Princípios Constitucionais da Administração Pública

Aspectos relativos à competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal e sua função de servidor de Estado

Autores
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Celso Antônio Bandeira de Mello

UNAFISCO SINDICAL
SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL

Diretoria

Presidente: Paulo Gil Hölck Introíni
1ª Vice-Presidente: Fátima Maria Gondim B. Farias
2ª Vice-Presidente: Nory Celeste Sais de Ferreira
Secretário-Geral: Fernando Coelho Mainieri Silveira
Diretor Secretário: Alexandre Felipe Osório Lattari
Diretor de Finanças: Adelson Alves de Sousa
Diretor-Adjunto de Finanças: Francisco de Assis Costa
Diretor de Administração: José Ricardo Alves Pinto
Diretor de Assuntos Jurídicos: Luiz Tadeu Matosinho Machado
Diretor-Adjunto de Assuntos Jurídicos: Mauro José Silva
Diretor de Defesa Profissional: Miguel Delmar Barbosa de Oliveira
Diretor de Estudos Técnicos: Clair Maria Hickmann
Diretora-Adjunta de Estudos Técnicos: Izabel Ruth Tamiozzo Vieira
Diretor de Comunicação Social: Carlos Eduardo Liberati Mantovani
Diretor-Adjunto de Comunicação Social: Paulo Torquato Tasso
Diretora de Assuntos. dos Aposentados e Pensionistas: Ana Mary da Costa Lino Carneiro
Diretora-Adjunta de Assuntos dos Aposentados e Pensionistas: Valdeci Oliveira Cunha dos Santos
Diretor de Seguridade Social: Mário Mendes de Barros
Diretor-Adjunto de Seguridade Social: Norberto Antunes Sampaio
Diretor de Assuntos Parlamentares: Hélio Berti
Diretor-Adjunto de Assuntos Parlamentares: Nivaldo Correia Barbosa
Diretora de Relações Intersindicais: Luiza Amália do Livramento Meireles
Diretor de Relações Internacionais: Glauco José Eggers
Diretor Suplente: Roberto Bocaccio Piscitelli
Diretor Suplente: Marcelo Porto Rodrigues
Diretor Suplente: Alexandre Teixeira

SDS - Conjunto Baracat
1º andar - salas 1 a 11 - Brasília/DF
CEP 70392-900 - fone (61) 218 5200 - fax 218 5201

Visite nosso site
http://www.unafisco.org.br
e-mail: den@unafisco.org.br

Princípios constitucionais da Administração Pública

Aspectos relativos à competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal e sua função de servidor de Estado

Autores
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Celso Antônio Bandeira de Mello

AGOSTO 2002

UNAFISCO SINDICAL
SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL

Sumário

Apresentação 5
Apresentação dos Autores 13

As competências dos AFRFs e os princípios constitucionais
Parecer - **Maria Sylvia Zanella di Pietro**
- Da consulta 15
- Parecer 21
- Resposta aos quesitos 50

Avaliação de desempenho - limites constitucionais
Parecer - **Maria Sylvia Zanella di Pietro**
- Da consulta 53
- Parecer 55
- Conclusões 70

Avaliação de desempenho - limites constitucionais
Parecer - **Celso Antônio Bandeira de Mello**
- Consulta 73
- Parecer 73

Apresentação

A Constituição Federal, além dos princípios fundamentais contidos no seu art. 5º, como o da isonomia, consagra no art. 37 diversos princípios que devem ser observados pela administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os princípios constitucionais devem não apenas ser obedecidos pelos administradores, no trato da coisa pública, como também nortear todo o ordenamento jurídico, desde a feitura das leis até a sua regulamentação em normas inferiores, como decretos e portarias.

Esses princípios ganham especial relevo quando se trata de aplicá-los em face da legislação que disciplina uma das atividades fundamentais para a existência do Estado: a de arrecadação e fiscalização tributária.

Da natureza impositiva da tributação decorrem naturalmente diversos conflitos entre o interesse público e o privado que só podem ser dirimidos mediante a estrita observância dos princípios constitucionais. Por isso, toda a legislação que tenha por objeto a estruturação das atividades de arrecadação, fiscalização e tributação deve estar fortemente assentada sob tais princípios, de modo a evitar irreparáveis prejuízos ao bom funcionamento do Estado, e via de conseqüência, aos cidadãos – contribuintes ou não.

Os últimos oito anos foram marcados por uma forte reestruturação – seria mais apropriado chamar de "desestruturação" – do papel do Estado, tendo como carro-chefe a chamada Reforma Administrativa. Além das mudanças constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional, inúmeras alterações legislativas ocorreram, sendo a maior parte por meio do banalizado instituto das Medidas Provisórias.

A atividade de fiscalização, arrecadação e tributação dos tributos federais não ficou imune a este processo. Além da reestruturação da carreira de Auditoria da Receita Federal, instituída pela Medida Provisória 1.915, de junho de 1999, inúmeras alterações nas normas que regem a atividade foram processadas mediante a edição de atos normativos com intuito aparentemente regulamentador.

Infelizmente, muitos desses atos normativos editados sob o argumento de estarem fundados no poder regulamentar passaram ao largo de muitos dos princípios constitucionais mencionados, especialmente o da legalidade, inúmeras vezes atropelado em decretos e portarias editados.

Grande parte dessa sanha regulamentadora sobre o trabalho de fiscalização e arrecadação tributária recaiu diretamente sobre as atribuições e o exercício das atividades dos servidores encarregados desse mister: os Auditores-Fiscais da Receita Federal.

Neste livro estão compilados pareceres consolidados que têm por escopo uma análise jurídica feita sobre diversos textos legais e normativos que são cotejados com os princípios constitucionais que deveriam ter sido observados no momento de sua edição. Este trabalho esteve a cargo das duas maiores autoridades sobre Direito Administrativo, no Brasil, na atualidade: a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, da Faculdade de Direito da USP-SP e o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, da PUC-SP.

No primeiro parecer, a professora Maria Sylvia faz uma análise sobre diversos atos legais e normativos, editados nesse período, que dispuseram sobre as atribuições dos Auditores-Fiscais. Tendo como ponto de partida a MP 1.915/99, que foi transformada, após inúmeras reedições, na MP 2.175/01,[1] a professora da USP analisa o Decreto 3.611/2000 que regulamentou as atribuições dos cargos, prevista no artigo 6º, da MP e outros atos editados pela Secretaria da Receita Federal nos quais identifica violação a diversos princípios constitucionais.

Em suas conclusões a professora Zanella Di Pietro entende que o Decreto 3.611 extrapola o poder regulamentar ao outorgar concorrentemente atribuições privativas dos Auditores-Fiscais a servidores que são seus auxiliares (os Técnicos da Receita Federal), pois conflita não apenas com o art. 6º, da MP 2.175/01, como também com outras normas fixadas na legislação tributária.

A nomeação de Técnicos para exercer funções de chefia em órgão de que façam parte Auditores-Fiscais é, segundo as conclusões da parecerista, uma subversão da ordem hierárquica estabelecida pela MP 2.175, na medida em que esta ***"coloca o primeiro como auxiliar do segundo"***, além de ferir o princípio da razoabilidade. Ainda sobre o cargo de Técnico da Receita Federal, criado pela MP, a professora considera que foi criado um novo cargo ***("seja pelas atribuições, seja pelo nível de escolaridade exigido")*** o que impediria o seu provimento pelos antigos Técnicos do Tesouro Nacional, sob pena de violar a exigência constitucional de concurso para provimento de cargo público.

A catedrática da USP conclui também que não há fundamento

[1] A MP 2.175/01 foi revogada e substituída pela MP 46, editada pelo Poder Executivo em 25/06/2002, num gesto autoritário que atropelou o processo legislativo em curso no Congresso Nacional, às vésperas deste se reunir para concluir a apreciação do Projeto de Conversão em Lei - PLV Nº 15 de autoria do Deputado Federal Roberto Pessoa (PFL-CE).

legal na portaria ministerial que permite a designação de servidor aposentado para exercer função de confiança, com atribuições de julgador, conforme art. 37, inc. V da Constituição Federal.

