

## A CARREIRA DO AUDITOR TRIBUTÁRIO MUNICIPAL E A LEGITIMIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

### 1. A EVOLUÇÃO DOS MUNICÍPIOS E A OBRIGATORIEDADE PELA BUSCA PELA RECEITA PRÓPRIA.

Da necessidade de associação entre os homens e suas relações sociais com as outras pessoas repousa a origem do município. A estruturação dos municípios no Brasil teve forte amparo da Igreja católica. No período colonial, ainda sob o sistema de capitânicas, mesmo destituídos de autonomia, os conselhos e vilas foram despontando como embriões do modelo municipalista.

Com a proclamação da República em 1889, os Municípios pareciam ter alcançado a tão sonhada autonomia. Tudo, entretanto, resumiu-se a textos legais sem qualquer aplicação prática. O que prevaleceu neste período, como bem enfatiza HELY LOPES MEIRELLES foi o “hábito do centralismo, a opressão do coronelismo e a incultura do povo.”<sup>1</sup>

Em síntese, foram quatro décadas de opressão, sem liberdade e progresso no âmbito municipal. No denominado Estado Novo, as coisas não foram diferentes. Também e mormente aqui, houve um atraso no avanço dos Municípios. Foi um tempo em que os interesses locais permaneceram nas mãos dos interesses individuais, em face da vinculação dos Prefeitos ao Interventor.

Na atualidade, pode-se dizer com certeza que o Município compõe a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, sendo salutar lembrar, igualmente, que possui, segundo a Magna Carta, a autonomia política, normativa, administrativa e financeira, sendo regidos por suas respectivas Leis Orgânicas.

Tais atributos, e isto é muito importante destacar, foram ampliados, tão-somente, na Constituição da República de 1988.

Muitos municípios dependem única e exclusivamente de transferências repassadas pelas esferas superiores. A busca pela arrecadação com tributos próprios é concentrada, tão-somente, nas capitais dos estados e nas regiões mais desenvolvidas.

Os municípios brasileiros, obviamente, ficam devendo em investimentos na modernização das administrações tributárias municipais, com o fim de melhorar a qualidade do sistema tributário local, já que estimula maior atenção e fiscalização dos contribuintes sobre o orçamento do município.

Note-se que não se trata de uma liberalidade, mas de uma exigência constitucional a busca pela receita própria, tanto que a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XVIII, determina que a administração fazendária terá preferência sobre os demais setores administrativos, *verbis*:

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

(...) XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

### 2. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA NOS MUNICÍPIOS E A COMPETÊNCIA PARA A FORMALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

O procedimento fiscalizatório ou a ação fiscal, como também é conhecido, é o conjunto das atividades de supervisão e controle do efetivo e integral cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, incluindo desde a identificação dos desvios no cumprimento das mesmas, até a aplicação de sanções de ofício pelo descumprimento tributário, e, ainda, a formulação da reapresentação fiscal para fins penais.

A administração tributária, para ser efetiva e eficaz, exige elevado grau de autonomia financeira e funcional na Administração da Secretaria da Fazenda Municipal, lembrando que as regras para a efetivação do lançamento são uma só, não havendo diferenciação dos requisitos para a constituição do crédito tributário nas três esferas de governo.

Existem dois problemas básicos que desencadeiam as maiores dificuldades nesses órgãos municipais em particular: a falta de condições materiais e de estrutura para dar guarida à ação fiscalizatória e à falta de vontade política na busca da receita própria, e, bem assim, a vontade de não tributar os seus eleitores, considerando que esta é uma medida antipática e não atrai votos.

<sup>1</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 39).

No que concerne às atividades do fiscal de tributos, cabe ressaltar que este tem prerrogativas, mas também tem deveres, os quais devem ser observados no momento do procedimento fiscalizatório. A relação entre fisco e contribuinte, no que tange à fiscalização que o primeiro pode e deve exercer sobre o segundo, vem explanada, sucintamente, nos artigos 194 a 200 do Código Tributário Nacional.

A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental.

Lançamento tributário, ou simplesmente lançamento, é um ato administrativo, decorrente de um procedimento (ato ou conjunto de atos regrados que objetivam a realização de um fim), **privativo da autoridade competente**, que tem por objeto formalizar o crédito tributário correspondente a uma obrigação previamente existente”.

