

Responsável: Rodney Rocha Miranda

Terceiros interessados: 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

Procuradores: Luiz Henrique Antunes Alochio – OAB - 6821/ES

Brenno Zonta Vilanova – OAB – 20976/ES

REPRESENTAÇÃO – FUNÇÃO DE AVALIADOR DE IMÓVEIS PARA CÁLCULO DO ITBI – ATIVIDADE TÍPICA DE FISCALIZAÇÃO – EXCLUSIVA DE SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO DA CARREIRA DE FISCAL DE TRIBUTOS – ILEGALIDADE DE OUTORGA COMO FUNÇÃO DE CONFIANÇA – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL – DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO – MODULAÇÃO DOS EFEITOS

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Este processo trata de Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas em face do Prefeito do município de Vila Velha, em razão de contratações 25 (vinte e cinco) servidores comissionados 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.

O Representante relata que em 02 de dezembro de 2013 requisitou à Prefeitura de Vila Velha que encaminhasse a relação dos servidores nomeados como avaliadores *ad hoc* da Secretaria Municipal de Finanças, tendo recebido em resposta uma relação de vinte e cinco servidores, com vínculo estatutário, nomeados para a função de avaliadores, diante do que foi expedida a recomendação 1/2014 para que a Administração Municipal anulasse todas as designações e adotasse providências para que a função fosse atribuída a auditores de carreira.

A recomendação não foi atendida, como afirma o Representante, uma vez que a Administração Municipal sustentava a regularidade das designações; segundo pesquisa realizada pelo Representante no sítio eletrônico do Município de Vila Velha, foram constatados os servidores e respectivos cargos e remunerações, nessa situação, o que consta às fls. 75-81 destes autos.

O Ministério Público representante sustenta a inconstitucionalidade do § 1º do art. 206¹ da Lei 3.375/1997 por violação à regra constitucional do concurso público, inserta no art. 37, inciso II e § 2º da Constituição Federal, que só admite a criação de funções de confiança de direção, chefia e assessoramento.

Requer por fim, o representante, a concessão liminar de medida cautelar para sustação dos atos de nomeação dos avaliadores adotando as providências para que tal tarefa seja executada por auditores fiscais de carreira do município e a instauração de incidente de inconstitucionalidade para analisar a o §1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997 alterado pela Lei Municipal nº 5.579/2014;

Quanto ao mérito, requer a procedência da representação para que seja declarada a nulidade de todas as designações de avaliadores de imposto sobre transmissão de bens imóveis, para que essa função seja atribuída aos auditores fiscais de carreira do município e que seja aplicada penalidade de multa pecuniária aos responsáveis

¹ Art. 206 [...]

§1º Caberá aos servidores efetivos a função de avaliadores, que serão em número de 25 (vinte e cinco), todos lotados na Coordenação de Tributos Imobiliários – CTRIM, designados pelo Prefeito Municipal, proceder à avaliação de bens imóveis ou

pelas ilegalidades apontadas.

Recebida e autuada a Representação, este Relator proferiu a Decisão Monocrática Preliminar 461/2015 (fl. 84-85) que recebeu a Representação e determinou a notificação do Prefeito Municipal, Senhor Rodney Rocha Miranda, para apresentar esclarecimentos em 05 dias, na forma do art. 307, §1º da Resolução 261/2013.

Expedido o Termo de Notificação 714/2015, o Senhor Rodney Rocha Miranda apresentou esclarecimentos às fls. 94 – 102 e em seguida o processo foi encaminhado ao Núcleo de Cautelares, que por meio da Manifestação Técnica Preliminar MTP 327/2015 propôs a este Relator que notificasse a Administração para o encaminhamento da lei da carreira de Auditor Fiscal do Município com as respectivas atribuições, o que por sua vez foi atendido por meio da Decisão Monocrática Preliminar 661/2015 (fls. 106 – 107).

Cumprida a diligência com o encaminhamento dos documentos solicitados por este Tribunal (fls. 115 – 125) e feita a análise necessária, foi elaborada a Manifestação Técnica Preliminar **MTP 459/2015** (fls. 128 – 132) com **proposta de deferimento de medida cautelar para sustação dos atos de nomeação de avaliadores**.