Por fim, neste primeiro parecer desta coletânea, a eminente jurista entende que a competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal para realizar o ato administrativo do lançamento tributário *"não pode ser condicionada ou limitada por portaria administrativa. O Auditor-Fiscal da Receita Federal pode exercer as suas atribuições independentemente da emissão de Mandado de Procedimento Fiscal ou quando esteja com prazo de validade vencido, sem que isto caracterize incompetência ou vício de nulidade que possa ser declarado pelas autoridades incumbidas do julgamento nos processos de contencioso administrativo"*.

A segunda parte deste livro reúne dois pareceres que analisam a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária (GDAT), instituída pela MP 1.915/99 como parcela integrante da remuneração dos Auditores-Fiscais, cuja percepção está condicionada a avaliação subjetiva do desempenho do servidor. Verdadeiras lições de direito administrativo estão contidas nos escritos dos professores Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Nos brilhantes pareceres, os renomados juristas dissertam sobre a ofensa ao princípio da reserva legal, destacando que, por ordem constitucional (art. 37, X), somente a lei pode fixar a remuneração do servidor público, destacando o Professor Celso *"que é interdito à lei transferir ao Poder Executivo atribuições desta natureza, pois, se assim o fizesse, à toda evidência haveria frontal burla ao mandamento inscrito no precitado artigo da Constituição"*. A professora Maria Sylvia destaca ainda que *"em consonância com o artigo 39, § 1º, da Constituição, não só a fixação dos padrões de vencimentos mas também todos os 'demais componentes do sistema remuneratório' devem obedecer aos critérios definidos no dispositivo, dentre os quais não se inclui a avaliação de desempenho. Em conseqüência, não pode o Poder Executivo, mesmo com delegação legal, condicionar a percepção de parcela da remuneração a um sistema de avaliação individual."*

Analisando a violação ao princípio da impessoalidade, Bandeira de Mello assevera que *"com efeito, de nada valeria a imposição constitucional de uma fórmula avalizadora da impessoalidade, da objetividade, garantindo isenção retributiva de cada qual, se, por via oblíqua, transversa, viesse a ser instaurado um processo capaz de colocar parte da remuneração dos servidores à mercê da boa ou má-vontade de seus superiores, ensejando, por tal meio (de força persuasiva quase que irresistível), sua docilidade aos intentos pessoais, particulares ou partidários e sectários das instâncias detentoras ocasionais do Poder"*. Em sumária conclusão, o professor Celso afirma que: *"não pode haver esfera alguma de discricionariedade na apuração do valor (integral ou parcial) da remuneração legal que assiste ao servidor como correspectivo do desempenho de dado cargo, emprego ou função."*

No mesmo diapasão a Profa. Zanella Di Pietro avalia: *"Não há como evitar ou impedir o subjetivismo, as preferências pessoais, as perseguições políticas, as diferenças de critérios e de rigor por parte dos responsáveis pela avaliação. Não há como evitar ou impedir o desvio de poder. A sistemática instituída favorece a infringência ao princípio da impessoalidade e até mesmo ao da isonomia, por ensejar diversidade de tratamento entre os vários integrantes da mesma carreira, dependendo do agente avaliador"*. A conclusão não diverge do Professor Celso Antônio: *"Ocorre que a discricionariedade existe quando o direito positivo o permita. E a Constituição não deixou espaço para o exercício de discricionariedade em matéria de fixação de vencimentos ou vantagens pecuniárias do servidor..."*

O parecer da professora Maria Sylvia aborda também a ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, economicidade e

isonomia de tratamento trazida pelo novo sistema remuneratório. Questionando a relação custo-benefício de um procedimento tão oneroso, destaca que *"é de se supor que a seleção dos Auditores, em concurso público, e que a sua aprovação em estágio probatório garantam que a maioria desempenhe a contento as suas atribuições."* E questiona: *"Quantos poderão melhorar o seu desempenho em função de um procedimento tão oneroso para a Administração Pública? O resultado justifica que os superiores gastem o seu tempo com o procedimento de avaliação, quando poderiam utilizar esse mesmo tempo para as atividades de fiscalização que se pretende aperfeiçoar? O ônus para a Administração Pública parece ser muito maior do que o resultado que se pretende alcançar".*

Com extraordinária clareza observa a Professora Maria Sylvia que este sistema "... *coloca em risco o* ***princípio da isonomia****, pois a avaliação de cada servidor poderá ser feita com maior ou menor rigor dependendo do agente responsável pela avaliação, da relação entre avaliado e avaliador e de inúmeras circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis para cada servidor; infringe o* ***princípio da razoabilidade****, uma vez que cria um procedimento de avaliação bastante oneroso para a Administração Pública, já que se repete trimestralmente para todos os Auditores, sempre com a possibilidade de interposição de recursos administrativos e mesmo impugnações pela via judicial."*

As breves citações feitas nesta apresentação são insuficientes para dar a dimensão exata do brilhantismo e clarividência da análise jurídica e das lições dadas pelos ilustres doutrinadores. A leitura integral dos pareceres é imprescindível a todos os auditores fiscais, independentemente se chefes ou chefiados, pois coloca em termos claros os limites legais e constitucionais relativos às atribuições dos AFRFs, permitindo evitar que se pratiquem atos ilegais como desvios de função, subversão de ordem hierárquica, nulidades em processos administrativos, entre outras coisas. Além

disso, fornece subsídios e fundamentos para um posicionamento claro e firme sobre o sistema de avaliação de desempenho vinculado à remuneração que se intenta implementar no âmbito da Secretaria da Receita Federal.

Esta coletânea serve também como subsídio para os parlamentares nas discussões referentes à transformação em lei, não somente da MP 46/02 (que substituiu a 2.175/01) que trata da reestruturação das carreiras fiscais, como também para outras discussões da mesma natureza que tramitem no Congresso Nacional. Igual importância tem para o Poder Judiciário, pois muitas das questões aqui levantadas estão sendo ou terão de ser dirimidas por aquele Poder.

Para as autoridades do Poder Executivo são lições importantes que podem permitir correções de rumo, com a modificação e em alguns casos a revogação de inúmeros atos que conflitam com os princípios constitucionais, bem como evitar a edição de novos atos ilegais. Senão neste, quiçá num outro governo: mais democrático e que respeite a Lei Maior.

Essa é a expectativa da Diretoria Executiva do Unafisco Sindical ao decidir reunir os pareceres nesta coletânea.

DIRETORIA EXECUTIVA NACIONAL

Os Autores

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

É professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo.

É autora de vários livros de Direito Administrativo, entre eles: *Direito Administrativo, Parcerias na administração pública, Temas polêmicos sobre licitações e contratos, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, Do direito privado na administração pública, Uso privativo do bem público por particular* e *Servidão administrativa.*

Celso Antônio Bandeira de Mello

É professor titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde foi vice-reitor para assuntos acadêmicos (1973-1976) e onde leciona a matéria nos cursos de graduação e pós-graduação.