### **3. A importância da reforma tributária advinda com a EC nº 42/2003, a carreira do auditor fiscal municipal e a validade do crédito tributário por ele constituído.**

Ainda antes do advento da Emenda Constitucional nº 42/2003, conforme já se verificou acima, a Carta Magna determinava em seu art. 37, inciso XVIII, que a Administração Fazendária tem preferência sobre os demais setores administrativos.

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

(...) XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

Com a vinda da Emenda Constitucional nº 42/2003, os Auditores Fiscais das três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal) foram inseridos na Constituição Federal como Carreira típica de Estado e essencial ao seu funcionamento, conforme se observa do dispositivo abaixo transcrito:

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

(...)

**(...) XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).** (Grifos nossos).

E o que é efetivamente Carreira Típica de Estado? Uma verdade primeira há que ser dita: essas carreiras são diferenciadas das demais. Em primeiro lugar, deve-se entendê-las como privativas do próprio Estado, não podendo ser delegadas em hipótese alguma. Não há uma definição específica, apenas que são as atividades estatais mais importantes do Brasil, como são a dos Juízes, Promotores de Justiça, Delegados, etc, lembrando que o Auditor Fiscal está, como vimos, dentre elas.

E o que a Carreira Típica de Estado pressupõe então? Primeiramente e indiscutivelmente que os seus integrantes tenham se submetido a concurso público e, também, diante do alto grau de responsabilidade que esses servidores têm para com o Estado, o mínimo exigido é um alto grau de intelectualidade e que estejam devidamente preparados tecnicamente para assumir tal encargo, o que pressupõe, obviamente, em nosso entendimento, respeitados os entendimentos contrários, graduação em nível superior.

Ainda em relação ao advento da EC nº 42/2003, faz-se mister salientar que os entes federados brasileiros passaram a ter autonomia em relação a investimentos na modernização das Administrações Tributárias; em assim sendo, a melhora na qualidade do sistema tributário local, a qual estimula maior atenção e fiscalização dos contribuintes e sobre o orçamento do Município, não é questão de vontade do gestor público, mas sim, de uma obrigação que lhe compete, considerando o verdadeiro sentido da destinação da receita tributária, que é o atendimento às necessidades públicas.

Tanto isso é verdade que o art.167, IV, da Constituição Federal, muito embora proíba, expressamente, a vinculação da receita de impostos a órgão público, fundo ou despesa, excetua, dentre outras hipóteses, especial destinação da receita de impostos às Administrações Tributárias, de forma a torná-las mais eficientes.

Art. 167. São vedados:

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

Por último, vale salientar que o art. 52, inciso XV, da Constituição Federal, diga-se de passagem, importantíssimo, também trazido ao mundo jurídico através da EC nº 42, determina que cabe ao Senado da República, ressalte-se, como competência privativa, avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das Administrações Tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, senão vejamos:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Grifos nossos).

Ressalte-se que a emenda é de 2003 e que, somente neste ano (2011), o Senado Federal, através da iniciativa do Senador Aloysio Nunes, é que restou instituída a subcomissão permanente para esse fim.

A subcomissão é muito recente e, até então, pelo que se tem notícia, nenhuma providência foi determinada para garantia do cumprimento do preceito constitucional. Em contato com o Chefe de Gabinete do referenciado Senador, tivemos notícia que há interesse da realização de uma audiência pública sobre o tema.

Essa notícia é importantíssima, considerando que os municípios, sempre considerados como “os patinhos feios do Sistema Tributário Nacional”, desta vez estariam em evidência como pioneiros da iniciativa parlamentar.

Vencida esta etapa, seguem algumas indagações por nós formuladas com as respectivas respostas, de acordo com nosso entendimento, salientando o nosso respeito às manifestações contrárias.

1. Por que o Constituinte deu todo esse Poder e essas regalias às Administrações Tributárias? Tudo para garantir o sucesso da ação fiscal e à imparcialidade nas lavraturas dos lançamentos.

