

JONES FERREIRA DA SILVA

**CARGOS DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO
NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE PARNAMIRIM/RN –
CARGOS PRIVATIVOS DE FISCAL DE TRIBUTOS?
ESTUDO DO CASO DA PRIMEIRA AÇÃO NO BRASIL, PROMOVIDA PELO
BACHARELANDO E OUTROS, CONTRA O MUNICÍPIO DE PARNAMIRIM/RN**

Jones Ferreira da Silva é bacharel em Ciências Contábeis pela UFPE, Especialista em Direito Tributário pelo CIESA - Manaus e bacharelado em Direito pela Estácio Natal.

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise de que os cargos de direção, chefia e assessoramento das administrações tributárias devam ser preenchidos por cargos de carreira, mais especificamente, por fiscais de tributos; o tema será abordado a partir de uma ação ajuizada pelo bacharelado e outros contra a prefeitura de Parnamirim/RN, ou seja, através de um caso concreto, utilizando-se uma metodologia de pesquisa de análise qualitativa, descritiva e documental, em razão da possível inconstitucionalidade de preenchimentos desses cargos comissionados por terceiros. Diante dos pareceres de renomados juristas e de alguns Tribunais de Contas, chega-se à conclusão que não pode ser diferente o preenchimento desses cargos tendo em vista, entre outras coisas, o sigilo fiscal a ser garantido aos contribuintes dos tributos brasileiros.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que os entes públicos, principalmente as prefeituras, tentam burlar o processo de concurso público para beneficiar os seus apadrinhados; utilizando-se, para isso, da criação de cargos em comissão supostamente de direção, chefia e assessoramento. Felizmente alguns tribunais têm julgado inconstitucionais esses cargos por terem natureza meramente técnica/burocrática, como ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2013.002192-5 em relação à prefeitura de Parnamirim/RN.

Os cargos da prefeitura de Parnamirim são, de forma genérica, os de Secretário-Adjunto, Assessores, Coordenadores e Gerentes, e os cargos da Secretaria de Tributação – mais especificamente – deveriam ser ocupados por auditores-fiscais, segundo o que a doutrina entende em relação ao art. 37, XXII, da Constituição Federal (CF), incluso pela Emenda à Constituição (EC) nº 42/07, já que são privativos de servidores de carreira.

A ocupação desses cargos por servidores aprovados para o cargo de fiscal de tributos iria tornar a Administração Tributária mais imune à ingerência de certos políticos, que veem na Secretaria de Tributação uma forma de obter indiretamente financiamentos para sua campanha política, já que fazem a troca desses financiamentos por omissões nas fiscalizações tributárias e/ou concessão de isenções fiscais para os empresários financiadores.

A relevância da presente pesquisa é a de se perceber que, tendo uma Administração Tributária forte e independente de ingerências políticas – com um quadro funcional meritocraticamente ocupado por servidores concursados, o município poderá se beneficiar com uma maior arrecadação – independentemente se quem é fiscalizado apoie o partido A ou B; bem como as isenções fiscais para empresários apadrinhados se tornará mais difícil e, com isso, o déficit arrecadatório tenderá a ser menor.

Os princípios constitucionais, descritos no *caput* do art. 37 da CF, não permitem que se tenha no Âmbito da Administração Tributária servidores não qualificados, que trabalhem com informações sigilosas, e que possam interferir na

fiscalização de empresas sonegadas de impostos pelos auditores, servidores esses geralmente empossados via concurso público.

Portanto, indaga-se: os cargos de direção, chefia e assessoramento da Administração Tributária de Parnamirim/RN são privativos de fiscais de tributos?

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo geral avaliar em que medida a ocupação de cargos de direção, chefia e assessoramento na Secretaria de Tributação de Parnamirim por comissionados pode ser considerada inconstitucional.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: apresentar a fundamentação teórica que embasou a propositura de ação nº 0102191-25.2014.8.20.0124 TJRN (JONES FERREIRA DA SILVA E OUTROS x MUNICÍPIO DE PARNAMIRIM), em relação ao tema da ocupação dos cargos de direção, chefia e assessoramento nas Secretarias de Tributação; apontar alguns pareceres de tribunais de Contas estaduais e de juristas sobre o mesmo assunto; relatar o trâmite da ação nº 0102191-25.2014.8.20.0124 TJRN (JONES FERREIRA DA SILVA E OUTROS x MUNICÍPIO DE PARNAMIRIM), primeira ação no país sobre esse tema, até o seu trânsito em julgado, indicando como estava a ocupação de cargos de direção, chefia e assessoramento na Secretaria de Tributação de Parnamirim por comissionados no ano de 2014.

O desenvolvimento do trabalho parte da hipótese de que a Prefeitura de Parnamirim/RN falha, em vista do princípio da moralidade e da legalidade, ao delegar a terceiros funções importantíssimas no que se refere ao sigilo fiscal, contrariando o disposto no art. 145, § 1º de nossa Carta Magna, e à arrecadação eficaz de tributos dos contribuintes, contrariando o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Realizou-se como metodologia uma pesquisa de análise qualitativa, descritiva e documental.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA RELACIONADA AO TEMA

Em regra, a ocupação dos cargos por servidores da Secretaria de Tributação de Parnamirim/RN (SEMUT), como o de Secretário-Adjunto, Assessores,

Coordenadores e Gerentes, deveriam ser ocupados por auditores-fiscais, segundo o entendimento da doutrina sob o fundamento do art. 37, XXII, da CF, incluso pela EC 42/07.

Nesse compasso, os servidores de carreira, aprovados para o cargo de fiscal de tributos tornariam a Administração Tributária mais imune à ingerência política, beneficiando o município com uma maior arrecadação.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em conformidade com o que preconiza o artigo 37, XXII da Constituição Federal, emitiu a Resolução nº 987/2013, cujo artigo 3º, I, salienta as atividades da Administração Tributária, bem como o artigo 4º, II, estabelece como irregularidade o descumprimento daquele inciso constitucional.

Se o próprio órgão que fiscaliza o Estado do Rio Grande do Sul e seus municípios adverte para o cumprimento do artigo constitucional de que as administrações tributárias têm de constituir seus quadros com servidores de carreira, então é porquê é fundamental a observância desse aspecto pelos gestores de lá, mas não muito menos pelos de Parnamirim(RN).

Juarez Freitas, PhD em Direito, em resposta à Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais (FEBRAFITE), à Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (ANFIP), à Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais (FENAFIM), à Federação Nacional dos Auditores-fiscais da Previdência Social (FENAFISP) e ao Sindicato Nacional dos Auditores-fiscais da Receita Federal (UNAFISCO), emitiu o seguinte parecer:

5. Administrações Tributárias exercidas por servidores de carreiras específicas engloba todos os cargos de chefia privativos das carreiras? Inclusive o cargo máximo, como por exemplo, o de Secretário da Fazenda Estadual e Municipal e o de Secretário da Receita Federal e o correspondente na área previdenciária?

(...)

Cercado quesito quinto, o que se pode afirmar é que todos os cargos vinculados à Administração Tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem ser preenchidos, no mínimo, por servidor público de carreira. Essa orientação, em sintonia com o disposto no inciso V do art. 37 da CF, prevalece até mesmo para os cargos de confiança e os

cargos em comissão, em cujo contingente também se acham os cargos de direção e de chefia¹.

O renomado jurista afirma que o cargo de Secretário de Tributação (ou de Finanças) deve ser ocupado por fiscal de tributos em razão da interpretação do artigo 37, XXII da CF; bem como os cargos de direção, chefia e assessoramento, que estão subordinados ao secretário, deverão ser ocupados por servidores de carreira, ou seja, por fiscais de tributos.