É autor de vários livros de Direito Administrativo, entre eles: *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Discricionariedade e controle jurisdicional, Regime dos servidores da administração direta e indireta, Natureza e regime jurídico das autarquias, Prestação de serviços públicos e administração indireta, Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos, Licitação, Ato administrativo e direitos dos administrados.*

As competências dos AFRFs e os princípios constitucionais

Parecer - Maria Sylvia Zanella di Pietro

1. Da consulta

O UNAFISCO SINDICAL solicita parecer a respeito de questões envolvendo a legislação que regulamenta as atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, formulando, para esse fim, os seguintes quesitos:

1. A regulamentação e as atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal são aquelas previstas no Decreto-Lei nº 2.225, de 10.1.85, no Decreto nº 90.928, de 7.2.85, no Decreto nº 2.730, de 10.8.98, na Medida Provisória nº 2.175-29, de 24.8.2001, e no Decreto nº 3.611, de 27.9.2000, além de legislação tributária esparsa, a saber:

(i) os artigos 91 a 98 da Lei nº 4.502, de 30.11.64;
(ii) os artigos 194 a 200 da Lei nº 5.172, de 25.10.66 - Código Tributário Nacional;
(iii) artigos 34 a 36 da Lei nº 9.430, de 27.12.96;
(iv) artigos 50 a 71 do Decreto-Lei nº 37, de 18.11.66;
(v) artigos 904, 911, 915 e 916 do Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda;

(vi) artigos 404, 408 e 412 do Decreto nº 2.637/98 - Regulamento do IPI;

(vii) artigos 250, 261, 264, 278 e 455 do Decreto nº 91.030/85 - Regulamento Aduaneiro.

O § 2º do artigo 6º da Medida Provisória nº 2.175/01 expressamente dispõe que: *"incumbe ao Técnico da Receita Federal auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal no exercício de suas atribuições"*.

No entanto, os artigos 3º e 4º do Decreto 3.611/00 tratam de atribuições concorrentes entre Auditor-Fiscal e Técnico da Receita Federal.

PERGUNTA: Pode o decreto estabelecer e dispor sobre atribuição concorrente, uma vez que a Medida Provisória define legalmente que a incumbência do Técnico é a de auxiliar o Auditor?

2. O artigo 6º, inciso I, alínea "b", da Medida Provisória nº 2.175/01 dispõe sobre atribuição privativa de Auditores-Fiscais para *"elaborar e proferir decisões em processo administrativo-fiscal, ou delas participar, bem assim em relação a processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais"*. Este mesmo comando é reiterado no artigo 1º, inciso II, do Anexo do Decreto regulamentador nº 3.611, de 28.9.2001.

No entanto, no artigo 2º, inciso I, do referido Anexo, ao dispor sobre as incumbências do Técnico da Receita Federal, esta atribuição privativa dos Auditores-Fiscais é acompanhada de uma qualificação que a detalha e a limita: *"(...) para proferir decisões, intimar sujeito passivo e requerer diligências, em processos submetidos a julgamento e instância administrativa"*.

Todavia, nem todo processo administrativo fiscal é submetido a julgamento em instância administrativa. Há processos como os de reconhecimento de isenção, restituição, consulta, em que não há julgamento e sim emissão de pareceres.

PERGUNTA: Nos casos em que o processo administrativo fiscal não é submetido a instância administrativa, a restrição indicada no inciso I do artigo 2º do Anexo do Decreto nº 3.611 ("(...) *para proferir decisões, intimar sujeito passivo e requerer diligências, em processos submetidos a julgamento e instância administrativa*") não incide na instituição de atribuições para o TRF que a Medida Provisória nº 2.175/01 teria reservado privativamente para o Auditor-Fiscal?

Pode o artigo 2º, inciso I, do Anexo do Decreto regulamentador nº 3.611, de 28.9.2001, restringir a atribuição privativa prevista no artigo 6º, inciso I, alínea "b", da Medida Provisória nº 2.175/01?

3. As atribuições do cargo de Técnico da Receita Federal estabelecidas no artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 3.611/00 conflitam com as disposições do artigo 6º da Medida Provisória nº 2.175/01? Não conflitam também com a legislação tributária esparsa:

(i) os artigos 91 a 98 da Lei nº 4.502, de 30.11.64;

(ii) os artigos 194 a 200 da Lei nº 5.172, de 25.10.66 - Código Tributário Nacional;

(iii) artigos 34 a 36 da Lei nº 9.430, de 27.12.96;

(iv) artigos 50 a 71 do Decreto-Lei nº 37, de 18.11.66;

(v) artigos 904, 911, 915 e 916 do Decreto 3.000/99 - Regulamento do IR;

(vi) artigos 404, 408 e 412 do Decreto 2.637/98 - Regulamento do IPI;

(vii) artigos 250, 261, 264, 278, 455 do Decreto 91.030/85 - Regulamento Aduaneiro.

4. A incumbência do cargo de Técnico da Receita Federal, segundo a definição legal do artigo 6º, § 2º, da Medida Provisória nº 2.175/01, é *"auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal no exercício de suas atribuições"*.

PERGUNTA: É legal ao Técnico da Receita Federal ser nomeado e ocupar cargo ou função de Chefia em nível hierárquico superior ao Auditor-Fiscal da Receita Federal que esteja no exercício de suas funções?

5. Tendo em vista as disposições da Medida Provisória nº 2.175/01 e a regulamentação do Decreto nº 3.611/00, sobre o cargo de Técnico da Receita Federal, concedendo-lhe atribuições que não possuía, pode-se entender que este se constitui em cargo distinto do de Técnico do Tesouro Nacional, cujo único meio de ingresso é por meio de concurso público?

6. O mandato criado no artigo 4º da Portaria MF nº 258/01 para o exercício de função pública encontra amparo nos princípios da administração pública? Não haveria violação ao princípio da impessoalidade na medida em que os julgadores ficariam compelidos a proferir suas decisões de acordo com a vontade da autoridade superior que lhes concede ou retira o mandato? Não haveria afronta ao princípio da legalidade na medida em que a Lei nº 8.112-90 (que estabelece normas sobre o Regime Jurídico Único) não prevê a figura do mandato? Há compatibilidade entre o exercício de um mandato disposto na Portaria nº 258/01 com os procedimentos de exercícios e lotação do servidor dispostos na Lei do Regime Jurídico Único?

7. A Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001, alterou a redação do artigo 25 da Lei nº 8.112, de 11.12.90, e dispõe sobre a reversão dos servidores aposentados. O artigo 4º, § 4º, da Portaria MF 258/01 autoriza o Auditor-Fiscal aposentado a retornar à atividade, através da ocupação de função de confiança, para julgar processos administrativos fiscais, atribuição privativa dos Auditores-Fiscais, sem que se observe o procedimento da reversão acima citado. A remuneração dos servidores de que tratam os casos do artigo 4º, § 4º, da Portaria MF 258/01 seria cumulativa com a percepção de seus proventos de aposentadoria. A remuneração, em caso de reversão, não seria cumulativa, mas excludente.

PERGUNTA: Pode o servidor aposentado retornar à atividade, através de nomeação em função de confiança, para exercer a mesma atribuição privativa que exercia quando em atividade? Pode o artigo 4º, § 4º, da Portaria MF 259/01 regulamentar procedimentos para o retorno à atividade de servidor aposentado, sem observar a reversão de que trata o novo artigo 25 da Lei nº 8.112/90? A previsão de contratação com fundamento no artigo 4º, § 4º, da Portaria MF 259/02 burla o instituto da reversão? Há dano ao erário público nessa hipótese?

8. Segundo o artigo 142 do Código Tributário Nacional, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, sendo esta uma atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A Medida Provisória 1.915, de 28.6.99, reeditada sob nº 2.175-29, de 24.8.01, estabelece no seu artigo 6º as *"atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor da Receita Federal,* ***no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados****"*, entre elas, em caráter privativo, *"constituir, mediante lançamento, o crédito tributário"*.

O Decreto nº 3.611, editado em 27.9.2000, que veio regulamentar esse dispositivo, repete essa disposição.

Em 22.11.99, o senhor Secretário da Receita Federal editou a Portaria SRF nº 1.265, que trata do planejamento das atividades fiscais de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Ela dispõe sobre a execução de procedimentos fiscais, com nova forma processual de emissão de Mandados de Procedimento Fiscal (MPFs), pretendendo fixar a competência funcional para a determinação do seu exercício, o que até então não se observava na atividade de fiscalização da Secretaria da Receita Federal. Recentemente a Portaria SRF nº 3.007, de 26.11.2001, foi expedida em sua substituição, sendo mantidas as inovações ora questionadas.