Esta proposta foi acolhida no voto deste Relator, às fls. 133 – 139, que **determinou a sustação dos atos de nomeação dos avaliadores no prazo de 15 dias**, o que foi acolhido pelo Plenário desta Corte, na **Decisão TC 4012/2015 – Plenário**.

O Secretário Extraordinário de Governo da PMVV traz documentos (fls. 165 - 168) demonstrando o cumprimento de medida cautelar e em seguida o processo foi encaminhado ao Núcleo de Cautelares, que elaborou a **Instrução Técnica Inicial nº 1889/2015** (fls. 170 - 178) apontando o indício de irregularidade e propondo a citação do Prefeito Municipal, Senhor Rodney Rocha Miranda.

Antes que se procedesse à citação, dois dos servidores municipais afetados pela decisão liminar assim como pela decisão final do processo, vêm ao processo requerer sua citação e a anulação de todos os atos anteriores, inclusive a liminar.

A **Manifestação Técnica Preliminar MTP 768/2015** (fls. 200 - 209) propôs o indeferimento de pedido de ingresso de terceiro interessado.

Certidão do Secretário Geral das Sessões adjunto às fls. 217 informa que a MMª Juíza da Vara da Fazenda Pública Estadual, Registros Públicos e Meio Ambiente de Vila Velha, em ação cautelar inominada proposta pelos servidores da PMVV ocupantes da função de avaliador, deferiu liminarmente a imediata suspensão da Decisão TC 4.012/2015-Plenário.

O Ministério Público de Contas, às fls. 219-221 requereu a notificação dos interessados para apresentar justificativas no prazo de 10 dias e que após o cumprimento dos trâmites processuais fosse concedida nova medida cautelar.

Em novo voto, este Relator acolheu o ingresso dos terceiros interessados, determinando sua notificação, juntamente com a citação do Prefeito Municipal.

Notificados (fls. 235 - 258) os interessados Sandra Terezinha Bianchi, Marcos Vicente Scalfoni e, Francisco de Assis Cavalcante Lima, Lucimar Nascimento Novaes, Rosangela Gonçalves Teixeira (fls. 331 - 334) e João Bosco Boldrini (fls. 336 - 339) requereram sua exclusão do processo.

Paulo Roberto de Azevedo Machado juntou defesa e documentos (fls. 334 - 360). 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 apresentaram defesa prévia às fls. 364 -392, subscrita por seu advogado, Dr. Luiz Henrique Antunes Alochio, constituído conforme instrumentos de mandato às fls. 385 – 392.

O Senhor Rodney Rocha Miranda, ora representado, trouxe defesa às fls. 398 - 449.

Em nova manifestação – **MTP 80/2016** – o Núcleo de Cautelares entende que este Tribunal de Contas saneou o vício existente que levou à suspensão judicial da

medida cautelar anteriormente concedida e por considerar estarem presentes os requisitos autorizadores opina pela concessão de medida cautelar determinando a sustação dos atos de nomeação dos avaliadores.

Este processo integrou a **pauta da sessão ordinária de 22/03/2016**, em que **houve sustentação oral das alegações de defesa** e em seguida, instruído com as notas taquigráficas (fls. 469 – 472) e memoriais (fls. 477 – 486), foi encaminhado ao Núcleo de Estudos e Análises Conclusivas que, por sua vez, opinou pelo **retorno ao Núcleo de Cautelares** a fim de que se analisasse se as razões de sustentação oral alteravam ou não a proposta de encaminhamento da MTP 80/2016, pela concessão de liminar, ainda não apreciada pelo relator.

Manifestou-se a Secex Previdência, que opinou no sentido de que os argumentos apresentados às fls. 469/472 bem como fls. 477/486 repetiam argumentos já trazidos nas justificativas e já analisados nas manifestações MTP 459/2015, ITI 1884/2015, PPJC 6548/2015 e MTP 80/2016, reiterando o entendimento quanto à permanência dos requisitos mínimos autorizadores da concessão da medida cautelar.