Romeu Felipe Bacellar Filho, em 2006, emitiu o seguinte parecer sobre questionamentos feitos pelo Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita do Estado do Paraná (SINDAFEP), Sindicato dos Fiscais da Fazenda do Estado de Santa Catarina (SINDIFISCO) e pelo Sindicato dos Servidores Públicos de Carreira de Nível Superior do Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização do Estado do Rio Grande do Sul (SINTAF/RS), em razão da EC 42/03 que acrescentou o inciso XXII ao artigo 37 da Constituição Federal:

(...)

3. Pode-se depreender do inc. XXII do art. 37 a imposição da existência de uma carreira específica e exclusiva para o exercício das atividades da Administração Tributária?

Anoto-se, de todo modo, a necessidade de criação de carreiras específicas para o exercício de tais funções, organizadas de acordo com suas particularidades, não sendo compatível com as exigências de uma Nova Administração Tributária, tal qual apregoado pela Emenda Constitucional em comento, o exercício das funções fiscais por servidores que não gozem de um rol de garantias especiais, próprio das carreiras típicas de Estado.

4. Pode-se depreender do comando parcial do inc. XXII do art. 37 que define que as "atividades da Administração Tributária são essenciais ao funcionamento do Estado" que as carreiras que as exercem são inequivocamente carreiras de estado? Tal questão foi amplamente enfrentada no corpo do presente estudo, restando assentado que o texto constitucional atribuiu às carreiras pertencentes à Administração Tributária a natureza de carreiras típicas de Estado, em face das atividades que lhes são pertinentes. Aliás, houve a preocupação em demonstrar como as carreiras ora apreciadas tipificam o Estado desde o seu surgimento, enquanto esfera politicamente organizada².

¹ PARECER do PhD em Direito Juarez Freitas. Disponível em: chrome-extension://oemmnndcbldboiebfnladdacbfmadadm/drive:drivefs-82520d70fbb194f84eb8cc1a229c9bd/root/TCC/Parecer%20de%20Juarez%20Freitas%20_1_.pdf.

² PARECER do Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho. Disponível em: http://www.sindsefaz.org.br/parecer_administracao_tributaria_regiao_sul.htm Acesso em: 20 mar. 2016.

O parecer enfatiza que os cargos da Administração Tributária são de carreira típicas de Estado, não cabendo a nomeação de terceirizados a ocuparem cargos dentro da secretaria de Tributação; sendo assim, nem mesmo cargos de provimento em comissão podem ser criados para serem ocupados por estranhos da área de fiscalização, por dedução, tendo que necessariamente serem ocupados por auditores-fiscais.

Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi, em 2007, emitiram o seguinte parecer sobre os mesmos questionamentos, dessa vez feitos pelos sindicato de Auditores Fiscais de Minas Gerais (SINDIFISCO-MG), em razão da EC 42/03 que acrescentou o inciso XXII ao artigo 37 da Constituição Federal:

(...)

2. Pode-se depreender do inc. XXII do art. 37 a imposição da existência de um órgão específico e exclusivo para o exercício das atividades da Administração Tributária? Ou pode-se depreender do inc. XXII do art. 37 a imposição da existência de uma carreira específica e exclusiva para o exercício das atividades da Administração Tributária? Ao contrário, as altas funções que a Administração Tributária deve cumprir nos Estados democráticos exigem, como já realçamos ao longo deste Parecer, alta especialização de servidores, em cargos, funções e organização próprias, dispostos em carreira, que lhes assegure profissionalização, ascensão, oportunidades de desenvolvimento e expectativas de garantia suficientes para compensar as restrições de comportamento, que lhes são impostas. Portanto, nos Estados democráticos, os serviços de Administração fazendária somente devem atuar com organização própria, carreira com cargos específicos e hierarquizados, alta profissionalização da competência, de tal modo que possam ser identificados e reconhecidos quer no seio do Poder Executivo, quer em relação aos demais Poderes. A alta especialização profissional, a organização hierarquizada e a organização são técnicas essenciais de diferenciação social, que ocorrem em intensidade tanto maior quanto mais elevadas forem a credibilidade e a autoridade da atividade envolvida. Assim ocorre com o Poder Judiciário e o Ministério Público, cujo prestígio e importância sociais elevam-se nas sociedades democráticas.

3. Pode-se depreender do comando parcial do inc. XXII do art. 37 que define que as "atividades da Administração Tributária são essenciais ao funcionamento do Estado" que as carreiras que as exercem são inequivocamente carreiras de estado? É evidente que sim. De acordo com as doutrinas publicistas, em especial do Direito Administrativo, entende-se em geral por carreira de Estado toda aquela atividade, cujo exercício desencadeia o aparecimento da supremacia e da autoexecutoriedade do ato estatal em face do cidadão. Não podem assim ser dadas em concessão ou delegadas à iniciativa privada. Impõe-se a regulação de uma carreira por lei, com cargos a serem preenchidos mediante concurso público, organizados de forma hierarquizada e de alta especialização. A autonomia funcional é vital ao bom funcionamento das atividades inerentes à Administração fazendária, de tal forma que se dê uma necessária impermeabilização da função, em relação ao restante da Administração Pública, em especial em relação aos agentes políticos, e

ainda em relação ao ambiente externo, pleno de interesses econômicos e políticos. A função pública só pode ser exercida de maneira imparcial e isonômica para todos os contribuintes. Portanto, como em toda carreira de Estado, a independência funcional do exercício da atividade é essencial.

4. Quando o comando parcial, inc. XXII do art. 37, rege que as atividades das Administrações Tributárias serão “exercidas por servidores de carreiras específicas”, isto significa que a Administração Tributária de uma esfera de Governo poderá ter mais de uma carreira específica ou que cada esfera terá a sua carreira específica e única da Administração Tributária? A ideia de *carreira* no sentido dinâmico como, usualmente, é considerada, supõe uma organização hierárquica, que pode ser gradativamente ascendida pelo servidor. Nessa acepção, a segunda alternativa parece-nos ser a mais coerente, pois o dispositivo se refere às Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios³.

Nesse parecer, Sacha e Misabel salientam a ascensão dos servidores efetivos dentro do seu respectivo quadro, o que se pode depreender que não se permite haver cargos de chefia destinados a apadrinhados, mas tão somente para servidores concursados no cargo de auditor-fiscal.

A procuradora do Município de Blumenau, Dr.^a Cleide Regina Furlani Pompermaier, especialista em Direito Tributário e membro da comissão de direito tributário da OAB/SC, no artigo “Patrimônio é protegido por contribuinte, estado e fisco”, salientou:

(...) E de quem é a competência para executar as ações realizadas pela Administração Tributária? Sem dúvida alguma, tão-somente, os Auditores Tributários têm essa competência, podendo-se afirmar que a Administração Tributária, aliás, é representada pelos próprios Auditores, os quais têm prerrogativas especiais, que serão apreciadas em tópico posterior⁴.

E comenta também:

(...) E o que ocorre, então, com o crédito tributário, seja este formalizado por autoridade federal, estadual ou municipal se este for constituído por servidor não concursado efetivamente para o cargo de auditor? O lançamento será declarado nulo porque não foi efetuado por agente capaz. O lançamento será declarado nulo porque realizado por autoridade incompetente, lembrando que o concurso deve ser específico para o cargo⁵.

³ PARECER dos Drs. Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi.

⁴ POMPERMAIER, Cleide Regina Furlani. **Patrimônio é protegido por contribuinte, estado e fisco. Disponível em:** <https://www.conjur.com.br/2011-fev-03/contribuinte-estado-fisco-juntos-protecao-patrimonio-publico>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁵ Idem.

A autora salienta a relação que se deve ter entre o auditor-fiscal e a Administração Tributária, em todos os seus cargos fins, portanto os cargos de direção, chefia e assessoramento também devem ser privativos de fiscais de tributos.