Foi também instituída pelo emitente do Mandado de Procedimento Fiscal (artigo 6º) a prévia fixação do rol de procedimentos a serem adotados pelo Auditor-Fiscal executor do mandado, no curso da fiscalização (artigo 7º).

Assim, mesmo que o Auditor-Fiscal executor constate ser necessário constituir o crédito tributário em período diverso do que consta do mandado, ele dependerá de que terceiros arrolados no artigo 6º da portaria administrativa expeçam Mandado de Procedimento Complementar, apesar de ser sua a obrigação de constituir o crédito tributário, sob pena de responsabilização funcional (artigo 142 do CTN) e configuração da prática de ilícito aos cofres públicos (artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.024/69).

Entende a consulente que as disposições da referida portaria administrativa não se coadunam com o artigo 194 do CTN que somente admite a lei *stricto sensu*. Só a lei tributária poderia conferir competência para fiscalização, cabendo às demais (inclusive a portaria SRF) dispor sobre aspectos procedimentais.

Entende ainda que a mencionada portaria também não encontra respaldo no artigo 6º da Medida Provisória nº 2.175-29, que trata das atribuições. A competência da SRF, mencionada no dispositivo, é apenas aquela conferida por lei para o exercício de funções administrativas como órgão integrante da Administração Direta da União. Esta disposição não altera, não revoga, nem tampouco se confunde com as competências legalmente conferidas aos seus agentes.

Considerando-se o exposto, indaga-se:

a) A competência para realizar o ato administrativo do lançamento tributário é do órgão Secretaria da Receita Federal ou do Auditor-Fiscal da Receita Federal, em face de sua investidura no cargo?

b) Essa competência para realizar o ato administrativo pode ser condicionada ou limitada por portaria administrativa?

c) A realização do lançamento para a constituição do crédito tributário sem que exista o Mandado de Procedimento Fiscal, ou quando este esteja com seu prazo de validade vencido, configuraria ato praticado por agente incompetente ou viciado que pudesse ensejar a declaração de nulidade do ato pelas autoridades incumbidas do julgamento do contencioso administrativo?

2. Parecer

2.1. O Técnico da Receita Federal na função de auxiliar do Auditor-Fiscal da Receita Federal

O cargo hoje denominado de Auditor-Fiscal da Receita Federal recebeu diferentes denominações no decurso do tempo, a saber:

a) Agente Fiscal do Imposto de Consumo, no Decreto-Lei nº 739/38;

b) Agente Fiscal do Imposto de Renda, na Lei nº 3.470, de 28.11.64;

c) Agente Fiscal de Rendas Internas, na Lei nº 4.502, de 30.11.64;

d) Agente Fiscal de Imposto Aduaneiro, na Lei nº 5.291, de 31.5.67;

e) Agente Fiscal de Tributos Federais, na Lei nº 1.024, de 21.10.69;

f) Fiscal de Tributos Federais, no Decreto nº 72.933, de 16.10.73;

g) Controlador de Arrecadação Federal, no Decreto nº 80.541, de 11.10.77;

h) Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, no Decreto-Lei nº 2.225, de 10.1.85;

i) atual denominação de Auditor-Fiscal da Receita Federal, a partir da Medida Provisória nº 1.915, de 29.6.1999.

A carreira de Auditoria do Tesouro Nacional foi criada pelo Decreto-Lei nº 2.225, de 10.1.85, abrangendo os cargos de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional e Técnico do Tesouro Nacional, ambos com lotação privativa na Secretaria da Receita Federal (art. 1º). Cabe salientar que para o cargo de Auditor-Fiscal foi exigido **nível superior** e para o de Técnico do Tesouro Nacional, o **nível médio**.

A Medida Provisória 1.915, atual Medida Provisória 2.175-29, de 24.8.01, reestruturou e alterou a denominação da **carreira** para Auditoria-Fiscal da Receita Federal, e dos **cargos** de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional e Técnico do Tesouro Nacional para Auditor-Fiscal da Receita Federal e Técnico da Receita Federal, respectivamente. Passou a exigir nível superior para ambos os cargos e, embora o cargo de Técnico da Receita Federal fosse anteriormente de nível médio, os seus ocupantes foram "transpostos" para o novo cargo, de nível superior, independentemente de concurso público, conforme artigo 17 da Medida Provisória 2.175-19, em disposição de constitucionalidade bastante duvidosa diante de reiterados acórdãos do Supremo Tribunal Federal a respeito de situações semelhantes.

Além disso, a mesma Medida Provisória definiu, parcialmente, as atribuições dos referidos cargos, remetendo ao Poder Executivo a competência para dispor sobre a matéria.

Embora a definição das atribuições tenha sido remetida à competência do Poder Executivo, a Medida Provisória já estabeleceu os parâmetros a serem observados, pois reservou ao cargo de Auditor-Fiscal algumas **atribuições privativas,** como a constituição do crédito tributário e a execução do procedimento de fiscalização, com apreensão de mercadorias, livros e documentos. E atribuiu ao Técnico da Receita Federal a função de **auxiliar** o Auditor-Fiscal da Receita Federal.

Tratando-se de atribuições privativas estabelecidas por ato normativo com força de lei, como é a Medida Provisória, o Poder Executivo, ao regulamentá-la, não pode disciplinar a matéria por forma que contrarie os preceitos colocados em nível superior na hierarquia das normas.

É exatamente sobre esse aspecto que o UNAFISCO coloca os seus quesitos de nºs 1 a 4, que dizem respeito aos limites das atribuições do Técnico da Receita Federal na função de auxiliar do Auditor-Fiscal da Receita Federal, prevista no § 2º do artigo 6º da Medida Provisória nº 2.175-29, de 24.8.01.

Esse dispositivo, no *caput*, define *"as atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados"*. Essas atribuições estão divididas em dois incisos: no inciso I, estão inseridas as atribuições outorgadas ***em caráter privativo*** e, no inciso II, ***"em caráter geral, as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal"***.

Os parágrafos desse dispositivo, por sua vez, determinam:

"§ 1º O Poder Executivo poderá, dentre as atividades de que trata o inciso II, cometer seu exercício, em caráter privativo, ao Auditor-Fiscal da Receita Federal.

§ 2º Incumbe ao Técnico da Receita Federal auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal no exercício de suas atribuições.

§ 3º O Poder Executivo, observado o disposto neste artigo, disporá sobre as atribuições dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal e de Técnico da Receita Federal".

Pelo disposto nesse artigo e nos seus parágrafos, algumas conclusões podem ser apresentadas desde logo:

a) algumas atribuições a própria Medida Provisória nº 2.175-29 já define como ***privativas*** dos Auditores-Fiscais, não podendo, portanto, ser exercidas pelos Técnicos da Receita Federal, concorrentemente;

b) outras atividades inerentes à Secretaria da Receita Federal, não inseridas entre as privativas dos Auditores-Fiscais, podem ser atribuídas aos ocupantes desse cargo por ato do Poder Executivo, consoante consta do § 1º do artigo 6º, supratranscrito; não sendo privativas, não há impedimento a que sejam outorgadas a outras categorias de servidores;

c) o Técnico da Receita Federal pode ***auxiliar*** o Auditor-Fiscal da Receita Federal no exercício de suas atribuições; tem-se que entender que ***auxiliar*** não significa exercer as mesmas atribuições que são privativas do Auditor, mas participar das medidas administrativas operacionais necessárias ao exercício da atividade; por outras palavras, o Técnico da Receita Federal, em relação às atividades privativas dos Auditores, só pode exercer as atividades-meio necessárias ao exercício da atividade-fim, a cargo dos Auditores, por força de lei;

d) o Poder Executivo, ao dispor, com base no § 3º do artigo 6º, sobre atribuições dos cargos de Auditor-Fiscal e de Técnico da Receita Federal, não pode outorgar a este último competência que a Medida Provisória atribui ***privativamente*** aos primeiros; note-se que esse parágrafo expressamente manda que, no exercício dessa competência regulamentar, seja ***"observado o disposto neste artigo"***; dentre as normas constantes do artigo a serem necessariamente observadas pelo Poder Executivo está a que estabelece as atribuições privativas do Auditor-Fiscal.

