



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

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC N. 3451/2015

Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Assunto: REPRESENTAÇÃO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso II, da LC n. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.

Autos relatados na Instrução Técnica Conclusiva – **ITC 03986/2016-4**¹.

Em síntese, trata-se de representação proposta por este *Parquet* de Contas em face de grave irregularidade praticada pelo Prefeito de Vila Velha, Sr. **RODNEY ROCHA MIRANDA**, em decorrência da designação de servidores alheios à carreira fiscal para exercer a função de avaliador do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis².

Por meio da Decisão TC-4012/2015 – Plenário³ foi concedida a medida liminar para determinar à autoridade competente a sustação dos atos de nomeação dos avaliadores, suspensa esta por Decisão proferida na Ação Cautelar Inominada n. 0025728-17.2015.8.08.0035⁴. Posteriormente, foi indeferida a medida liminar (Decisão – Plenário 02136/2016-2⁵).

Pois bem.

A priori, registra-se que compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno (art. 1º, inciso XXV, da LC nº 621/12). Além disso, preceitua o art. 99, § 2º, da LC n. 621/12 que “*aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.*”

No caso vertente, observam-se presentes os requisitos de admissibilidade elencados no art. 94 da LC n. 621/12.

Quanto ao **mérito**, observa-se a completude da ITC 03986/2016-4 quanto à manutenção do aponte de irregularidade: **Designação de servidores alheios à carreira fiscal para exercer a função de avaliador de bens imóveis ou direitos transmitidos, para fins do ITBI.**

Ademais, cabe frisar que não é possível extrair a boa-fé do gestor, uma vez que, mesmo ciente da irregularidade desde o ano de 2014, por meio da Recomendação n. 1/2014⁶ expedida por este *Parquet* de Contas, preferiu se manter avesso ao ordenamento

¹ Fls. 541/561.

² Encontra-se apensado ao processo principal os autos TC-7666/2015.

³ Fls. 140/141.

⁴ Fl. 217.

⁵ Fls. 517/518.

⁶ Fls. 42/47.



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

jurídico.

Posto isso, pugna o **Ministério Público de Contas** pelo acolhimento integral das proposições da Unidade Técnica contidas na **ITC 03986/2016-4**.

Por fim, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei n. 8.625/1993⁷, bem como no parágrafo único do art. 53 da LC n. 621/2012⁸, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento.

Vitória, 14 de dezembro de 2016.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR-GERAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

⁷ **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

⁸ **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.**

Instrução Técnica Conclusiva 03297/2017-1

Processos: 03451/2015-4, 07666/2015-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Criação: 17/07/2017 14:18

Origem: NEC - Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas

INSTRUÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA COMPLEMENTAR

PROCESSO TC: 3.451/2015

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

EXERCÍCIO: 2013 - 2015

JURISDICIONADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE VILA VELHA

RESPONSÁVEL: RODNEY ROCHA MIRANDA

RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

À Coordenação do NEC

1. DOS FATOS

Trata-se de Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas em face do Prefeito do Município de Vila Velha, em razão da designação de 25 (vinte e cinco) servidores para a execução de serviços de avaliação de impostos sobre transmissão de bens imóveis, desempenhando a função de avaliadores na gerência de Avaliação Imobiliária e vinculados à Secretaria Municipal de Finanças.

Após análise dos autos, o relator exarou **Decisão Monocrática Preliminar DECM 461/2015** (fls. 84 -85) no qual os recebeu como denúncia e determinou a notificação do representado no prazo de cinco dias para prestar esclarecimentos.

Notificado pelo Termo de Notificação nº 0714/2015 (fls. 86 -87), o responsável trouxe esclarecimentos (fls. 94 -102) em que afirma que as atividades em exame não podem ser de atribuição dos auditores fiscais.

Tais explicações foram analisadas pela equipe técnica deste Tribunal na **Manifestação Técnica Preliminar MTP nº 327/2015** (fls. 104 - 105) que pugnou pelo envio da lei específica da carreira de auditor fiscal do município, o que foi acolhido na **Decisão Monocrática DECM 661/2015** (fls. 106 - 107).

Por efeito, emitido o Termo de Comunicação de Diligência nº 979/2015 (fl. 108) e notificado o representado (fl. 111), foi enviado o documento solicitado (fls. 115 -125). Analisada a documentação, a equipe técnica deste TCE-ES apresentou a **Manifestação Técnica Preliminar MTP nº 459/2015** (fls. 128 - 132) na qual conclui pela concessão da medida cautelar. Assim, no Voto 1201/2015 (fls. 133 -139), o relator posicionou-se pela concessão da medida cautelar na forma da MTP 459/2015, o que foi acolhido na Decisão TC 4012/2015 (fls. 140 - 141).

Notificado o representado através do Termo de Notificação nº 1463/2015 (fl. 144), o representado trouxe manifestação (fls. 148 - 159) em que, dentre outros pede a revisão da medida cautelar referida. Em seguida, o Secretário Extraordinário de Governo da PMVV traz aos autos novos documentos (fls. 165 - 168).

Em retorno ao Núcleo de Cautelares, foi emitida a Instrução Técnica Inicial nº 1889/2015 (fls. 170 - 178). Adiante, foi protocolada documentação (fls. 182 - 197) em nome de Marcela Bimbato de Moraes e Guilherme da Conceição da Fraga que trata basicamente de ingresso de terceiro interessado.

Encaminhados os autos para análise técnica, foi expedida a Manifestação Técnica Preliminar MTP 768/2015 (fls. 200 - 209) na qual se propôs o indeferimento de pedido de ingresso de terceiro interessado e o prosseguimento da ação. O relator através de despacho (fls. 210 - 212) encaminhou os autos para a avaliação do MPC.