Em conformidade a essa ideia – a da Nova Administração Tributária, motivada pelo inciso XXII do artigo 37, bem como pelos artigos 52, XV e 167, IV, todos da Carta Magna Brasileira, foi aprovado o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 186/07 pela Comissão Especial da Câmara, depois de ouvidos doutores e especialistas na área tributária, que, em artigos mostrando a evolução política-econômica-fiscal no Brasil, salientam claramente a necessidade da não intervenção dos governantes nessa área, e que se dará através da autonomia administrativa e financeira das Administrações Tributárias, assim como se dá ao Ministério Público.

Essa PEC estabelece a necessidade de se criar a Lei Orgânica da Administração Tributária (LOAT) e está pronta a ser votada desde 19 de novembro de 2013 da seguinte forma:

Acrescenta dispositivos ao art. 37 da Constituição Federal, referentes às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e à inspeção do trabalho. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 37 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 37. § 13. Lei complementar, de iniciativa do Poder Executivo, estabelecerá as normas gerais aplicáveis às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dispondo, inclusive, sobre direitos, deveres, garantias e prerrogativas dos ocupantes dos cargos de suas carreiras específicas, mencionadas no inciso XXII do caput deste artigo.

§ 14. Às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são asseguradas autonomia administrativa, financeira e funcional, e as iniciativas de suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (NR).

Art. 2º O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional os projetos das leis complementares previstas no inciso XXIII do caput do art. 37 e no § 13 do mesmo artigo da Constituição Federal no prazo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Sala da Comissão, 19 de novembro de 2013⁶.

⁶ Proposta de Emenda à Constituição nº 186/07. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=375821>. Aceso em: 15 dez. 2019.

Ou seja, a Proposta de Emenda Constitucional tem por objetivo fortalecer o Fisco, para que não haja interferência política nas ações de fiscalizações, inclusive através de cargos comissionados ocupados por pessoas estranhas à carreira de auditor-fiscal.

No contrapasso dessa ideia, a Administração Municipal também desrespeitou o regramento contido no artigo 39 da Constituição Federal, bem como o artigo 28 da Constituição Estadual, quando deixa de criar um plano de carreira ao cargo de Fiscal de Tributos, já que todos os cargos de direção, chefia e assessoramento estão ocupados por comissionados.

Além disso, a Administração Pública está delegando irregularmente, a quem não tem competência, a atividade indelegável e que deveria ser realizada através de servidores de carreiras específicas, o que confronta os artigos 3º, 7º e 142 da Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional (CTN), bem como o art. 11 da Lei Complementar (LC) 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

2.2 DECISÕES DE OUTROS TRIBUNAIS

2.2.1 Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (MPJTCE)

Os aprovados na reserva técnica procuraram o apoio do MPJTCE, tendo em vista aquele órgão fiscalizar as administrações municipais nos aspectos legais e econômicos, porém, apesar de toda a doutrina incluída nos autos do processo nº 13907/13 e do acórdão do Tribunal de Justiça do RN em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), que questionava a constitucionalidade da Lei Complementar (LC) nº 022/07, o parecer Procurador Othon Moreno entendeu que o art. 37, XXII, da CF prevê a carreira específica na administração tributária do município, o que existia, e que não se mistura com os cargos de direção, chefia e assessoramento, sendo o processo foi arquivado; apesar de se ter apensado novas provas – inclusive com o acórdão da ADIn sobre a LC nº 022/07 do TJRN, o parecer

do Procurador não foi modificado e apenas foi sugerido multa para os gestores por não terem detalhado os cargos considerados de direção, chefia e assessoramento.

2.2.2 Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB)

A quinta vara cível da Comarca de Patos concedeu antecipação de tutela a três candidatos aos cargos e Fiscais de Tributos, em razão de haver comissionados exercendo funções de chefia, cargo privativo de auditor-fiscal, porém não houve julgamento do mérito por ter ocorrido a transação; a antecipação de tutela se deu nos seguintes moldes:

DECISÃO

Relatório

Aduziu que, em 2014, prestou concurso público, realizado pelo município promovido, para o cargo de Agente Fiscal de Tributos, e obteve a 6ª posição. Falou que no edital foram ofertadas 2 vagas, mas mesmo não sendo aprovado dentro do número de vagas aguardou ser convocado para posse, **vez que há elevado número de servidores públicos precários em cargos próprios de concursados, notadamente na estrutura da Secretaria de Finanças e exercendo Função de Estado, privativa de aprovado em concurso público. Disse que a municipalidade continua insistindo em manter comissionados em cargos próprios de Agentes de Fiscal de Tributos, sob o manto de: chefias, diretorias, etc.**

Fundamentação

Pois bem, o autor vê pessoas nomeadas em comissão, ao arrepio do mandamento democrático e republicano do concurso público, exercendo as atribuições do cargo pretendido e recebendo a remuneração mensal. Entretanto, há uma situação singular de nomeação de comissionados para os cargos próprios de Agentes Fiscais de Tributos, mesmo sem previsão legal para esta específica forma de nomeação, livre do critério republicano do concurso público. Ora, a regra é o concurso público (art. 37, I e II, CF), sendo, portanto, exceção a nomeação para cargos comissionado, pois estes devem ter previsão legal expressa (livre nomeação e exoneração), conforme “parte final” do mesmo texto da Lei Maior citado. De tal forma, ressoa serena a conclusão de que a norma constitucional, democrática e popular, que versa sobre o provimento efetivo via aprovação em concurso público há sempre de prevalecer sobre a exceção, que o provimento por agentes comissionados (art. 37, II, “in fine”, CF).

EMENTA: ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO – NOMEAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA DENEGADA. 1- **O provimento de cargos públicos somente se opera mediante prévia aprovação em concurso público, conforme dispõe o artigo 37, inciso II, da Constituição da República, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. A interpretação de qualquer normal deve ser dada sempre à luz da Constituição Federal**, pois não é bom para a ética e nem para a moral pública, valer-se de texto legal omissivo para burlar princípios estabelecidos na Carta Fundante da República (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - art. 37, CF). Realmente, nesta ação não se invoca

tão somente a burla à Voz do Povo, expressa na Constituição Federal (art. 37, I e II) para preterir aprovado em concurso público e **contratar sem critério legítimo para exercer as atribuições de cargo aprovado em concurso público – o que já nos parece demasiado grave e inaceitável.**

Ora, se há necessidade de mais pessoas para o desempenho dos serviços de Agente Fiscal de Tributos, cargos com previsão legal e ocupados por comissionados sem norma expressa, devem ser convocados à nomeação os demais aprovados no certame embora fora do número de vagas do edital. Realmente, é contraditória e ofensiva da Constituição Federal, da Democracia, da República e da legalidade, reconhecer que o serviço público precisa de mais agentes de fiscal de tributos, e o município promovido nomear para cargo efetivo, pessoal em cargos comissionados. A Administração Pública deve agir de forma séria, impessoal e eficiente. Não pode enganar-se, nem a terceiros, burlar o mandado de otimização do concurso público e preterir os objetivos comandados do art. 37, da CF.

Conclusão

Patos-PB, 6/4/2016.