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

3. E o que ocorre, então, com o crédito tributário, seja este formalizado por autoridade federal, estadual ou municipal se este for constituído por servidor que não tenha nível superior? O lançamento, em nosso entendimento, respeitados os entendimentos contrários, será declarado nulo porque não foi efetuado por agente capaz. O lançamento será declarado nulo porque realizado por autoridade incompetente, já que carreira típica de Estado pressupõe alto nível intelectual e competência técnica, não sendo o caso dos que a integram apenas com o nível médio.

4. Neste diapasão, faz-se uma indagação: pode o Secretário da Fazenda Municipal, se não estiver investido no cargo de Auditor, lançar o IPTU, como é comumente feito na maioria dos Municípios? Não, porque não foi realizado por agente capaz. Secretário da Fazenda que não é fiscal, não é autoridade competente para o lançamento.

5. Deve existir lei municipal, indicando as atribuições do Auditor Tributário? A resposta positiva é óbvia, pois sem a necessária lei para tanto, o crédito tributário poderá ser declarado nulo, posto que se não comprovada a legitimidade da autoridade lançadora para fazê-lo e tendo em vista o princípio da legalidade tributária, o mesmo não terá forças para se sustentar.

Como salientamos acima, o Sistema Tributário é uno. As regras para a formalização do lançamento tributário também, e são válidas para as três esferas de governo, mudando apenas a competência do ente federado para exigir o tributo. Por que com o Município deve ser diferente? Pergunta-se ainda: por que o Auditor da Receita Federal deve se preparar para um rígido concurso e o Auditor da Receita Municipal pode realizar o lançamento do tributo sem qualquer formação específica? A exigência de agente capaz para a efetuação do lançamento tributário não deveria ser a mesma, lembrando, ademais, que a Magna Carta enfatiza o fato de que tais servidores devem ser regidos por carreiras específicas?

Falando em carreiras específicas, a Constituição federal, quando assim o previu, quis enfatizar a necessidade de lei própria para esta classe dos Auditores Fiscais, inclusive com garantia de vencimentos compatíveis com a responsabilidade do cargo e, obviamente, autonomia para a efetivação do lançamento tributário.

Não se pode mais admitir – e nisso a Constituição Federal é clara por tudo o que vimos até aqui – que haja interferência política na formação do crédito tributário e, infelizmente, em alguns Municípios, isso ainda é constante e corriqueiro, o que pede que o movimento para o fortalecimento das Administrações Tributárias Municipais seja ainda maior.

Dando seguimento à nossa exposição, passa-se à análise das propostas para a tentativa de solução desse impasse, considerando que hoje em dia ainda existem Municípios insistindo na contratação desses profissionais sem a exigência dos requisitos ditados pelo Código Magno.

#### **4. Necessidade de adoção pelo Senado Federal de medidas urgentes para que se cumpra o art. 52, inciso xv, da Constituição Federal.**

Ouve-se falar insistentemente na importância da PEC (Proposta de Emenda à Constituição) nº 186/07 para os Auditores-Fiscais. A PEC referenciada, de autoria do parlamentar Décio Lima, de Santa Catarina, acrescenta os parágrafos 13 e 14 ao artigo 37 da Constituição Federal, determinando a elaboração de lei complementar para fixar normas gerais aplicáveis à Administração Tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não é tarefa fácil. A aprovação de tal texto está para os Auditores Tributários Municipais como está a aprovação da reforma tributária para o Brasil, ou seja, sem previsão de acontecer, ao menos num período considerado plausível, já que os brasileiros estão aguardando tal acontecimento já por muito tempo.

Os Auditores Tributários Municipais devem se agarrar em algo palpável, concreto, que já existe e está na Constituição Federal, que é de avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das Administrações Tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, lembrando que se trata de uma competência privativa daquela instituição.

