Procedência: SINDIFISCO-MG
Interessados: Auditores Fiscais da Receita Estadual, Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos do Estado de Minas Gerais
Número: 15.423
Data: 05 - 01 - 2015
Ementa:

RECEITA ESTADUAL. AUDITOR FISCAL. GESTOR FAZENDÁRIO. COMPETÊNCIAS PREVISTAS NA LEI ESTADUAL Nº 15.464/2005. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DA CORTE SUPERIOR DO TJMG E DO STF. LIMITES DAS ATRIBUIÇÕES DAS CARREIRAS TRIBUTÁRIAS. OBSERVÂNCIA. CONVERGÊNCIA DE ESFORÇOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA. DELEGAÇÃO POSSÍVEL. PROVIMENTO DERIVADO. ARTIGO 37, II DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROIBIÇÃO. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. DESVIO DE FUNÇÃO CARACTERIZAÇÃO FÁTICA. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. DISTINÇÃO ENTRE AS FIGURAS. REORGANIZAÇÃO DE CARREIRAS PELO ESTADO. LEGITIMIDADE. ENTENDIMENTO DO STF. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO DE PETRIFICAR O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. LIMITES À TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS: VEDAÇÃO AO PROVIMENTO DERIVADO. GESTÃO ADMINISTRATIVA VINCULADA AO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO. INADMISSIBILIDADE DE PROVIDÊNCIAS DESNECESSÁRIAS. CONSULTORIA JURÍDICA DA AGEMG. CONDIÇÕES DE ATUAÇÃO. USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES; FALTA FUNCIONAL E ATO DE IMPROBIDADE: DESCARACTERIZAÇÃO. TEORIA DAS NULIDADES. VÍCIO DE SUJEITO EM ATOS TRIBUTÁRIOS VINCULADOS. CONVALIDAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE DE PLENO DIREITO. INFLAÇÃO NORMATIVA. DESNECESSIDADE DE EDITAR ATOS REGULATÓRIOS GERENCIAIS OU ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETOS SE AUSENTE MOTIVO SUFICIENTE PARA OS EMBASAR.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO OMISSIVO. INOCORRÊNCIA.

Relatório

Trata-se de expediente encaminhado pelo SINDIFISCO-MG que, no exercício do direito de petição, frisa a relevância do pagamento do ICMS para as despesas e gastos públicos estaduais, sendo essenciais as atribuições inerentes ao cargo efetivo de Auditor Fiscal da Receita Estadual, o que implica garantias especiais inseridas nos artigos 37, XXVII, XVIII; 52, XV; 167, IV; 247 e 174 da Constituição da República. Em relação ao artigo 4º da Lei Estadual nº 15.464, de 13.01.2005, afirma que os Auditores Fiscais da Receita Estadual titularizam competência privativa, exclusiva, indelegável e própria de constituição do crédito tributário por intermédio de lançamento, daí resultando traços de autonomia, independência, imparcialidade e impessoalidade. Invoca, ainda, a Lei Estadual nº 6.763, de 26.12.1975, segundo a qual compete exclusivamente aos Auditores Fiscais da Receita Estadual o exercício das atividades de fiscalização e lançamento do crédito tributário, consoante artigo 201, § 1º, com redação dada pelo artigo 1º da Lei Estadual nº 15.956/2005. Destaca o permanente combate à sonegação fiscal, aos crimes contra a ordem tributária e econômica, à lavagem de dinheiro, ao contrabando, ao descaminho, à falsidade ideológica, à adulteração, ao estelionato e ao crime organizado, entre outros ilícitos tributários e criminais.

Em razão do julgamento levado a efeito no Agravo em Recurso Extraordinário nº 696.299-MG, postula ter restado claro que no âmbito da receita estadual de Minas Gerais somente os Auditores Fiscais titularizam indiscriminada competência privativa qualitativa indelegável, privativa, própria e exclusiva na realização da fiscalização tributária e constituição do crédito tributário por intermédio do lançamento. Sublinha que o Gestor Fazendário exerce atividade de auxílio e apoio à atividade dos Auditores Fiscais, sendo "cargo de competência qualitativa adjutória, com a nota característica de estar submetido a rígida e inafastável supervisão do Auditor Fiscal da Receita Estadual".

> "(...) existe uma indiscutível diferença hierárquica entre os Gestores Fazendários – Gefaz e os Auditores Fiscais da Receita Estadual de Fiscalização e Arrecadação – AFRE, porquanto aqueles exercem uma atividade de apoio operacional e administrativo, com auxílio aos trabalhos dos Auditores Fiscais da Receita Estadual, sendo expressamente vedado, inclusive, ao Gestor Fazendário o desempenho de

> atividade próprias e privativas de lançamento do crédito tributário por intermédio do lançamento, podendo a usurpação de atribuição ser considerado inclusive falta funcional grave."

A tese reiterada é o de que o Gestor Fazendário atua em regime de colaboração e auxílio dos Auditores Fiscais, inclusive praticando atos materiais como assentamento de registros e digitação, "nunca, porém, na condição de responsáveis pela competência privativa do lançamento do crédito tributário". Arguiu-se posição de Procurador do Estado a respeito da competência privativa e exclusiva do Auditor Fiscal para exercer as atividades de fiscalização e constituição do crédito tributário, sendo no mesmo sentido a manifestação de Procuradora da ALMG, devendo-se atentar para: a) decisão prolatada no TJMG nos autos do processo nº 1.0000.09.502260-4/000 (ação direta de inconstitucionalidade) no sentido da competência exclusiva dos Auditores Fiscais; b) memorando do Subsecretário da Receita Estadual sobre impossibilidade de o Gestor Fazendário realizar atribuições de fiscalização e lançamento do crédito tributário; e c) posição do Desembargador Almeida Melo em sintonia com a manifestação do TJMG.

Invoca a teoria do risco administrativo para sustentar a viabilidade de responsabilização do administrador público omisso, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição da República, artigo 43 do Código Civil e artigo 11 da Lei Federal nº 8.249/1992. Analisando a estrutura orgânica da Advocacia Geral do Estado fixada no Decreto Estadual nº 45.771, de 10.11.2011, entende ser dever do órgão difundir o conteúdo da decisão do STF entre os Procuradores do Estado e junto ao Conselho de Contribuintes da SEF, explicitando-se ser nula de pleno direito qualquer fiscalização realizada por Gestor Fazendário, inclusive o lançamento do crédito tributário, porquanto caracterizada a usurpação de função pública com nulidade absoluta daí decorrente a atrair a invalidação do crédito tributário convertido em certidão de dívida ativa objeto de execução fiscal. Argumenta o Sindifisco que o Advogado Geral do Estado deverá tomar providências para ampla divulgação do acórdão do STF e da decisão do TJMG:

> "Deveras, é necessário, em caráter emergencial, a Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais gerar um memorando a todos os procuradores do estado, bem como ao Conselho de Contribuinte de Minas Gerais difundindo o conteúdo do acórdão proferido nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 696.299/MG, não sendo possível

> tolerar a máxima do *laissez de faire, laissez aller, laissez passer*, que significa literalmente 'deixai fazer, deixar ir, deixai passar', sob pena de gerar prejuízos incalculáveis aos cofres públicos, bem como a responsabilidade funcional das autoridades superiores competentes, porquanto a eventual usurpação de atribuições privativas dos Auditores Fiscais da Receita Estadual é considerada falta funcional grave, sem contar que o lançamento realizado eventualmente por Gestor Fazendário será considerado NULO DE PLENO DIREITO."

Sustenta que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais expediu Recomendação em 11.05.2011 no sentido de impedir compartilhamento de atribuições dos ocupantes dos cargos de Gestor Fazendário e de auditor Fiscal, ao fundamento de que é inadmissível expedir decreto, resolução ou lei que altere, contrarie, amplie, elasteça e exceda hipóteses de atribuições funcionais. Ademais, deve-se observar atuação da APEMINAS e da ANAPE no sentido da defesa das atribuições dos Procuradores do Estado, bem como o parecer do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello que afirma em consonância com o contido no ARE nº 696.299-MG e embasado na inteligência da Súmula 685 do STF. Conforme o referido parecer, o projeto de lei ordinária denominado "Projeto para Incremento da Arrecadação" produziria situação de provimento derivado, em patente inconstitucionalidade, visto que ignora que o direito de fiscalizar com exclusividade os tributos devidos ao Estado de Minas Gerais tornou-se patrimônio funcional, não da pessoa mas do cargo de Auditor Fiscal, sendo indevida a situação de compartilhamento de atribuições entre o Auditor e o Gestor Fazendário. Invoca, também, decisão do TJRS, texto da Associação dos Auditores Fiscais da Prefeitura Municipal de Campinas na Folha de São Paulo, o conceito guia "atos funcionais de caráter privativo do Juiz Togado" já tratada no CNJ e no TJMG.

Por fim, o Sindifisco requer: a) seja dada ampla publicidade e divulgação do acórdão do STF no âmbito da estrutura orgânica da AGEMG, em especial as 1ª e 2ª Procuradorias de Dívida Ativa, a Procuradoria de Tributos e Finanças, as unidades regionais da AGE, acerca do acórdão proferido pelo STF nos autos do ARE 696.299-MG; b) seja emitido comunicado, portaria, nota técnica e/ou memorando, ofício ao Secretário de Estado da Fazenda e Secretária de Planejamento e Gestão para adotarem postura de governança firme na orientação de um qualitativo projeto de fiscalização, monitoramento gerencial, de modo a evitar desvio de função e usurpação de atribuições privativas de fiscalização tributária pertencentes aos Auditores Fiscais da Receita Estadual por

parte dos Gestores Fazendários, sob pena de configuração de falta disciplinar grave e ato de improbidade administrativa daqueles que incorrem em tal prática indevida, ora executando ora aquiescendo em razão de conduta leniente e omissiva; c) seja emitido comunicado, portaria, nota técnica e/ou memorando, ofício ao Secretário de Estado da Fazenda e Secretária de Planejamento e Gestão para adotarem postura de governança firme na orientação das respectivas secretarias no sentido de informar que eventual e prévia constituição do crédito tributário por parte do Gestor Fazendário é ato nulo de pleno direito, com vício insanável, apto a comprometer a validade da ulterior inscrição do débito em certidão de dívida ativa tributária e constituição do crédito tributário, o que fulmina a execução fiscal administrativa ou judicial; d) seja emitido comunicado, portaria, nota técnica e/ou memorando, ofício aos julgadores integrantes do conselho de Contribuintes da SEF acerca do acórdão prolatado pelo STF, com o conteúdo ao mesmo inerente; e) seja dada publicidade e divulgação no âmbito da Advocacia Geral do Estado do parecer do professor Celso Antônio Bandeira de Mello publicado na RDA, v. 253, p. 201-209; f) seja dada publicidade e divulgação no âmbito da Advocacia Geral do Estado da Recomendação do Ministério Público Estadual de 11.05.2011, no sentido de evitar provimento derivado, ao que se acresce a Súmula 685 do STF. Por fim, requer seja apreciado o requerimento com a indispensável e ampla motivação, bem como seja a resposta encaminhada por escrito ao Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Estadual, Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos de Minas Gerais (Sindifisco/MG).

Constam do expediente:

- Procuração do Sindifisco-MG em favor do subscritor do requerimento administrativo;
- Cópia do Jornal Estado de Minas de 08 de agosto de 2014, p. 4;
- Cópia do acórdão exarado pelo STF ao decidir o RE com Agravo nº 696.299-MG;
- Cópia do acórdão exarado pela Corte superior do TJMG ao decidir a ADI nº 1.0000.09.502260-4/000;
- Cópia da Recomendação do Ministério Público datada de 11.05.2011 nos autos do inquérito público nº 0024.10.002975-0; bem como despacho anterior exarado em 04.08.2010;
- Parecer do Ministério Público do Estado de Minas Gerais prolatado nos autos da ADI nº 1.0000.09.502260-4/000;
- Cópia do OF.SEF.GAB.SEC nº 998/10 exarado pelo Secretário de Estado de Fazenda;
- Cópia do site da APEMINAS e do parecer de autoria do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, publicado na RDA, v. 253, jan/abr de 2010, p. 201-209;

- Cópia de decisão do Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 2007.100000149-42 e de ementa de decisão do CADE no Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73;
- Cópia de publicação jornalística de palestra sobre atividade fazendária do Estado;
- Cópia do MEMO GAB/SER/SEF/Nº 235/2013 da Subsecretaria da Receita Estado, datado de 09.08.2013, e do respectivo anexo com considerações técnicas sobre a matéria;
- Petição dirigida à 1ª Vara da Fazenda Pública pelo Estado de Minas Gerais nos autos da ação ordinária nº 0024.12.299546-7;
- Petição dirigida à 1ª Vara da Fazenda Pública pelo Estado de Minas Gerais nos autos do processo nº 2995467-18.2012.8.13.0024;
- Informações da Secretaria de Estado de Fazenda nos autos do processo 2995467-18.2012.8.13.0024;
- Cópia da Lei Estadual nº 15.464, de 13.01.2005; cópia da certidão comprobatória da inscrição cadastral do Sindicato na Receita Federal; cópia da ata de posse da diretoria executiva e do conselho fiscal e de ética do Sindifisco-MG; cópia da certidão do Ministério do Trabalho comprobatória do registro sindical; cópia do extrato do Estatuto do Sindifisco-MG e da ata de assembleia geral de constituição do sindicato realizada em 12.12.1990; bem como cópia do estatuto do Sindifisco-MG.

É o breve relatório, passo a opinar.

Parecer

1. Da competência dos Auditores Fiscais e dos Gestores Fazendários da Receita Estadual

Cumpre asseverar que o cerne da matéria submetida à apreciação dessa consultoria jurídica refere-se à competência dos auditores fiscais da Receita Estadual, inclusive em face dos deveres atribuídos aos gestores fazendários, nos termos do artigo 4º da Lei Estadual nº 15.464, de 13.01.2015.

Para analisar as especificidades da previsão normativa relativa à competência no âmbito da Administração Pública, cumpre esclarecer que, seja na atividade administrativa, seja na seara tributária, o Estado, quando age, não se utiliza dos mesmos mecanismos de exteriorização da vontade adotados pelos particulares. Sujeita-se, em regra, a um regime próprio, constituído por normas que viabilizam o alcance do interesse público primário e que determinam como

os seus comportamentos se realizarão no cotidiano. Ao exercer função administrativa, inclusive de natureza tributária, o Poder Público deve exteriorizar sua vontade nos termos em que o ordenamento prevê. Assim sendo, é necessário que se observe a competência do servidor, os limites do conteúdo e dos fatos que ensejam o seu comportamento, a finalidade pública, bem como a forma através da qual ele surgirá. De fato, a manifestação de vontade da Administração não equivale à livre declaração volitiva de uma pessoa natural, até mesmo porque se trata do instrumento necessário ao desempenho das funções públicas, com contornos previamente dispostos na ordem jurídica. A vontade da Administração expressa-se por um comportamento necessário cujas fronteiras encontram-se balizadas no sistema jurídico.

Com efeito, além da capacidade, o agente público deve ser competente para praticar o ato administrativo, sendo certo que a vontade do Estado necessariamente expressar-se-á nos estritos termos em que o regime jurídico administrativo o admitir. Sendo assim, a vontade pública exterioriza-se por aquele que legitimamente recebeu competência do ordenamento administrativo para cumprir o dever que lhe foi imposto como atribuição.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 15.464/2005 instituiu as carreiras do grupo de atividades de tributação, fiscalização e arrecadação do Poder Executivo, bem como carreiras de técnico fazendário de administração e finanças e de analista fazendário de administração e finanças. O § 1º do artigo 1º do referido diploma estabelece que "As carreiras de Auditor Fiscal da Receita Estadual e de Gestor Fazendário integram o Grupo de Atividades de Tributação, Fiscalização e Arrecadação do Poder Executivo", tendo sido assim instituídas as carreiras: "I - Auditor Fiscal da Receita Estadual - AFRE; II - Gestor Fazendário - GEFAZ; III - Técnico Fazendário de Administração e Finanças; IV - Analista Fazendário de Administração e Finanças" (vide artigo 1º da Lei Estadual nº 16.190, de 22.06.2006). Sublinhe-se que, nos termos do § 2º do artigo 1º, "As atribuições dos cargos das carreiras de Auditor Fiscal da Receita Estadual e de Gestor Fazendário possuem natureza de atividade exclusiva de Estado". Denota-se do anexo II a distribuição de funções vigente entre o cargo de Auditor Fiscal e o de Gestor Fazendário no âmbito da Receita do Estado de Minas Gerais:

> "II.1 - Auditor Fiscal da Receita Estadual - AFRE
> Em caráter geral, as atribuições da Secretaria de Estado de Fazenda, especialmente as relativas às atividades de competência da Subsecretaria da Receita Estadual - SRE.
> (Redação dada pelo art. 3º da Lei nº 18.040, de 13/1/2009).