Na sessão plenária de 02/08/2016 este Tribunal de Contas, acompanhando Voto do Relator, proferiu a **Decisão 2136/2016**, no sentido de indeferir a medida cautelar, submeter os autos à tramitação ordinária e comunicar à MM Juíza Paula Ambrozim de Araújo Mazzei, da Vara dos Feitos da Fazenda Publica Estadual, Registros Públicos e Meio Ambiente de Vila Velha que este Tribunal notificou todos os Fiscais *ad hoc*, concedendo-lhes prazo para apresentação de justificativas.

Cumpridas todas as determinações contidas na decisão, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Estudos e Análises Conclusivas para elaboração de Instrução Técnica Conclusiva, conforme artigo 47, inc. III, alínea “d”, c/c art. 319, ambos da Resolução TC 261/2013 - Regimento Interno deste TCEES.

O NEC elaborou a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 3986/2016-4** (fls. 541 – 561).

O Ministério Público de Contas manifestou-se às fls. 565 – 566 em acolhimento aos fundamentos e conclusões da ITC 3986/2016.

Em seguida vieram os autos a este Gabinete para proferimento de voto.

Por meio do despacho 27.377/2017 encaminhei novamente os autos ao NEC para complementação da Instrução Técnica Conclusiva, uma vez que não havia se manifestado sobre as preliminares arguidas pela defesa.

Elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva complementar ITC 3297/2017**, foram os autos ao Ministério Público de Contas, que por meio do **Parecer 3829/2017** ratificou seu parecer anterior e se reservou ao direito de manifestação em sessão de julgamento.

Eis o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

A Instrução Técnica Conclusiva complementar ITC 3297/2017 constitui uma análise detalhada de toda a discussão travada neste processo, consolidando o entendimento da anterior, contido na ITC 3986/2016, de modo que tomo como razão de decidir a mencionada instrução técnica, que passo a transcrever:

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 Novelino² 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 convicção acerca da controvérsia principal.** Por isso a expressão *controle incidental* (g.n).

Acrescem os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³ 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).

² NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 8 ed., 2013, p. 238.

³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 774.

Acerca dos efeitos e alcance produzidos por decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴ 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. [...]**

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),

⁴ ALEXANDRINO; PAULO. Op. Cit. 2013, p. 806.

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 **competem 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 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).

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. 333⁵, § 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.”

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.

⁵ **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).

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. AJUZAMENTO 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 indício 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 Alexandre⁶: [...]

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 |

⁶ Direito Tributário Esquematizado. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 498.

| | | | | | |
|-----------------------------------|--|--|------------------------------|--------------|---------------|
| Assistente Público Administrativo | Planejar e executar atividades de suporte à gestão dos processos administrativos em diferentes áreas da Prefeitura de Vila Velha | Ensino Completo Médio | Marcela Bimbato de Moraes | R\$ 939,53 | R\$ 8.959,31 |
| | | | Andréa Cristina da V. Reblin | R\$ 1.026,65 | R\$ 11.606,28 |
| | | | Linea Possmoser | | R\$ 2.273,40 |
| | | | Sandro Marins Rauta | | R\$ 11.999,05 |
| | | | Aristides Felix dos Santos | R\$ 1.057,46 | R\$ 8.818,79 |
| | | | Elizabeth Santos Azevedo | | R\$ 9.291,90 |
| | | | Francisco de Assis C. Lima | | R\$ 9.022,56 |
| | | | Guilherme da Conceição Fraga | | R\$ 1.596,22 |
| | | | João Bosco Boldrini | | R\$ 9.034,40 |
| | | | Lucimar Nascimento | | R\$ 9.613,89 |
| | | | Luiz Messias dos Santos | | R\$ 1.600,34 |
| | | | Maria da Graça Peruzzo | | R\$ 16.273,05 |
| | | | Paulo Roberto de A. Machado | | R\$ 1.782,72 |
| | | | Robson Firme Barros | | R\$ 9.567,36 |
| | | | Rosangela 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 | Luzia Brunoro Bissoli | R\$ 1.057,46 | R\$ 12.376,48 |

| | | Classe | | | |
|-----------|--|--|--------------------------|------------|--------------|
| 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 Alexandre, 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 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).

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 diligência 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.**

A Instrução Técnica Conclusiva complementar ITC 3297/2017 constitui uma análise detalhada de toda a discussão travada neste processo, dentro de uma situação estática, limitada a subsunção do fato à norma.