Por sua vez, o órgão ministerial, em parecer (fls. 219 - 221), se posicionou pela imediata notificação dos interessados e após o trâmite, que fosse concedida nova medida cautelar inaudita altera parte para sustar todos os atos de nomeação dos servidores nomeados para o cargo de avaliador, a fim que tais atividades sejam exercidas por Auditores Fiscais de carreira. O relator em voto 2807/2015 (fls. 225 - 232) pugnou pela notificação dos interessados, o que foi acolhido pela Decisão TC 6343/2015 (fls. 233 - 235).

Notificados (235 - 258) os interessados Sandra Rerezinha Bianchi, Marcos Vicente Scalfoni e Francisco de Assis Cavalcante Lima requereram sua exclusão do polo passivo da ação por não estarem na função de avaliador (fls. 321 - 324). Notificados, de igual maneira procederam pela exclusão do polo passivo Lucimar Nascimento Novaes, Rosângela Gonçalves Teixeira (fls. 331 - 334) e João Bosco Boldrini (fls. 336 - 339).

Paulo Roberto de Azevedo Machado juntou defesa e documentos (fls. 334 - 360). O mesmo fizeram Andrea Cristina da Vitória Reblin, Aristides Felis dos Santos, Elisabeth Santos Azevedo, Guilherme da Conceição Fraga, Linea Possmoser, Lucimar Ferro, Luiz Messias dos Santos, Luzia Brunoro Bissoli, Marcela Bimbato de Moraes, Maria da Graça Peruzzo, Maria da Penha Lameri Siqueira de Araújo, Mauro Gonçalves, Robson Firme Barros, Rogério Rodrigues da Costa, Sandro Marins Rauta, Sirley dos Santos Loureiro, Sônia Mara Rodrigues dos Santos, Valesca Correa Gonçalves e Wellington João de Oliveira Simo (fls. 364 - 392). O representado também trouxe defesa (fls. 398 - 449).

Encaminhados os autos para análise, foi expedida a Manifestação Técnica Preliminar MTP 80/2016 (fls. 451 – 460), na qual se reafirma a proposição pelo deferimento da medida cautelar.

O relator emitiu relatório (fls. 462 - 466) no qual expõe a presença de requisitos mínimos para a concessão de medida cautelar de forma a ser determinada a sustação dos atos de nomeação dos avaliadores, a fim de que sejam adotadas as medidas necessárias para que tal tarefa seja executada e atribuída aos Auditores Fiscais de carreira do município de Vila Velha. Tendo em vista a sustentação oral e a apresentação de documentação, o relator determinou o envio dos autos para análise técnica.

Juntadas as notas taquigráficas (fls. 469 - 472) e os memoriais (fls. 477 - 486), os autos foram encaminhados ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC que apresentou a Manifestação Técnica Preliminar MTP 190/2016 (fls. 488 - 492) na qual opinou pelo encaminhamento dos autos ao setor responsável pela análise.

Recebidos os autos pela SECEX Previdência, para análise dos argumentos trazidos nas notas taquigráficas e nos memoriais (fls. 469 - 486), foi produzida a MTD nº 0484/2016, que opinou pelo no sentido de que os argumentos apresentados às fls. 469/472 bem como fls. 477/486 tratavam basicamente do que já foi apresentado em outras petições, matéria que foi enfrentada nas peças MTP 459/2015, ITI 1884/2015, PPJC 6548/2015 e MTP 80/2016 e continuou, entendendo que permaneciam presentes os requisitos mínimos autorizadores para a concessão da medida cautelar, a fim de determinar à autoridade competente a sustação dos atos de nomeação dos avaliadores, no prazo a ser estipulado pelo Conselheiro Relator.

Em seguida, acompanhando o Voto do Relator, foi proferida a decisão Plenária nº 02136/2016, no sentido de indeferir a medida cautelar, submeter os autos à tramitação ordinária e comunicar à Juíza Paula Ambrozim de Araújo Mazzei, da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, Registros Públicos e Meio Ambiente de

Vila Velha que esse Tribunal notificou todos os Fiscais ad hoc, concedendo-lhes prazo para apresentação de justificativas.

Indeferida a cautelar, o processo foi encaminhado a esse Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva 3986/2016 (fls. 541 – 561).

Após parecer do Ministério Público de Contas, encampando os argumentos expostos na mencionada ITC, os autos foram ao gabinete do Relator para prolação de voto, ocorre que examinando os argumentos de defesa em comparação com a análise contida na Instrução Técnica Conclusiva mencionada, verificou o Relator que a ITC nº 3986/2016 não se manifestou sobre as preliminares arguidas pela defesa, bem como não debateu ou analisou os argumentos do defendente com relação à arguição de inconstitucionalidade do § 1º, art. 206 da Lei Municipal 3375/1997.

Retornaram, portanto, os autos desse processo para complementação da ITC acerca das seguintes preliminares:

- a) *Do prejuízo ao contraditório e à ampla defesa – vício insanável – ofensa à súmula vinculante nº03, do Pretório Supremo Tribunal Federal;*
- b) *Do controle difuso/concreto de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas – Nova sistemática em confronto com a Súmula 347 do STF;*
- c) *Controle de constitucionalidade de lei municipal em face do disposto na Constituição Federal – Tribunal de Contas Estadual – ausência de competência;*

2 - PRELIMINARES DE MÉRITO

2.1 Do prejuízo ao contraditório e à ampla defesa – vício insanável – ofensa à súmula vinculante nº03, do Pretório Supremo Tribunal Federal.