Em caráter privativo:
a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos;
b) executar procedimentos fiscais objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, praticando todos os atos definidos na legislação específica, incluídos os relativos à apreensão de mercadorias, livros, documentos e arquivos e meios eletrônicos ou quaisquer outros bens e coisas móveis necessárias a comprovação de infração à legislação tributária;
c) exercer controle sobre atividades dos contribuintes inscritos ou não no cadastro de contribuinte e no cadastro de produtor rural da SEF;
d) elaborar pareceres que envolvam matérias relacionadas à fiscalização;
e) proceder à orientação do contribuinte no tocante aos aspectos fiscais;
f) atuar em perícias fiscais;
g) atuar no Conselho de Contribuintes na condição de conselheiro indicado pela SEF;
h) executar os procedimentos de formação e instrução de auto de notícia-crime;
i) exercer a fiscalização de outros tributos que não os instituídos pelo Estado cuja competência lhe seja delegada por ente tributário, mediante convênio.

II.2 - Gestor Fazendário - GEFAZ
Em caráter geral, as atribuições da Secretaria de Estado de Fazenda não privativas do Auditor Fiscal, em particular as atribuições relativas às atividades de competência da Subsecretaria da Receita Estadual - SRE -, especialmente:
(Redação dada pelo art. 3º da Lei nº 18.040, de 13/1/2009.)
a) desenvolver atividades técnicas especializadas na área da arrecadação e tributação, inclusive:
1 - de controle do processo de arrecadação;
2 - de controle administrativo das atividades sujeitas a tributação;
3 - de estudos e pesquisas com base nas informações fiscais e tributárias;
4 - de estudos para elaboração da legislação tributária;

5 - de controle e de cobrança do crédito tributário declarado ou constituído;
b) desenvolver atividades preparatórias à ação fiscalizadora, sob supervisão do Auditor Fiscal da Receita Estadual, inclusive em regime de plantão no Posto de Fiscalização;
c) auxiliar o Auditor Fiscal da Receita Estadual no desempenho de suas atribuições privativas, estendendo-se ao sistema de plantão, inclusive nos Postos de Fiscalização;
d) desenvolver atividades relativas à execução, acompanhamento e controle:
1 - da manutenção de informações cadastrais, inclusive realizando diligências que não caracterizem procedimento de fiscalização, na forma de regulamento;
2 - da tramitação de PTA;
3 - da cobrança administrativa, do parcelamento e da liquidação do crédito tributário declarado ou constituído;
4 - da participação do município no VAF;
5 - da avaliação e cálculo do ITCD, na forma de regulamento;
6 - de outras rotinas inerentes à administração fazendária;
e) elaborar pareceres que envolvam matérias relacionadas à arrecadação e à tributação."

Destaca-se a previsão expressa de competência privativa para o Auditor Fiscal constituir, mediante lançamento crédito tributário, executar procedimentos fiscais para obter o cumprimento das obrigações tributárias. Ao Gestor Fazendário, por sua vez, foi reconhecida atribuição de controlar processo de arrecadação e de atividades sujeitas a tributação, controlar e cobrar crédito tributário declarado ou constituído, bem como desenvolver atividades preparatórias à ação fiscalizadora sob supervisão do Auditor Fiscal, bem como auxiliar o Auditor Fiscal no desempenho de suas atribuições privativas, havendo previsão específica de atividades relativas à execução, acompanhamento e controle desde auxiliar o Auditor Fiscal da Receita Estadual no desempenho de suas atribuições privativas a tramitação de PTA, passando pela cobrança administrativa, do parcelamento e da liquidação do crédito tributário declarado ou constituído e chegando à elaboração de pareceres que envolvam matérias relacionadas à arrecadação e à tributação.

Sobre o delineamento de competências entre as carreiras de Auditor Fiscal e Gestor Fazendário tal como fixado, identifica-se ter ocorrido discussão

judicial a propósito da constitucionalidade da Lei Estadual nº 15.464, de 13.01.2005, na Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Processo nº 1.000.09.502260-4/000 ou nº 5022604-18.2009.8.13.0000 1), com decisão monocrática exarada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Dias Toffoli nos autos do Agravo no Recurso Extraordinário nº 696.299-MG.

Esclareça-se que na Corte Superior do Tribunal de Justiça, o Desembargador Relator Audebert Delage informou tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Sinfaz (Sindicato dos Técnicos em Tributação, Fiscalização e Arrecadação do Estado de Minas Gerais) em face da alínea "b" do item II.2 do Anexo II da Lei Ordinária do Estado de Minas Gerais nº 15.464/05, ao argumento de que que a legislação impugnada pretendeu criar relação de supervisão dos gestores fazendários pelos auditores fiscais no âmbito do Estado de Minas Gerais, o que afrontaria o princípio da eficiência (art. 13 da CE), bem como a determinação de que as atividades de direção, chefia e assessoramento sejam exercidas por detentores de funções de confiança ou cargos em comissão (art. 23 da CE). O ilustre magistrado pontuou ser legítima a previsão de supervisão de uma carreira (gestor fazendário) por integrantes de outra (auditor fiscal), ausente qualquer impedimento a esse propósito, inclusive à luz do princípio da eficiência, senão vejamos:

> "Nestes termos, entendo que não há vedação para que seja estipulada a supervisão em questão. As carreiras de Auditor Fiscal da Receita Estadual e de Gestor Fazendário, que, nos termos do art. 1º da Lei nº 15.464/2005, "integram o Grupo de Atividades de Tributação, Fiscalização e Arrecadação do Poder Executivo" podem ser organizadas de maneira a obedecer uma hierarquia profissional.
> Conforme mencionado pela Procuradoria de Justiça, não há qualquer impedimento quanto à disposição de hierarquia entre carreiras distintas, asseverando ainda que: "o poder hierárquico que consiste na existência de subordinação e coordenação nas relações funcionais entre os diversos servidores e nas relações entre órgãos pode prevalecer entre servidores efetivos de uma mesma entidade, desde que não exerçam o mesmo cargo/classe/carreira."
> Não observo ainda ofensa ao princípio da eficiência já que, conforme bem lembrado pela requerida, a lei em questão foi elaborada ante a necessidade da instituição de planos de carreira voltados para a valorização do servidor e aumento da

> eficiência na prestação dos serviços públicos. A devida regulamentação das carreiras e das funções a serem exercidas somente contribui para que os serviços sejam prestados de maneira eficiente.
> Neste sentido, entendo que a norma impugnada não ofendeu os art. 13 e 23 da Constituição Estadual."

Os demais integrantes da Corte Superior acompanharam, à unanimidade, o entendimento do Relator, tendo o Desembargador Belizário Lacerda esclarecido:

> "A hierarquia está para o serviço público, onde não existe a figura do "patrão", assim como a subordinação jurídica está para o empregado da iniciativa privada, este com seus atributos e requisitos essenciais colocados pelo art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.
> Essa hierarquização a que me refiro nada mais é do que a relação de gradação de competência de cada agente público, já que, como afirmado, a figura do administrador maior nunca se mostra presente no dia-a-dia nos atos de gestão.
> Assim sendo, a hierarquia existe, e isso não quer dizer que haja uma subordinação de competências jurídicas, exatamente em homenagem ao princípio da moralidade e eficiência que requer o serviço público, mormente se atentos a seus atributos, que são a ininterruptibilidade e a prestação do mesmo ou de diferentes serviços, nos mais diferentes lugares, e, ainda, ao mesmo tempo.
> Destarte não vislumbro, data venia, nenhuma pecha de inconstitucionalidade na lei que ora se acoima como tal."

O Recurso Extraordinário interposto pelo Sinfaz em face do citado acórdão do TJMG foi inadmitido no STF, o que ensejou interposição do Agravo no RE nº 696.299-MG, com base na ofensa à eficiência prevista no caput do artigo 37 da CR, à regra do artigo 37, V da CR, bem como ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade. O Ministro Dias Toffoli decidiu monocraticamente o inconformismo recursal rejeitando-o, tendo em vista que não verificou agressão aos postulados normativos invocados. Restou fixada a competência dos Estados-membros para, por lei, se auto-organizar, inclusive com previsão de supervisão de uma carreira em face das atribuições exercidas por outra, máxime em se considerando que a hierarquia é inerente à legalidade e

verticalidade da Administração Pública, necessárias para organização e direção da atividade administrativa. Estabeleceu ter sido prevista como dever privativo do Auditor Fiscal a execução das ações de fiscalização tributária, o que evidencia a pertinência da sua supervisão no tocante às atividades preparatórias de tal fiscalização pelo gestor fazendário. A tais fundamentos acrescentou a não incidência do inciso V do artigo 37 da Constituição da República na espécie, porquanto restrito ao regime de cargos comissionados e funções de confiança que não se aplica ao caso então em discussão, "in verbis":

> "Apesar de se constatar o prequestionamento das matérias deduzidas no extraordinário, deixo de verificar a ocorrência de agressão aos referidos postulados normativos.
>
> O princípio da eficiência, encartado no art. 37 da Constituição Federal após a Emenda Constitucional nº 19/1998, consagra valor de otimização da gestão da coisa pública, pautado na racionalidade da estruturação dos elementos da organização administrativa e na economicidade da alocação e dispêndio de recursos. É, ademais, focado na padronização de resultados, a serem perseguidos pelo ente público e seus servidores, bem assim na persecução da qualidade na prestação de serviços públicos.
>
> Sendo, contudo, marcado por um conteúdo jurídico indeterminado, seu controle de incidência na seara judicial deve ser excepcional, sob pena de anular-se a discricionariedade do legislador e do gestor público.
>
> Por sua vez, a Constituição Federal assegurou aos Estados-membros a possibilidade de auto-organização, de forma que suas estruturas administrativas podem ser definidas de forma a melhor atender os seus interesses, desde que observados os princípios constitucionais.
>
> Por tal razão é que se defere ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que definam a estruturação da Administração Pública e, por tabela, regulamentam as funções inerentes a cada cargo público.
>
> Nesse sentido, vide precedentes desta Corte em que se ressalta a habilidade da legislação infraconstitucional para definir a estrutura administrativa e as atribuições dos cargos públicos:(...)

Nesses termos, não vislumbro como a simples previsão de controle administrativo de uma atividade, por meio de supervisão, possa ser suficiente, de per si, para manietar o princípio da eficiência.

A eficiência, tanto quanto possível, é obra de uma visão de conjunto do todo administrativo, cotejando-se a qualidade e a economicidade na prestação de serviço público ou no exercício de dada atividade pela administração pública, no caso da atividade tributária.

Nos autos, o agravante foi incapaz de demonstrar em que sentido houve violação do princípio da eficiência no âmbito normativo, sem contar que a via do recurso extraordinária é inapta para exame de fatos e provas (Súmula 279 do STF).

Por outro lado, percebe-se que o legislador foi atento à diretriz constitucional, uma vez que, de acordo com a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, a lei é voltada à "implementação do novo modelo de gestão da administração pública proposto pela reforma administrativa que está em curso" (fl. 82/83). Ainda, segundo tal manifestação, a lei estadual em comento albergou outros instrumentos de eficiência administrativa, tal qual o incentivo permanente à qualificação dos servidores e a avaliação periódica de desempenho.

Não bastasse, sob o prisma da razoabilidade/proporcionalidade, verifico que a previsão atacada guarda vínculo de pertinência com o todo normativo em que colocada.

Das atribuições do Auditor Fiscal da Receita Estadual (fl. 39) destaca-se a execução, em caráter privativo, das ações de fiscalização tributária, na forma do art. 194 e seguintes do Código Tributário Nacional.

No que concerne às atividades preparatórias a tal fiscalização, nada mais curial que possa o servidor destinatário do trabalho exercer a supervisão técnica da atuação administrativa, cuja consecução foi atribuída ao cargo de Gestor Fazendário.

No mais, a previsão de hierarquia, ou de feixes de relações hierárquicas em relação a algumas das atribuições, entre cargos de carreiras distintas não contrasta com a Constituição da República.

> O poder hierárquico é ínsito ao regime de legalidade e verticalidade da Administração Pública, necessário que se faz para fins de organização e direção da atividade administrativa.
>
> Por fim, tenho por descabida a alegação de ofensa do art. 37, V, da Constituição Federal, uma vez que trata do regime incidente sobre os cargos em comissão e funções de confiança, completamente apartado do caso em análise, sendo incabível a afirmação de que o poder hierárquico somente pode ser exercido por meio dos referidos cargos ou funções."

Tem-se claro, portanto, que, nos termos da legislação vigente e conforme a interpretação definida no controle judicial levado a efeito até a Corte Suprema, é regular a distribuição de competências prevista na Lei Estadual nº 15.464/2005. O Estado de Minas Gerais, além de ter legislado nesse sentido, compareceu em juízo através dos órgãos de representação legítimos (Procuradoria da Assembleia Legislativa e Advocacia Geral do Estado) evidenciando a constitucionalidade da distribuição de competências entre as carreiras de Auditor Fiscal e Gestor Fazendário no âmbito da Receita Estadual, ausente qualquer evidência de determinação administrativa ou jurídica em sentido diverso.

Analisando as normas vigentes, tem-se claros quem são os sujeitos possíveis dos atos relativos à atividade tributária em questão. O Gestor Fazendário (GEFAZ) tem sim competência específica para o desenvolvimento de atividades técnicas especializadas na área da arrecadação e tributação, tendo sido especificadas, de modo expresso, o controle do processo de arrecadação; o controle administrativo das atividades sujeitas a tributação; os estudos e as pesquisas com base nas informações fiscais e tributárias; os estudos para elaboração da legislação tributária; o controle e a cobrança do crédito tributário declarado ou constituído, além do desenvolvimento desenvolver atividades preparatórias à ação fiscalizadora, sob supervisão do Auditor Fiscal da Receita Estadual, visto que referida supervisão foi considerada conforme os princípios constitucionais pela Corte Superior do TJMG e em sede de decisão monocrática do STF. Ademais, o Gestor Fazendário também pode auxiliar o Auditor Fiscal da Receita Estadual no desempenho de suas atribuições privativas, estendendo-se ao sistema de plantão, inclusive nos Postos de Fiscalização, bem como desenvolver atividades relativas à execução, acompanhamento e controle, incluindo-se manutenção de informações cadastrais (inclusive realizando diligências que não caracterizem procedimento de fiscalização, na forma de regulamento), tramitação

de PTA, cobrança administrativa, do parcelamento e da liquidação do crédito tributário declarado ou constituído, participação do município no VAF, da avaliação e cálculo do ITCD, na forma de regulamento, outras rotinas inerentes à administração fazendária e elaborar pareceres que envolvam matérias relacionadas à arrecadação e à tributação. Nenhuma dessas tarefas pode ser recusada em face de determinações legislativas vigentes, sem qualquer julgamento em sentido contrário, na via administrativa ou judicial, que exclua sua constitucionalidade.

Destaque-se que não há incongruência dessas atribuições com a competência privativa do Auditor Fiscal da Receita Estadual (AFRE) para, em caráter privativo, constituir, mediante lançamento, o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos; executar procedimentos fiscais objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo; exercer controle sobre atividades dos contribuintes inscritos ou não no cadastro de contribuinte e no cadastro de produtor rural da SEF; elaborar pareceres que envolvam matérias relacionadas à fiscalização; proceder à orientação do contribuinte no tocante aos aspectos fiscais; atuar em perícias fiscais; atuar no Conselho de Contribuintes na condição de conselheiro indicado pela SEF; executar os procedimentos de formação e instrução de auto de notícia-crime; exercer a fiscalização de outros tributos que não os instituídos pelo Estado cuja competência lhe seja delegada por ente tributário, mediante convênio.

As competências foram adequadamente distribuídas, sem que se identifique qualquer vício, superposição indevida capaz de ensejar inconstitucionalidade ou comprometimento de exigências basilares como eficiência, economicidade e razoabilidade da atividade tributária. O que se requer é que os agentes integrantes das distintas carreiras atuem de modo convergente, viabilizando uma atividade tributária que otimize os resultados da arrecadação, sem disputas políticas que buscam preservação de poder, inclusive de barganha política e remuneratória para melhorias específicas de determinados setores. A mudança de cultura que se impõe na estrutura administrativa em pleno século XXI é a compreensão, por parte dos agentes públicos, de que qualquer trabalho, seja ele preparatório ou finalístico, sempre será instrumental de outra atividade pública, assim como dependerá de atividade pregressa, afigurando-se exdrúxulas e desarrazoadas disputas internas que não sejam comprometidas com o interesse público primário.