Há que se observar também que, conforme realçado pelo consulente no quesito nº 1, existem outras normas legais que também outorgam competências aos Auditores-Fiscais da Receita Federal, as

quais não podem, por meio de atos normativos do Poder Executivo, ser transferidas a outras categorias de servidores.

Assim é que a Lei nº 4.502/64 expressamente estabelece, no artigo 93, que *"a fiscalização externa compete aos **agentes fiscais do imposto de consumo** e, nos casos previstos em lei, aos fiscais auxiliares de impostos internos"*. Note-se que as exceções, em consonância com esse dispositivo, têm que ser previstas em ***lei***.

Pelo artigo 94, *"a fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto de consumo, inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal"*. Em consonância com o parágrafo único, as pessoas a que se refere este artigo exibirão aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

Por sua vez, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3000/99), no artigo 904, estabelece que *"a fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes"*; note-se que o dispositivo foi baixado com base no artigo 7º da Lei nº 2.354/54 e no Decreto-Lei nº 2.225, de 10.1.85). Pelo § 1º do mesmo artigo 904, "a ação fiscal direta, externa e permanente, realizar-se-á pelo comparecimento do ***Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional*** no domicílio do contribuinte (...)". Pelo § 2º, a "ação do ***Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional*** poderá estender-se além dos limites jurisdicionais da repartição em que servir(...)". Pelo § 3º, "a ação fiscal e todos os termos a ela inerentes são

válidos, mesmo quando formalizados por ***Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional*** de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo" (cf. art. 1º da Lei nº 8.748, de 9.12.93).

Há ainda o artigo 50 do Decreto-Lei nº 37/66, com a redação alterada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 1.9.88, segundo o qual *"a verificação da mercadoria, no curso da conferência aduaneira ou em qualquer outra ocasião, será realizada por **Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional**, na presença do importador ou de seu representante, e se estenderá sobre toda a mercadoria importada, ou parte dela, conforme critérios fixados em regulamento"*.

Com a Medida Provisória nº 1.915 (atual Medida Provisória nº 2.175-29), ficaram sintetizadas as ***atribuições privativas*** do Auditor-Fiscal da Receita Federal, abrangendo as seguintes:

"a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário;

b) *elaborar e proferir decisões em processo administrativo-fiscal, ou delas participar, bem assim em relação a processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais;*

c) *executar procedimentos de fiscalização, inclusive os relativos ao controle aduaneiro, objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, praticando todos os atos definidos na legislação específica, inclusive os relativos à apreensão de mercadorias, livros, documentos e assemelhados;*

d) *proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à aplicação da legislação tributária, por intermédio de atos normativos e solução de consultas;*

e) *supervisionar as atividades de orientação do sujeito passivo efetuadas por intermédio de mídia eletrônica, telefone e plantão fiscal"*.

Ocorre que o Decreto nº 3.611/2000, ao dispor sobre as atribuições do Técnico do Tesouro Nacional, conforme previsto no artigo 6º, § 3º, da referida Medida Provisória, acaba por invadir a esfera de atuação privativa do Auditor-Fiscal da Receita Federal.

Com efeito, em relação ao inciso II do artigo 6º, a função do Técnico da Receita Federal, prevista no artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 3.611, seria a de ***"analisar e instruir processos, ressalvada a atribuição privativa do Auditor-Fiscal da Receita Federal para proferir decisões, intimar sujeito passivo e requerer diligências, em processos submetidos a julgamento em instância administrativa"***.

Ocorre que, pelo dispositivo legal, a competência do Auditor-Fiscal não se resume a proferir decisões, mas também ***elaborá-las*** e delas ***participar***.

Além disso, a ressalva à atribuição privativa do Auditor-Fiscal, contida na parte final do dispositivo, somente se referiu às medidas adotadas em ***"processos submetidos a julgamento em instância administrativa"***, deixando de fora medidas semelhantes adotadas em outros tipos de processos em que não existe ***julgamento*** propriamente dito, tal como ocorre com os de reconhecimento de isenção, restituição, consulta. Pela maneira como foi redigido o artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 3.611, tem-se a impressão de que, em tais casos, o Técnico da Receita Federal pode proferir decisões, intimar sujeito passivo e requerer diligência. Na realidade, o Decreto conflita com o artigo 6º, inciso II, alínea "b", da Medida Provisória nº 2.175-29, que confere competência privativa para o Auditor-Fiscal *"elaborar e proferir decisões em processo administrativo-fiscal, ou delas participar, bem assim em relação a processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais"*. Vale dizer que a sua competência privativa abrange qualquer tipo de processo administrativo, mesmo aqueles em que não haja julgamento, e alcança a decisão e os respectivos

atos preparatórios, como intimações, diligências, pareceres e o que for necessário para que seja feito o julgamento ou adotada a decisão, já que a ele cabe, privativamente, ***dela participar***.

Também ultrapassa os limites do poder regulamentar a norma que atribui competência ao Técnico da Receita Federal no artigo 2º, inciso III, do decreto, nos seguintes termos:

"II - em relação ao disposto no inciso III do artigo anterior:

a) *proceder à conferência de livros, documentos e mercadorias do sujeito passivo, inclusive mediante elaboração de relatório, relativamente aos procedimentos fiscais de:*

1. *fiscalização, diligência e revisão de declarações;*

2. *concessão, controle e cassação de regime aduaneiro especial ou atípico;*

3. *controle de internação de mercadorias em áreas de livre comércio;*

4. *vigilância e repressão aduaneiras;*

5. *controle do trânsito de mercadorias;*

6. *vistoria e busca aduaneiras;*

7. *revisão de despacho aduaneiro;*

8. *conferência física de mercadorias e conferência final de manifesto;*

b) *participar de atividades de pesquisa e investigação fiscais, ressalvada a atribuição privativa do Auditor-Fiscal da Receita Federal para emitir relatórios conclusivos;*

c) *realizar a retenção e a validação lógica de arquivos magnéticos do sujeito passivo, bem assim a extração dos dados;*

d) *efetuar a seleção de passageiros e de bagagem, para fins de conferência aduaneira;*

e) *realizar visita aduaneira a veículos procedentes do exterior;*

f) *elaborar informações e realizar vistorias relativas ao alfandegamento de recintos;*

g) *participar de procedimento de auditoria da rede arrecadadora de receitas federais;".*

Ocorre que o artigo 6º, inciso III, da Medida Provisória atribui ao Auditor-Fiscal da Receita Federal **competência privativa** para:

*"III - **executar procedimentos fiscais, inclusive os relativos ao controle aduaneiro, 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 assemelhados;".***

As competências atribuídas aos Técnicos da Receita Federal são privativas do Auditor-Fiscal e contrariam não só o artigo 6º, inciso III, da Medida Provisória, como também outros dispositivos da legislação tributária.

Com efeito, a atribuição de competência para a *"conferência de livros, documentos e mercadorias do sujeito passivo, inclusive mediante elaboração de relatório relativamente aos procedimentos fiscais"* contraria os artigos 408 e 412 do Regulamento do IPI (Decreto 2.637/98), fundamentados nos artigos 93, 94 e 95 da Lei 4.502/64 e no artigo 34 da Lei 9.430/96; contrariam ainda o artigo 911 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3000/99), que encontra fundamento no artigo 7º da Lei 2.354/54 e no Decreto-Lei 2.225/85.

A competência para *"a concessão, controle e cassação de regime aduaneiro especial ou atípico", "vigilância e repressão aduaneiras", "controle do trânsito de mercadorias", "vistoria e busca aduaneiras", revisão de despacho aduaneiro", "conferên-*

cia física de mercadorias e conferência final de manifesto" contraria os artigos 250, 264, 271 e 455 do Decreto 91.030/85 (Regulamento Aduaneiro), baixado com fundamento no Decreto-Lei 37, de 18.11.66, alterado pelo Decreto-Lei 2.472, de 1°.9.88.