O senhor Rodney Rocha Miranda suscita questão preliminar, alegando em síntese que:

Análise:

Inicialmente cumpre esclarecer que a presente questão já fora anteriormente saneada, tendo em vista que o Plenário dessa Corte de Contas assim a considerou, por intermédio da Decisão Plenária nº 02136/2016, que abaixo transcrevemos:

“3. Oficiar à MM. Juíza Paula Ambrozim de Araújo Mazzei, da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, Registros Públicos e Meio Ambiente de Vila Velha, comunicando que este Tribunal de Contas realizou a notificação de todos os fiscais ad hoc, concedendo-lhes prazo para a apresentação de justificativas, o que fez sanear o suposto vício que levou à suspensão da Decisão TC 4012/2015, assinalando, ainda, que, depois de exame das defesas prévias, observando que estamos diante de uma instrução sumária não exauriente, entendeu esta Corte de Contas, necessária a conversão da instrução do feito para o rito ordinário, a fim de se produzir um exame mais aprofundado do tema.” (grifamos)

Ressalta-se, também, que, em atenção à Decisão Plenária 6343/2015 de folhas 233 e 234, foram notificados os servidores admitidos no processo como terceiros interessados que apresentaram suas justificativas às fls. 362 – 384.

Contudo, cumpre ainda acrescentarmos alguns esclarecimentos.

Em recente decisão datada de 13/06/2017 o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin afastou a incidência da Súmula Vinculante nº 3 em decisão de caráter genérico do TCU.

Dessa forma mantem-se inalterado o entendimento de que as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) com determinações de cunho genérico aos órgãos da Administração Pública, com caráter de controle externo, não violam o conteúdo da Súmula Vinculante (SV) nº 3 do Supremo Tribunal Federal (STF) – que assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos perante a corte de

contas quando a decisão puder resultar em anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado –, tendo em vista que a relação que se estabelece nesses casos é entre o TCU e os órgãos por ele fiscalizados, sem a participação de terceiros.

Com base neste entendimento, o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou seguimento (julgou inviável) à Reclamação (RCL) 26637, em que servidores vinculados ao Ministério dos Transportes e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão questionavam decisões do TCU que determinaram aos referidos órgãos a apresentação, em 90 dias, de plano para o restabelecimento do regime celetista a todos os anistiados oriundos das extintas EBTU (Empresa Brasileira de Transportes Urbanos) e Portobras (Empresa de Portos do Brasil).

Na reclamação ao STF, os mais de 200 servidores alegavam violação da SV nº 3 do STF, pois em nenhum momento foram notificados para apresentar defesa e exercer o contraditório. Em resposta a pedido de reexame dos anistiados, o TCU assentou que eles não detinham interesse recursal e que poderiam questionar a pretensão revisória junto aos próprios órgãos de origem. Em sua decisão, o ministro Fachin observou que o STF já decidiu que **não há violação do direito de exercício do contraditório e da ampla defesa por parte de eventuais ofendidos por decisões do TCU, uma vez que a relação se estabelece apenas entre a Corte e os órgãos por ela fiscalizados, sem a participação de terceiros.**

“Analisando os precedentes que deram origem à SV 3, destaca-se o fato de que todos eles tratam de situações de registro de aposentadorias e pensões, nos quais a ordem emanada da Corte [de contas] não se direcionou precipuamente a nenhum órgão estatal, mas continha em si mesmo um caráter desconstitutivo do ato individualmente considerado. No presente caso, contudo, trata-se de atuação da Corte no controle externo dos atos da Administração, nos termos do artigo 71, inciso IV, da Constituição, em sede de tomada de contas, restando a ordem emanada direcionada exclusivamente ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Ministério dos Transportes”, destacou Fachin.

Diante do exposto não cabe nova apreciação acerca do vício insanável de prejuízo ao contraditório e ampla defesa, tendo em vista que a referida questão já se encontra superada.

2.2 Do controle difuso/concreto de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas – Nova sistemática em confronto com a Súmula 347 do STF.

O senhor Rodney Rocha Miranda suscita questão preliminar, alegando em síntese que:

Análise:

Conforme se verifica dos autos, foi suscitado incidente de inconstitucionalidade do § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997 (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014), uma vez que o mencionado dispositivo prevê a designação para a função de avaliadores servidores ocupantes de cargos de naturezas diversas, com exigências de ingresso inferiores àquelas exigidas para a carreira fiscal do município estaria afrontando a regra do concurso público e os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, estando, pois, violado o art. 37, *caput* e inciso II, da Carta Magna.

Nesse sentido, cabe verificarmos se esta Corte de Contas detém competência para afastar a executoriedade do citado dispositivo legal.

O controle de constitucionalidade caracteriza-se como um sistema de verificação da conformidade de um ato normativo em relação à Constituição. Uma norma ou ato hierarquicamente inferior à Constituição não pode afrontá-la.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, existem duas espécies de controle de constitucionalidade: o concentrado (abstrato) e o difuso (concreto).

O processamento do controle concentrado, nos termos do art. 102, I, “a” da CF/88, pertence originariamente ao Supremo Tribunal Federal, através de ação própria proposta com o objetivo específico de se obter a declaração de inconstitucionalidade

da lei em tese (ação direta de inconstitucionalidade – ADI) ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ação declaratória de constitucionalidade – ADECO).

Já o controle difuso, também chamado “incidental” ou concreto, é empregado no decorrer do processo em que foi levantada a inconstitucionalidade, sendo de competência de todos os tribunais ordinários e especiais. Desta forma, no controle incidental, a análise da constitucionalidade, é tratada como uma questão prejudicial da causa principal. Logo, neste tipo de controle, a finalidade não é questionar diretamente a norma viciada, mas sim, resolver previamente a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto.