Se não há qualquer evidência de uma atuação viciada internamente na Administração Pública, se a legislação em vigor foi considerada constitucional

pelo Supremo Tribunal Federal, se os atos praticados cumprem os ditames vigentes, nenhuma razão se vislumbra para fomentar discussões jurídicas e batalhas entre carreiras públicas que, ao contrário, devem atuar conjuntamente, de modo a obter maior eficiência nos resultados públicos. Essa necessidade afigura-se mais acentuada em momento de grave crise financeira do Estado que coloca como desafio a superação de metas de qualidade e a exigência de reunião de esforços num mesmo sentido, em especial na arrecadação tributária do Estado. É suficiente para abalar essa atividade arrecadatória comportamentos de evasão e elusão praticados por contribuintes descomprometidos com a moralidade imposta constitucionalmente, não sendo raras ações de pessoas privadas buscando o comprometimento dos atos administrativos sob o prisma da legalidade e constitucionalidade sem qualquer fundamentação legítima para tanto. Diante desse grave contexto, as carreiras do Estado devem buscar a prevalência do resultado da sua atividade, com abandono da cultura de litígio interno e incorporação de novos parâmetros no sentido de agregar energia e de aperfeiçoar estratégias de atuação, com afinco, dedicação e diligência focadas na efetividade do sistema tributário global.

Diante dos aspectos delineados, não se vislumbra qualquer vício de sujeito nos atos praticados para fins de arrecadação tributária no âmbito da Receita Estadual. A esse propósito, vale observar que o sujeito do ato administrativo é aquele que o produz, por ser capaz e por ter recebido competência para expedir um comando específico diante de determinada realidade. Clássica é a doutrina que explicita que a capacidade e a competência devem ser analisadas sob dois prismas: a) o da pessoa política ou administrativa e b) o do agente público que exterioriza a vontade do ente federativo ou da entidade administrativa. Quanto à capacidade, os entes federativos, que têm existência decorrente do próprio texto constitucional, possuem capacidade genérica. Esse é o caso dos Estados-Membros, como o Estado de Minas Gerais. O próprio fato de o poder constituinte originário ter os instituído, tornando-os aptos a exercer direitos e assumir obrigações em inúmeras searas, evidencia a sua capacidade, inclusive para fins de arrecadação tributária, nos termos da distribuição de atribuições levada a efeito pela Constituição da República.

É certo que os agentes públicos, exercendo suas funções em cada um destes entes ou em uma das suas entidades administrativas, devem também possuir capacidade. É verdade que a própria condição de agente público, na maior parte dos casos, já a evidencia. Isto porque é comum que, para se firmar o vínculo entre a Administração e o agente, já sejam aferidos requisitos como idade mínima, aptidão física e mental. As legislações estaduais, federal e municipal exigem como

requisito básico para investidura de cargo público a idade mínima de dezoito anos, aptidão física e mental. Conseqüentemente, alguém investido na função de servidor estatutário tem presumida capacidade subseqüente, que se afastará apenas diante de prova em sentido contrário fundada, p.ex., em circunstância fática posterior.

Quando uma pessoa política como o Estado de Minas Gerais atua na arrecadação de tributos, é necessário que se constate a sua capacidade (decorrente do texto constitucional) e que se afira a capacidade do agente que exerce a função pública. Afinal, também o agente deve demonstrar ter capacidade, nos termos da lei civil, para exercer direitos e contrair obrigações, sendo-lhe vedado atuar administrativamente nos casos de incapacidade absoluta ou relativa. Além disto, é necessário que se verifique se está presente a competência específica para a atividade pública desenvolvida. Competência é um conjunto de atribuições que se reconhece ao Estado e que se atribui, de modo específico, aos seus agentes públicos, a fim de que um determinado feixe de deveres possa ser exercido pelo agente que realiza a atividade administrativa.

O que se discute na espécie, é a distribuição de competências entre os cargos de auditores e gestores fazendários, considerando-se a legislação em vigor. Sobre a competência dos agentes públicos, Edmir Netto Araújo assim defineos poderes conferidos pela ordem jurídica para o desempenho de funções específicas:

> "1. **Competência não se presume,** porque requer sempre texto legal expres-so, ao contrário da capacidade, que é regra, sendo exceção a incapacidade; esta sim exige previsão expressa; 2. Em conseqüência, **competência é improrrogável e intransferível,** salvo disposição legal também expressa, que pode ser a avocação ou a delegação, de acordo com o ordenamento jurídico hierárquico, mas o exercício da capacidade pode ser, por exemplo, objeto de mandato; 3. O **exercício da competência é obrigatório** (princípio do poder-dever do administrador público), ao passo que o exercício da capacidade é faculdade que fica ao arbítrio do particular; 4. Por tal obrigatoriedade, **competência é irrenunciável e intransigível,** não podendo ser objeto de pactos ou acordos que lhe comprometam ou reduzam o exercício, como é comum nos atos que envolvam capacidade dos particulares." (ARAÚJO, Edmir Netto de.

Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 435-436, negrito no original)

Aplicando-se tais premissas a essa hipótese e conforme exaustivamente já explicitado, tem-se que os **auditores** devem exercer, em caráter privativo, os poderes de constituir, mediante lançamento, o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos; executar procedimentos fiscais objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo; exercer controle sobre atividades dos contribuintes inscritos ou não no cadastro de contribuinte e no cadastro de produtor rural da SEF; elaborar pareceres que envolvam matérias relacionadas à fiscalização; proceder à orientação do contribuinte no tocante aos aspectos fiscais; atuar em perícias fiscais; atuar no Conselho de Contribuintes na condição de conselheiro indicado pela SEF; executar os procedimentos de formação e instrução de auto de notícia-crime; exercer a fiscalização de outros tributos que não os instituídos pelo Estado cuja competência lhe seja delegada por ente tributário, mediante convênio. Por sua vez, aos **gestores** cabe o desenvolvimento de atividades técnicas especializadas na área da arrecadação e tributação, tendo sido especificadas, de modo expresso, o controle do processo de arrecadação; o controle administrativo das atividades sujeitas a tributação; os estudos e as pesquisas com base nas informações fiscais e tributárias; os estudos para elaboração da legislação tributária; o controle e a cobrança do crédito tributário declarado ou constituído, além do desenvolvimento desenvolver atividades preparatórias à ação fiscalizadora, sob supervisão do Auditor Fiscal da Receita Estadual; auxiliar o auditor no desempenho de suas atribuições privativas, bem como desenvolver atividades relativas à execução, acompanhamento e controle, incluindo-se manutenção de informações cadastrais (inclusive realizando diligências que não caracterizem procedimento de fiscalização, na forma de regulamento), tramitação de PTA, cobrança administrativa, do parcelamento e da liquidação do crédito tributário declarado ou constituído, participação do município no VAF, da avaliação e cálculo do ITCD, na forma de regulamento, outras rotinas inerentes à administração fazendária e elaborar pareceres que envolvam matérias relacionadas à arrecadação e à tributação. Nenhuma dessas tarefas pode ser recusada em face de determinações legislativas vigentes, sem qualquer julgamento em sentido contrário, na via administrativa ou judicial, que exclua sua constitucionalidade.

Reitere-se que não há incongruência das atribuições dos Gestores Fazendários com a competência privativa do Auditor Fiscal da Receita Estadual, tendo sido prevista, ao contrário, a necessária colaboração entre as carreiras,

aspecto que, em regra, apresenta dificuldade operacional, em face de não raras disputas internas de poder e atividades exercidas de modo autista em diversos órgãos públicos e entidades administrativas. Mais uma vez insiste-se pela necessidade de se realizar a convergência de esforços em um mesmo sentido, com aceitação do auxílio e preparação expressamente previsto em lei, bem como da supervisão determinada àqueles que praticarão atos finais de fiscalização, v.g.. A nenhum deles, gestores e auditores, é facultado transferir, renunciar, transigir ou prorrogar os poderes que lhes foram outorgados pelo ordenamento. Isso não significa, entretanto, a inviabilidade de atos regulatórios da Administração detalharem o exercício das atribuições, organizando a estrutura de pessoal interna dos órgãos estaduais.

Não é raro na Administração Pública contemporânea que se promova a delegação de atribuições por ato normativo. Não se trata de compartilhamento indevido, mas distribuição regular de competências inclusive por decreto ou resolução, à obviedade sem alteração, contrariedade, ampliação ou elastecimento ou excesso irregular de atribuições funcionais. O objetivo organizacional não encontra impedimento, mas, ao contrário, implica direta operacionalização da tarefa de estruturar órgãos, entidades e agentes a quem cabe concretizar as competências públicas.

Não há competência sem previsão normativa: constitucional, infra-constitucional, regulamentar e/ou regulatória. O fato é que há de se ter uma norma que seja a origem do poder em nome de que o ato realizar-se-á. A competência pode decorrer de lei específica do ente federativo ou da própria Constituição da República (Lei Orgânica ou Constituição Estadual), sendo certo que "a lei não é fonte exclusiva de competência administrativa. Para órgãos e agentes de elevada hierarquia, ou de finalidades específicas, pode a fonte da competência situar-se na própria Constituição", consoante lição do administrativista José dos Santos Carvalho Filho que ainda aduz:

> "Em relação a órgãos de menor hierarquia, pode a competência derivar de normas expressas de atos administrativos organizacionais. Nesses caso, serão tais atos editados por órgãos cuja competência decorre de lei. Em outras pala-vras, a competência **primária** do órgão provem da lei, e a competência dos segmentos internos dele, de natureza **secundária,** pode receber definição através dos atos organizacionais.

> Pode-se firmar, assim, a conclusão de que a competência administrativa há de se originar de **texto expresso** contido na Constituição, na lei (neste caso, a regra geral) e em normas administrativas, como, aliás, bem sintetiza CASSAGNE." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006. p. 93)

Embora seja certo que a competência decorre do ordenamento, incidente em dada realidade, em algumas circunstâncias pode ser necessário algum esforço hermenêutico, por meio de processo interpretativo, para reconhecer a quem compete expedir o ato, respeitadas as distribuições de poderes levadas a efeito pelas normas vigentes. No caso ora em exame, sequer esforço significativo mostra-se necessário, visto que as regras da Lei Estadual nº 15.464/2005 estabeleceram parâmetros normativos claros da distribuição de competências entre a carreira de gestor fazendário e a carreira de auditor fiscal no âmbito do Estado de Minas Gerais, com preservação dos ditames pelo TJMG e Supremo Tribunal Federal.

2. Provimento derivado e desvio de função: distinção e consequências jurídicas.

No direito administrativo pátrio, define-se o provimento como o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, mediante a designação de alguém para titularizar o mesmo; por esse ato o servidor é investido no exercício das atribuições públicas que exercerá.

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha, o provimento tem dupla face: "pelo lado do agente, traduz ou determina a outorga que lhe é feita de desempenhar o conjunto de atribuições inerentes ao cargo, função ou emprego público; vislumbrando-se a partir do cargo ou do emprego, significa a definição administrativa daquele agente que o titulariza, quer dizer, que se põe como seu titular para o desenvolvimento das atividades que lhe são inerentes na forma da lei." Sob essa perspectiva, o provimento tem múltiplos efeitos, porquanto "a) define a condição do cargo, que passa a ser titularizado pelo agente nomeado ou contratado, conforme o caso; b) define o titular que é investido nessa condição; c) a partir daquela definição, outorgam-se-lhe as atribuições inerentes ao cargo e que lhe são conferidas e postas à sua atuação competente e à sua responsabilidade." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 170)

Se num sentido jurídico genérico prover significa adotar uma providência para atender a uma necessidade ou pedido (ex: prover um apelo judicial) ou suprir (no sentido de atender) uma demanda social específica, o provimento de cargo público implica suprimento formal de uma necessidade pública (demonstrada pela vacância do cargo), conferindo-se a alguém a condição de titular responsável pelo desempenho das atribuições que lhe são inerentes. A partir de um procedimento tem-se um ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo mediante designação de alguém para titularizá-lo. Sendo assim, o provimento de fato define a condição do cargo, que passa a ser titularizado, e também define o titular que é investido, outorgam-se-lhe atribuições inerentes ao cargo.

A redação do artigo 37, II da Constituição da República determinada pela Emenda Constitucional nº 19/98 estabelece que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". Na verdade, já a redação original do referido dispositivo havia suprimido a qualificação "*primeira* investidura" da regra que impõe a realização de concurso público, fixando que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". Sendo assim, desde 1988, sem qualquer alteração após 1998 quando da Emenda Constitucional nº 19, tem-se na Constituição da República a exigência de concurso público prévio não apenas à "primeira investidura" em cargo público, mas antes da investidura em cargos e empregos públicos, ressalvando-se somente os cargos comissionados. Daí a doutrina proclamar terem sido afastadas as formas de provimento derivado, desde a redação original da Constituição da República.

Para se compreender adequadamente tal conclusão, cumpre esclarecer que provimento originário é aquele que vincula inicialmente o servidor ao cargo ou emprego público. Neste caso, não há vinculação jurídica anterior, ou seja, o titular do cargo ou emprego público não pertencia àquele serviço público antes. Sendo assim, o provimento originário não guarda relação com a anterior situação do provido, motivo pelo qual se diz autônomo ou originário. Quando se trata de cargo público, o provimento originário ocorre pelo ato de nomeação e se se dá por ato administrativo unilateral e executório. Sobre essa matéria, confira-se o ensinamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

> "O provimento originário é aquele que se dá quando, vago o cargo (ou porque vem de ser criado ou porque o seu titular anterior dele se afastou definitivamente), vem a ser suprido por ato administrativo unilateral e auto-executório, pelo qual se confere a alguém a condição de titular do cargo indicado, sendo que tal cometimento independe e não deriva de qualquer relação jurídico-funcional havida antes pelo agente como membro da carreira correspondente ou de qualquer cargo isolado.
> O ato de provimento originário é, normalmente, o de nomeação para cargo público. Para emprego público aquele provimento aperfeiçoa-se mediante contrato." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 193)

Já o provimento derivado depende de um vínculo anterior do servidor com a Administração, ou seja, o cargo é preenchido por alguém que já tenha vínculo anterior com outro cargo sujeito ao mesmo estatuto (e no vínculo anterior radica a causa do provimento ulterior). Essa a lição da já citada constitucionalista Cármen Lúcia segundo a qual "O provimento derivado é aquele que ocorre quando, vago o cargo por qualquer causa, vem a ser suprido por agente que o titulariza por direito que lhe advém de relação havida anteriormente com a entidade estatal de cujos quadros faz parte." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 192)

Em face do que determina o mencionado artigo 37, II da Constituição da República, entende-se, como regra geral, que foram banidas formas de provimento derivado. Contudo, é preciso cautela ao interpretar referida prescrição. Isso porque há exceções à proibição de provimento derivado na própria Constituição que trata de matérias as quais trazem ínsita a necessidade de manutenção de algumas formas de provimento derivado. Assim ocorre com a promoção, a readaptação, o aproveitamento, a reintegração e a recondução. Esses institutos, formas de provimento derivado, ou são mencionados expressamente no texto constitucional ou são essenciais para a operacionalização de regras constitucionais. Nesse sentido, tem-se decisões do próprio STF (Ag. Regimental no RE 461.792-MA, Ag. Regimental no RE nº 560.464-DF, MS 22.492-DF e MS nº 23.577-DF) e do STJ (ROMS nº 2.102-PA). O mesmo não ocorre com outras formas de provimento derivado, admitidas anteriormente à Constituição de 1988 e agora sujeitas à regra geral proibitiva que decorre do artigo 37, II da CR, como

é o caso da ascensão, transferência e reversão. Também sobre essa matéria o STF já se pronunciou em mais de uma oportunidade (ADI nº 1.329-AL, MS nº 22.148-DF, ADI nº 656-RS, ADI nº 1.345-ES; ADI nº 3030-AM, ADI nº 785-DF, ADI nº 186-PR, RE nº 172.531-SC). Conforme a Súmula 685 do STF, é inconstitucional a modalidade de provimento que propicie o servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. De tais manifestações resulta que o STF, ao interpretar a norma que exigiu que a vinculação a cargo público se faça mediante concurso público, baniu ascensão, transferência e reversão a pedido, mantendo-se somente promoção, readaptação, aproveitamento, reintegração e recondução, porquanto essenciais à operacionalização do matérias de assento constitucional.