Ramonilson Alves Gomes

Juiz de Direito⁷

2.2.3 Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso (TCE/MT)

O TCE/MT emitiu cartilha orientando os gestores quanto às contratações precárias, fazendo-se observar que nas Administrações Tributárias não pode haver a terceirização dos cargos de atividades-fim, sendo assim, não podem nomear terceirizados para ocuparem cargos de direção, chefia e assessoramento, neste sentido:

Cartilha de Orientação para Contratação por Tempo Determinado para Atender a Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público

Gestão: 2012 – 2013

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO

DEZEMBRO/2013

1.8.5. Contratação temporária e o exercício do Poder de Polícia do Estado. Algumas carreiras são inerentes às atividades do Estado, sendo regulares e permanentes na Administração Pública, devendo ser preenchidas por meio de concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição do Brasil. A par disso, não se pode olvidar que o procedimento de contratações temporárias, na hipótese, por exemplo, de auditores fiscais de tributos, é incompatível com a natureza do cargo em tela, posto que suas atividades são funções exclusivas do Estado, na medida em que detentoras de poder de polícia, devendo-se, portanto, dar provimento efetivo a estes cargos mediante abertura de concurso público (art. 37, XXII, CF). **As carreiras da administração tributária não podem ser objeto de delegação a terceiros, ou mesmo de contratação temporária nos moldes do artigo 37, IX, da Constituição Federal, uma vez que envolve, inclusive, a quebra de sigilo fiscal dos contribuintes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, conforme dispõe o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal.** Conclui-se que os auditores fiscais de tributos devem ser servidores de

⁷ Ação 0801273-54.2016.8.15.0251. Patos-PB, 6/4/2016. Disponível em: <https://pje.tjpb.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=f921c430bff50d35b6fb7e330a623f0d5835d41924b4ae61>. Acesso em: 15 dez. 2019.

carreira da Administração Pública, admitidos por meio de concurso público, sendo vedada a contratação temporária e a delegação das suas atribuições a particulares. Por fundamentos semelhantes, refuta-se a possibilidade de contratação temporária, ou ainda por meio de cargos em comissão, de outros agentes públicos que exerçam parcela do poder de polícia do Estado, a exemplo das carreiras de fiscal de vigilância sanitária, guarda de trânsito, policial civil e militar, agentes ambientais, dentre outros.⁸

2.2.4 Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES)

O TCE/ES salienta que as Administrações Tributárias não podem possuir cargos ocupados por terceirizados, a fim de se evitar também o manuseio de informações com sigilo fiscal por pessoas desqualificadas, dessa forma, os cargos de direção, chefia e assessoramento teriam de ser privativos de fiscais de tributos, *in verbis*:

PARECER EM CONSULTA 000
20/2019-1– PLENÁRIO DOEL – TCEES 18.11.2019 – Ed. nº 1493, p. 174
Sentencia tal entendimento o disposto no artigo 37, inciso XXII, da Constituição Federal, que segue:
Art. 37. (...) (...) XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais do funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (grifos da IT). A exigência do concurso público constitui garantia constitucional de isonomia e impessoalidade no acesso aos cargos e empregos da Administração, por meio da aferição imparcial dos conhecimentos técnicos necessários ao exercício das respectivas funções. **Busca a composição de um quadro permanente de profissionais aptos a realizarem as atividades próprias do órgão ao qual se vinculam e que, por integrarem a estrutura organizacional do ente público, não devem ser realizadas por terceiros alheios à máquina administrativa⁹.**

2.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5611

O governo do Espírito Santo criou a LC nº 832/2016 que revogou normas que dispunham que os cargos de provimento em comissão em postos fiscais, agências da Receita estadual e coordenações regionais da Receita, bem como os cargos de chefia e de supervisor, eram privativos de agente de tributo estadual; permitindo, com isso, a possibilidade de pessoas estranhas ao quadro de fiscais de tributos

⁸ Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/publicontas/detalhePublicacao?publicacao=105>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁹ TRIBUNAL de Contas do Estado do Espírito Santo. **Representação TC nº 9197 MPJTCEES.**

possam assumir o comando de determinados setores. Com isso, a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) ajuizou a ADI nº 5611, contra a referida lei complementar, baseando-se no art. 37, XXII da CF, sendo sorteado o Ministro Celso de Melo como relator - que adotou o rito sumário, descrito no art. 12 da Lei 9.868/1999, *in verbis*:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação¹⁰.

A Procuradoria-Geral da República entende que não há inconstitucionalidade em razão do inciso XXII do artigo constitucional não determina caráter exclusivo dos fiscais de tributos no que se refere na Administração Tributária, nos seguintes termos:

Por força do disposto no art. 37-V e XXII da Constituição pode-se afirmar que as funções de confiança no âmbito da administração tributária são de recrutamento limitado; já os cargos em comissão não. Primeiro, porque todas atividades estatais específicas devem ser exercidas por servidores habilitados para o ofício e não apenas as relativas à administração tributária. Segundo, porque o art. 37-XXII da CF não estabelece que as funções de administração tributária sejam exercidas com exclusividade por servidores de carreiras específicas e do texto constitucional não é possível extrair tal conclusão. Além disso, como bem observou a Advocacia-Geral da União, o disposto no art. 37-XXII não configura exceção à possibilidade de recrutamento amplo para cargos em comissão, decorrente do art. 37-II e V da CF. Isso porque, o preceito alusivo à administração tributária “não se destina a estabelecer regras de investidura em cargo público”. Assim, por tratarem de temas distintos, não há que cogitar de relação de excepcionalidade entre os preceitos constitucionais. Portanto, o fato de a Lei Complementar 832/2016 dispor que “os cargos de provimento em comissão, da estrutura organizacional da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ, são de livre nomeação e exoneração” não significa fragilização da administração tributária. Sendo a convocação para exercício de cargos em comissão restrita às funções de direção, chefia e assessoramento, somente os agentes que possuam habilitação específica para o desempenho dessas funções poderão ser designados ou nomeados, sejam integrantes dos quadros da SEFAZ ou não. São, portanto, inválidas as nomeações ou

¹⁰ ADIn 5611. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5075752>. Acesso em: 15 dez. 2019.

designações que atendam tão somente a critérios políticos, troca de favores ou nepotismo, por traduzir desvio de finalidade¹¹.

Atualmente, a referida ADIn ainda está em trâmite no STF, conclusa ao relator.

2.2.6 Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (MPJTCESC)

O MPJTCESC emitiu parecer sobre o pedido de reforma de acórdão no tocante à contratação, com dispensa de licitação, de empresa especializada em tributação pelo então prefeito de Joinville, assim explicitado:

PARECER nº: MPTC/2039/2011

PROCESSO nº: REC 09/00518820

ORIGEM: Prefeitura Municipal de Joinville

INTERESSADO: Marco Antônio Tebaldi

ASSUNTO: Referente ao Processo -DIL-06/00449505

(...)

O Acórdão, em síntese, dispôs:

(...)

6.2.2. R\$ 500,00 (quinhentos reais), em função da outorga indevida de atribuições estatais à entidade privada, em desacordo com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade previstos no caput e no inciso XXII do art. 37 da Constituição Federal.

Inicialmente, cumpre destacar que o Contrato n. 195/2006, oriundo da Inexigibilidade n. 073/2006, visou à “assessoria especializada nas áreas de gestão cadastral; tributária; modelagem, normalização e regulamentação de dados; gerenciamento de serviços; desenvolvimento, implantação e manutenção de sistemas de aplicativos, com foco no atendimento ao cidadão a estruturação do cadastro técnico multifinalitário de Joinville – CTM; operacionalização de carteira de cobrança; treinamento e reciclagem pessoal; planejamento e emissão de tributos e atendimento a contribuintes”.

(...)

Não obstante isso, o contrato em destaque previu indevida outorga à iniciativa privada de atividades essenciais, relativas ao poder de polícia e inerentes à administração tributária do município, típicas da Administração Pública.

Em que pese às justificativas apresentadas, o Corpo Técnico considerou irregulares as seguintes atividades outorgadas:

- a) Atualização e base de cálculo com a implantação do modelo de avaliação e cobrança do ITBI;
- b) Planejar e gerenciar a operação de lançamento de carnês referentes ao IPTU e ISS/TLL;
- c) Gestão da COSIP, mediante o lançamento mensal e procedimentos para integração do cadastro imobiliário;
- d) Manutenção de sistemas de computadores afetos à Cobrança Ativa, execução da fiscalização, ISS homologado etc.;

¹¹ Idem.

e) Gerenciamento da Cobrança Ativa, mediante a formação e acompanhamento das carteiras, suporte ao atendimento receptivo ao cidadão.