Importante enfatizar que não subsistem dúvidas de que os Tribunais de Contas, no exercício das funções que lhes foram atribuídas constitucionalmente, possuem competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, podendo afastar a aplicação daqueles que entender inconstitucionais.

O reconhecimento desta competência deriva da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal cuja Súmula 347 assegura aos Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições, o pronunciamento acerca da inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público, senão vejamos:

Súmula 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Entretanto, **deve ser ressaltado que o controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Contas é exercido em sede de controle difuso e se dá de modo incidental à apreciação de um caso concreto.** Explicitando o sentido do controle concreto ou incidental o professor Marcelo Novelino¹ aduz que:

Quando a constitucionalidade é analisada em um processo constitucional subjetivo, com a finalidade principal de solucionar uma controvérsia envolvendo direitos subjetivos, costuma-se denominar esta espécie de controle concreto.

Neste caso, antes de decidir a questão de fato formulada no pedido [...] será necessário aferir, *incidenter tantum*, a questão de direito envolvendo a compatibilidade entre a lei e o parâmetro constitucional. Nessa hipótese, a verificação da constitucionalidade será um antecedente lógico, temporal e incidental para a formação do juízo de

¹ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 8 ed., 2013, p. 238.

convicção acerca da controvérsia principal. Por isso a expressão *controle incidental* (g.n).

Acrescem os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino² que:

O exercício da via incidental dá-se diante de uma controvérsia concreta, submetida à apreciação [...], em que uma das partes requer o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei, com o fim de afastar a sua aplicação ao caso concreto de seu interesse (g.n).

Acerca dos efeitos e alcance produzidos por decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³ tecem esclarecedora lição que merece ser reproduzida:

Conforme já analisado, no controle incidental a inconstitucionalidade pode ser pronunciada por qualquer juiz ou tribunal do País, no curso de um caso concreto a ele submetido.

[...]

Como em qualquer caso [...] **o que se busca na via incidental é o simples afastamento da aplicação da lei ao caso concreto**, os efeitos da decisão serão os mesmos, independentemente do órgão de que tenha sido emanada.

Assim, **qualquer que tenha sido o órgão prolator, a decisão no controle de constitucionalidade incidental só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*), não dispõe de efeito vinculante e, em regra, produz efeitos retroativos (*ex tunc*).**

A decisão só alcança as partes do processo porque no controle incidental o interessado, [...], requer a declaração da inconstitucionalidade da norma com a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade.

Com isso, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. **Em relação a terceiros, não participantes da lide, a lei continuará a ser aplicada, integralmente, ainda que supostamente esses terceiros se encontrem em situação jurídica semelhante** à das pessoas que foram parte na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Assim, **a pronúncia de inconstitucionalidade [...] na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi suscitado o incidente de inconstitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo.** [...]

² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 774.

³ ALEXANDRINO; PAULO. Op. Cit. 2013, p. 806.

Essa eficácia, em regra, surte efeitos *ex tunc*, isto é, opera retroativamente em relação ao caso que deu motivo à decisão (e, repita-se, só em relação a este), fulminando, desde o seu nascimento, a relação jurídica fundada na lei inconstitucional.

[...]

Em qualquer caso, **a norma declarada inconstitucional no controle concreto continua a vigor, com toda sua força obrigatória, em relação a terceiros, que não tenham sido parte na ação.** Todas as pessoas que desejarem ver a si estendidos os efeitos da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico deverão postular sua pretensão perante os órgãos judiciais, em ações distintas (g.n).

Dessa forma, extrai-se que o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe cabe decidir, deparando-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, **caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.**

Nessa esteira cumpre reiterar o entendimento acerca da inconstitucionalidade da Lei Municipal tratada anteriormente na Instrução Técnica Conclusiva 3986/2016 (fls. 541 – 561).

“Prejudicial de Inconstitucionalidade

Pugna a ITI 1884/2015 pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997 (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014), uma vez que, ao permitir a designação para a função de avaliadores servidores ocupantes de cargos de naturezas diversas, com exigências de ingresso inferiores àquelas exigidas para a carreira fiscal do município estaria afrontando a regra do concurso público e os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, estando, pois, violado o art. 37, *caput* e inciso II, da Carta Magna.

De acordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional e art. 37, do Código Tributário Municipal **compete privativamente à autoridade administrativa** constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Prevê, também, o **Anexo 11 da Lei Municipal nº 5.203/2011** (institui o Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos do Quadro Técnico e Administrativo do Poder Executivo do Município de Vila Velha), ser atribuições dos auditores 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 nº 3.375/1997 - alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014) traz de forma detalhada as atribuições dos avaliadores, quais sejam: (1) 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 (2) proceder à atualização do cadastro imobiliário, bem como agilizar junto aos contribuintes a parte do trâmite processual, bem como os recursos e revisões.

Já o art. 207 do Código Tributário Municipal prevê que:

Art. 207. 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.

Como se vê, **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 CF).

Não é possível admitir a delegação a servidor municipal com função gratificada, demissível ad nutum, a atribuição para lançamento, atividade típica de Estado.

No caso do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), a avaliação compõe a base de cálculo para fins de lançamento e, por consequência, só poderia ser realizada por servidor com atribuição para lançamento (Auditor Fiscal).

Nesse sentido, segue decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que a empresa pretende afastar autuação fiscal relativa ao ICMS paraense.

2. O Delegado Regional Tributário é autoridade competente para autuar. O julgamento de impugnação é realizado pelo Diretor da julgadoria de primeira instância e, em segunda instância administrativa, pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fazendários, nos termos da Lei estadual 6.182/1998.

3. A autoridade impetrada (Secretário de Fazenda) não tem competência para autuar a contribuinte, tampouco para rever o lançamento realizado pela autoridade fiscal.

4. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição. 5. Inaplicável a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.

6. Nos termos do art. 161, I, "c", da Constituição Estadual, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Receita Pública ou autoridades integrantes dos órgãos de julgamento administrativo.

7. Recurso Ordinário não provido. (Grifos nossos)

E mais:

APELAÇÃO CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. TERMO DE INFRAÇÃO NO TRÂNSITO. NOTIFICAÇÃO DO AUTO DE LANÇAMENTO. **A competência para lavrar auto de lançamento do crédito tributário é do Agente Fiscal de Tributos do Estado e não do Técnico do Tesouro do Estado**, tendo em vista que viola a regra inserta no art. 3º da Lei 8.118/85, bem como a do art. 9º, inciso I, item 03 da referida lei. A advertência explícita nos Termos de Infrações no Trânsito dizendo que o deste Termo, bem como se quiser poderá apresentar impugnação em trinta dias é, completamente, ineficaz, tendo em vista que isso significa que serão lavrados Autos de Lançamento sem a respectiva notificação do sujeito passivo, fator esse que é estritamente necessário.

Logo, nulos os lançamentos realizados. Juros: Os juros de acordo com a Súmula 188 do STJ e parágrafo único do art. 167 do CTN devem ser aplicados a partir do trânsito julgado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Grifos nossos).

Ocorre 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 nº 5.203/2011), diferentemente do que ocorre para a função de avaliadores que atribui a servidores ocupantes de cargos de naturezas diversas, **com exigências de ingresso inferiores àquelas exigidas para a carreira fiscal do município**, e também com salários diferenciados, privilegiando determinadas pessoas com a percepção da gratificação de produtividade prevista na Lei Municipal nº 5.579/2014.

Portanto, ao permitir a designação para a função de avaliadores servidores ocupantes de cargos de naturezas diversas, com exigências de ingresso inferiores àquelas exigidas para a carreira fiscal do município, **afrontou** o art. 37, *caput* e inciso II, da Carta Magna.

Dessa forma em sede de incidente de inconstitucionalidade, fulcrado no art. 333⁴, § 2º, do RITCEES (Res. TC 261/2013), **argui-se a inconstitucionalidade do artigo § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997 (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014), sugerindo-se** ao Plenário desta E. Corte de Contas, que seja declarada a inconstitucionalidade do art. § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997 (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014), por flagrante ofensa ao disposto no inciso II do art. 37 da Lei Maior.”

⁴ **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 (grifou-se).

2.3 Controle de constitucionalidade de lei municipal em face do disposto na Constituição Federal – Tribunal de Contas Estadual – ausência de competência

O senhor Rodney Rocha Miranda suscita questão preliminar, alegando em síntese que:

Análise:

O controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Contas, como explicitado anteriormente, é exercido em sede de controle difuso e se dá de modo incidental à apreciação de um caso concreto.

Senão vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da arguição de inconstitucionalidade de Lei Municipal em face da Constituição Federal:

Ementa: RECLAMAÇÃO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. **LEI MUNICIPAL. Inconstitucionalidade** por ofensa a **Constituição Federal**. Arguição "in abstrato", por meio de ação direta, perante Tribunal de Justiça. O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal ; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal que tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102. **O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite e o difuso, exercido "incidenter tantum", por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.** Hipótese excepcional de controle concentrado de lei municipal. Alegação de ofensa a norma constitucional estadual que reproduz dispositivo constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados.

Competência do Tribunal de Justiça estadual, com possibilidade de recurso extraordinário para o STF. Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado, exorbitante de sua competência e ofensiva a jurisdição desta Corte, como guardiã primacial da Constituição Federal . Art. 102 "caput", I , e , da CF .

Portanto, por se tratar de controle difuso que se dá de modo incidental à apreciação de um caso concreto, este pode e deve ser exercido pelo Tribunal de Contas mesmo se tratando de Lei Municipal em face da Constituição Federal.

3 - INDICATIVO DE IRREGULARIDADE

3.1 - Designação de servidores alheios à carreira fiscal para exercer a função de avaliador de bens imóveis ou direitos transmitidos, para fins do ITBI

Base Legal: art. 37, *caput* e II, da CF

Responsável: Rodney Rocha Miranda – Prefeito Municipal de Vila Velha

Conduta: Designar servidores alheios à carreira fiscal para exercer a função de avaliadores de bens imóveis ou direitos transmitidos, para fins do ITBI

DA ITI

Abaixo transcrevemos o indicio de irregularidade:

Segundo consta da representação do Ministério Público de Contas, é necessário frisar, inicialmente, 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.

Cita as palavras de Ricardo Alexandre⁵:

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

⁵ Direito Tributário Esquemático. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 498.

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 Código Tributário Nacional e art. 37, do Código Tributário Municipal.

Nestes mesmos termos, vislumbra-se, também, do **Anexo 11 da Lei Municipal nº 5.203/2011** (institui o Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos do Quadro Técnico e Administrativo do Poder Executivo do Município de Vila Velha), ser atribuições dos auditores 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 nº 3.375/1997 - alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014) trazem de forma detalhada as atribuições dos avaliadores, quais sejam: (1) 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 (2) proceder à atualização do cadastro imobiliário, bem como agilizar junto aos contribuintes a parte do trâmite processual, bem como os recursos e revisões.

Além disso, o art. 207 do Código Tributário Municipal prevê que:

Art. 207. 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 CF).

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 nº 5.203/2011).