No caso das competências dos Auditores Fiscais e Gestores Fazendários, não se vislumbra situação em que seja possível falar-se em provimento derivado. Os concursos públicos são diversos para os cargos vinculados a carreiras distintas, com atribuições especificadas no ordenamento conforme já analisado "supra". Não se tem notícia de qualquer ascensão, transferência, reversão a pedido ou mesmo de outro instituto que, com nomenclatura diversa, possa implicar vinculação de servidor que detinha relação jurídica prévia a funções públicas distintas e específicas de outro cargo como o de auditor. Assim sendo, afastam-se as alegações pertinentes ao artigo 37, II da Constituição da República, em especial no tocante a eventual ofensa à proibição de provimento derivado.

Destaca-se que provimento derivado distingue-se da situação administrativa fática pertinente ao desvio de função. No provimento derivado, tem-se um ato legislativo ou administrativo por meio de que um servidor, que possui uma relação funcional prévia com a Administração Pública, é vinculado a outro cargo público, com atribuições e pressupostos diversos do primeiro. No desvio de função, um servidor vinculado a um determinado cargo público passa, na realidade administrativa, a exercer funções pertinentes a cargo diverso do ocupado. Desvio de função é situação fática em que o servidor se afasta, no dia a dia do órgão ou entidade administrativa, das tarefas que deveria exercer tendo em vista o cargo em que foi provido e passa a atuar, na prática, como se tivesse sido provido em cargo diverso. Isso sem que se tenha realizado qualquer procedimento anterior que regularmente pudesse o vincular às atribuições do outro cargo como, p. ex., ocorre nos casos de readaptação do servidor em virtude de limitação física superveniente ao provimento no cargo. A jurisprudência tem assentado que "O desvio de função deve ser caracterizado através do exercício, pelo servidor, de

atividades eminentemente correlatas a cargo diverso do ocupado", sem o que não há que se falar em tal vício. (Apelação Cível nº 1248220, Processo nº 2003.61.00.037771-7, rel. Desembargador Nelton dos Santos, 2ª Turma do TRF 3ª Região, DJF3 CJ1 de 10.09.2009, p. 128). De fato, se a atividade desempenhada pelo servidor está prevista dentre as atribuições do cargo por ele ocupado, é inviável falar-se em desvio de função, consoante farta orientação jurisprudencial (Apelação/Reexame necessário nº 2003.71.10.005554-5, rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, D.E. de 02.12.2009)

Não é outra a linha de raciocínio desenvolvida pela doutrina:

> "Dá-se o denominado 'desvio de função' quando o servidor é nomeado e investido em um cargo público e passa a desempenhar funções inerentes a outrem, mediante ato que o designa para tanto, sem qualquer comportamento formal.
> Numa como noutra hipótese há um comprometimento das funções tanto de um quanto de outro cargo, porque o primeiro, para o qual foi nomeado o servidor desviado em seu desempenho, não está tendo a sua dinâmica própria, uma vez que quem se habilitou, mediante concurso público, para tanto não está sendo desenvolvido; e o segundo cargo, cujas funções estão sendo prestadas pelo servidor, está sendo objeto de prestação por quem não dispõe de competência específica para tanto." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 233-234)

Atentando para tais aspectos conceituais, não se identifica no presente expediente qualquer indício de que, diante da distribuição de competências levada a efeito pela legislação mineira, gestores fazendários estejam usurpando competências dos auditores fiscais ou vice-versa. Na verdade, tem-se delineado no ordenamento, de modo razoável, a atuação conjunta de ambas as carreiras, reservada uma parcela das atribuições a uma delas (p. ex., o ato final de lançamento aos auditores fiscais) e outra parte à outra (p. ex., atividades preparatórias à ação fiscalizadora tributária aos gestores fazendários, sob supervisão dos auditores, bem como execução, acompanhamento e controle da tramitação do PTA). Na realidade administrativa do Estado, não se identificam elementos que evidenciem o descumprimento fático dessa distribuição de poderes, sendo certa a viabilidade da atuação convergente das carreiras com atos instrumentais praticados por uma delas de modo a viabilizar a atuação da outra.

Trata-se somente de viabilizar a atividade em rede, coordenada, simultânea e eficiente da Administração Pública.

Mesmo se se estivesse diante de desvio de função, o que – repita-se – não é o caso conforme os elementos colacionados, é mister atentar para o que definiu o Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 378: Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes. Sendo assim, a consequência jurídica decorrente de tal desvio é a determinação do retorno às funções inerentes ao cargo em que está investido, com reconhecimento do direito a receber pelo trabalho realizado, sob pena de locupletamento indevido da Administração Pública.

A esse respeito confira-se, mais uma vez, o magistério de Cármem Lúcia Antunes Rocha:

> "É que não pode haver enriquecimento ilícito da Administração, o que ocorreria se se aceitasse que o servidor tivesse prestado o quanto lhe fora exigido e, portanto, trabalhado conforme lhe tivessem determinado, e a entidade pública deixasse, ainda assim, de pagar a ele por isso, em razão do equívoco que ela mesma criou." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 235)

Ao decidir a matéria, o STF já esclareceu seu entendimento "no sentido de que o desvio de função não autoriza o reenquadramento do servidor, mas permite o recebimento das diferenças remuneratórias", com base em julgados anteriores como o RE 275.840, malgrado negativa de repercussão geral (Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº 438.886-SE, 1ª Turma do STF, DJe de 26.11.2009). Também limitando às diferenças vencimentais decorrentes do exercício desviado, tem-se decisões do STJ (REsp nº 1.091.539-AP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção do STJ, DJe de 30.03.2009) e dos demais Tribunais (Apelação Cível nº 2005.71.00.030118-0, rel. Des. Valdemar Capeletti, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, D.E. de 21.09.2009 e Apelação Cível nº 2000.38.00.033627-5-MG, rel. Juiz Federal convocado Miguel Angelo de Alvarenga Lopes, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 20.10.2009, p. 177).

Destarte, caso tivesse sido comprovado o desvio de gestores fazendários no tocante ao exercício de atribuições dos auditores fiscais, a consequência jurídica a ser observada seria o pagamento de eventuais diferenças

remuneratórias em favor dos primeiros, ausente qualquer repercussão no tocante à carreira dos auditores à exceção do respeito aos poderes que lhes foram reservados pelo ordenamento mineiro.

3. Da legitimidade de reorganização de carreiras no âmbito da Administração Pública

Na tentativa de aperfeiçoar a atuação de órgãos públicos, não é raro que entes federativos promovam reestruturação de carreiras, valendo-se do seu poder impositivo, mediante a criação e extinção de cargos, sua transformação, estabelecimento de classes, transposição de cargos para novo quadro estrutural e fixação de nova política remuneratória. Já no Parecer nº 14.568, de 19.10.2005, estabeleceu-se que o fundamento normativo para tais providências encontra-se no artigo 48, X da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01. Segundo o referido dispositivo, cabe ao Poder Legislativo, com a sanção do chefe do Executivo, dispor sobre a criação, transformação e extinção dos cargos empregos e funções públicas.

A transcrita norma constitucional, que em razão do princípio da simetria vincula todos os níveis da federação, fixa depender de lei a formação de novos cargos na estrutura funcional, sua eliminação ou sua transformação, ressalvada apenas a hipótese do art. 84, VI, 'b' da CR, dispositivo que permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público vago, por meio de ato administrativo. Afastada a hipótese do artigo 84, VI, 'b' da Constituição, a criação, a disciplina, a transformação e a extinção do cargo público fazem-se necessariamente por lei, sendo nesse mesmo sentido o ensinamento de Marçal Justen Filho:

> "A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e das condições de exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que '*fica criado o cargo de servidor público*'.
> Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica." (JUSTEN FILHO,

Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581)

Em razão do movimento de reforma administrativa buscando maior eficiência administrativa em todos os níveis da federação, tem sido comum a transformação de cargos efetivos, mediante a extinção de cargos anteriores e simultânea criação de novos, bem como a criação de cargos com competências operacionais e técnicas, instrumentais de atividades estatais, de modo a viabilizar, com tal reestruturação, maior eficiência do Poder Público no exercício dos seus encargos. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, "Tem sido usualmente admitida na Administração a denominada transformação de cargos 'sem aumento de despesa', implementada por atos administrativos oriundos de autoridades dirigentes de pessoas e órgãos públicos, através dos quais se extinguem alguns cargos e se criam outros com despesa correspondente à daqueles", ao que acresce que "o poder de iniciativa para a criação ou reestruturação funcional de cargos e carreiras se aloja no âmbito da discricionariedade de cada titular, cabendo-lhe o exame da conveniência e oportunidade para tomar aquela providência" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 494-495).

Trata-se, pois, de matéria reservada à decisão do Executivo, no tocante aos cargos inseridos na estrutura que lhe é inerente, com aprovação posterior pelo Legislativo, no exercício da função que lhe é atribuída pela Constituição da República. Na mesma linha de raciocínio, José Maria Pinheiro Madeira aduz:

> "Poder Público Estadual, com o escopo de promover a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, com a modificação dos níveis de referências das carreiras para realizar correções setoriais, promulga lei que altera a nomenclatura, as classes e as referências do quadro da Fazenda, de modo a promover reclassificação de cargos na escala funcional. (...)
> A Administração pode suprimir, transformar e alterar cargos públicos independentemente da aquiescência de seu titular, uma vez que o Servidor não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originárias; no entanto, a transformação somente pode se dar para serviços da mesma natureza, entendendo-se mesma natureza os desempenhados por

> servidores da mesma classe funcional." (MADEIRA, José Maria Pinheiro. "Servidor Público na Atualidade". 3ª ed. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2005, p. 60)

Também a jurisprudência tem acentuado que "a Administração Pública, em razão do princípio da mutabilidade do regime jurídico-administrativo vinculado ao regime de remuneração dos servidores que regem o serviço público, pode promover a reestruturação de seus cargos", sendo esse o entendimento de doutrinadores como Hely Lopes Meirelles, segundo quem "sob o regime estatutário o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição via estatutária", pelo que "lícito lhe é, a todo tempo, alterar esse regime jurídico". (Apelação Cível nº 1.0024.08.135420-1/002, rel. Desembargador Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 07.10.2009)

Com fulcro em tais ponderações, infere-se ser lícito a qualquer pessoa federativa dispor sobre a estrutura e organização dos seus órgãos, determinando a reestruturação orgânica dos respectivos quadros funcionais, criando novos cargos de modo a aperfeiçoar a atividade estatal, consoante critérios de conveniência e oportunidade político-administrativos. Trata-se de um instrumento capaz de promover eficiência na organização e aproveitamento nos recursos, inclusive os humanos.

Especificamente quanto às competências tributárias, certo é que não se encontra no texto da Constituição da República qualquer reserva de poderes específica para carreiras como a de Auditor Fiscal. Situação diversa ocorre com a representação judicial e extrajudicial da União e dos Estados-membros, em razão do que determina o artigo 131 e 132 da CR. No caso das competências tributárias, diversamente do que ocorre com as carreiras dos Procuradores do Estado e dos Advogados da União, não se identifica exigência de privatividade com status constitucional, o que implica clara discricionariedade política em favor dos que podem intervir no processo legislativo, desde a sua iniciativa até a publicidade final.

Não se pode ignorar a legitimidade de se alterar o regime jurídico em que se inserem os cargos de provimento efetivo e os respectivos servidores, uma vez que a própria mutabilidade inerente ao regime estatutário evidencia a juridicidade das alterações realizadas, mormente quando o objetivo principal é o aperfeiçoamento na execução das competências públicas com a melhoria na organização das estruturas estatais. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os

Embargos Infringentes na ADI nº 1.591-ES invocou a necessidade de se dar espaço a soluções de racionalização na Administração Pública como fundamento para entender legítima a criação de nova carreira fazendária estadual, com incorporação de outras carreiras então em extinção.(ADI nº 1.591-ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno do STF, Informativo 292 do STF) Não foi outro o entendimento exarado ao final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713-DF no bojo da qual se considerou constitucional a transformação dos cargos, mediante unificação de carreiras de idênticas atribuições. (ED-ADI nº 2.713-DF, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno do STF, Informativos nº 306, 331 e 335 do STF) Confira-se, cumulativamente, o seguinte julgado do Plenário do STF:

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Complementar nº 189, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, que extinguiu os cargos e as carreiras de Fiscal de Tributos Estaduais, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Escrivão de Exatoria, e criou, em substituição, a de Auditor Fiscal da Receita Estadual. 3. Aproveitamento dos ocupantes dos cargos extintos nos recém criados. 4. Ausência de violação ao princípio constitucional da exigência de concurso público, haja vista a similitude das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos cargos extintos. 5. Precedentes: ADI 1591, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 16.6.2000; ADI 2713, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7.3.2003. 6. Ação julgada improcedente". (ADI nº 2.335-SC, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno do STF, julgamento em 11.06.2003)

Conclui-se, por conseguinte, ser admissível, nos termos da Constituição e da orientação jurisprudencial da Corte Suprema, que um ente federativo, mediante iniciativa do Chefe do Executivo, exerça a atribuição de avaliar a oportunidade e conveniência de iniciar o processo legislativo com vistas a reestruturar o quadro de órgãos e funcional que lhe integram. Cumpre que, no referido processo, sejam observados os limites formais e materiais expressos na própria Constituição e no ordenamento infra-constitucional, em face da realidade específica em que tal reestruturação ocorrerá.

Assim sendo, não se vislumbra vício nas transformações realizadas nas carreiras tributárias do Estado que culminaram na Lei Estadual nº 15.464, de 13.01.2005, nem mesmo em eventual reformulação que transforme dois cargos distintos, atualmente existentes, e crie um novo cargo reunindo as atribuições dos

mesmos. Isso porque, consoante já se ressaltou, há discricionariedade política que, exercida nos limites constitucionais da eficiência, moralidade e razoabilidade, pode conduzir a uma nova estrutura do órgão de arrecadação do Estado.

3.1. Do limite à reestruturação de carreiras

A principal limitação à reestruturação de carreiras vincula-se à inadmissibilidade de, por meio dela, se realizar provimento derivado. Como já se ressaltou, a Constituição não comporta a nomeação para outro cargo, independentemente de concurso, ao argumento falacioso de reestruturação de carreiras públicas, por força da regra do artigo 37, II. Portanto, a reestruturação deve sempre observar circunstâncias especiais, como a estrita correlação das atribuições do cargo até então exercido pelos servidores, cujas aptidões foram aferidas em concurso público prévio, e das funções reunidas no novo cargo. É inadmissível o desprezo de quaisquer das razões que informaram a redação do artigo 37, II da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal já assentou a inadmissibilidade de se integrar o servidor em outra carreira nas hipóteses em que se pretendeu apenas institucionalizar provimentos derivados inconstitucionais, excluída a reestruturação ou reorganização legitimamente admissíveis. (ADI nº 1.350, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 24.02.2005, Plenário do STF, Informativo 377 do STF e ADI-Med. Cautelar nº 1.476-PE, rel. Min. Carlos Velloso, Pleno do STF, DJU de 01.03.02, p. 30 e Súmula 685 da Corte Suprema: "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido")

A cautela é para que não se admita que alguém seja investido na titularidade de um cargo público sem a prévia aprovação em concurso público. Se não se trata de uma das exceções da Lei Maior e se já preexistia uma relação jurídico-funcional da pessoa e o Estado, é inadmissível que outro vínculo se forme em virtude da mera edição de diploma legal supostamente reestruturador da estrutura do Estado, quando este novo vínculo se estabelece relativamente a atribuições diversas das anteriormente exercidas pelo servidor, mediante exigência de requisitos de habilitação também diferentes.

Não se concebe que o fato de alguém ser titular de um cargo público, de provimento efetivo, possa, validamente, propiciar a aquisição de titularidade de qualquer outro, principalmente se de grupo ocupacional diverso, afastados os

riscos e ônus de uma concorrência externa, via concurso público. Em outras palavras, é inadmissível que se abra a possibilidade de transferência de servidores de uma carreira a outra, ou de um cargo isolado a outro, sem mais exigências, como acontecia antes da promulgação da Constituição de 1988, cujo artigo 37, II, ao utilizar a expressão "investidura" colocou fim às discussões anteriores fundadas no emprego anterior da expressão "primeira investidura".