Deveras, como se depreende dos documentos relativos à contratação, em especial, seu termo de referência, **o objeto do contrato previu a delegação de atividades essenciais do poder de polícia, relativas à administração tributária de competência privativa de servidores de carreira, em flagrante desrespeito ao art. 37, XXII da Constituição Federal¹².**

Vê-se, nessa decisão, que atividades exercidas pelos comissionados da secretaria de Tributação de Parnamirim são privativos de servidores de carreira; apesar do fato ter ocorrido em Santa Catarina, a interpretação da Constituição Federal deve ser uma só.

2.3 RELATO DO CASO DA PRIMEIRA AÇÃO NO BRASIL, PROMOVIDA PELO BACHARELANDO E OUTROS, CONTRA O MUNICÍPIO DE PARNAMIRIM/RN

A ideia de ajuizar uma ação questionando a legalidade da nomeação dos cargos comissionados de direção, chefia e assessoramento da administração tributária da prefeitura de Parnamirim/RN, em detrimento aos aprovados no concurso público para o cargo de fiscal de tributos (1 e 2), começou de uma forma despretensiosa no ano de 2012/2013, quando li um artigo no site da Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais (FENAFIM) que tratava sobre o art. 37, XXII, da CF, *in verbis*:

XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio¹³.

O artigo defendia que os cargos de direção, chefia e assessoramento da administração tributária deveriam ser privativos de fiscais de tributos e trazia em seu bojo pareceres de especialistas no assunto.

¹² PARECER nº: MPTC/2039/2011(MPJTCESC). Disponível em: <https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/Pareceres/3515183.HTM>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Eu havia acabado de prestar um concurso para o cargo de Fiscal de Tributos 1 (cujo pré-requisito era o de ter graduação em Administração, ou em Contábeis, ou em Direito ou em Economia) da Prefeitura de Parnamirim, tendo sido aprovado em décimo oitavo lugar de um total de dez vagas (sendo uma vaga para Pessoa com Deficiência – PCD).

Apesar da carência de profissionais, a nomeação acabou saindo em 2013, aproximadamente um ano depois do início das convocações para os outros cargos – depois de muita insistência, porém somente para os candidatos aprovados dentro das vagas: a PCD e mais o pessoal aprovado até o décimo segundo lugar da ampla concorrência; o que fez ampliar para dezoito o quadro de fiscais da prefeitura, sendo dois para o cargo de Fiscal 2 (Tecnólogo da Informação – TI).

Em virtude da informação obtida através do artigo supracitado, busquei informações sobre quais eram os cargos comissionados de direção, chefia e assessoramento da Secretaria Municipal de Tributação (SEMUT), com o intuito de requerer minha convocação por via judicial, se fosse o caso. À medida que eu ia me aprofundando nessa tese, cada vez mais encontrava doutrinas favoráveis, apesar de não localizar nenhuma ação judicial com esse objeto, mas também não havia uma tese contrária sequer.

2.3.1 DOS CARGOS COMISSIONADOS

Na ocasião os cargos estavam assim distribuídos, conforme o Diário Oficial do Município:

2013	Portaria nomeação nº	Cargo
Inerente a Fiscal 1		
Káthia Palhano	0025, de 02 de janeiro	Secretária Adjunta
Renata de Sales	0165, de 10 de janeiro	Coordenador Dívida Ativa
Livya Rosielle	0293, de 14 de janeiro	Gerente Conciliação e Arrecadação da Dívida Ativa
Maria Ivaneide	0294, de 14 de janeiro	Gerente de Inscrição da Dívida Ativa
Fábio Roberto	0163, de 10 de janeiro	Coordenador Receita Mobiliária
Jessyca Kaliny	0291, de 14 de janeiro	Gerente Cadastro e Planejamento Mobiliário
Reginaldo Luis	0296, de 14 de janeiro	Gerente Fiscalização Mobiliária
Maria Luciana	0164, de 10 de janeiro	Coordenador Receita Imobiliária
Linielly Sara	0348, de 01 de fevereiro	Gerente Fiscalização Imobiliária
Wagner Targino	0297, de 14 de janeiro	Gerente Cadastro e Planejamento Imobiliário

Inerente a Fiscal 2		
Bruno Magalhães	0162, de 10 de janeiro	Coordenador Sistemas de Informação Tributária
Leonardo Régis	0292, de 14 de janeiro	Gerente Desenvolvimento e Inteligência Fiscal
Ana Lúcia	0290, de 14 de janeiro	Gerente Controle e Manutenção de Sistemas

Os comissionados ocupantes desses cargos, segundo oitivas conduzidas posteriormente em Inquérito Civil pelo Ministério Público (MP), informaram que possuíam graduação nas mais diversas áreas, tais como: Administração, Direito, Matemática e Pedagogia, além de alguns servidores terem somente o segundo grau; essa composição vai de encontro – em sua maioria – com o nível de escolaridade exigida em uma administração tributária moderna e, principalmente, em discrepância com a exigida no edital do concurso para o cargo de Fiscal de Tributos 1 e 2, supostamente inferiores hierarquicamente. Isso sem considerar que a bacharela em Direito era advogada atuante e, portanto, estaria exercendo atividade incompatível com a advocacia, segundo o art. 28 do Estatuto da Ordem.

As atribuições para o cargo de Fiscal de Tributos, conforme previsto no Edital do Concurso em apreço, são:

Execução de atividades relacionadas com as definições das políticas públicas tributária e fiscal, **compreendendo assessoramento a nível superior, planejamento, coordenação, orientação e execução das tarefas necessárias ao aperfeiçoamento da Administração Fazendária**, auditagens fisco-contábeis e pesquisa, análise, interpretação e aperfeiçoamento da legislação tributária, dos métodos de arrecadação, fiscalização e controle através de sistemas de informática, bem como de legislação que trata da matéria financeira e contábil, além de “participar de órgãos de julgamento singulares ou colegiados relacionados à Administração Tributária”, assim como “**desenvolver atividades de supervisão, coordenação, fiscalização, análise e auditoria fisco-contábeis, de participação em grupo de fiscalização e de execução de tarefas de apoio aos serviços de arrecadação, informação e fiscalização de tributos municipais**, bem como atividade de programação e avaliação fiscal, orientação aos contribuintes e contatos com Órgãos da Administração Pública, em nível federal, estadual e municipal, para formulação de convênios e protocolos e discussão e execução da política de Administração Fazendária¹⁴”.

Ou seja, funções exercidas pelos 13 comissionados da SEMUT: a Secretária Adjunta, os 4 (quatro) Coordenadores e os 08 (oito) Gerentes, naquela época, conforme explicitado no Anexo I da Lei nº 022/07.

¹⁴ EDITAL nº 001/12, Concurso Público para Fiscais de Tributos.

Destaca-se, por oportuno, o comentário feito pelos especialistas em Direito Administrativo, Carneiro Alves e Thiago Durante da Costa, em parecer sobre a EC 42/03, que ora transcrevemos:

A esse respeito JUAREZ DE FREITAS, em parecer que também aborda os efeitos da Emenda 42/03, conclui: (...) o fiscal tributário, ao exercer funções típicas e finalísticas de Estado (funções essenciais), merece a proteção de robustos anteparos formais e substanciais contra os voluntarismos persecutórios ou enxugamentos fiscais lineares. Tais anteparos não devem servir, está claro, para a acomodação do agente público, mas para que este possua uma couraça num mundo de estonteante rotatividade no regime de trabalho. Essa segurança mínima, longe de estimular a indolência, mostra-se benfazeja para o cumprimento fiel dos princípios constitucionais, em lugar do risco de obediência aos chefes ou poderosos da hora. Por fim, resta afirmar que ao sobrepujar as carreiras da Administração Tributária ao patamar de Carreira de Estado, o legislador salvaguardou não apenas o interesse dos servidores, mas também o dos administrados e o do próprio Estado. Organizar os agentes fazendários em carreiras específicas e conceder-lhes o status constitucional de integrantes de Carreiras de Estado (assim como faz com os membros do Ministério Público, Procuradores e outras carreiras estratégicas para o Estado), é propiciar ao servidor estabilidade e segurança no desempenho de suas funções, é proporcionar ao agente o destemor no cumprimento de seu dever legal, é viabilizar ao agente o exercício pleno e escorreito da sua atividade, o que, por corolário, servirá ao incremento da arrecadação e contemplará o princípio da eficiência¹⁵.