No entanto, o Prefeito de Vila Velha, em total desapego ao ordenamento jurídico, designou para a função de avaliadores servidores ocupantes de cargos de naturezas diversas, com exigências de ingresso inferiores àquelas exigidas para a carreira fiscal do município, e também com salários diferenciados, privilegiando determinadas pessoas com a percepção da gratificação de produtividade prevista na Lei Municipal nº 5.579/2014, como se verifica no quadro abaixo:

Cargo	Descrição Sumária das Atribuições	Requisitos para Provimento	Servidor	Salário Base (1)	Salário base + gratificação (02/2015)
Agente Público de Manutenção de Obras	Executar, sob supervisão, tarefas 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.	Ensino Fundamental Completo	Mauro Gonçalves	R\$ 838,24	R\$ 8.703,09
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
			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\$ 8.818,79

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	Elizabeth Santos Azevedo	R\$ 1.057,46	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
			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 Scafoloni	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 à 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.

Assim, padecendo do vício da **inconstitucionalidade**, e com fundamento nos arts. 176 e 177 da LC nº 621/2012, e arts. 332 e 333 do RITCEES, a exequibilidade do § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997 (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014) deverá ser negada pelo TCEES no caso concreto, em razão da afronta ao art. 37, *caput* e II, da CF.

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 competência 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 Municipal nº 01/1990, Lei Orgânica de Vila Velha, prevê na alínea “a” do § 1º do art. 46 que as matérias insertas no Código Tributário do Município devem ser reservadas à lei complementar. Entretanto, observa-se que as Leis Municipais nº 3.375/1997 e nº 5.579/2014, citadas no decorrer da narrativa, e que trazem a figura dos **avaliadores ad hoc**, são leis ordinárias, 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 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)”

SÍNTESE DOS ARGUMENTOS DE DEFESA:

Adiante elencamos, de forma sintética, a argumentação trazida pelos terceiros interessados bem como as do senhor Rodney Rocha Miranda – Prefeito Municipal de Vila Velha:

- . Há 25 (vinte e cinco) anos a tributação imobiliária em Vila Velha era pífia e nenhum dos Auditores Fiscais do Município dela queriam se incumbir.
- . O levantamento de valores no mercado imobiliário não significa ato clássico de lançamento tributário;
- . Por não ser ato clássico de lançamento tributário, os gestores não estavam vinculados a uma usurpação de função ou atribuição pública típica de um cargo público específico.
- . Durante vinte e cinco anos um grupo de pessoas se organizou e realizou treinamento sem o Município praticamente ter investido nada. Essa equipe evitou a evasão de receitas da tributação imobiliária.
- . A coleta de informação de valores relativos à tributação tributária é um ato instrumental, o lançamento é ato posterior.
- . A função de avaliador envolve duas realidades previstas em lei. No entanto, apenas uma delas foi atacada pelo Ministério Público. A função atacada é a função externa confundida com a função de Auditores Fiscais. No entanto, apenas cinco ou seis do grupo de vinte e cinco executam a função. O restante se ocupa de funções administrativas.
- . O Auditor Fiscal tem a função de lançar tributos, que é o ato administrativo que cria relação entre o contribuinte e o fisco.
- . A mera avaliação não cria relação jurídica nenhuma e não modifica qualquer relação, apenas instrumentaliza a relação entre o contribuinte e o fisco, o que é algo

diferente da função de lançamento.

. A tutela cautelar não tem como característica a antecipação de tutela. A antecipação de tutela não tem previsão na lei orgânica do TCE-ES. A decisão que antecipa o afastamento dos servidores é inconstitucional porque se trata de decisão antecipatória do mérito, e esse tipo de decisão não tem previsão legal.

. Não existe *periculum in mora* porque a regra vigora há 25 (vinte e cinco) anos gerando bons frutos ao município.

. Ainda que se entenda pela inconstitucionalidade, requer-se a modulação dos efeitos a fim de que a regra possa valer até a aposentação dos atuais avaliadores.

. Duas funções instrumentais são exclusivas do cargo de avaliador. A primeira é a catalogação de dados em campo e a segunda é a catalogação interna de dados. Tais funções são instrumentais e não fiscais estrito senso. A avaliação não substitui a atividade fiscal, simplesmente a auxilia.

. A função do avaliador não é ato final é ato instrumental ou meio.

. A catalogação de dados em campo é a única função confundida pelo Ministério Público de Contas como sendo desvio de função. Os suplicados não lançam o tributo, apenas instrumentalizam o lançamento com informações.

. Quem efetua atribuição que pode se confundir com o lançamento é exclusivamente o Diretor do Departamento de Cadastro Imobiliário no momento da homologação das avaliações feitas pelos avaliadores.

. Não há qualquer nulidade nas funções de catalogação de informações, de inserção em sistemas e afins. Também não há em relação a esses avaliadores qualquer menção de inconstitucionalidade. Essa função é típica do cargo e não é atacada pelo Ministério Público.

. Se apenas oito avaliadores que desempenham a função de catalogação de dados em campo fosse atribuição do Auditor Fiscal então não haveria qualquer problema em adequar os vinte e cinco servidores nas atribuições de processamento de

informações catalogações e inserção em sistemas. Não há inconstitucionalidade nenhuma na catalogação interna de dados.

ANÁLISE

Como explicado na inicial, nas decisões e nas manifestações técnicas anteriores, as atividades que formam o rol de atribuições dos avaliadores são atividades inerentes ao lançamento de tributos, conforme art. 37 do Código Tributário Municipal e devem ser exercidas pelo Auditor Fiscal do município, que têm competência legal para isso.

O exercício de atividades que compõem o ato de lançamento do tributo, pelo avaliador, macula de anulabilidade todo lançamento por incompetência para a realização da atividade.

A execução das atividades atribuídas ao avaliador devem ser atribuídas pelos Auditores fiscais sob pena de risco de anulabilidade.