Nos termos do Decreto-Lei 37/66, a ***autoridade aduaneira*** poderá proceder a busca em veículo procedente do exterior (art. 37, parágrafo único). Pelo artigo 50 do mesmo Decreto-Lei, a *verificação da mercadoria, no curso da conferência aduaneira ou em qualquer outra ocasião*, será realizada por **Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional**.

Também no Regulamento do IPI e do Imposto de Renda, a realização de fiscalizações e de auditorias é atribuição privativa dos Auditores-Fiscais da Receita Federal.

Poder-se-ia argumentar que, tratando-se de normas baixadas por decreto, seriam da mesma hierarquia do Decreto nº 3.611 e, portanto, teriam sido por ele revogadas. No entanto, não é o que ocorre. Em primeiro lugar, porque os dispositivos regulamentares foram baixados com base nas leis regulamentadas. Em segundo lugar, porque, conforme artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, *"a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior"*. Como o Decreto nº 3.611 não revogou expressamente os regulamentos da legislação tributária (IPI, IR e Regulamento Aduaneiro), ele tem que ser aplicado respeitando as normas baixadas por esses regulamentos, que regulam matéria disciplinada em legislação tributária específica.

Em conseqüência, todas as atribuições previstas no Decreto nº 3.611 que envolvam atividades atribuídas por lei ou seus regulamentos aos Auditores da Receita Federal (ainda que referidas por antigas denominações do cargo) não podem ser exercidas pelo Técnico da Receita Federal.

Note-se que o Decreto-Lei nº 2.225/85, ao criar a Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, composto pelos cargos de Auditor-

Fiscal e Técnico do Tesouro Nacional, não definiu as respectivas atribuições, o que foi feito pelo Decreto nº 90.928, de 7.2.85. No artigo 2º, foram previstas as várias classes da carreira, algumas de **nível superior** e, outras, de **nível médio**. Para estas, em que se incluíam os Técnicos do Tesouro Nacional, foram outorgadas atribuições *"de nível médio de apoio operacional relacionadas com os encargos específicos de competência da Secretaria da Receita Federal compreendendo: Classe Especial e 1ª - coordenação, controle, orientação e execução de trabalhos de médias complexidade e responsabilidade; 2ª e 3ª Classes - controle e execução de trabalhos de médias complexidade e responsabilidade"*.

Como se vê, a atividade do Técnico já era de ***apoio operacional*** precisamente por ser atribuída a cargo de nível médio. Mas, mesmo então, embora o Decreto-Lei nº 2.225/85 não definisse as respectivas atribuições, é evidente que nessas atividades de apoio operacional não poderiam ser incluídas tarefas que a legislação tributária outorga à area de fiscalização, a cargo dos Auditores-Fiscais.

Não se altera a conclusão pelo fato de se ter elevado para o nível superior o cargo de Técnico da Receita Federal, conforme Medida Provisória nº 1.915, até porque ela reservou algumas atividades para a competência privativa dos Auditores-Fiscais da Receita Federal e atribui ao Técnico da Receita Federal a função de ***auxiliar*** o Auditor-Fiscal, mantendo, portanto, a natureza de sua atividade como sendo de apoio operacional.

Mesmo com relação às atividades não privativas, referidas no artigo 6º, inciso II, da Medida Provisória nº 2.175-29, não é admissível que, por meio de ato do Poder Executivo, o seu desempenho seja atribuído de ***forma concorrente***, conforme previsto nos artigos 3º e 4º do Decreto nº 3.611/2000.

O § 2º do artigo 6º da mesma Medida Provisória, quando atribui ao Técnico da Receita Federal a incumbência de ***auxiliar*** o Auditor-Fiscal da Receita Federal no exercício de suas atribuições, não distinguiu entre as atribuições privativas e as não privativas. Em qual-

quer uma delas, o Técnico desempenha função de auxiliar o Auditor-Fiscal, sem exercer, concorrentemente, as funções que deste são privativas.

Fica muito claro, por esse dispositivo da Medida Provisória, que, embora o cargo de Técnico da Receita Federal também seja hoje de nível superior, existe uma indiscutível diferença de hierarquia entre ambos, tendo em vista a posição de ***auxiliar*** atribuída ao Técnico da Receita Federal. O Decreto não pode, sob pena de ilegalidade, alterar o disposto em lei, seja para atribuir aos Técnicos funções privativas do Auditor-Fiscal, seja para igualar a sua posição no caso das funções não privativas.

Pelas razões expostas, entendo que o Decreto nº 3.611/2000 exorbitou da competência regulamentar, ao definir as atribuições do Técnico da Receita Federal.

2.2. Exercício de função de chefia por Técnico da Receita Federal

No quesito nº 4, indaga-se se é legal o Técnico da Receita Federal ser nomeado e ocupar cargo ou função de Chefia em órgão em que estejam lotados Auditores-Fiscais da Receita Federal.

Conforme realçamos em nosso livro *Direito Administrativo* (São Paulo, Atlas, 13ª edição, 2001, p. 91), a organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: a ***distribuição de competências*** e a ***hierarquia***. O direito positivo define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, estabelece uma relação de ***coordenação*** e ***subordinação*** entre os vários órgãos que integram a Administração Pública, ou seja, estabelece a hierarquia. Dessa forma de organização decorrem para o superior poderes como os de ***editar atos normativos*** (resoluções, portarias, instruções) com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados; ***dar ordens*** aos subordinados, que implica o dever de obediência, para estes últimos, salvo para as ordens manifestamente ilegais; ***controlar*** a atividade dos órgãos inferiores, para verificar a legalidade de seus atos e o cumprimento de suas obrigações, podendo ***anular*** os atos ilegais ou ***revogar*** os inconvenientes ou inoportunos, seja *ex officio*, seja mediante provocação dos interessados, por meio de recursos hierárquicos; ***aplicar sanções*** em caso de infrações disciplinares; ***avocar atribuições***, desde que estas não sejam da competência exclusiva do órgão subordinado; o de ***delegar atribuições*** que não lhe sejam privativas.

Essa forma de organização está prevista, ainda que em outros termos, no Decreto-Lei nº 200, de 25.2.67, cujo artigo 6º indica os princípios fundamentais das atividades da Administração Federal, a saber: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência, controle. Com relação à descentralização, o artigo 10, § 1º, determina que ela será posta em prática em três planos principais, entre eles, na alínea "a", *"dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução"*. Por sua vez, com relação ao controle, o artigo 13 prevê que deverá ser exercido em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente, entre outras coisas, *"o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado"*.

Evidentemente, supõe-se que o chefe de um órgão essencialmente administrativo, sem qualquer conotação política, seja, pelo menos, do mesmo nível funcional dos seus subordinados, sob pena de não ter como exercer muitos dos poderes inerentes à hierarquia, como os de baixar atos normativos, controlar, anular, revogar, avocar atribuições. Como poderá normatizar a prática de atos que fogem à sua competência? Como poderá anular ou revogar atos que se inserem na competência privativa de determinada ca-

tegoria de servidores? Como poderá avocar atribuições que são privativas de seus subordinados? Supondo-se que a lei admita esse tipo de chefia, ela terá que limitar-se a aspectos exclusivamente disciplinares, não tendo qualquer alcance em relação aos atos de competência privativa dos Auditores-Fiscais, em relação aos quais o Técnico exerce função de auxiliar.

A nomeação de Técnico da Receita Federal para exercer função de chefia em órgão de que façam parte os Auditores-Fiscais da Receita Federal subverte a ordem hierárquica que decorre, implicitamente, do artigo 6º, § 2º, da Medida Provisória nº 2.175, que coloca o primeiro como *auxiliar* do segundo.