Ademais, a Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego, define os fiscais de tributos municipais como os profissionais que “fiscalizam o cumprimento da legislação tributária; constituem o crédito tributário mediante lançamento; controlam a arrecadação e promovem a cobrança de tributos, aplicando penalidades; **analisam e tomam decisões sobre processos administrativo-fiscais**; controlam a circulação de bens, mercadorias e serviços; atendem e orientam contribuintes e, ainda, **planejam, coordenam e dirigem órgãos da administração tributária.**”, (grifos nosso) atos esses que, de uma forma ou outra, são praticados pelos comissionados da SEMUT.

No Inquérito Civil sob o nº 031/13, instaurado pela 1ª Promotoria de Justiça de Parnamirim, a fim de apurar se os comissionados da SEMUT da Prefeitura de Parnamirim estão exercendo função de fiscal de tributos, o MP realizou oitivas com os comissionados, com exceção da Secretária Adjunta, e, no depoimento do Coordenador de Receita Mobiliária da SEMUT – FÁBIO ROBERTO DA SILVA

¹⁵ PARECER dos Esp. Carneiro Alves e Thiago Durante da Costa.

ARAÚJO, o servidor esclareceu que todos os fiscais de tributos estão desempenhando as funções no ISS; isso significa dizer que a SEMUT delegou a competência de lançar os tributos do IPTU e do ITIV aos comissionados, infringindo o inciso XXII do art. 37 da CF e o art. 142 da Lei nº 5.172/66 – CTN. Fato este confirmado pelo depoimento da servidora MARIA IVANEIDE CARVALHO DO NASCIMENTO, Gerente de Inscrição da Dívida Ativa, quando salienta: “(...) também dá apoio ao lançamento do IPTU, nesse período.”, bem como na oitiva de REGINALDO LUIS RIBEIRO REGIS, Gerente de Fiscalização Mobiliária, o servidor esclarece que exerce a função de fiscal quando diz: “(...) realizar as fiscalizações, (...) arrecadação dos tributos referentes à parte mobiliária, e fazer estudos de melhoria de fiscalização tributária; (...)”.

Em virtude de requerimento de alguns dos aprovados na reserva técnica solicitando fiscalização e recomendação à Prefeitura de Parnamirim da aplicabilidade do inciso XXII do artigo 37 da Constituição Federal, a Câmara de Vereadores enviou ofício ao Exmo. Sr. Prefeito solicitando, s.m.j., investigação da denúncia; entretanto não houve abertura de sindicância por parte da Prefeitura de Parnamirim e, muito menos, abertura de CPI por parte da Câmara.

A lei orgânica do município determina, no art. 4º das Disposições Transitórias, que o Código Tributário Municipal, a Lei de Organização Administrativa e o Estatuto dos Servidores deveriam ter sido revistos e adequados às Constituições Federal e Estadual e à própria lei orgânica do município até final de 2010, mas não os foram, criando com isso uma distorção entre essas leis infraconstitucionais e a Carta Magna Brasileira.

Apesar da doutrina, descrita nos itens acima, deixar claro que as funções exercidas pelos agentes da administração tributária são inerentes a fiscais de tributos, os requerentes solicitaram à FENAFIM um parecer específico ao caso em apreço; o referido parecer foi respondido pelo seu presidente através do ofício nº 003/2014 – PRES.FENAFIM, e esclarece, definitivamente, que os cargos ocupados pelos comissionados da SEMUT deveriam ser exercidos pelos aprovados em concurso, ainda válido naquela época.

2.3.2 SOBRE A AÇÃO JUDICIAL

Apesar da pouca doutrina e nenhuma decisão judicial, a ideia de ser a primeira ação no país sobre esse assunto motivou-me mais ainda a estudar o caso com afinco e, com muita satisfação, achei pareceres do PhD em Direito Juarez Freitas, dos Doutores em Direito Sacha Calmon, Misabel Abreu e Romeu Felipe, bem como de especialistas em Direito, promotores e até Cartilhas de Tribunais de Contas favoráveis a essa tese; assim como descobri a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5611 ajuizada, posteriormente a essa nossa ação, no STF pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) contra decreto do Governo do Espírito Santo.

Toda essa doutrina é unânime em afirmar que os cargos de direção, chefia e assessoramento da Administração Tributária são privativos de fiscais de tributos, em razão do princípio da especialidade encontrado no inciso XXII do artigo constitucional nº. 37 e, mais interessante ainda, não havia nenhuma doutrina contrária, o que reforçava a ideia de se ter um “excelente direito”.

Sendo assim, eu e uns colegas aprovados na reserva técnica desse concurso ajuizamos um Mandado de Segurança ao final de 2014 tendo a ideia de que teríamos direito líquido e certo à convocação, porém a juíza da Vara da Fazenda Pública de Parnamirim entendeu que havia necessidade de dilação probatória e extinguiu o processo, sem resolução do mérito; concomitantemente, a 1ª Promotoria de Parnamirim estava com um Inquérito Civil instaurado, cujo objeto principal era os cargos ocupados por comissionados na área de saúde; porém essa ACP também contemplou os cargos de Fiscal de Tributos, apesar de ter sido muito em *en passant*, mais ainda por não estar clara a referência aos cargos de direção, chefia e assessoramento da Secretaria de Tributação – apenas que haviam comissionados ocupando as vagas privativas de auditores fiscais somente, vindo o MPRN a protocolar uma Ação Civil Pública dias após o ajuizamento de nossa ação, objeto deste caso concreto, porém preferimos adentrar com essa ação no Juizado Especial em virtude da celeridade.

Então a ação, sob o nº 0102191-25.2014.8.20.0124, foi ajuizada no Juizado Especial de Parnamirim e, apesar de não termos ganho a antecipação de tutela, ante a falta do perigo da demora, tínhamos grande esperança de vitória diante dos

fatos; ainda mais que a Prefeitura de Parnamirim limitou-se a se manifestar de que agiu de forma legal – ao convocar os aprovados na ordem exata de classificação e de que os cargos de direção, chefia e assessoramento estavam em acordo com o art. 37, II e V, da Constituição Federal, bem como esses cargos estavam disciplinados na Lei Complementar nº 022/07.

Nossa fundamentação, modéstia a parte, estava bem embasada: havia pareceres de um Pós Doutor em Direito, três Doutores em Direito, um Mestrando em Direito Constitucional, alguns Especialistas em Direito Administrativo, Constitucional, Tributário, promotores de justiça, procuradora municipal, resolução do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, assim como cartilha do Tribunal de Contas de Mato Grosso e havia, ainda, uma Proposta de Emenda à Constituição de 2007 e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade do MP, junto ao Tribunal de Justiça, que questionava a lei que criou os cargos comissionados de Parnamirim, a LC nº 022/07.

Outro ponto importante foi que as funções descritas para os cargos da Secretaria de Tributação, nessa Lei Complementar, estavam definidas também nas atribuições dos Fiscais de Tributos do Edital do Concurso Público, principalmente porque não havia naquela época uma lei específica do cargo e muito menos estatuto – como por simetria deveria ter – segundo a Lei nº 6.185/74, reforçando essa nossa tese; ou seja, as funções dos fiscais de tributos definidas no edital do concurso constavam nas funções de direção, chefia e assessoramento da lei dos cargos comissionados e, com isso, deduz-se que são cargos a serem exercidos por auditores.