A defesa argumenta que a catalogação de dados em campo é a única função confundida pelo Ministério Público de Contas como sendo desvio de função. Os suplicados não lançam o tributo, apenas instrumentalizam o lançamento com informações, contudo, tanto as atividades de catalogação de dados em campo como a de catalogação interna de dados **são atividades inerentes ao lançamento de tributos, tal qual se confere no art. 37 do Código Tributário Municipal**, que expõe que o lançamento é o procedimento privativo da autoridade administrativa municipal, destinado a constituir o crédito tributário, mediante: tal qual se verifica nos incisos II e III:

- II - a determinação da matéria tributável;**
- III - o cálculo do montante do tributo devido;**

Dessa forma, não restam dúvidas de que as atividades dos avaliadores são atividades que compõem o lançamento do tributo e devem ser executadas pelo Auditor Fiscal do Município sob pena de nulidade do ato. Assim como os ocupantes do polo passivo não trouxeram nenhum fato novo em relação ao presente item.

Dessa forma, vejamos o conteúdo da Manifestação Técnica Preliminar MTP nº 459/2015:

Não coaduna com a melhor doutrina administrativista a afirmação do Gestor Municipal que a avaliação, para fins de lançamento do ITBI, não é ato privativo dos auditores fiscais.

A questão aqui discutida gira em torno dos elementos constitutivos do crédito tributário, que nasce com lançamento tributário, e quem estaria habilitado para praticá-los.

Conforme art. 37 do Código Tributário Municipal o lançamento é o procedimento privativo da autoridade administrativa municipal, destinado a constituir o crédito tributário, mediante:

- I - a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente;
- II - a determinação da matéria tributável;
- III - o cálculo do montante do tributo devido;
- IV - a identificação do contribuinte e, sendo o caso;
- V - a aplicação da penalidade cabível.

O lançamento tributário, conforme Ricardo Alexandre¹, na esfera federal é de exclusividade dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, sendo tal competência indelegável e insuscetível de avocação.

Afirma ainda o Professor Administrativista: mesmo que a seção seja chefiada por um Analista Tributário, não possui esta competência para lançamento.

A lógica aqui é a mesma.

Não é possível admitir a delegação a servidor municipal com função gratificada, demissível ad nutum, a atribuição para lançamento, atividade típica de Estado.

No caso do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), a avaliação compõe a base de cálculo para fins de lançamento e, por consequência, só poderia ser realizada por servidor com atribuição para lançamento (Auditor Fiscal).

Nesse sentido, segue decisão² do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que a empresa pretende afastar autuação fiscal relativa ao ICMS paraense.

2. O Delegado Regional Tributário é autoridade competente para atuar. O julgamento de impugnação é realizado pelo Diretor da julgadoria de primeira instância e, em segunda instância administrativa, pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fazendários, nos termos da Lei estadual 6.182/1998.

3. A autoridade impetrada (Secretário de Fazenda) não tem competência para atuar a contribuinte, tampouco para rever o lançamento realizado pela autoridade fiscal.

4. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição. 5. Inaplicável a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.

6. Nos termos do art. 161, I, "c", da Constituição Estadual, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Receita Pública ou autoridades integrantes dos órgãos de julgamento administrativo.

7. Recurso Ordinário não provido. (Grifos nossos)

E mais:

APELAÇÃO CIVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. TERMO DE INFRAÇÃO NO TRÂNSITO. NOTIFICAÇÃO DO AUTO DE LANÇAMENTO. **A competência para lavrar auto de lançamento do crédito tributário é do Agente Fiscal de Tributos do Estado e não do Técnico do Tesouro do Estado**, tendo em vista que viola a regra inserta no art. 3º da Lei 8.118/85, bem como a do art. 9º, inciso I, item 03 da referida lei. A advertência explícita nos Termos de Infrações no Trânsito dizendo que o deste Termo, bem como se quiser poderá apresentar impugnação em trinta dias é, completamente, ineficaz, tendo em vista que isso significa que serão lavrados Autos de Lançamento sem a respectiva notificação do sujeito passivo, fator esse que é estritamente necessário.

Logo, nulos os lançamentos realizados. Juros: Os juros de acordo com a Súmula 188 do STJ e parágrafo único do art. 167 do CTN devem ser aplicados a partir do trânsito julgado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Grifos nossos).

Vislumbra-se também o *periculum in mora*, consubstanciado no fato de que o lançamento sendo realizado por agentes incompetentes tem o **condão de provocar a nulidade do ato administrativo**, e, por consequência, grave dano ao erário.

Dessa forma, indispensável a concessão da medida cautelar para que seja determinado ao Prefeito Municipal, Sr. Rodney Rocha Miranda, a sustação dos atos de nomeação de avaliadores, no prazo a ser estabelecido pelo Eminentíssimo Conselheiro Relator, 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.

Como visto as atividades do avaliador são atividades típicas inerentes ao lançamento de tributo, constituem competências exclusivas de servidores públicos efetivos ocupantes do cargo Auditor Fiscal do Município de Vila Velha.

Todos os atos que envolvem a coleta de dados e valores, inserção desses dados e valores no sistema a fim que se gere o tributo são atos que compõem o próprio lançamento do tributo.

Argumenta o defendente que há 25 (vinte e cinco) anos a tributação imobiliária em Vila Velha era pífia e nenhum dos Auditores Fiscais do Município dela queriam se incumbir, bem como que durante vinte e cinco anos um grupo de pessoas se organizou e realizou treinamento sem o Município praticamente ter investido nada. Essa equipe evitou a evasão de receitas da tributação imobiliária.

Outro pedido do defendente é no sentido de que “ainda que se entenda pela

inconstitucionalidade, requer-se a modulação dos efeitos a fim de que a regra possa valer até a aposentação dos atuais avaliadores”.