Além disso, fere o princípio da razoabilidade, que exige bom senso na aplicação e interpretação das normas, bem como adequada relação entre meios e fins. Se o cargo de Auditor-Fiscal é de maior responsabilidade e complexidade do que o de Técnico da Receita Federal (razão pela qual a este cabe apenas auxiliar aquele), é inconcebível e irrazoável que o ocupante do cargo de menor responsabilidade e complexidade passe a ocupar posição de comando em relação ao outro.

Não há fundamento legal para que o Técnico da Receita Federal exerça função de chefia em relação ao Auditor-Fiscal da Receita Federal.

2.3. Do provimento do cargo de Técnico da Receita Federal

Consoante já assinalado, a carreira Auditoria do Tesouro Nacional, na vigência do Decreto-Lei nº 2.225, de 10.1.85, era composta dos cargos de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional e Técnico do Tesouro Nacional, sendo o primeiro de nível superior e, o segundo, de nível médio (arts. 1º e 3º). O Técnico podia, mediante acesso, passar para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, após alcançar o último padrão da 1ª Classe e desde que preenchesse as condições exigidas para ingresso neste último cargo, de-

vendo, para esse fim, submeter-se a processo seletivo (art. 4º). As suas atribuições não eram definidas no referido Decreto-Lei, tendo ficado a disciplina da matéria para regulamentação pelo Poder Executivo (art. 10).

Essa definição foi feita pelo Decreto nº 90.928, de 7.2.85, no qual se separavam de forma muito nítida as atribuições dos dois cargos. Enquanto o de Auditor-Fiscal estava inserido em **Classes de Nível Superior**, com atividades também de nível superior, o Técnico do Tesouro Nacional era inserido em **Classes de Nível Médio**, nos seguintes termos:

> *"Artigo 2º - As classes integrantes da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, distribuídas nos níveis superior e médio, têm as seguintes características:*
>
> *a) Classes de Nível Superior .....*
>
> *b) Classes de Nível Médio*
>
> *Atividades de nível médio de apoio operacional relacionadas com os encargos específicos de competência da Secretaria da Receita Federal, compreendendo:*
>
> *Classe Especial e 1ª - coordenação, controle, orientação e execução de trabalhos de médias complexidade e responsabilidade;*
>
> *2ª e 3ª Classes - controle e execução de trabalhos de médias complexidade e responsabilidade".*

Os integrantes das Classes de Nível Médio podiam passar para as Classes de Nível Superior (até 2ª Classe) mediante acesso e uma vez preenchidos os requisitos para provimento, entre eles, o de possuir nível superior.

Com a Medida Provisória nº 1.971, o cargo de Técnico do Tesouro Nacional passou a chamar-se Técnico da Receita Federal e passou a ser de nível superior; quanto às suas atribuições, a Medida Provisória limitou-se a estabelecer que lhe incumbe auxiliar o Audi-

tor-Fiscal da Receita Federal, conforme demonstrado nos itens anteriores deste parecer.

O Decreto nº 3.611/00, conforme também já demonstrado, definiu as atribuições do cargo, inclusive exorbitando do poder regulamentar, ao outorgar ao Técnico da Receita Federal competências concorrentes com as do Auditor-Fiscal da Receita Federal, mesmo na área de sua competência privativa.

Não há dúvida, portanto, quanto a duas alterações no regime jurídico do cargo de Técnico da Receita Federal:

a) deixou de ser de nível médio e passou a ser de nível superior;

b) teve suas atribuições consideravelmente ampliadas.

Disso resulta uma conclusão também incontestável: a impossibilidade dos ocupantes do cargo de Técnico do Tesouro Nacional passarem, sem concurso público, para o cargo de Técnico da Receita Federal. As duas alterações assinaladas em relação às características desse cargo tornam impossível outra forma de provimento que não o concurso público.

Por essa razão, é inconstitucional o artigo 17 da Medida Provisória nº 2.175, na parte em que determina que os ocupantes dos cargos de Técnico do Tesouro Nacional são transpostos, a partir de 1º.7.99, na forma dos Anexos V e VI, ou seja, são transpostos para o cargo de Técnico da Receita Federal. Embora tenham ingressado neste último cargo mediante concurso público, não há dúvida de que somente se habilitaram para exercer cargo de nível médio. Para ingressarem em cargo de nível superior, com atribuições mais amplas do que as do cargo de Técnico do Tesouro Nacional, têm que se submeter a concurso público.

Não há possibilidade de os ocupantes desse cargo passarem para o cargo de Técnico da Receita Federal, por acesso, ascensão, transferência, transposição (fórmula esta adotada na

medida provisória) ou qualquer outra modalidade de provimento que não o concurso público de ingresso.

Note-se que, na vigência do Decreto-Lei nº 2.225/85, estava em vigor a Constituição de 1967, que somente exigia concurso público para a ***primeira investidura***, o que excluía as formas de provimento derivado, como acesso, ascensão, transferência, reversão etc.

Quando a carreira foi reestruturada para Técnico da Receita Federal, pela Medida Provisória que hoje recebe o nº 2.175, já estava em vigor a Constituição de 1988, que exige concurso público para "a investidura" em cargos ou empregos públicos (art. 37, II).

À vista disso, passou-se a entender que para os provimentos derivados também é exigível concurso público. Deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição ou ascensão, da transferência.

A respeito da ascensão (ou transposição, como preferem alguns), a Consultoria Geral da República adotou o entendimento de que *"com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de investidura em cargo público"*. No corpo do parecer, da lavra do Consultor José Márcio Monsão Mollo, está dito que *"estão abolidas as formas de investidura que representam ingresso em carreira diferente daquela para a qual o servidor ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, inerentes ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que acontece com a promoção, sem a qual não há carreira, mas, sim, sucessão de cargos ascendentes"* (Parecer nº CS-56, de 16-9-92, aprovado pelo Consultor-Geral da República, conforme publicado no DOU de 24-9-92, p. 13.386-89).

No mesmo sentido foi a decisão do STF, ao declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (ADIN-245, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de

13-8-92, p. 12.157). Pelo mesmo fundamento, o STF considerou inconstitucional o instituto da transferência previsto nos artigos 8º, IV, e 23 da Lei nº 8.112, de 11.12.90, ambos suspensos pela Resolução nº 46, de 23.5.97, do Senado Federal.

No RE-143807/SP, em que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 14.4.00, com citação de inúmeros precedentes) ficou decidido que, em face do artigo 37, inciso II, da Constituição, *"são inadmissíveis quaisquer outras formas de provimento do servidor público, independentemente de concurso público, em cargo diverso daquele do qual já seja titular a qualquer título, precedida ou não a nova investidura de processo interno de seleção ou inabilitação"*.

É verdade que o STF tem feito distinção entre as formas válidas de provimento e as que contrariam o artigo 37, II, da Constituição. Ao apreciar a ADIN 1591-5/RE, julgou-a improcedente, aprovando, por unanimidade, o voto do Ministro Gallotti, do qual nos permitimos transcrever o seguinte trecho:

> *"Julgo que não se deva levar ao paroxismo o princípio do concurso para acesso aos cargos públicos, a ponto de que uma reestruturação convergente de carreiras similares venha a cobrar (em custos e descontinuidade) o preço da extinção de todos os antigos cargos, com a disponibilidade de cada um dos ocupantes seguida da abertura de processo seletivo ou, então, do aproveitamento dos disponíveis, hipótese esta última que redundaria, na prática, justamente na situação que a propositura da ação visa a conjurar"*.

Ficou claro, no acórdão, no trecho transcrito, que, além da identidade de atribuições, foi levada em consideração a possibilidade, agasalhada pelo direito positivo, de aproveitar os servidores em cargos de igual natureza, em caso de extinção dos cargos em que estavam enquadrados.

Esse critério da identidade de atribuições vem servindo de ba-

liza para as decisões do STF em hipóteses semelhantes. Ao apreciar a ADIN-266-RJ, julgou-a procedente em parte, deixando claro, no entanto, que *"embora, em princípio, admissível a transposição do servidor para* ***cargo idêntico da mesma natureza em novo sistema de classificação****, o mesmo não sucede com a chamada transformação que configura novo provimento, a depender da exigência de concurso público, inscrita no art. 37, II, da Constituição"* (julgamento em 18.6.93; acórdão publicado no DJ 6-8-93, p. 14901).