Assim, atualmente, sempre se caracterizará nova relação jurídico-funcional e, consequentemente, nova investidura, quando o servidor vincula-se a outro cargo isolado ou de carreira profissional diversa da que vinha exercendo, sendo imperiosa a aprovação em concurso público específico e superveniente. O ingresso em outra carreira, mesmo afim, depende de submissão a concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo vedada a hipótese de dispensa de sua realização, pena de ofensa ao artigo 37, II da Constituição. Afinal, a Constituição sequer atribuiu ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer, diretamente ou por exclusão, liberalidades no tocante à observância da exigência de concurso público, pelo que é manifesto que não se pode reconhecer tal faculdade ao administrador público.

Repita-se, pois, que o inaceitável, em termos estritamente jurídicos, é valer-se, artificiosamente, da reestruturação de carreiras para se furtar ao cumprimento de exigência de ordem constitucional, levando a efeito provimentos derivados não excepcionados no texto magno da regra da obrigatoriedade do concurso público.

Novos cargos, no bojo dos quais estejam inseridas atribuições diversas daquelas enfeixadas em cargos existentes anteriormente, devem ser providos apenas se se assegurar igual oportunidade a todos os eventuais interessados os quais preencham os requisitos legais. Afinal, a finalidade do concurso público é viabilizar que, em cada caso e em cada cargo, se perquira os requisitos normativos do ordenamento fixados de acordo com a natureza e complexidade da função a ser exercida, atendidos os princípios constitucionais de regência. Não podem ser privilegiados os atuais servidores pelos simples fato de já integrarem o quadro de pessoal do Estado. Ao contrário, ao ente político é imperioso oferecer igual oportunidade de acesso a todos os eventuais interessados que demonstrem a aptidão necessária para o exercício dos novos cargos, garantindo-se, presumivelmente, nos novos e específicos concursos públicos, a admissão do melhor servidor para o exercício das novas funções.

Entendimento em sentido contrário significaria retrocesso de mais de duas décadas, com retorno da balbúrdia estrutural abolida com o advento da Constituição vigente. Na verdade, antes mesmo da CR/88, autores como Márcio Cammarosano já afirmavam "Para efeito de provimento de cargo público, ninguém, pelo simples fato de já ser funcionário, pode ser privilegiado a ponto de se ver livre da concorrência de quaisquer eventuais interessados que preencham os requisitos legais. A reserva de determinados cargos para provimento derivado só é possível se houver razão lógica que a justifique, aferível à luz do interesse público, que o Estado deve perseguir, e que não se confunde com o particular interesse do funcionário em galgar cargos mais elevados, de natureza profissional diversa daquele de que já é titular." (CAMMAROSANO, Márcio. Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 107)

Na mesma linha de raciocínio, Carlos Gustavo Silva Rodrigues defende que "a regra para provimento de cargos públicos é a do concurso, mas esta regra é mitigada em situações especiais, como é o caso da reestruturação de cargos, com o aproveitamento dos atuais servidores, quando os cargos originais pertençam a carreiras que guardem afinidade de atribuições." Segundo o citado autor, "a reestruturação de carreiras com o deslocamento de cargos pode ocorrer, nos casos em que os cargos originais pertençam a uma mesma carreira e guardem afinidade de atribuições", motivo por que conclui: "É constitucional o aproveitamento dos atuais ocupantes dos cargos originários, providos por concurso, quando pertencerem à mesma carreira e guardem afinidade de atribuições." (RODRIGUES, Carlos Gustavo Silva. A reestruturação de carreiras em face dos princípios da eficiência e do concurso público. Jus Navigandi. Teresina: ano 12, n. 1806, 11 jun. 2008)

Em cada caso concreto, portanto, deve-se promover a análise da reestruturação realizada, de modo a afastar, definitivamente, a possibilidade de se tratar de mal disfarçada burla à regra da necessidade de concurso público. Não se pode, ao argumento da reestruturação de carreiras, da transformação de cargos ou da realocação de servidores, ensejar a transformação de cargo anterior em novo cargo com atribuições diversas do primeiro, nem mesmo promover inclusão de novas atribuições para cujo exercício a competência do servidor não foi aferida, quando originariamente admitido nos quadros de pessoal do Poder Público. A lei que, ao ensejar provimento em choque direto à taxativa recomendação constitucional do artigo 37, II da CR, padecerá de inconstitucionalidade, assim como os atos de provimento nela fundados, o que propiciará reparação judicial nos moldes em que inerente ao Estado Democrático de Direito.

Nas hipóteses em que a reestruturação ocorreu com atenção à afinidade das atribuições das carreiras consolidadas, à necessidade de dar espaço a soluções de racionalização administrativa e com respeito aos anteriores requisitos de habilitação e ao conteúdo das atribuições até então exercidas pelos servidores, tem-se como legítima a atuação pública, excluída qualquer ofensa à exigência de concurso público. Observar tais aspectos, na incorporação de servidores já providos em cargos anteriores da estrutura administrativa, não implica vedação que o Estado, a partir de determinado momento, crie carreira com requisitos de habilitação e competência distintas, mormente se busca aperfeiçoar determinada atividade pública essencial. O que o Poder Público não poderá olvidar é a vedação de provimento derivado quanto aos servidores já providos em cargos anteriores, quando do exercício da discricionariedade política que lhe permite estruturar novas carreiras com requisitos de habilitação e atribuições distintos. Em alguns casos, será adequada a criação de um "quadro funcional em extinção"; em outros, tal medida não se fará imperiosa, tendo em vista a similitude dos pressupostos e das atribuições funcionais.

Fixadas as atribuições em regras constitucionais e legais editadas conforme a Constituição, não há óbice a que delegação de competências ocorra por atos normativos da Administração. Consoante já se assinalou com base nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho pode a competência derivar de normas expressas de atos administrativos organizacionais, tratando-se da denominada "competência secundária". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 93).

A Lei Estadual nº 14.184/2002 estabelece no artigo 41 que "A competência é irrenunciável, é exercida pela autoridade a que foi atribuída e pode ser delegada", estando enumeradas nos incisos do artigo 44 as hipóteses em que a delegação é proibida: "I - a edição de ato de caráter normativo; II - a decisão de recurso; III - a matéria de competência exclusiva da autoridade delegante". Nenhuma dessas situações atinge a competência dos Auditores Fiscais e dos Gestores Fazendários. Destaque-se que o anexo II da Lei Estadual nº 15.464/2005 (II.I) atribui competências **privativas** ao Auditor Fiscal da Receita Estadual (AFRE), sendo clara a distinção entre competências exclusivas e privativas. A competência *exclusiva* é aquela que é exercida com exclusão das demais, ou seja, somente aquele que a recebeu pode a exercer, sem qualquer viabilidade de delegação. Já a competência **privativa** é aquela que é específica de um ente, autoridade ou servidor, admitindo-se a delegação.

Na mesma linha de raciocínio, José Afonso da Silva assim as distingue: "a diferença que se faz entre competência exclusiva e competência privativa é que aquela é indelegável e esta é delegável" (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 478). Considerando-se que aos Gestores Fazendários se reconheceu competências privativas, tem-se como legítima delegação subsequente, respeitados os limites normativos de regência.

O que se pretende é afastar o entendimento de que o Estado de Minas Gerais está proibido de realizar qualquer modificação na legislação e normatização administrativa pertinente às competências administrativas das carreiras tributárias que integram o seu quadro funcional. Não existe uma camisa de força que proíba o exercício do poder de legislar, regulamentar e regular, de modo adequado, como se exercerá a competência arrecadatória dos tributos de titularidade do Estado de Minas Gerais, mesmo porque a adaptação às novas realidades é imperativo de que o ente político não pode se descurar. Repita-se, assim, que não existe direito à petrificação do ordenamento que fixa poderes em favor de determinadas carreiras, mormente se ausente qualquer limite específico e restritivo constitucional, afigurando-se razoável buscar melhor estrutura, mediante racionalização administrativa dos órgãos públicos e das atividades as serem exercidas seus agentes.

Por outro lado, já se advertiu que referida discricionariedade, amplamente necessária, não pode ser exercida de modo a ofender claros limites constitucionais, como é o caso do inciso II do artigo 37 da CR, o qual proíbe as formas de provimento derivado que não tenham fundamento no próprio texto constitucional. Em uma frase: se ao Sindicato não é legítimo impedir o Estado de Minas Gerais de promover reestruturação necessária de carreiras tributárias, de modo a alcançar maior eficiência nos limites constitucionais, também não pode o Estado promover uma artificiosa reestruturação para, na verdade, realizar inconstitucional provimento derivado.

Reestruturar carreiras é possível, respeitados os limites da Constituição, malgrado eventual inconformismo de atuais servidores integrantes das carreiras existentes, muitos deles organizados em fortes Sindicatos. Ofender o inciso II do artigo 37 da CR é vedado, não sendo admissível provimento derivado decorrente transformação de cargos.

4. Da atividade de gestão vinculada ao interesse público primário e dos limites da atividade de consultoria jurídica da Advocacia Geral do Estado

Denota-se do pedido encaminhado pelo Sindifisco que se pretende sejam tomadas uma série de medidas administrativas, desde a divulgação interna na AGEMG do acórdão prolatado pelo STF até atos do Secretário de Fazenda e do Secretário de Planejamento e Gestão para fiscalização e monitoramento de alegados desvio de função e usurpação de poderes dos auditores fiscais.

Sobre tal requerimento, tem-se claro que o direito de petição encontra-se previsto no inciso XXXIV do art. 5º da Constituição da República. Consubstancia garantia do Estado Democrático de Direito o controle de legalidade e legitimidade dos comportamentos públicos. Cabe advertir, contudo, que, ao lado do direito de provocar a Administração, tem-se, como limite, o dever dela somente aquiescer com os requerimentos que se mostrem razoáveis, amparados pelo ordenamento e instrumentais da satisfação do interesse público primário. Mesmo que determinada pretensão seja pertinente a um grupo dos servidores integrantes do seu quadro funcional, atender o seu pleito só será viável se assim decorrer do ordenamento interpretado sistemicamente, com respeito ao necessário atendimento dos interesses da sociedade. Afinal, como escreve Celso Antônio Bandeira de Mello ao lecionar sobre o direito de petição:

> "Ora, tal direito presume uma atuação administrativa que o cidadão repute desconforme com a ordem jurídica. Assim, peticionará a revisão dela, tanto mais porque a Administração se estrutura hierarquicamente, no que vai implícito um princípio de revisibilidade." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 496-497; 499)

Assim sendo, se não há elementos que indiquem eventual ilegalidade administrativa, não há que se acolher o pedido apresentado. Em outras palavras, é legítimo recusar determinada pretensão aviada por terceiros, se o pedido não demonstre descumprimento, pelo Poder Público, de exigências basilares do ordenamento, ausente sequer demonstração de que razoabilidade em face das múltiplas demandas a serem atendidas pelo Estado com o aparato institucional existente.

Na hipótese ora em comento, não se indicou qualquer fato que justifique falar-se em desvio de função, provimento derivado ou usurpação dos

poderes reservados aos Auditores Fiscais do Estado. Por conseguinte, adotar providências específicas como divulgação interna de acórdão que se refere a um assunto específico em vários órgãos, bem como monitoramento e fiscalização no exercício de competências de carreiras determinadas, representam ações e gastos públicos injustificados. Não se ignore o momento de transição governamental em curso, de crise financeira generalizada no país, de aumento das demandas administrativas e judiciais apresentadas ao Estado, tudo a exigir prudência, razoabilidade e correta hierarquização das ações públicas. Em um contexto como esse, ausente qualquer elemento indicador de desvio no exercício das competências arrecadatórias do Estado, tem-se como absurdo determinar providências como as solicitadas, as quais implicarão esforços de servidores e dotações orçamentárias significativas à margem do interesse público primário.

Apenas por amor ao debate, assinala-se que, a despeito do direito de petição protegido constitucionalmente a que se reconhece claro reconhecimento nessa longa manifestação jurídica, certo é que qualquer orientação solicitada à Consultoria da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais sujeita-se aos limites inerentes a essa atividade, referente à estrutura administrativa da pessoa federativa.

Nos termos da atual formatação da atividade de consultoria jurídica no âmbito do Estado, devem ser exercidas nos próprios órgãos e entidades administrativas: a assessoria jurídica basilar, a coordenação das atividades de natureza jurídica, o assessoramento necessário ao controle de juridicidade, bem como a interpretação das normas que regem a atuação pública em questão. Na hipótese de controvérsias entre órgãos de assessoramento jurídico, cabe ao Advogado Geral do Estado dirimir tais pontos, ao que se acresce a competência de avocar ou integrar e coordenar trabalhos judiciais e extrajudiciais, na defesa dos interesses do Estado e em situações que possam trazer reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, ao erário (artigo 4º da Lei Delegada Estadual nº 103, de 29.01.2003).

Conforme prescreve a Resolução AGE nº 148, de 29.06.2005, as consultas devem ser formuladas à Advocacia Geral do Estado por Secretários de Estado, Secretários Adjuntos, Subsecretários e autoridades de hierarquia equivalente dos órgãos e entidades da Administração e devem ser respondidas, conforme o caso, em pareceres e notas jurídicas (artigo 1º, "caput"). Trata-se de norma conforme a competência delineada no Decreto Estadual nº 44.113, de 21.09.2005, no sentido de que cabe privativamente à AGE "emitir parecer sobre consulta formulada pelo Governador do Estado, por Secretário de Estado ou por

dirigente de órgão autônomo" (artigo 3°, IX). A esse propósito, vislumbra-se, p. ex., como autoridade equivalente àquelas mencionadas expressamente no "caput" do artigo 1° da Resolução AGE n° 148/05 e no artigo 3°, IX do Decreto Estadual n° 44.113/2005, o ilustre Presidente da Emater-MG.

Se o artigo 21, I a III do Decreto Estadual n° 44.113/2005 determina como atribuições da Consultoria Jurídica da AGE prestar assessoramento jurídico e advocacia consultiva aos órgãos da Administração direta, emitir parecer em consulta dirigida à AGE e supervisionar, coordenar e orientar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico nas Secretarias de Estado e órgãos autônomos, decorre claramente do artigo 7°-B da Lei Complementar Estadual n° 83, de 28.01.2005, acrescentado pela Lei Complementar Estadual n° 112, de 13.01.2010, que se imputa à Consultoria Jurídica da AGE a atividade de supervisão técnica em relação às demais unidades jurídicas dos órgãos do Estado. Trata-se de distribuição de competências e de estruturação normativa da matéria levada a efeito pelo ordenamento vigente.

A exigência constitucional de eficiência e a supremacia do interesse público levam a que se atue excepcionalmente sem o atendimento integral dos requisitos fixados nas normas estaduais como necessários ao pronunciamento da Consultoria Jurídica da AGE/MG, assegurando-se plena satisfação das necessidades públicas primárias. É o que se promove, neste caso, em face da provocação do Sindifisco-MG.

A consultoria jurídica adequada à espécie refere-se somente aos limites da possibilidade de ação do Estado em face dos pedidos de providências realizados, nos estritos limites da ação que a mesma poderá, ou não, realizar na espécie. Afinal, o advogado público não pode furtar-se a proteger o interesse público primário envolvido na realidade em questão, mas lhe é vedado atuar especificamente como advogado de qualquer interessado (seja servidor, seja empresa ou outro terceiro) no que não se refira à matéria que repercuta em eventual comportamento de órgão ou de entidade que integre a própria estrutura da pessoa federativa que representa.

Destarte, se aos membros da Advocacia Geral do Estado é proibida a atividade de consultoria jurídica particular, entende-se inviável, neste caso, atender pedidos como divulgar, junto a órgãos públicos, pareceres privados, como é o caso do exarado pelo admirado professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Isso porque órgãos da AGEMG sequer vinculam-se à orientação de advogados privados mas apenas da Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado de

Minas Gerais, quando se tratar de pareceres vinculantes. Os interesses em questão, do grupo de auditores fiscais vinculados ao Sindifisco, serão protegidos mediante orientações, respectivamente, da competente advocacia do próprio Sindicato.

5. Da ausência de usurpação de atribuições, de falta funcional grave e de ato de improbidade

No que tange à alegação de usurpação de atribuições, fundada no caráter vinculado, exclusivo, essencial e indelegável da fiscalização e arrecadação tributária, cumpre reiterar que nenhuma ofensa há a tais aspectos quando se assegura ao Auditor Fiscal da Receita Estadual, em caráter privativo, constituir, mediante lançamento o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, legitimando-se ao Gestor Fazendário somente atividades técnicas especializadas de controle do processo de arrecadação, controle administrativo das atividades sujeitas a tributação e atividades preparatórias à ação fiscalizadora, sob supervisão do Auditor Fiscal, bem como atividades de auxílio do Auditor Fiscal no desempenho das suas atribuições privativas. Estabelecer atividade técnica a ser exercida pelo Gestor Fazendário de modo a subsidiar e colaborar com a atuação do Auditor Fiscal nenhum vício de inconstitucionalidade atrai, com a devida vênia dos argumentos contrários. Aliás, ao contrário, o caminho de evolução da atividade administrativa, em diversos países do mundo, implica em reservar a atuação de servidores responsáveis por atos finalísticos para os momentos conclusivos e essenciais da ação pública, legitimando colaboração mediante fornecimento de dados técnicos instrumentais por outros servidores integrantes do quadro funcional do Estado.