Apesar de ter uma fundamentação bem feita, o Exmo. Sr. Dr. Juiz do Juizado da Fazenda Pública indeferiu o nosso pedido baseando-se no fato de não haver ilegalidade no ato de nomeação dos comissionados, em virtude da existência da Lei Complementar nº 022/07, citando inclusive a função de um dos cargos expressa na referida lei. Diante de tal situação, entramos com um Recurso Inominado, a fim de tentar reverter essa situação, e, para a nossa felicidade, antes do acórdão da Terceira Turma Recursal, o Tribunal de Justiça (TJ) considerou a LC 022/07 inconstitucional – em razão da descrição genérica das funções dos cargos.

No entanto, para a nossa surpresa, o acórdão da Terceira Turma Recursal manteve a decisão nos mesmos termos da fundamentação proferida pelo juízo a

quo, o que por consequência nos levou a interpor embargos declaratórios enfatizando o acórdão do TJRN em relação à inconstitucionalidade da LC nº 022/07 e, mais uma vez, surpreendentemente, a ação foi pautada exatamente no início das férias do relator, cuja juíza substituta teve – teoricamente – um dia para apreciar todo o processo e decidir que não houve omissão, contradição ou obscuridade. Numa última tentativa jurídica, ajuizamos recurso extraordinário, alegando ofensa ao art. 37, XXII, da CF, já devidamente pré-questionado na inicial, sendo que não foi admitido em razão de não haver repercussão geral sobre o assunto naquela época, sepultando de vez a possibilidade de garantirmos uma tributação mais imparcial para a cidade de Parnamirim.

Alguns artigos publicados por especialistas reforçam a tese defendida no presente estudo:

Importante, então, observar que é inadmissível conferir a uma pessoa estranha no cargo efetivo, o exercício de uma função de confiança que esteja vinculada às atividades de determinado cargo. A dizer, então, que o “Chefe da Fiscalização” não é cargo em comissão, mas, sim, função de confiança, e, deste modo, só poderia ser ocupado por um Fiscal do cargo efetivo. Caso contrário, ocorreria uma estranha situação de que os subordinados (Fiscais) teriam maior poder de ação do que o seu chefe imediato.¹⁶

Cabe ressaltar que o Tribunal de Contas, em geral, não vê com bons olhos a nomeação de servidores não investidos em cargos de provimento efetivo e organizados em carreira para o exercício de funções de chefia na área tributária. A tese que se consagra no passar dos anos é que o único cargo de confiança que permite nomeação livre pelo Prefeito é o de Secretário. Os demais cargos de chefia na administração fazendária devem ser ocupados por servidores de carreira.¹⁷

Assim como:

No STJ, a matéria relativa à ilegitimidade do Secretário da Fazenda como autoridade coatora em relação a questões de lançamento tributário, tem se destacado nos últimos tempos, conforme se depreende dos recentes julgados a seguir transcritos:

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

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

¹⁶ TAUIL, Roberto A. **A carreira de fiscal tributário municipal**. Julho de 2011. Disponível em: <http://consultormunicipal.adv.br/artigo/administracao-municipal/a-carreira-de-fiscal-tributario-municipal/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁷ TAUIL, Roberto A. **A estrutura da Secretaria Municipal Fazendário-Financeira**. Outubro de 2013. Disponível em: <http://www.consultormunicipal.adv.br/novo/finmun/0039.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

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.

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).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALÍQUOTAS MAJORADAS. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. O TJ extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva. 2. O Diretor de Fiscalização em Estabelecimentos é a autoridade responsável consoante o art. 114 do Regimento Interno da Secretaria da Fazenda do Distrito Federal (Portaria SEFP 648/2001). 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. 4. Nos termos do art. 8º, I, "c", da lei que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e Territórios, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Fiscalização em Estabelecimentos. 5. Recurso Ordinário não provido. (Grifos nossos).

Vencida esta etapa e afastada, dependendo do caso, a legitimidade do Secretário da Fazenda Municipal para figurar como autoridade coatora de ação mandamental, em matéria de lançamento tributário, faz-se outra e não menos importante indagação: quem deve figurar então no polo passivo do *mandamus*?

Num primeiro momento, poderíamos responder com segurança que a autoridade impetrada, nestes casos, é o superior hierárquico dos Auditores Fiscais Municipais. Ocorre que, para a máxima valer, é necessário que este também tenha se submetido a concurso público para o cargo de Auditor, posto que sem este requisito, esta autoridade não terá competência para lançar e, assim, consequentemente, nem para determinar o desfazimento do ato administrativo, donde se conclui que também não poderá ser apontado como autoridade coatora nos mandados de segurança em que se discute conteúdo formal ou material de lançamento tributário. Assim, nos municípios onde tanto o Secretário da Fazenda como o Diretor de Receita ou outra titulação que se queira dar ao responsável pela "turma" da Administração Tributária Municipal, que é representada pelos Auditores Fiscais, forem comissionados, a única autoridade legitimada para responder ao *mandamus* é o próprio Auditor que formalizou o crédito tributário pelo lançamento.¹⁸

¹⁸ POMPERMAIER Cleide Regina Furlani. **Secretário municipal não pode ser autoridade coatora.** Artigo – Municipal – 2011/0254. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mar-16/secretario-nao-coator-materia-lancamento-tributario>. Acesso em: 15 dez. 2019.

Apesar de ser de 2018, portanto recente, não se poderia analisar o Agravo em Mandado de Segurança (AMS) nº 1019861-06.2016.8.26..0224 - que trata de cargos de direção e chefia na administração tributária de Guarulhos/SP - do ponto de vista do caso concreto de 2014; entretanto, é bastante esclarecedor o acórdão da 1ª Câmara de Direito Público do TJSP, sob a óptica da legitimidade ou não desses cargos serem privativos de fiscal, que entendeu que o artigo 37, XXII da CF estabelece que esses cargos devem ser ocupados por concursados para cargos técnicos tributários, ou seja, não podem ser de outros a não ser de auditores fiscais de tributos.

Em artigo publicado na Revista Digital de Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto, Leandro Manoel Matias de Lima (2014) define que o artigo 37, XXII da CF prestigia o princípio da eficiência na arrecadação de tributos, justamente por ter de ser pessoal capacitado tecnicamente para compor os quadros das administrações tributárias.

Em linhas gerais, apesar do acórdão referente à ação proposta por mim e outros contra a prefeitura de Parnamirim, não restam dúvidas que os cargos de direção, chefia e assessoramento são privativos de fiscais de tributos em razão de todas as teses levantadas neste trabalho e de que a força política neste país anda na contramão da Nova Administração Tributária, salvo em raríssimas exceções – como na Lei Orgânica da Administração Tributária (LOAT) do Estado do Pará – que estabelece que o cargo de Subsecretário da Administração Tributária será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo Estadual dentre os integrantes de lista composta por ocupantes do cargo de Auditor Fiscal de Receitas Estaduais ativos com mais de dez anos de exercício no cargo.

3 CONCLUSÃO

O trabalho ora apresentado consistiu da análise da ação proposta pelo bacharelado e outros contra a Prefeitura de Parnamirim em razão de existirem, em 2014, vários cargos comissionados ocupando vagas de direção, chefia e assessoramento e que deveriam ser privativos de fiscais de tributos, segundo a óptica de juristas em direito administrativo/tributário com base no art. 37, XXII da CF.

A ação teve como fundamentação básica essa doutrina, já que não há – até o momento – precedentes que tenham como objeto a ocupação de vagas de direção, chefia e assessoramento na administração tributária; a única decisão que houve neste sentido, da 5ª Vara da Comarca de Patos, foi a de uma tutela antecipada, sem, no entanto, o juiz ter citado explicitamente o art. 37, XXII, e que acabou sem julgamento do mérito em razão de ter havido transação.