Esse desempenho, em nosso entendimento, somente ocorrerá se cumpridos os mandamentos constitucionais que vimos anteriormente, quais sejam:

a) implantação de estrutura fazendária adequada, sendo que para tanto, o art.167, IV, da Constituição Federal, muito embora proíba, expressamente, a vinculação da receita de impostos a órgão público, fundo ou despesa, dentre outras hipóteses, excetua a especial destinação da receita de impostos às “Administrações Tributárias”, DE FORMA A TORNÁ-LAS MAIS EFICIENTES;

b) estruturação da Carreira de Auditor Fiscal Municipal por lei específica e com nível superior de preferência nas áreas afins, como o bacharelado em Direito, Ciências Contábeis, Administração e Economia, de forma a torná-los mais independentes e sem submissão ao Prefeito ou à Administração Governamental, considerando a importância e a impossibilidade de se transacionar o crédito tributário.

c) salário compatível com o cargo, tendo como limite o subsídio do Prefeito (art. 37, inciso XI, da Constituição Federal).

Neste sentido, entendemos que o Senado Federal pode agir, baixando, por exemplo, uma Resolução ou outro ato interno expedido pela Subcomissão de avaliação do Sistema Tributário Nacional, ao menos recomendando aos Prefeitos a se adequarem à Constituição Federal no que concerne ao correto funcionamento das Administrações Tributárias.

Em relação à possibilidade de edição de Resolução, LUCIANO AMARO<sup>2</sup> enfatiza que “os limites das alíquotas de certos impostos estaduais são definidos por resoluções do Senado Federal (art. 155, parágrafo 1º, IV; parágrafo 2º, IV e V). A Resolução, segundo o autor, nessas matérias, “atua numa esfera específica de competência, haurida diretamente da Constituição”.

---

<sup>2</sup> Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 189.

Diz finalmente AMARO que “A opção da Constituição por esse veículo normativo, nas situações assinaladas, é justificada pelo caráter do Senado Federal de Órgão Representativo dos Estados Federados no aparelho legislativo federal”.

No caso, não há que se dizer que o Senado Federal não tem competência para editar tal ato normativo sob a alegação de que o mesmo ofenderia o pacto federativo, já que poderia estar havendo usurpação de competência da União sobre os Municípios. Como já se disse, ao Senado da República cabe avaliar o desempenho das Administrações Tributárias, inclusive a dos Municípios, a qual está a necessitar de interferências urgentes com a finalidade de proteger o patrimônio público.

### **5. A negligência na arrecadação dos tributos municipais e o importante papel do ministério público estadual como fiscalizador do patrimônio público.**

Uma outra forma de se fazer cumprir a Constituição Federal, mantendo-se viva, desta forma, a receita tributária municipal, é através do Ministério Público Estadual. Uma das prerrogativas do Parquet é justamente a defesa do patrimônio público. Patrimônio, por outro lado, também é dinheiro.

Então, o Ministério Público Estadual tem o dever de zelar pelo crédito tributário municipal, fiscalizando as atividades do fisco municipal, averiguando se este Ente Federado está a arrecadar os seus tributos, nos termos exigidos pela Constituição Federal (art. 30, III) e Lei de Responsabilidade Fiscal e se esta arrecadação está sendo feita de forma vinculada e não discricionária.

A Lei de Responsabilidade Fiscal pune de forma severa a negligência na arrecadação de tributos municipais. A omissão do gestor público neste tocante é punida com a vedação de transferências voluntárias no que diz respeito aos repasses devidos pelos Estados e pela União, por exemplo.

Reza o dispositivo que:

“Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. (...)”

A instituição, a arrecadação e a cobrança de tributos jamais podem, então, ser entregues à livre disposição da vontade do administrador. O desrespeito a esse comando pode responsabilizar o Prefeito por improbidade administrativa.

Assim, se o Chefe do Poder Executivo permite, por exemplo, que o lançamento tributário seja feito por agente incompetente, mesmo sabendo que a Constituição Federal obriga-lhe a manter uma Administração Tributária mais eficiente, está a descumprir um mandamento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em nosso entendimento, o Ministério Público também teria competência para agir nestes casos, propondo ao Prefeito, por exemplo, um acordo firmado entre o Ministério Público e a parte interessada, de modo que o Município se comprometa a agir de acordo com a Constituição Federal e com a Lei de Responsabilidade Fiscal, sob pena de multa, conforme dispõe o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985.