Se não há evidência sequer fática de que os integrantes de uma determinada carreira se apropriam indevidamente dos poderes atribuídos aos membros de outra carreira, cumpre excluir a alegação de usurpação de funções, "venia permissa".

Quanto à suposta falta funcional que seria imputável àqueles que estariam usurpando funções, tem-se que, em princípio, os Gestores Fazendários encontram-se realizando as atribuições que lhes foram imputadas pelo Anexo II da Lei Estadual nº 15.464/2005 (II.2), o que consubstancia realização dos encargos do seus deveres funcionais. Destarte, não há por que se falar em infração e muito menos em punição disciplinar.

Sobre as condições necessárias ao exercício do poder disciplinar, a doutrina vem assentando:

> "A falta disciplinar é o comportamento do agente público atentatório da disciplina funcional, praticado no exercício das funções, representativo do desacato aos deveres e proibições estatutárias. Marcelo Caetano explica que a *infração disciplinar pode consistir em uma ação ou omissão, expressiva de conduta contrária àquela imposta pelo regular cumprimento do dever funcional, tanto pela prática de fato proibido como pela omissão de comportamento exigtido, desde que por ato voluntário do agente administrativo.*
> Uma vez conhecida a infração de deveres ou proibições funcionais por parte de agente público com a conseqüente quebra da disciplina interior administrativa, rende-se ensejo ao exercício do poder disciplinar da Administração Pública, que constitui o poder-dever de impor sanções administrativas previstas em lei aos servidores faltosos, com vista a corrigir os seus desvios de comportamento nos casos de infrações não expulsórias ou desligar do serviço público os transgressores nas hipóteses mais graves passíveis de demissão, justificando-se 'no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público', segundo Hely Lopes Meirelles." (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. O princípio do administrador competente e a composição do colegiado de sindicância punitiva no sistema da Lei Federal nº 8.112/90. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano XX, nº 10, outubro de 2004, p. 1146)

Se não há evidência de ilícito, muito menos de natureza grave em face da análise da proporcionalidade necessária quando da caracterização do ilícito, ausente possibilidade de se aplicar sanção dentre as penalidades consagradas no Estatuto dos Servidores.

Em razão dos mesmos argumentos, inadmissível falar-se em ato de improbidade e em incidência das penalidades previstas na Lei Federal nº 8.429/92, matéria de competência específica do Poder Judiciário (RMS nº 24.699-DF, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma do STF, julgamento em 30.11.04, DJU de 01.07.05). Destaque-se, principalmente, o entendimento jurisprudencial majoritário no sentido de que a improbidade depende da evidência da desonestidade do sujeito infrator (Agravo Regimental no Agravo em Resp nº 221.770-SE, rel. Min.

Herman Benjamin, 2ª Turma do STJ, DJe de 27.11.2014; REsp n. 807.551-MG, rel. Min. Luiz Fux, 1. Turma do STJ, DJu de 05.11.07, p. 226; REsp nº 534.575-PR, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma do STJ, julgado em 09.12.03, DJU de 29.03.04, p. 205 e Processo n. 1.0024.04.384585-8/002, rel. Célio César Paduani, 4. Câmara Cível do TJMG, DJMG de 10.10.06), reiterado por parte da doutrina (Gina Copola, Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, fevereiro de 2007, p. 150-154). Considerando-se tais orientações, é inadmissível falar-se em deslealdade ou má-fé de um servidor que, na pior das hipóteses (sequer comprovada na espécie), está trabalhando para fazer funcionar o sistema arrecadatório do Estado.

6. Da teoria das nulidades e o vício de sujeito nos atos tributários vinculados (ausência de nulidade de pleno direito; convalidação).

No expediente ora em exame, verifica-se, cumulativamente, a alegação de que atos praticados na constituição do crédito tributário em desconformidade com a distribuição legislativa de competências implica "ato nulo de pleno direito, com vício insanável, razão pela qual toda e qualquer ulterior inscrição do débito em Certidão de Dívida Ativa Tributária no âmbito das atribuições da AGE não terá validade, por carecer da prévia incompetência funcional do Gestor Fazendário para constituir o crédito tributário".

De fato, há situações em que o comportamento do Estado, inclusive na constituição do crédito tributário, é atingido por vícios que o tornam ilícito, sendo diversas as consequências dos eventuais vícios do atos administrativos. Reconhece-se, atualmente, que a resposta da ordem jurídica pode ser de maior ou menor repulsa, conforme maior ou menor a gravidade do vício apresentado pelo comportamento público. Um ato que apresenta desconformidade grave em face das disposições jurídicas pode ser objeto de rechaçamento absoluto pelo ordenamento, merecendo ser expelido mediante ato de invalidação. Já o ato cujo vício for de menor intensidade e que, assim, não justifica expulsão do sistema, sujeita-se à convalidação.

A invalidação e convalidação surgem, neste contexto, como mecanismos de restaurar a juridicidade violada, não significando a existência de atos válidos e meio-válidos. Afirmando não haver graus de invalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello escreve: "Ato algum em Direto é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições

jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo, Malheiros. 2006. p. 429)

A possibilidade de se ter diferença na intensidade de repulsa encontra fundamento no próprio interesse público primário. Como ensinava o saudoso e eterno mestre Paulo Neves Carvalho, uma das ideias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público.

Com efeito, é o interesse público que fundamenta o entendimento de que há dois institutos aptos a recompor a legalidade violada por um determinado vício. Isto porque, se uma desconformidade pode ser sanada, não se justificaria a supressão do ato, à luz do próprio interesse social. Não há que se falar em invalidação, se o ato pode ser convalidado, ou seja, se pode ser repraticado sem vício. Reforça esta premissa o fato de o ato administrativo gozar de presunção de veracidade, atraindo a confiança dos terceiros que merecem respeito à boa-fé e à expectativa de estabilidade nas relações jurídico-administrativas.

A Lei Federal n° 9.784/99, após fixar no artigo 53 que a Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, demonstrou no artigo 55 clara preocupação com a segurança e consistência das relações jurídicas ao estabelecer: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a tercei-ros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". Também a Lei Estadual nº 14.184/2002 estabelece no artigo 66 que "Na hipótese de a decisão não acarretar lesão do interesse público nem prejuízo para terceiros, os atos que apresentarem defeito sanável serão convalidados pela Administração."

Tem-se consagrada a invalidação como a extinção do ato administrativo por motivo de ilegalidade e a convalidação como mecanismo de evitar o desfazimento do ato viciado, mediante a correção do defeito sanável apresentado pelo mesmo. Com o instituto da convalidação, buscou-se evitar a vulneração das relações administrativas que decorreria da extinção unilateral de qualquer ato viciado, prevendo-se o dever de sanar vício passível de correção.

De fato, mesmo antes das Leis de Processo Administrativo Federal e Estadual a jurisprudência dos Tribunais Superiores já admitia a existência dos institutos da invalidação e convalidação como respostas do ordenamento à presença de vícios nos atos administra-tivos. O STJ, ao julgar o REsp n° 56.017-RJ, considerou indispensável para a anulação de ato administrativo "o reconhecimento de que (I) tenha ele causado lesão à Administração; (II) *sua convalidação não seja viável juridicamente* e (III) não tenha servido de fundamento a ato posterior, praticado em outro plano de competência" (REsp 56.017-RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6a Turma do STJ, DJU de 23.06.97, p. 29.196). À obviedade, tal orientação manteve-se sob a égide da Lei n° 9.784/99:

> "1 – Ante a evidência de fraude na inscrição do recorrente em Concurso Público, mediante a utilização de documento considerado falso, consoante comprovação produzida pela autoridade coatora, deve a Administração Pública anulá-la, em observância aos princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade dos atos administrativos. Vislumbrada a lesão ao erário público, não podendo esse ato ser convalidado, diante da situação irregular do candidato aprovado e nomeado, o Administrador tem o poder-dever de revê-lo, posto que se o candidato que o praticou buscou uma finalidade alheia ao interesse público, diversa da prescrita em lei – no caso concreto, edital –, usando-o em benefício próprio, tal ato é inválido, uma vez que eivado de vício de nulidade desde o nascedouro, não acarretando qualquer direito subseqüente a seu beneficiário (cf. Precedentes - RMS n°s 52/MA e 7.688/RS, ambos desta Corte e RE n° 85.557, do STF)." (ROMS n° 11.668-PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, 5a Turma do STJ, DJU de 18.02.2002, p. 468).

Insta ressaltar que a convalidação não é forma de extinção de ato administrativo, mas, ao contrário, mecanismo de evitar o seu desfazimento motivado pela presença de um determinado vício. Como o referido vício possui natureza sanável, entende-se cabível seja repetido o ato com a correção da falta apresentada, recompondo-se a juridicidade no sistema. Segundo Vladimir da Rocha França: "Convalidação deve ser entendida como a repetição do ato administrativo viciado quando pode ser validamente aceito no regime jurídico administrativo com a correção do defeito, sem maiores prejuízos para o sistema, com efeitos retroativos." (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação

administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, v. 233, p. 277, jul./ set. 2003)

A convalidação de que se trata, aqui, não é aquela decorrente do transcurso do tempo (institutos da prescrição e decadência), nem mesmo a que resulta de providência do particular, beneficiário do ato, e interessado na sua preservação (instituto do saneamento). Trata-se, aqui, da convalidação como atividade da Administração de sanar o vício de um comportamento seu passível de correção. A competência privativa para praticá-la, assim, é da própria Administração Pública, não sendo lícito pretender estendê-la ao Judiciário ou ao Legislativo, no exercício das funções típicas de cada um destes poderes.

Como ensina José dos Santos Carvalho Filho:

> "Por via de conseqüência, é inteiramente incabível que o órgão jurisdicional proceda à convalidação de atos administrativos, a não ser que se trate como vimos, de seus próprios atos. Confirmar atos e aproveitar efeitos anteriores não são condutas que se situam no âmbito da função jurisdicional, sendo, ao revés, típica atividade de administração.
> Destarte, poder-se-á afirmar que somente o administrador público tem o poder jurídico de convalidar atos administrativos." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo administrativo federal: comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 264)

Na estrutura administrativa, pode convalidar: a) a própria autoridade ou órgão que praticou o ato viciado, se detém competência para sanar o vício; b) a autoridade ou órgão que, embora não tenham praticado o ato viciado, é quem tem capacidade e competência para suprir a falha administrativa; c) o superior hierárquico àquele que praticou o ato viciado; d) alguém a quem a lei outorgou expressa competência convalidatória; e) o órgão ou autoridade que delegou competência a um inferior que terminou por praticar o ato viciado e, assim, tornou necessário o exercício da autotutela pelo delegante.

Fixada a competência para convalidar, cumpre enfrentar a questão pertinente à sua obrigatoriedade ou caráter facultativo. O artigo 55 da Lei Federal n° 9.784/99 faz parecer, à primeira vista, que a convalidação é uma simples possibilidade cuja realização é deixada à livre escolha do administrador. Afinal,

o dispositivo afirma que "os atos que apresentarem defeitos sanáveis *poderão* ser convalidados pela própria Administração", o que, entendido literalmente, significaria faculdade de ação reconhecida ao agente público. Referida interpretação não é cabível à luz do artigo 66 da Lei Estadual nº 14.184/02 segundo o qual "os atos que apresentarem defeito sanável *serão* convalidados pela Administração".

Independente da redação específica do diploma legal, toda competência outorgada a um servidor é mero instrumento de execução do dever que lhe é imposto. Sob este prisma, é necessário compreender o "poder" do citado artigo 55 como dever-poder de agir. Destarte, se é possível retificar o vício que atinge um ato administrativo, não há que se falar em invalidação, devendo-se, em regra, saná-lo. A jurisprudência vem sendo firme ao assegurar a possibilidade de convalidação ou saneamento, quando cabíveis:

> "EXECUÇÃO FISCAL. CDA EMITIDA POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DO ATO. APLICAÇÃO DO ART. 2°, § 8°, DA LEI 6.830/80. 1. A doutrina tem admitido a convalidação quando ausente o pressuposto subjetivo de validade do ato administrativo, desde que não se trate de competência outorgada exclusivamente. 2. Mesmo em se considerando o ato como impassível de convalidação, dever-se-ia ter sido oportunizada à parte a substituição da CDA, em respeito ao disposto no art. 2°, § 8°, da Lei 6.830/80. 3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas." (Apelação Cível n° 2001.38.00.018397-0-MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma do TRF 1a Região, DJU de 16.04.2004, p. 285).

A única exceção que exclui a regra da obrigatoriedade de convalidação, sempre que cabível, é a hipótese em que o ato apresenta vício de sujeito em ato discricionário. Neste caso, reconhece-se que optar pela convalidação, ou não, é faculdade outorgada ao agente de fato capaz e competente para praticar o ato.

Daí poder-se concluir que, em regra, a convalidação é ato vinculado da Administração. Diante da presença dos seus pressupostos específicos, a conduta pública legítima é apenas uma: sanar a falha de menor potencial gravoso. Excetua-se desta regra apenas a incompetência ou incapacidade nos casos em que há discricionariedade (no conteúdo ou no motivo). Nesta hipótese, reconhece-se

faculdade de convalidar à Administração. Ou seja, é discricionária a convalidação no caso excepcional de o ato apresentar vício de sujeito e originária discricionariedade no conteúdo e/ou motivo. Segundo Vladimir da Rocha França, "A invalidação e a convalidação são atos de competência vinculada, pois a lei define todos os seus pressupostos de validade, salvo numa única exceção", motivo porque conclui que ambos os institutos "Não se confundem com a revogação, ato de competência discricionária que retira a pertinência do ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade, possuindo interesse público regente e fundamento de validade inteiramente distinto." (FRANÇA, Vladimir Rocha. Classificação dos atos administrativos inválidos no direito admi-nistrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, n. 226, p.70, out./ dez. 2001)

Os atos que podem ser convalidados são aqueles que apresentam falhas com menor potencial gravoso em face do interesse público juridicamente tutelado pelo ordenamento. As falhas que se considera de menor potencial gravoso, à luz da atual teoria das nulidades dos atos administrativos, são os vícios que atingem a forma ou as formalidades, quando não exigidas por lei, nem mesmo essenciais à perfeição do ato, e os vícios de sujeito que atinjam os atos vinculados e os atos discricionários (esta última a única hipótese em que há faculdade e não obrigatoriedade de convalidar). Os atos com vício de conteúdo, finalidade e motivo não ensejam convalidação, em face da gravidade do comprometimento de aspecto vinculado da ordem jurídica. Também não admitem convalidação aqueles atos cujos vícios de forma ou formalidade contrariam expressa exigência normativa ou aspecto essencial à sua perfeição.

Portanto, os atos que podem ser objeto de convalidação são apenas aqueles que apresentam os seguintes vícios: a) incompetência ou incapacidade (obrigatoriedade de convalidar se o ato viciado é vinculado; faculdade de convalidar se o ato viciado é discricionário); b) omissão ou má-execução da forma ou formalidades exigidas pela ordem jurídica ou essenciais à perfeição do ato (obrigatoriedade de convalidar). Também Sérgio Ferraz escreve que "daí resulta que, de regra, a convalidação se aplica a atos administrativos anuláveis por vícios de competência ou de formalidade." (FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, n. 231, p. 62-63, jan./mar. 2003)

Destarte, apenas poderá ser invalidado, como meio de restaurar a juridicidade, o ato administrativo que tenha um defeito incorrigível. Considerando os defeitos do ato administrativos a partir dos seus elementos e pressupostos (a saber: conteúdo, forma, sujeito, motivo e finalidade), tem-se, quanto ao sujeito do

ato, as pessoas políticas e administrativas não apresentam, em regra, vício de incapacidade absoluta ou relativa, mesmo porque se trata de pessoas jurídicas que têm existência constitucional e legal. Assim, da CR e da lei criadora ou autorizativa da sua instituição resulta a sua aptidão para, por meio dos seus órgãos, exercer direitos e assumir obrigações em nome próprio. A incapacidade absoluta ou relativa poderá atingir os agentes públicos que praticam o ato como, p. ex., em razão do surgimento de enfermidade mental que incapacite o servidor de modo absoluto (art. 3° do CC) ou de vício em tóxico que o torne relativamente incapaz (art. 4° do CC).