O único argumento apresentado pela prefeitura foi a de que a ocupação desses cargos está amparada pelo mesmo art. 37 da CF, e que, portanto, não havia irregularidades; com base nessa fundamentação, o Juizado Especial de Parnamirim indeferiu a Inicial. No Recurso Inominado, antes mesmo do acórdão da Terceira Turma Recursal, foi juntado aos autos o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) que considerou a Lei Municipal nº 022/07 inconstitucional, por serem os cargos - considerados de direção, chefia e assessoramento por essa lei – de natureza técnica e burocrática e, portanto, deveriam ser preenchidos por servidores efetivos. Mesmo com esse acórdão do Tribunal de Justiça, a turma recursal não o considerou e manteve a sentença do juiz *a quo* e rejeitou os Embargos de Declaração.

A decisão por parte do bacharelado e dos outros em ajuizar ação em juizado especial se deu em função do Ministério Público ter proposto Ação Civil Pública (ACP) sob o mesmo tema, dias após, porém sem nenhum embasamento jurídico em relação aos cargos da tributação, já que o objeto principal foi em razão dos cargos comissionados da saúde; a citação dos cargos da tributação, nessa ACP, teve característica de “jabuti” (expressão usada no jargão legislativo de assunto que não tem nada a ver com o do projeto de lei) e, portanto, não diria que seria uma ação propriamente dita em relação aos fiscais de tributos.

Os autores interpuseram, então, um Recurso Extraordinário, baseado no art. 37, XXII da CF, porém não foi admitido pelo presidente da Turma Recursal, já que ele considerou que não havia Repercussão Geral – um dos quesitos para se ter juízo de admissibilidade. O possível prolongamento da referida ação, caso houvesse um agravo, tornaria o processo mais desgastante para um cargo não tão interessante. Importante destacar que uma ação proposta pela Confederação dos

Servidores Públicos, com objeto semelhante, tornou-se a ADIn 5611 e com julgamento abreviado, conforme decisão do Ministro Celso de Melo.

O trabalho também destacou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 186/07, que ainda não foi votada pelo plenário, cujo texto admite a criação de uma Lei Orgânica da Administração Tributária (LOAT) e que definiria mais claramente a interpretação do art. 37, XXII, assim como destacou o entendimento da Procuradoria-Geral da República (PGR) e da Advocacia-Geral da União (AGU) em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5611. Sendo assim, considera-se que o tema escolhido para o desenvolvimento do trabalho é relevante para a sociedade, já que há uma possível inconstitucionalidade de atos praticados por terceiros exercendo funções consideradas de direção, chefia e assessoramento na administração tributária; o que poderia resultar em anulação de débitos tributários em favor dos contribuintes.

Apesar do acórdão da Terceira Turma Recursal e da não admissibilidade do Recurso Extraordinário, o bacharelado entende que os cargos de direção, chefia e assessoramento das administrações tributárias são privativos de fiscais justamente pelas teses defendidas por alguns juristas e, em contrapartida, só existem duas teses contrárias dadas pela PGR e pela AGU na ADIn 5611; entretanto, com o acórdão do TJRN na ADIn 2013.002192-5, cujos cargos foram considerados como de preenchimento obrigatório por efetivos, o bacharelado entende que são privativos de fiscais de tributos esses cargos e, com isso, todos os objetivos propostos – geral e específicos – foram atendidos para a elaboração do presente trabalho.

Por isso, como sugestão para futuros trabalhos baseados nos cargos de direção, chefia e assessoramento das administrações tributárias, pode-se acompanhar qual será o acórdão da ADIn 5611 e como será a votação da PEC 186/07, bem como da possível criação da LOAT.

Aos leitores do presente artigo: solicito me informar de alguma nova decisão/sentença/acórdão de que tenham conhecimento, a fim de incrementar o presente artigo e servir de fonte de consulta!

Grato,

Jones

084 996200118

jones-43@hotmail.com

jonesl65@gmail.com (L, não é 1)

REFERÊNCIAS

AÇÃO 0801273-54.2016.8.15.0251. Patos-PB, 6/4/2016. Disponível em: <https://pje.tjpb.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.shtm?ca=f921c430bff50d35b6fb7e330a623f0d5835d41924b4ae61>. Acesso em: 15 dez. 2019.

ADIn 5611. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5075752>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Presidência da República. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. **Presidência da República. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2016.

CARTILHA DE ORIENTAÇÃO para Contratação por Tempo Determinado para Atender a Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público – Gestão:

2012 – 2013. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/publicontas/detalhePublicacao?publicacao=105>. Acesso em: 15 dez. 2019.

CLASSIFICAÇÃO Brasileira de Ocupações.

CÓDIGO Tributário Nacional. **Lei nº 5.172/66**.

DESPACHO Exmo. Sr. Dr. Eldro Sucupira Feitosa, promotor da 9ª Promotoria de Justiça de Parnamirim.

EDITAL nº 001/12, Concurso Público para Fiscais de Tributos.

LEI DE IMPROBIDADE Administrativa. **Lei nº 8.429/92**. Disponível em: http://www.sindsefaz.org.br/parecer_administracao_tributaria_sao_paulo.htm.

LEI DE RESPONSABILIDADE Fiscal. LC 101/00.

Lima, L. (2014). A APLICAÇÃO DO DEVER DE EFICIÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA E SUA RELAÇÃO COM A MORAL TRIBUTÁRIA DOS CONTRIBUINTES. Revista Digital De Direito Administrativo, 2(1), 273-292. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i1p273-292>

PARECER da Federação Nacional dos Auditores e Fiscais de Tributos Municipais.

PARECER do Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho. Disponível em: http://www.sindsefaz.org.br/parecer_administracao_tributaria_regiao_sul.htm
Acesso em: 20 mar. 2016.

PARECER do PhD em Direito Juarez Freitas. Disponível em: chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/drive:drivefs-82520d70fbbe194f84eb8cc1a229c9bd/root/TCC/Parecer%20de%20Juarez%20Freitas%20_1_.pdf.

PARECER dos Drs. Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi.

PARECER dos Esp. Carneiro Alves e Thiago Durante da Costa.

PARECER nº: MPTC/2039/2011(MPJTCESE). Disponível em: <https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/Pareceres/3515183.HTM>. Acesso em: 15 dez. 2019.

POMPERMAIER Cleide Regina Furlani. **Secretário municipal não pode ser autoridade coatora**. Artigo – Municipal – 2011/0254. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mar-16/secretario-nao-coator-materia-lancamento-tributario>. Acesso em: 15 dez. 2019.

POMPERMAIER, Cleide Regina Furlani. **Patrimônio é protegido por contribuinte, estado e fisco. Disponível em:**

<https://www.conjur.com.br/2011-fev-03/contribuinte-estado-fisco-juntos-protecao-patrimonio-publico>. Acesso em: 15 dez. 2019.

PORTAL da Câmara dos Deputados (PEC) nº 186/07.

PREFEITURA Municipal de Parnamirim/RN. **Lei Complementar nº 22**, de 27 de fevereiro de 2007. Dispõe sobre a reestruturação organizacional do Poder Executivo do Município de Parnamirim/RN e dá outras providências.

Proposta de Emenda à Constituição nº 186/07. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=375821>. Acesso em: 15 dez. 2019.

TAUIL, Roberto A. **A estrutura da Secretaria Municipal Fazendário-Financeira.**

Outubro de 2013. Disponível em: <http://www.consultormunicipal.adv.br/novo/finmun/0039.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

TAUIL, Roberto. **A carreira de fiscal tributário municipal.** Julho de 2011.

Disponível em:

<http://consultormunicipal.adv.br/artigo/administracao-municipal/a-carreira-de-fiscal-tributario-municipal/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

TRIBUNAL de Contas do Estado do Espírito Santo. **Representação TC nº 9197 MPJTCEES.**

TRIBUNAL de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. **Processo nº 13907/2013.**

TRIBUNAL de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 987/2013.**

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **ADIn nº 2013002192-5.**

TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0102191-25.2014.8.20.0124.**