Se não houver cumprimento do ajuste, poderá o Ministério Público executá-lo judicialmente, propondo na Justiça uma execução de obrigação de fazer, já que o acordo não cumprido terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Note-se, aliás, *gratia argumentandi*, que em agosto de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº RE 576155, em que fora relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, tendo reconhecido a legitimidade do Ministério Público para questionar, por meio de ação civil pública, acordos firmados pelos Estados para a concessão de benefícios fiscais à empresas que se instalarem em seus territórios. Esses acordos são os instrumentos utilizados pelos Estados pela chamada “guerra fiscal”.

Destaque para o voto do ministro Marco Aurélio, o qual deixou claro que o STF não estava julgando o mérito da questão, mas apenas a legitimidade do Ministério Público para propor a ação. Ele disse que, no caso em questão, contribuinte, estado e fisco estão de braços dados e somente o Ministério Público poderia ter a iniciativa de recorrer ao Judiciário para reparar lesão à coisa pública.

Mutatis Mutandis, parece-nos que nos casos de negligência na arrecadação dos tributos municipais ou quando feita de forma contrária à Constituição Federal e ao Sistema Tributário Nacional, fica transparente a legitimidade do Ministério Público Estadual para agir nos termos enfatizados acima ou através de ação civil pública.

### **6. Notícia de decisões judiciais a respeito da matéria.**

Há muito tempo estamos com este discurso em nossos cursos. Como conseqüência, veja-se texto publicado pela AFISCAMP no jornal Folha de São Paulo sobre o assunto em pauta:

Abaixo texto publicado pela AFISCAMP no Jornal FOLHA DE SÃO PAULO – Caderno COTIDIANO – 10/02/2010 – pág. C7:

A Associação dos Auditores-Fiscais da Prefeitura Municipal de Campinas - AFISCAMP, exercendo sua função de entidade não-governamental de utilidade pública, vem tornar público que em recente decisão o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em face da Ação Direta de Inconstitucionalidade – **ADIN 163.712-0/0-00**, proposta pela AFISCAMP, reconheceu como inconstitucional parte do texto da Lei Municipal nº 12.985/2007, que dispunha sobre o plano de cargos, carreiras e vencimentos dos servidores do município de Campinas, por reconhecer que essa lei transferiu indevidamente as prerrogativas do cargo de Auditor-Fiscal Tributário a outras carreiras do quadro da Secretaria Municipal de Finanças.

**A ilegalidade ocorreu por determinação da Secretaria Municipal de Finanças, que a fim de legalizar uma prática há muito tempo ilegal, a atribuição do lançamento e fiscalização de tributos a agentes sem a competência legal**, fez inserir no projeto de lei competências exclusivas dos Auditores-Fiscais Tributários a outras categorias denominadas Técnicos de Cadastro fiscal e Técnicos do Tesouro Municipal, em flagrante inconstitucionalidade, agora pacificada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão unânime no acórdão da ADIN 163.712-0/0-00 disponível no sítio do TJSP na internet: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). **Apesar dos inúmeros alertas endereçados ao atual Secretário de Finanças, o lançamento do IPTU e taxas imobiliárias 2010 foi levado a cabo sem a imprescindível participação de Auditores-Fiscais nas várias etapas do processo, num ato marginal à lei e à recente decisão mencionada**, expondo os cofres públicos a riscos desnecessários.

A AFISCAMP, como entidade não-governamental de utilidade pública, buscará sempre o melhor para o município, no sentido de garantir a integridade do erário, fazendo valer os princípios da legalidade, oficialidade e o interesse público de milhares de cidadãos campineiros, os mais interessados em uma Administração Pública transparente, eficaz e eficiente.

Associação dos Auditores-Fiscais da Prefeitura Municipal de Campinas – AFISCAMP.

Atenciosamente

Diretoria da AFISCAMP - 10.02.2010  
[www.afiscamp.org.br](http://www.afiscamp.org.br)

E muito recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

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

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

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

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

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

Precedentes do STJ.