Em relação à competência, tanto a pessoa (política ou administrativa) que realizou o ato, por meio de um dos seus órgãos, como o agente público que o praticou, podem se mostrar incompetentes para fazê-lo. Isto em razão de não ter sido inserido no conjunto das atribuições que lhe foram outorgadas o poder específico de exteriorizar aquele comando. Se alguém (ente federativo, entidade administrativa ou agente público) pratica um ato, sem ter poder específico para tanto, atua incorrendo em vício de incompetência.

A incompetência pode se dar em razão da matéria, da hierarquia e do território. Além destas hipóteses, a doutrina, ao tratar dos vícios de incompetência, indica, a título de exemplificação: a) usurpação de função; b) excesso de poder; e c) função de fato. A usurpação de função, definida no artigo 328 do Código Penal, está presente quando a pessoa que praticou o ato não foi por qualquer forma investida no cargo, emprego ou função, tendo se apossado, por conta própria, do exercício de atribuições de agente público sem ter esta qualidade. O excesso de poder ocorre quando a pessoa ultrapassa a competência que lhe foi outorgada, indo além dos limites da sua atribuição. A função de fato ocorre quando a pessoa que pratica o ato está irregularmente investida no cargo, emprego ou função, embora toda a situação tenha a aparência de absoluta juridicidade.

No caso ora em exame, já se explicitou que não há elementos que permitam falar em usurpação de função, excesso de poder ou mesmo em função de fato. Contudo, ainda por amor ao debate e de modo a outorgar maior segurança jurídica aos atos administrativos praticados pelos órgãos de arrecadação tributária, serão analisadas as consequências jurídicas incidentes na hipótese de atos que apresentem vício de sujeito.

Se presente um vício quanto ao sujeito, a doutrina define a obrigatoriedade de saná-lo ou não, a partir da vinculação ou discricionariedade do ato defeituoso. Se a incompetência ou incapacidade atingiu um ato vinculado,

sendo possível aferir a regularidade dos demais pressupostos (motivo e finalidade) e elementos (forma e conteúdo), é obrigatório que o sujeito capaz e competente convalide o vício de natureza sanável. Não se admite, assim, a invalidação de um ato praticado com vício de sujeito se este ato tem os demais pressupostos e elementos fixados na lei, sendo possível apurar o cumprimento de todos os demais aspectos normativos. Argumenta-se que, se a única exigência da ordem jurídica desrespeitada foi a capacidade ou competência do sujeito, aquele que é capaz e competente não tem qualquer motivo que ampare a extinção do ato viciado, sendo necessário que promova a sua convalidação mediante, p. ex., os institutos da ratificação ou confirmação.

Destarte, não há que se invalidar atos preliminares a constituição de crédito tributário que seja realizado por um agente público incompetente, se é possível aferir a regularidade do motivo (fato com base em que se praticou o ato), da forma (escrita com observância de eventual formalidade exigida em lei), do conteúdo (a ser aferido no tocante a cada ato específico) e da finalidade (bem comum e viabilizar a arrecadação tributária essencial à execução das competências públicas imputadas ao Estado). Se se demonstra que o agente de fato competente praticaria o mesmo ato praticado pelo agente incompetente, não há que se extinguir o ato, mas convalidá-lo, dever do qual a Administração não pode se afastar. Assim, até mesmo o incomprovado desvio do Gestor Fazendário para atividade privativa do Auditor Fiscal não autoriza falar-se em nulidade de pleno direito, mas, ao contrário, no dever de convalidar, em regra.

Situação diversa ocorre quando a incompetência ou incapacidade é vício de sujeito de um ato discricionário. Isto porque, na discricionariedade, há uma margem de escolha que o ordenamento outorgou àquela pessoa, por meio da ação de um determinado órgão, de cujo quadro de pessoal faz parte um agente público em cujas atribuições há o poder de fazer a opção. O comando do ato não resulta, neste caso, diretamente do ordenamento, mas dependerá de um juízo de oportunidade e conveniência do sujeito competente para praticá-lo. Assim, não é lícito, mesmo diante da prova da legalidade dos demais elementos e pressupostos do ato, obrigar quem é de fato capaz e competente para realizá-lo fazer a mesma escolha promovida pelo incapaz ou incompetente. Ao mesmo tempo, não se pode proibir o agente capaz e competente de aquiescer com a escolha discricionária feita pelo incapaz ou incompetente. Daí porque se afirma que, se há vício de sujeito em ato discricionário, não há nem o dever nem a proibição de se invalidar o ato administrativo. Se o agente competente e capaz, segundo o próprio juízo de conveniência e oportunidade administrativas, optar por discordar da opção realizada pelo incapaz ou incompetente, poderá invalidar o ato viciado. Caso

contrário, se terminar por concordar com a opção discricionária do sujeito incompetente ou incapaz, poderá convalidar o ato, ratificando-o ou confirmando-o. Esta a única hipótese em que invalidar é uma opção, não um dever. Contudo, em matéria de arrecadação tributária, integrada por atos típicos com elementos e pressupostos previstos no ordenamento, tem-se praticamente inexistente realidade em que esteja presente a referida hipótese.

Considerando que os atos integrantes do procedimento de fiscalização, arrecadação e punição na seara tributária são vinculados, a regra é a incidência do dever de convalidar pelo agente público de fato competente; afinal, em se tratando de vícios sanáveis, sempre que for possível aferir a juridicidade dos demais elementos e pressupostos, a obrigação de convalidar incide. Não há que se falar em atos nulos que, conforme a doutrina, sãoaqueles que a lei assim declara e os atos que apresentam defeitos insanáveis. Atos que podem ser convalidados, não são nulos, nem devem ser necessariamente extintos.

7. Da desnecessidade de edição de atos regulatórios gerenciais se ausente motivo (base fática real que os justifiquem). Da cautela necessária em face da inflação normativa contemporânea.

A doutrina vem reconhecendo ser legítimo que a Administração Pública adote as medidas necessárias, inclusive de natureza normativa, quando essencial para dar cumprimento às obrigações que lhe foram impostas pela Constituição e demais normas legais:

> "Não é demasia relembrar Rui Barbosa, que afirmava que a cada um dos órgãos da soberania nacional corresponde implicitamente o direito ao uso dos meios necessários e dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhes é conferida pela constituição quando, obviamente, tal atribuição não for vedada expressamente pelo Texto Constitucional. Isso quer dizer que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos os meios necessários para a sua execução e que não tenham sido proibidos pela Constituição.
> Nada mais lógico, portanto, que, para se desprender da desídia do legislador ordinário, deva à Administração Pública no exercício legítimo da sua competência regulamentar, expedir os atos normativos necessários para associar a

> Administração Pública ao processo de implementação do modelo constitucional de Estado Bem-Estar.
> (...)
> A edição de decretos regulamentares autônomos no domínio da administração de prestações não implica a subversão das fontes no direito administrativo. Primeiro, porque o regulamento conserva o seu grau hierárquico inferior. Segundo, porque não pode ele contrariar os princípios gerais de direito administrativo." (BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A competência regulamentar e a reserva de lei: revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública. Revista dos Tribunais, ano 100, v. 912, p. 83-84 e 86, out. 2011)

O doutrinador Robertônio Santos Pessoa afirma que as leis que viabilizam o labor regulatório são, via de regra, leis de baixa densidade normativa, o que confere aos órgãos e entidades públicas margem de discricionariedade administrativa. Neste contexto, a expressão discricionariedade técnica vem sendo utilizada para designar situações em que determinadas decisões administrativas devem basear-se em critérios técnicos não previstos em lei. Tal discricionariedade envolve, portanto, uma margem de liberdade para escolha da solução ou alternativa técnico-científica cabível diante de um dado contexto concreto e, segundo Robertônio Pessoa, não pode ser encarada como realidade extrajurídica, mas antes como algo que se insere no processo de gestão dos interesses públicos. "Hoje, em face do dinamismo científico e tecnológico, a discricionariedade regulamentar, admitida expressa ou implicitamente por lei, resulta da consideração de que a disciplina de uma relação jurídica ou de um setor da realidade social deve fazer-se muitas vezes segundo critérios técnico-científicos, variando as soluções admissíveis inclusive em face do progresso futuro." (PESSOA, Robertônio Santos. Administração e regulação. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 151)

De fato, de um sistema jurídico de fechado e auto-suficiente passamos para um sistema aberto, permeado por valores juridicizados, ensejando uma interpretação constitucional pluralista. Como pondera a doutrina atual, há uma crise do poder de determinação da lei que passa a ser apenas a "primeira palavra" no processo de produção de normas, o qual se abre progressivamente à complementação das instâncias de aplicação, quer o administrador, quer o judiciário. A lei, então, "atua, em suma, como *ponto de partida*, ao se formular como programa final, como 'regulação de procedimentos' ou como 'marco de

ordenação', voltando-se prioritariamente a formulações abertas". Daí se dizer que "O direito, agora dúctil, provoca a perda do protagonismo do legislativo e a crescente produção normativa da Administração para regular a complexa evolução social e tecnológica." (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012, p. 29-31)

Surgem novas formas de exercer a função normativa estatal. Reconhece-se que na perda da centralidade política da produção normativa a origem do processo de "administrativização do Direito Público". Assim, além da clássica atividade do Legislativo, o Poder Executivo, inclusive através do seu Chefe, também dita regras que tratam das relações jurídicas firmadas entre os cidadãos e entre estes e o Estado. O legislador, além do distanciamento face aos casos concretos da vida social, sujeita-se à impossibilidade de previsão absoluta e à inconveniência de previsão completa das situações, mormente em situações concretas sujeitas a inúmeros dados complexos, inclusive de outras ciências, como a proteção ambiental e a operacionalização da sustentabilidade.

A complexidade técnica da sociedade moderna e o déficit cognitivo que traz tornam a atuação do legislador incapaz de regular e de controlar os graves e imprevisíveis riscos por ela produzidos, seja por falta de conhecimento técnico, seja pela morosidade do processo legislativo:

> "O Legislador, nesse contexto, deve regular com um grande nível de abstração e deve preferentemente fixar a finalidade as prioridades da segurança técnica. Recai sobre o Executivo, por conseguinte, a tarefa de lidar com a incerteza no direito: 'Ao Executivo se transfere a concretização normativa das diretrizes jurídicas e a análise e a valoração dos riscos no caso concreto'." (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado, op. cit., p. 60-61)

A transferência à Administração da tarefa regulatória dá-se pela maior proximidade de questões fáticas que ao direito cumpre regular, sendo claro que suas formas de atuação jurídica são mais dinâmicas e flexíveis, além de capazes de lidar com normatização necessariamente prospectiva. É assim que o poder regulamentar da Administração ganha maior espaço na interpretação, ponderação e concretização das normas emanadas pelo Legislativo, muitas delas principiológicas, e com isso a rápida resposta à multiplicidade de situações

distintas e à adaptação ao incerto e imprevisto. (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado, op. cit., p. 123-124)

Trata-se de uma transformação relevante não só na visão do papel do Legislativo, mas também do Poder Executivo que assume novas e importantes responsabilidades, devendo honrá-las e bem executá-las. Originariamente o Executivo encontrava-se envolto em uma carga de desconfiança e de ressentimento, sendo mero executor da lei emanada da vontade geral que limitava as possibilidades da Administração. Pode-se afirmar que, no século XIX, a segurança e estabilidade estavam centradas no fato de se predeterminar as situações empíricas, com normatização legal das mesmas. Já no século XX o Parlamento, se apto a regular o Estado mínimo, não se mostrou capaz de abarcar - com suas decisões legislativas - as necessidades sociais, econômicas e culturais que se impunham no Estado Social, ou de responder à complexidade e insegurança do Estado Democrático e todas suas variações. "O poder legislativo perde a sua centralidade e dá lugar a que o Executivo assuma um papel de destaque na realização do direito, sob o viés, agora, não impositivo ou arbitrário, mas essencialmente democrático, participativo e consensual." A atividade administrativa não reside propriamente na mera e pura execução da lei, mas no atendimento da finalidade pública e do interesse público primário dentro dos limites da legalidade. E a legalidade, por sua vez, não se define uma referência à estrita observância da lei formal, mas ao ordenamento como um todo, ao Direito como totalidade sistemática aberta:

> "Enfim, a impossibilidade de o legislador determinar previamente todas as situações de conflito ou de necessidade de atuação subsidiária da Administração, aliada a um franco movimento de constitucionalização do direito administrativo, abre zonas de indeterminação que demandam do administrador a sua integração e o sopesamento das diferentes situações que se lhe apresentam. O sentido da legalidade, então, é o fixar diretrizes abertas ao preenchimento de normas pelos aplicadores do direito, máxime pelos instrumentos de participação e de ponderação que levam à inevitável flexibilização da lei." (TORRES, Silvia Faber. A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado, op. cit., p. 157-160)

Daí autores como Alejandro Nieto afirmarem que a Administração não se limita a executar a lei, mas participa da produção normativa – a execução não é mecânica, mas seletiva. O processo de "produção normativa" é marcado por uma série de quebras à suposta exclusividade do legislador. Primeira, na hora de expressar-se a vontade popular pelo Legislativo, como conseqüência dos filtros e limitações próprios de uma sociedade pluralista. Depois, como conseqüência da atuação da mesma mecânica no interior da Administração, marcada ainda pela existência de um novo grupo social e centro de poder: a burocracia, que também intervém no processo de produção normativa. Isso relativiza dois esteios do Estado Liberal: a) a vontade geral é soberana, o que justificaria que o Legislativo, no qual se abrigam os representantes do povo, teria nítida prevalência sobre o Executivo; b) a lei é expressão de uma vontade geral, posta pelo Parlamento como valor absoluto e incontrastável em razão de sua legitimidade democrática. "Essa a conclusão parcial a que se chega: *apesar da entronização e do culto à lei como produto formal oferecido aos cidadãos pelo Legislativo, na verdade a participação do Executivo nesse processo não autoriza falar-se em uma separação de funções pura, asséptica.*" (MOTTA, Fabrício. Função Normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 46-47) Também o doutrinador português Paulo Otero aquiesce que a Administração Pública desempenha, por tudo isso, um papel ativo na definição do próprio Direito que aplica, filtrando a juridicidade heterovinculativa: "o sentido da legalidade vinculativa da Administração Pública, acabando por ter a sua aplicabilidade, a respectiva interpretação e densificação concretizadora, além da resolução dos seus conflitos normativos que suscita, determinadas pelos órgãos a que se destinava a pautar a conduta, encontra mais nas mãos da própria Administração do que na vontade do legislador." Nesse contexto, a Administração Pública passa aqui a gozar de um duplo conjunto de tarefas, além da atividade de prossecução do interesse público típica da função administrativa, tem agora de desenvolver uma nova tarefa que, sendo lógica e em momento temporal anterior, visa determinar ou encontrar a normatividade que irá pautar aquela sua intervenção decisória típica." (OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007, p. 700-701)

Embora seja indiscutível que tais aspectos tenham justificado a edição de diversos atos normativos veiculadores de conteúdo de gestão especializada e complexa, é certo que isso somente é possível em estrita conformidade com as realidades institucionais a que se destina. É preciso que haja base fática que evidencie a necessidade de edição do ato normativo, bem como atendimento dos pressupostos de natureza orçamentária e contábil. Qualquer pormenorização técnica de uma regra legal somente é cabível se for necessária e

se houver estrutura disponível para a sua consecução, inclusive à luz do interesse público primário. Se não há uma realidade que embase a edição de uma norma ou que torne necessária uma dada medida administrativa, inviável falar em poder-dever de agir, porquanto ausente função a se realizar.

Se atualmente ganhou força na própria estrutura do Poder Público o inconformismo com a inércia e letargia relativas ao exercício das competências estatais, também surge a compreensão de que é preciso cautela com a inflação normativa crescente nos últimos anos. Se a omissão ou a insuficiência trazem consequências desastrosas, atuações desnecessárias e excessivas em dados setores impedem o atendimento de outras carências, na maioria das vezes mais essenciais à população em searas diversas. A própria exigência de proporcionalidade e de razoabilidade, além de vedar omissões contínuas que podem comprometer a eficiência pública, também proíbe excessos normativos ou administrativos não instrumentais da satisfação do interesse público primário.