Há que se atentar, no entanto, para as consequências sociais do transcurso dos 25 anos em que se perpetuou a situação ora declarada inconstitucional.

Penso que o tempo decorrido deve ser considerado para fins de modulação dos efeitos da decisão desta Colenda Corte de Contas, a fim de que sejam alcançados os fins de justiça buscados em todo julgamento.

A Lei 9.868, de 1999 veio positivar tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, proferindo decisões com modulações de seus efeitos. O artigo 27 da mencionada lei assim estabelece:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo

Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou **decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.**

Assim, quanto ao momento da produção dos efeitos da decisão, a declaração de inconstitucionalidade poderá ter seus efeitos suspensos por algum tempo a ser fixado na sentença.

Com a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, foi instituída dogmática adequada a um processo objetivo que permite soluções uniformes a casos em que sejam veiculadas as mesmas questões de direito, garantindo assim segurança, previsibilidade e racionalidade à ordem jurídica como um todo até mesmo no caso em que os precedentes forem superados.

Conforme o parágrafo terceiro do artigo 927, em havendo mudança na jurisprudência, seus efeitos podem ser modulados em atenção à segurança jurídica e ao interesse social, *in verbis*

§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Trata-se de verdadeira inovação trazida pelo novo Código, vez que até então a modulação de efeitos era cabível somente no Supremo Tribunal Federal. Ao tempo em que permite ao direito desenvolver-se, as relações jurídicas consolidadas pelo tempo são protegidas em homenagem à segurança jurídica.

Trazendo a discussão ao caso presente, a Administração Municipal de Vila Velha deverá dispor de tempo razoável para os devidos ajustes que serão necessários, de modo que, levando em conta o tempo de duração da relação jurídica entre os servidores municipais exercentes da função de avaliadores, até a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei municipal em que essa relação se baseou, o princípio da segurança jurídica exige a modulação dos efeitos dessa declaração, postergando-se sua efetividade e exequibilidade por 90 (noventa) dias, garantindo-se assim uma transição menos drástica, com a continuidade do serviço público.

Por fim, considerando a ausência de participação do Senhor Rodney Rocha Miranda no estabelecimento do vínculo entre a Administração e os agentes em questão, diverjo da Instrução Técnica Conclusiva 3297/2017 quanto à aplicação de multa ao ex-Prefeito.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, subscrevendo parcialmente o entendimento técnico, para dele divergir apenas em relação à multa aplicada e integralmente o do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

DELIBERAÇÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator:

1. de acordo com o art. 1º, § 3º da Lei Complementar 621/2012 e no 206, § 2º, e no artigo 207, inciso V, do Regimento Interno do TCE-ES, acolhendo a manifestação contida na Instrução Técnica Conclusiva 3297/2017 e no parecer do Ministério Público de Contas:

1.1 diante do preceituado nos artigos 95, inciso II e 99, § 2º, ambos da Lei Complementar 621/2012, **pela procedência da Representação**, tendo em vista o reconhecimento da seguinte irregularidade:

1.1.1 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

1.2. pelo não acolhimento das preliminares suscitadas, na forma do itens 3.1, 3.2 e 3.3 da Instrução Técnica Conclusiva, transcrita neste voto, 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;

1.3 Preliminarmente, em sede de incidente de inconstitucionalidade, fulcrado no art. 333⁷, § 2º, do RITCEES (Res. TC 261/2013), pela **declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 206 da Lei Municipal nº 3.375/1997** (alterada pela Lei Municipal nº 5.579/2014), que ora se argui, uma vez que ao permitir que servidores ocupantes de cargos e naturezas diversos fossem designados para a função de avaliadores, exclusiva da carreira de fiscal do município, o que **afrontou** o art. 37, *caput* e inciso II, da Carta Magna.

1.4 Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Rodney Rocha Miranda, ex-Prefeito Municipal de Vila Velha, em razão da irregularidade disposta no item 1.1.1 deste voto.

1.5. 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

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).

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, **terceiros interessados** em razão da irregularidade disposta no item 1.1.1 deste dispositivo de voto.

1.6. Determinar ao atual Prefeito Municipal de Vila Velha que no prazo de **90 (NOVENTA) dias**, 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.