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

7. Recurso Ordinário não provido.<sup>3</sup> (Grifos nossos)

E mais:

APELAÇÃO CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. TERMO DE INFRAÇÃO NO TRÂNSITO. NOTIFICAÇÃO DO AUTO DE LANÇAMENTO. **A competência para lavrar auto de lançamento do crédito tributário é do Agente Fiscal de Tributos do Estado e não do Técnico do Tesouro do Estado**, tendo em vista que viola a regra inserta no art. 3º da Lei 8.118/85, bem como a do art. 9º, inciso I, item 03 da referida lei. A advertência explícita nos Termos de Infrações no Trânsito dizendo que o

<sup>3</sup> STJ - RMS 29478 / PA RMS 29478 / PA DJe 23/06/2010.



sujeito passivo fica notificado do Auto de Lançamento que poderá decorrer deste Termo, bem como se quiser poderá apresentar impugnação em trinta dias é, completamente, ineficaz, tendo em vista que isso significa que serão lavrados Autos de Lançamento sem a respectiva notificação do sujeito passivo, fator esse que é estritamente necessário. Logo, nulos os lançamentos realizados. Juros: Os juros de acordo com a Súmula 188 do STJ e parágrafo único do art. 167 do CTN devem ser aplicados a partir do trânsito julgado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.<sup>4</sup> (Grifos nossos).

É igualmente importante salientar, finalmente, como corolário da notícia e da decisão acima evidenciada, que na notificação fiscal deve haver a indicação do dispositivo legal da lei municipal que dá ao Auditor o Poder de constituição do tributo Tributário.

## **7. Do lançamento tributário e a da ação fiscal**

Lançamento tributário, ou simplesmente lançamento, é um ato administrativo, decorrente de um procedimento (ato ou conjunto de atos regrados que objetivam a realização de um fim), privativo da autoridade competente, que tem por objeto formalizar o crédito tributário correspondente a uma obrigação previamente existente”.

O procedimento fiscalizatório ou a ação fiscal, como também é conhecido, é o conjunto das atividades de supervisão e controle do efetivo e integral cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, incluindo desde a identificação dos desvios no cumprimento das mesmas, até a aplicação de sanções de ofício pelo descumprimento tributário, e, ainda, a formulação da reapresentação fiscal para fins penais.

No que concerne às atividades do fiscal de tributos, cabe ressaltar que este tem prerrogativas, mas também tem deveres, os quais devem ser observados no momento do procedimento fiscalizatório. A relação entre fisco e contribuinte, no que tange à fiscalização que o primeiro pode e deve exercer sobre o segundo, vem explanada, sucintamente, nos artigos 194 a 200 do Código Tributário Nacional.

Cita-se, na oportunidade, algumas das prerrogativas do fiscal tributário: pode e deve proceder à constituição do crédito tributário mediante lançamento; pode iniciar a ação fiscal quando observar indício, ato ou fato que possam resultar em evasão de

tributos ou descumprimento de obrigação acessória; possui livre acesso, mediante identificação funcional, a órgão público ou estabelecimento privado e, igualmente, a documentos e informações revestidos de interesse tributário ou fiscal; pode requisitar e obter o auxílio da força pública policial sem autorização judicial quando impedido de adentrar no recinto da empresa a ser fiscalizada ou, ainda, por desacato; possui fé pública no desempenho de suas atribuições funcionais; receber e portar carteira funcional, expedida por autoridade competente, revestida de fé pública e equivalente a documento de identidade para quaisquer fins legais em todo o território nacional.

Transcreve-se, igualmente, alguns deveres inerentes à ação fiscal: tem a Autoridade Tributária o dever de zelar pela fiel execução de suas funções e pela correta aplicação da legislação tributária; observar e respeitar o sigilo fiscal nos procedimentos em que atuar; respeito no trato com o contribuinte; dever de comunicar os atos praticados, etc.

## **8. Das conclusões**

Em resumo, pelo que se evidenciou, entendemos que um Município não pode ser considerado um ente federado, nos moldes definidos pela Constituição, sem a existência de uma estrutura fazendária, a qual deve contar ao menos com um auditor concursado e com nível superior, considerando que essa secretaria estruturada representa a garantia da receita tributária municipal e como consequência, a garantia de uma melhor educação, saúde, segurança, infra-estrutura, etc.

---

<sup>4</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - JMS N° 70024282055 2008/CÍVEL, DES. JORGE MARASCHIN DOS SANTOS, julgado em 10 de setembro de 2008.