É nesse contexto que não se vislumbra a necessidade de edição de normas que deem publicidade a acórdão do STF, nem mesmo de ofícios oriundos da SEPLAG ou da secretaria da Fazenda, assim como dispensável nota técnica para os integrantes do Conselho de Contribuintes da SEF/MG. Evita-se o que Marçal Justen Filho nomeou Direito Administrativo do Espetáculo, presente quando proliferam institutos e interpretações descolados das demandas da realidade, capazes de produzir um arcabouço teórico, sem vinculação estrita com a implantação efetiva de valores já positivados e sem capacidade efetiva de interferir na realidade fática, conforme as demandas presentes. (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. Belo Horizonte: Fórum Administrativo – Direito Público. a. 9. n. 100, junho de 2009, p. 145, 149 e 152) Processualizar uma atividade administrativa desnecessariamente é tão danoso quanto se omitir em operacionalizá-la.

A prolação de normas, edição de memorandos, prática de atos concretos não consubstanciam matéria deixada para livre e irrestrita manifestação de vontade do governante, do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, mas derivam do ordenamento, respeitados os limites constitucionais analisados a partir das demandas aferidas da própria realidade administrativa. Cumpre sempre atender o regime jurídico administrativo, no qual se destacam os princípios da juridicidade, da razoabilidade e o da reserva legal proporcional. O primeiro (princípio da juridicidade) impõe a observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento. Assim,

o sistema não se mostra legítimo se descumprido princípio ao qual se reconhece status constitucional como, v.g., o da proporcionalidade, o da moralidade e o da eficiência.

Segundo o doutrinador Pedro José Jorge Coviello,

> O princípio da legalidade adquire duas faces sobre as quais é preciso remarcar:
> i) de uma parte a legalidade-garantia – que não é exclusivamente a simples referência à lei que dita o Parlamento – em favor das pessoas, e
> ii) a legalidade-orientação (indirizzo), que é a forma de encarar estruturalmente o aparato estatal na procura do cumprimento dos fins para os quais está instituído, de maneira que a lei não somente indica os limites à Administração e dentro dos quais deve atuar, senão também os objetivos a que deve empenhar-se.
> Dito conceito mostra a vinculação da Administração ao bloco ou pirâmide de legalidade que se lhe impõe. (Coviello, Pedro José Jorge. La Protección de la Confianza del Administrado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 364)

De tais premissas já resultam claros, inclusive, os fundamentos do princípio da reserva legal proporcional, o qual, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes,

> pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos pretendidos e a necessidade de sua utilização. O meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revela a um só tempo adequada e menos onerosa. (O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 5, agosto, 2001)

Assim sendo, é indispensável, para a determinação normativa ou administrativa pertinente a determinada competência administrativa, que a norma ou o ato sejam adequados para atender o interesse público pretendido como

finalidade do comportamento do Estado. Não basta a observância do processo legislativo ou administrativo formal ao fim de que surja um prescrição ou consequência direta na realidade. É indispensável que exigências como proporcionalidade e razoabilidade sejam atendidas.

Exige-se dos Poderes Públicos o exercício moderado e razoável das suas competências, observadas as restrições do ordenamento em face da realidade social. Não pode o Estado atuar arbitrária e irracionalmente, estando proibidos o excesso e a insuficiência da ação legislativa, jurisdicional e administrativa. Em razão da proporcionalidade, impõe-se - também na atividade de normatizar e administrar - a conduta adequada, necessária e suficiente, bem como o dever de perseguir, de modo refletido, o equilíbrio necessário à proteção dos direitos da coletividade. Para tanto, é preciso o sopesamento dos valores juridicizados no ordenamento em face das circunstâncias concretas, caracterizando violação a este dever quaisquer exageros injustificados. Ao praticar determinada conduta, também o Poder Legislativo deve viabilizar a concretização do interesse público primário, evitando sacrifícios desnecessários para a estrutura administrativa, para o erário e, em última instância, para a sociedade.

Na tentativa de delimitar a idéia da proporcionalidade, tem-se distinguido a adequação, a necessidade (postulado do meio mais benigno) e a proporcionalidade no sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito). No tocante ao pressuposto da *adequação* o que se afere é se uma determinada medida consiste no meio certo para levar à finalidade almejada. Não se admitem excessos nos meios utilizados em face do fim público perseguido na espécie. O sacrifício admissível deve ser ponderado em face das normas constitucionais e dos objetivos condutores da atuação administrativa.

> "Vale dizer, a medida ato normativo ou ato administrativo que pretenda a consecução do interesse público deve ser evidentemente adequada aos fins que visa concretizar.
> (...)
> Em arremate, o subprincípio postula, sob essa ótica, que o meio escolhido pelo legislador ou pelo administrador público se apresente em idoneidade suficiente para o alcance do fim almejado e tutelado pelo interesse público." (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. "Controle Jurisdicional da Administração Pública". São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63)

Especificamente sobre a *necessidade* como pressuposto à caracterização da proporcionalidade da conduta administrativa, é mister que cada comportamento estatal seja exigível como condição indispensável à concretização do interesse público, uma vez que "Este subprincípio não questiona, na maior parte dos casos, a adoção da medida (necessidade absoluta) mas sim a necessidade relativa, ou seja, se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos" (RDA, v. 227, p. 331).

Em sentido estrito, é necessário determinar a relação custo-benefício da medida em face do conjunto de interesses em jogo, de modo a ponderá-la mediante o exame dos eventuais danos e dos resultados benéficos viáveis na espécie. Nesse mister, o operador do direito "deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim" (RDA, v. 227, p. 331).

Não se entende presentes quaisquer dos aspectos integrantes da proporcionalidade nas medidas solicitadas pelo Sindifisco que variam desde providências normativas para dar publicidade ao acórdão do STF junto aos órgãos da AGE e Conselho de Contribuintes do Estado até regulamentação de fiscalização e monitoramento gerencial das competências dos Auditores Fiscais.

Não se compreende tais medidas como ação apta a conduzir à finalidade pública legitimamente almejada, qual seja, o adequado exercício das competências tributárias em relação as quais não se colacionou evidências de ilícitos. Conforme se analisou, os poderes dos Auditores Fiscais e dos Gestores Fazendários encontram-se corretamente delineados no ordenamento mineiro, inclusive após o controle judicial levado a efeito até o STF, tendo a Receita Estadual cumprido historicamente os seus misteres com a requerida eficiência, à luz da juridicidade. Induvidosa, portanto, a ausência de adequação nas providências solicitadas, com reiterada vênia de posição em sentido contrário. A desnecessidade de se impor maior sacrifício para o erário e para a própria sociedade é manifesta, em face da atual e vigente estruturação de atribuições na Receita Estadual, sem indícios de desvios na espécie. Nesse contexto, tem-se claro os gravames que seriam resultantes da adoção de uma série de medidas dispensáveis em face da demanda concreta e atual do órgão tributário, o que demonstra a sua desproporcionalidade com os reduzidos benefícios potencialmente trazidos à espécie, pelo que não há dúvida quanto à não

razoabilidade da medida. Inconstitucional, também por tais motivos, a sequência de pedidos aviados.

Em momentos normativos como o atualmente experimentado no Brasil, em todas os níveis da federação, é imperioso que os operadores do direito não se deixem seduzir pela profusão de normas e pelos excessos de providências possíveis. Como bem lembra Alexandre Santos Aragão, assistimos hoje a uma situação que podemos qualificar de caótica:

> "Abusou-se das formas jurídicas, ao extremo em que em algumas ocasiões o Legislador parece um destes cientistas de laboratório, empenhado em experimentar estranhos 'cruzamentos', que às vezes dão lugar a híbridos e a criaturas monstruosas ou inviáveis.". (RDA, v. 231, p. 316)

Exige-se daqueles que integram os Poderes do Estado e daqueles que se relacionam com a Administração Pública cuidados mínimos quando da análise da legitimidade de se instituir novos regramentos e comportamentos positivos, para evitar que nasçam outros diplomas e se proliferem ações sem qualquer necessidade real que os evidencie como empiricamente necessários. O controle da juridicidade das medidas normativas e dos atos concretos da Administração é indispensável para que a máquina administrativa funcione de modo eficiente, sem omissões gratuitas e sem excessos inconstitucionais.

Conclui-se, portanto, pela impertinência dos pedidos aviados no expediente ora em exame.

8. Da ausência de responsabilidade administrativa

Infere-se, ainda, do expediente em discussão que o Sindifisco invoca eventual responsabilidade do Estado com fulcro no artigo 37, § 6º da Constituição da República e no artigo 43 do Código Civil. Nos termos do artigo 37, § 6º da CR, "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa." O artigo 43 do Código Civil, por sua vez, fixa que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

A maioria doutrinária, ao interpretar os ditames normativos, lhes reconhece o sentido de impor responsabilidade objetiva do Estado no tocante aos seus comportamentos omissivos. Assim sendo, no caso de ação administrativa, basta demonstrar o comportamento ativo de um agente público nessa qualidade, o dano sofrido pelo terceiro e o nexo de causalidade entre ambos para se ter caracterizada a responsabilidade do ente político ou da entidade administrativa. Já na hipótese de omissão administrativa, entende-se que apenas podem ser objeto de responsabilidade estatal quando estiver caracterizada a culpa administrativa (ex: descumprimento de ordem judicial ou retardamento no seu cumprimento). Sendo assim, é preciso que se demonstre, no caso de omissão, o não funcionamento do serviço público ou a atuação tardia ou ineficiente do mesmo, para que, só então, seja possível responsabilizar o Estado pelo descumprimento doloso ou culposo de dever legal.

O Supremo Tribunal Federal já assentou:

> "Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro." (RE nº 382.054-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma do STF, DJ de 01.10.2004, p. 37)
>
> No mesmo sentido já havia assentado no RE nº 179.147-SP e RE 372.472-RN

Também o Superior Tribunal de Justiça vem proclamando:

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE MOROSIDADE. DOLO OU CULPA INEXISTENTE. SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. A jurisprudência, tanto a do STF como a do STJ, é firme no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade

> subjetiva nos casos de ato omissivo estatal. Incidência da Súmula 83/STJ." (Agravo Regimental no Agravo em REsp nº 243.494-PR, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma do STJ, DJe de 19.02.2013)
> Trata-se de reiteração de entendimento anterior: REsp 44.500-MG, rel. p/ acórdão Min. Franciulli Netto, STJ, DJU 09.09.02, p. 181.

Nesta hipótese, tem-se evidente a normalidade da atividade desenvolvida pelo Estado não só na atividade de fiscalização e arrecadação tributária sob a coordenação da Secretaria da Fazenda, mas também nas searas pertinentes à orientação jurídica e atividade contenciosa (AGEMG) e, ainda, ao planejamento de carreiras e sua gestão (SEPLAG). Não se vislumbra qualquer negligência, imprudência, imperícia ou dolo nas atividades desenvolvidas pelos diversos órgãos do Estado envolvidos na matéria, considerando-se as disponibilidades máximas das mencionadas estruturas. Por conseguinte, não há que se fala em responsabilidade imputável ao Poder Público estadual.

9. Considerações finais

Diante dos raciocínios desenvolvidos, cumpre apresentar as considerações finais sobre os pedidos aviados pelo Sindifisco, os quais serão transcritos a seguir:

a) *seja dada ampla publicidade e divulgação do acórdão do STF no âmbito da estrutura orgânica da AGEMG, em especial as 1ª e 2ª Procuradorias de Dívida Ativa, a Procuradoria de Tributos e Finanças, as unidades regionais da AGE, acerca do acórdão proferido pelo STF nos autos do ARE 696.299-MG:*
- entende-se desnecessário que a estrutura hierárquica superior da AGEMG comunique os Procuradores do Estado de decisões dos Tribunais Superiores, visto que todo advogado público tem absoluta ciência da necessidade de se manter atualizado sobre dispositivos constitucionais e legais vinculantes da sua atividade, inclusive com observância das decisões jurisprudenciais que tenham efeitos vinculantes, mantida a independência funcional técnica no que tange às demais matérias;

b) *seja emitido comunicado, portaria, nota técnica e/ou memorando, ofício ao Secretário de Estado da Fazenda e Secretária de Planejamento e Gestão para adotarem postura de governança firme na orientação de um qualitativo projeto de fiscalização, monitoramento gerencial, de modo a evitar desvio de função e*

usurpação de atribuições privativas de fiscalização tributária pertencentes aos Auditores Fiscais da Receita Estadual por parte dos Gestores Fazendários, sob pena de configuração de falta disciplinar grave e ato de improbidade administrativa daqueles que incorrem em tal prática indevida, ora executando ora aquiescendo em razão de conduta leniente e omissiva;
- entende-se a Secretaria de Estado de Fazenda e a SEPLAG já estão vinculadas ao exercício das atribuições nos órgãos que lhe são integrantes com submissão à proibição de desvio de função e à vedação de qualquer usurpação de competência, ausente qualquer indício de desvios flagrantes que justifiquem edição de atos regulatórios internos que reiterem e especifiquem tais aspectos;

c) *seja emitido comunicado, portaria, nota técnica e/ou memorando, ofício ao Secretário de Estado da Fazenda e Secretária de Planejamento e Gestão para adotarem postura de governança firme na orientação das respectivas secretarias no sentido de informar que eventual e prévia constituição do crédito tributário por parte do Gestor Fazendário é ato nulo de pleno direito, com vício insanável, apto a comprometer a validade da ulterior inscrição do débito em certidão de dívida ativa tributária e constituição do crédito tributário, o que fulmina a execução fiscal administrativa ou judicial*:
- entende-se inviável edição do referido instrumento, porquanto vícios de sujeito na constituição de crédito tributário não implicam, em regra, nulidade de pleno direito com vício insanável, mas, ao contrário, vício necessariamente convalidável em se tratando de ato vinculado praticado pela administração fazendária, sem possibilidade de comprometer os atos subsequentes essenciais à cobrança forçada de natureza fiscal;

d) *seja emitido comunicado, portaria, nota técnica e/ou memorando, ofício aos julgadores integrantes do conselho de Contribuintes da SEF acerca do acórdão prolatado pelo STF, com o conteúdo ao mesmo inerente*;
- entende-se, também nesse aspecto, desnecessária a emissão de qualquer instrumento de comunicação ao Conselho de Contribuintes da CEF no que tange ao julgado do STF, visto que os membros do ilustre órgão julgador administrativo têm amplo conhecimento das diretrizes normativas e jurisprudenciais que repercutem na sua atuação decisória tributária, sendo livre o convencimento a propósito das matérias técnicas em discussão;

e) *seja dada publicidade e divulgação no âmbito da Advocacia Geral do Estado do parecer do professor Celso Antônio Bandeira de Mello publicado na RDA, v. 253, p. 201-209*:

- entende-se inviável a divulgação institucional de todos os pareceres e artigos doutrinários produzidos sobre matérias de repercussão significativa na atividade cotidiana da advocacia pública estadual, principalmente em se considerando a proliferação de estudos específicos de direito público que interpretam, de modo distinto, as mais diversas matérias que produzem resultados em necessidades sociais múltiplas e nem sempre convergentes; a isso se acresce os limites das atribuições da consultoria jurídica da AGEMG em realidades como a ora em exame;

f) *seja dada publicidade e divulgação no âmbito da Advocacia Geral do Estado da Recomendação do Ministério Público Estadual de 11.05.2011, no sentido de evitar provimento derivado, ao que se acresce a Súmula 685 do STF. Por fim, requer seja apreciado o requerimento com a indispensável e ampla motivação, bem como seja a resposta encaminhada por escrito ao Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Estadual, Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos de Minas Gerais (Sindifisco/MG)*:
- entende-se desnecessária a divulgação da recomendação do MPE, porquanto manifesta a inviabilidade de provimento derivado na estrutura orgânica do Estado, como inúmeras vezes já explicitado pela consultoria jurídica da AGEMG que, nos casos em que cabível nos termos do ordenamento, sublinha os rigorosos e atualizados parâmetros jurídico-normativos vinculantes da atividade administrativa e fiscal do Estado.

Conclusão

Pelas razões expostas, opino pelo não acolhimento dos requerimentos aduzidos pelo Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Estadual, Fiscais e Agentes fiscais de Tributos do Etado de Minas Gerais (Sindifisco/MG).

É como penso, sub censura.

Belo Horizonte, 29 de dezembro de 2014.

Raquel Carvalho

Raquel Melo Urbano de Carvalho
Procuradora do Estado
MASP 598.213-7
OAB/MG 63.612

"APROVADO EM 30/12/14"

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp.: 592.[illegible]-8 - OAB/MG 62.[illegible]

Aprovo
30.12.14

Roney Luiz Torres Alves da Silva
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO