAR

De acordo com os artigos 1º, inciso XV, e art. 124 da Lei Orgânica desta Corte de Contas⁴⁰ (Lei Complementar nº 621/2012), são dois os pressupostos para a concessão da medida cautelar:

³⁸ **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

³⁹ **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual e na forma estabelecida na sua Lei Orgânica, compete:

[...]

XXXIV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

⁴⁰ **Art. 1º**. Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:



1. Fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio;

2. Risco de ineficácia da decisão de mérito.

Em idêntica senda dispõe o art. 376 do Regimento Interno do TCEES⁴¹.

O primeiro pressuposto traduz a ideia de que determinado direito se encontra evidentemente ameaçado, merecendo, destarte, a imediata proteção desta Corte de Contas. A cognição, neste caso, é sumária, ou seja, feita com base em um juízo de plausibilidade, seguindo o rito previsto nos art. 306 a 312, do Regimento Interno da Corte.

Em análise precisa sobre o tema, Marcus Vinícius Rios Gonçalves esclarece que,

Trata-se de requisito em tudo semelhante ao das tutelas antecipadas de urgência, onde há necessidade de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, embora sempre se diga que na tutela antecipada ela deva ser mais bem demonstrada que na cautelar. Tanto numa como noutra, o juiz tem de estar convencido, senão da existência do direito ameaçado, ao menos de que o alegado aparente ser verdadeiro, plausível e verossímil⁴².

Conforme amplamente exposto nesta Representação, além da violação aos ditames do art. 37, XXII⁴³, da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 32, XXVI⁴⁴, da Constituição Estadual, constata-se a possibilidade de exercício de Poder de Polícia por profissionais portadores de vínculo precário, mormente no que tange aos Cargos

[...]

XV. expedir medidas cautelares previstas nesta Lei Complementar, a fim, de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões;

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

⁴¹ **Art. 376.** No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

⁴² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 724.

⁴³ **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. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#))

⁴⁴ **Art. 32** [...]

XXVI - a administração tributária do Estado do Espírito Santo, atividade essencial ao funcionamento do Estado, **exercida por servidores de carreiras específicas**, terá recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuará de forma integrada com a União, os demais Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (*Inciso incluído pela EC nº 49, de 15.8.2006 - DOE 17/8/2006.*)



de Gerente Tributário e Fiscal, e ainda, como se não bastasse, a factível burla à regra do concurso público (art. 37, II⁴⁵, da Carta Federal e art. 32, II⁴⁶, da Carta Estadual).

Em verdade, ante o amplo e notório acervo probatório colacionado, apresenta-se flagrante o caráter **ilegal, ilegítimo e antieconômico** da contratação em tela.

Apresenta-se, portanto, sobejamente configurado o **juízo de probabilidade e verossimilhança do direito invocado – “fumus boni iuris”**.

Posto isso, perante a copiosa exposição ao direito lesado, passa-se a verificar a presença do segundo pressuposto, qual seja, *risco de ineficácia da decisão de mérito*.

No tocante a esse pressuposto, observa-se sua íntima relação com a concepção de urgência, sendo prescindível a plena convicção da ameaça, bastando uma situação objetiva de risco, atual ou iminente.

Compulsando os fundamentos de fato e de direito trazidos à colação nesta Representação, destaca-se que a deflagração do **Edital Sefaz 03/2016, com previsão de encerramento e publicação do resultado final no dia 01 de novembro de 2016**, possibilita a contratação de pessoal com todos os vícios exaustivamente comentados, o que, por certo, exige desta Corte de Contas uma **tempestiva atuação**, evitando, com isso, a celebração de vínculo entre a Administração Pública Estadual e participantes estranhos aos seus quadros.

Destarte, a fim de se impedir o dispêndio de despesas públicas com a contratação de pessoal de maneira **ilegal, ilegítima e antieconômica, que coloca em risco o exercício da atividade de arrecadação e fiscalização da Sefaz**, geradora de

⁴⁵ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

⁴⁶ **Art. 32** As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, e também aos seguintes: (Redação dada pela EC nº 73, de 30.11.2011 – DOE 1.12.2011).



situação fática de difícil e improvável reparação aos cofres estaduais, é de rigor, portanto, que tal providência processual seja adotada imediatamente, justificando, assim, o **receio de ineficácia do provimento final - “periculum in mora”**.

Nesta quadra, colimando-se o escopo de persecução de todos os meios legais com vistas a favorecer o uso regular e legal dos recursos públicos e, **pautado, ademais, pelo firme desiderato de se evitar contratação de pessoal em burla à regra do concurso público**, verifica-se perfeitamente pertinente o deferimento da medida cautelar no caso *sub examine*.

Vale consignar a **inexistência de periculum in mora inverso**, pois a Sefaz possui em seu quadro servidores públicos efetivos, plenamente aptos a ocupar as vagas dispostas no Edital Sefaz 03/2016 e exercer as respectivas atribuições, não havendo que se falar em ausência de profissional capacitado.

Desta forma, presentes os requisitos necessários e indispensáveis a sua concessão, pugna o Ministério Público de Contas que, **de forma incidental e em caráter cautelar**, com espeque no art. 1º, incisos XV e XVI, todos da Lei Complementar nº 621/2012⁴⁷:

a) Com fundamento no art. 125, incisos II, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012⁴⁸, **determine**, imediatamente, à Sefaz, órgão da Administração Estadual, a **suspensão dos efeitos da cláusula 5.1, IV, do Edital 03/2016**, não permitindo, até o julgamento de mérito final, que as vagas sejam preenchidas por candidatos não concursados;

⁴⁷ **Art. 1º.** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XV - expedir medidas cautelares previstas nesta Lei Complementar, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões;

XVI - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade;

⁴⁸ **Art. 125.** São medidas cautelares, dentre outras previstas nesta Lei Complementar:

[...]

II - a sustação da execução de ato ou de procedimento administrativo, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada;



b) Independentemente do deferimento ou não da medida cautelar pleiteada no item anterior, comunique sua decisão à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – Ales, legítima representante da sociedade capixaba e corresponsável pelo controle externo da Administração Pública Estadual.

10 DOS PEDIDOS

Ex positis, requer o **Ministério Público de Contas**:

10.1 o conhecimento, recebimento e processamento desta Representação, na forma do artigo 99, § 1º, VI, da LC nº. 621/12⁴⁹ c/c artigos 182, inciso VI⁵⁰, e 264, inciso IV⁵¹, da Resolução TC nº. 261/13;

10.2 liminarmente, com espede nos arts. 1º, XV⁵² e 125, II da Lei Complementar nº. 621/2012⁵³, seja **determinado, inaudita altera pars, ao Secretário de Estado da Fazenda, senhor Paulo Roberto Ferreira, a suspensão dos efeitos da cláusula 5.1, IV, do Edital 03/2016**, não permitindo, até o julgamento final de mérito, que as vagas sejam preenchidas por candidatos não concursados, **sob pena de multa pelo seu descumprimento**;

⁴⁹ **Art. 99.** Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

§ 1º. Têm legitimidade para representar ao Tribunal:

[...]

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

⁵⁰ **Art. 182.** São legitimados para representar ao Tribunal:

[...]

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

⁵¹ **Art. 264.** Terão tramitação preferencial os documentos e processos referentes a:

[...]

IV – denúncias e representações;

⁵² **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

XV - expedir medidas cautelares previstas nesta Lei Complementar, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões;

⁵³ **Art. 125.** São medidas cautelares, dentre outras previstas nesta Lei Complementar:

[...]

II - a sustação da execução de ato ou de procedimento administrativo, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada;



10.2.1 Independentemente do deferimento ou não da medida cautelar pleiteada no item anterior, comunique sua decisão à **Ales**, legítima representante da sociedade capixaba e corresponsável pelo controle externo da Administração Pública Estadual;

10.3 cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, **seja o Responsável**, nos termos do art. 56, inciso III, da LC nº. 621/2012⁵⁴, **citado** para, desejando, **deduzir alegações de defesa**;

10.4 seja reconhecida, de forma incidental, em sede de controle difuso, a **inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº. 832/2016** e, por conseguinte, lhe seja negada a aplicação, nos moldes do art. 1º, inciso XXXV, da Lei Complementar 621/2012⁵⁵, com redação idêntica esposada no art. 1º, inciso XXXIV, do Regimento Interno⁵⁶;

10.5 ao final, apresentadas as justificativas e realizada a regular instrução do feito, seja considerada procedente a Representação, **declarando a nulidade da cláusula 5.1, IV, do Edital 03/2016**, ante as irregularidades consistentes na **burla ao concurso público; a violação à exigência constitucional de a administração tributária ser exercida por servidores de carreira específica; e, ainda, da possibilidade de delegação de poder de polícia a agente portador de vínculo precário com a Administração**, condenando, ao fim, o Responsável, à sanção prevista no art. 135, III, da Lei Complementar nº. 621/2012⁵⁷;

⁵⁴ **Art. 56.** O Relator preside a instrução do processo, competindo-lhe determinar, preliminarmente, mediante decisão monocrática, após a manifestação da unidade técnica:

[...]

III - determinar, se houver débito, a citação do responsável, para, no prazo fixado no Regimento Interno, apresentar alegações de defesa e/ou recolher a importância devida.

⁵⁵ **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

⁵⁶ **Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual e na forma estabelecida na sua Lei Orgânica, compete:

[...]

XXXIV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

⁵⁷ **Art. 135.** O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

[...]

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

10.6 com fundamento no parágrafo único do art. 53 e no parágrafo único do art. 62, ambos da Lei Complementar nº 621/2012⁵⁸, no inciso IV do art. 41 da Lei nº 8.625/1993⁵⁹ e no inciso III do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 95/1997⁶⁰, o Ministério Público de Contas **requer vista pessoal dos autos após manifestação conclusiva da Área Técnica deste Tribunal.**

Vitória, 21 de outubro de 2016.

Procurador Especial de Contas

ROL DE DOCUMENTOS	
DOC. 1	Edital Sefaz nº. 03/2016
DOC. 2	Lei Complementar Estadual n.º 832/2016

⁵⁸ **Art. 53.** São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.

Art. 62. A comunicação dos atos e decisões presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial do Estado ou outro meio de divulgação oficial do Tribunal de Contas, salvo as exceções previstas em lei.

Parágrafo único. A comunicação dos atos e decisões ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em qualquer caso, será feita pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista, sob pena de nulidade.

⁵⁹ **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

IV - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista;

⁶⁰ **Art. 85.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, além de outras previstas nas Constituições Federal e Estadual, nesta e em outras leis:

III - receber notificação e intimação pessoal em qualquer processo ou procedimento, através da entrega dos autos com vista;