Em que pese a nobreza da argumentação de defesa que invoca um espírito de gratidão por parte da Administração Municipal, cremos que não é possível, pelas razões anteriormente expostas, pretender que a Administração Municipal perpetue uma situação irregular.

Diante do exposto, **opinamos pela manutenção da irregularidade** tendo em vista que **não há que se diferenciar se o servidor sai em diligencia ou não para coletar os dados, o fato é que a coleta de dados, a inserção dos dados no sistema e tarefas afins são inerentes à atividade de lançamento do tributo e devem ser feitas por Auditor Fiscal.**

4 CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

4.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos e levando em conta as análises aqui procedidas e as motivações adotadas, diante do preceituado nos artigos 95, inciso II⁶ e 99, § 2º, ambos da Lei Complementar 621/2012, bem como, do disposto no art. 319, da Res. TC 261/2013 **conclui-se opinando pela procedência da Representação,** tendo em vista o reconhecimento da seguinte irregularidade:

4.1.1 Designação de servidores alheios à carreira fiscal para exercer a função de avaliador de bens imóveis ou direitos transmitidos, para fins do ITBI

Base Legal: art. 37, *caput* e II, da CF

Responsável: Rodney Rocha Miranda – Prefeito Municipal de Vila Velha

Conduta: Designar servidores alheios à carreira fiscal para exercer a função de avaliadores de bens imóveis ou direitos transmitidos, para fins do ITBI

⁶ Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá: [...]

II - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.

4.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, **opinando** por:

4.2.1 pelo não acolhimento das preliminares suscitadas, na forma do itens 3.1, 3.2 e 3.3 desta Instrução Técnica Conclusiva, quais sejam:

- a) Do prejuízo ao contraditório e à ampla defesa – vício insanável – ofensa à súmula vinculante nº03, do Pretório Supremo Tribunal Federal;
- b) Do controle difuso/concreto de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas – Nova sistemática em confronto com a Súmula 347 do STF;
- c) Controle de constitucionalidade de lei municipal em face do disposto na Constituição Federal – Tribunal de Contas Estadual – ausência de competência;

4.2.2 Preliminarmente, em sede de incidente de inconstitucionalidade, fulcrado no art. 333⁷, § 2º, do RITCEES (Res. TC 261/2013), **argui-se a inconstitucionalidade do artigo § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997** (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014), que ao permitir a designação para a função de avaliadores servidores ocupantes de cargos de naturezas diversas, com exigências de ingresso inferiores àquelas exigidas para a carreira fiscal do município, em nosso entender, **afrontou** o art. 37, *caput* e inciso II, da Carta Magna. Dessa forma, **sugere-se** ao Plenário desta E. Corte de Contas, que seja declarada a inconstitucionalidade do art. § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997 (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014, por flagrante ofensa ao disposto no inciso II do art. 37 da Lei Maior).

4.2.3. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Rodney Rocha Miranda, Prefeito Municipal de Vila Velha, em razão da

⁷ **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 (grifou-se).

irregularidade disposta no item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva sugerindo a aplicação de **multa** ao responsável com amparo no artigo 135, II da LC 621/2012;

4.2.4. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos Senhores Andrea Cristina de Vitória Reblin, Aristides Felis dos Santos, Elisabeth Santos Azevedo, Francisco de Assis Cavalcanti Lima, Guilherme da Conceição Fraga, João Bosco Boldrini, Linea Possmoser, Lucimar Ferro, Lucimar Nascimento Novaes, Luiz Messias dos Santos, Luzia Brunoro Bissoli, Marcela Bimbato de Moraes, Marcos Vicente Scalfoni, Maria da Graça Peruzzo, Maria da Penha Lameri Siqueira de Araújo, Mauro Gonçalves, Paulo Roberto de Almeida Machado, Robson Firme Barros, Rogério Rodrigues da Costa, Rosângela Gonçalves Teixeira, Sandra Terezinha Bianchi, Sandro Marins Rauta, Sirley dos Santos Loureiro, Sônia Mara Rodrigues dos Santos, Valesca Correa Gonçalves e Wellington João de Oliveira Simo, **3º interessados em razão da irregularidade disposta no item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva;**

4.2.5. Determinar, ao atual Prefeito Municipal de Vila Velha que, em prazo a ser estabelecido por esta Corte de Contas, proceda à declaração de nulidade de todas as designações de avaliadores **de bens imóveis ou direitos transmitidos, para fins do ITBI**, tarefa que deve ser realizada exclusivamente por Auditor Fiscal.

3.2. Por fim, sugere-se que seja dada **CIÊNCIA** ao Representante do teor da decisão final a ser proferida.

Vitória/ES, 17 de julho de 2017.

Cristine Moreira de Almeida
Auditora de Controle Externo
Matrícula 203.201



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

Assinado digitalmente
LUCIANO VIEIRA
02/08/2017 14:50

Parecer do Ministério Público de Contas 03829/2017-1

Processos: 03451/2015-4, 07666/2015-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Criação: 02/08/2017 14:49

Origem: GAPC - Luciano Vieira - Gabinete do Procurador Luciano Vieira

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo assinado, com fulcro no art. 3º, II, da Lei Complementar nº. 451/2008, à guisa da Instrução Técnica Conclusiva Complementar **03297/2017-1** (fls. 286/313), ratifica *in totum* o parecer ministerial de fls. 565/566.

Ademais, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei n. 8.625/1993[1], bem como no parágrafo único do art. 53 da LC n. 621/2012[2], reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento.

Vitória, 2 de agosto de 2017.

LUCIANO VIEIRA

Procurador-Geral

Ministério Público de Contas

[1] Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

[2] 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.**