No caso da Medida Provisória nº 2.175, ampliaram-se as atribuições do cargo de Técnico da Receita Federal, quando comparado com o anterior cargo de Técnico do Tesouro Nacional; e aumentou-se, em conseqüência, a exigência para seu provimento, que deixou de ser de nível médio e passou a ser de nível superior. Embora a Medida Provisória tenha chamado de ***transposição*** o provimento dos Técnicos do Tesouro Nacional no cargo de Técnico da Receita Federal, na realidade, corresponde à verdadeira ***transformação***, já que o novo cargo tem atribuições mais complexas e é de nível superior.

Em conseqüência, o cargo de Técnico da Receita Federal somente pode ser provido por concurso público, sendo inaceitáveis as formas de provimento derivado, com aproveitamento dos titulares do cargo de Técnico do Tesouro Nacional.

2.4. Da função de julgador nas Delegacias da Receita Federal de Julgamento

Os quesitos 6 e 7 referem-se ao exercício da função de julgador nas turmas das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ).

As dúvidas dizem respeito a normas contidas na Portaria nº 258, de 24.8.2001, do Ministro de Estado da Fazenda, que disciplina a constituição das turmas e o funcionamento das referidas Delegacias, instituídas com base no artigo 25, § 5º, do Decreto nº 70.235, de 6.3.72, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.93.

Esse dispositivo assim estabelece:

"Artigo 25 - O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

I - em 1ª instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal.

.....

§ 5º - O Ministro de Estado da Fazenda expedirá os atos necessários à adequação do julgamento à forma referida no inciso I do caput".

Como se vê, o dispositivo limita-se a fazer referência às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, estabelecendo a sua competência, porém deixa a definição de sua composição a cargo de normas a serem baixadas pelo Ministro da Fazenda, o que foi feito pela Portaria nº 258/2001.

Por essa Portaria, as DRJs são constituídas por turmas de julgamento, cada uma delas integrada por cinco julgadores (art. 2º). O julgador deve ser "*ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal (AFRF), que tenha cumprido o estágio probatório e, preferencialmente, com experiência na área de tributação e julgamento ou habilitado em concurso público nessa área de especialização*" (art. 3º).

A norma objeto de questionamento é a que se contém no artigo 4º, assim redigido:

"Artigo 4º - O julgador é designado pelo Secretário da Receita Federal para o mandato de até dois anos, com término no dia 31 de dezembro do ano subseqüente ao da designação, admitida a recondução.

§ 1º Na hipótese em que não seja completado o mandato, novo julgador é designado para completar o período.

§ 2º Expirado o mandato do julgador, este permanece no

exercício de suas atribuições até a designação de outro julgador, respeitado o prazo máximo de noventa dias.

§ 3º Nos casos de afastamento legal ou impedimento de julgador, incumbe ao Secretário da Receita Federal designar pro tempore julgador substituto.

§ 4º O servidor aposentado no cargo de AFRF pode ser designado julgador, desde que nomeado presidente de turma".

A primeira dúvida diz respeito à legalidade da figura do ***mandato****, que violaria princípios da administração pública, em especial o da impessoalidade (porque os julgadores ficariam compelidos a proferir suas decisões de acordo com a vontade da autoridade superior que lhes concede ou retira o mandato) e ao princípio da legalidade (porque a Lei nº 8.112, de 11.12.90, que estabelece o Regime Jurídico Único, não prevê a figura do mandato como forma de exercício e lotação do servidor público).*

Em primeiro lugar, quer-nos parecer que o mandato referido na portaria não equivale a forma de provimento, pois, se assim fosse, dependeria de ingresso mediante concurso público, conforme artigo 37, II, da Constituição; nem corresponde a cargo público, porque, se assim fosse, teria que ser criado por lei, conforme artigo 61, § 1º, inciso II, alínea "a", da Constituição. Trata-se de mera designação de servidor público investido no cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal para exercer a ***função*** de julgador por um período determinado.

Cumpre lembrar que, em consonância com a Constituição, o servidor público ocupa *cargo, emprego ou função*, não existindo a figura do mandato como forma de exercício de atribuições administrativas na Administração Pública. O mandato é uma figura que envolve outorga ou delegação de poderes a uma pessoa para atuar em nome do mandante. Na Administração Pública, não existe a possibilidade de uma autoridade outorgar poderes a um servi-

dor, porque as atribuições são inerentes aos cargos, empregos ou funções e decorrem da lei. Veja-se, por exemplo, que o artigo 3º da Lei nº 8.112/90 define cargo público como *"o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor"*. Definições paralelas podem ser dadas à função e ao emprego. Sendo criados por lei, esta já define as respectivas atribuições.

A atribuição de julgador é privativa dos Auditores-Fiscais da Receita Federal; não de todos, mas apenas daqueles que sejam designados para integrar as turmas de julgamento das DRJs. Enquanto exercerem as respectivas atribuições, ficam afastados das atribuições normais do cargo de Auditor-Fiscal, continuando este lotado no mesmo órgão, de modo que, quando terminar o prazo da designação para a função de julgador, o Auditor-Fiscal a ele retorne. Não existe cargo público que não esteja lotado em determinado órgão público.

Na Portaria 258, consta que o presidente das turmas julgadoras é ***nomeado*** entre os julgadores, o que somente seria correto se houvesse o ***cargo*** de Presidente de turma, a ser provido por essa forma. Nos termos do artigo 9º da Lei 8.112, *"a nomeação far-se-á: I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira; II - em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos"*. Em se tratando de função de confiança, como parece ser o caso da função de Presidente de turma julgadora, a forma de provimento é a designação, conforme consta do artigo 15 e parágrafos da Lei 8.112. Na realidade, existe apenas a ***função*** de Presidente, a ser provida mediante designação. A mesma impropriedade não aparece no artigo 4º, onde se fala apenas em ***designação*** e não em nomeação.

No caso dos julgadores das DRJs, o exercício das respectivas atribuições é privativo dos Auditores-Fiscais da Receita Federal, que são apenas ***designados*** por período determinado. A terminologia utilizada na Portaria 258 é certamente inadequada.

Ainda com relação ao assunto, entendo não haver ofensa ao

princípio da impessoalidade. Note-se que o exercício da função se dá por período determinado, só podendo o servidor ser destituído nas hipóteses do artigo 5º da mesma Portaria, a saber: *"I - que retiver processos para relatar ou para redigir o respectivo voto além dos prazos estabelecidos pelo Secretário da Receita Federal; II - a quem forem aplicadas, em virtude de processo administrativo disciplinar, as penalidades de que tratam os incisos II a VI do artigo 127 da Lei nº 8.112, de 10 de dezembro de 1990"*.

Vale dizer que a destituição do servidor não fica ao livre arbítrio da autoridade superior, uma vez que só pode ocorrer nas duas hipóteses assinaladas. Essa exigência é suficiente para garantir ao julgador independência na elaboração de seus votos, sem vinculação à vontade do superior.

Já a norma realmente inaceitável, por sua manifesta ilegalidade, é a contida no § 4º do artigo 4º da referida Portaria, ao permitir que o servidor aposentado no cargo de AFRF seja designado julgador, desde que nomeado presidente de turma.

Não há fundamento legal para que o AFRF aposentado seja designado para exercer a função de Presidente de turma julgadora. Tratando-se de função de confiança e não de cargo em comissão, sujeita-se à exigência contida no artigo 37, inciso V, da Constituição, em cujos termos as funções de confiança podem ser ***"exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo"***. É evidente que o aposentado não atende a esse requisito, pois, a partir da aposentadoria, deixa de ocupar cargo público.

Desse modo, para que pudesse ser designado para função de confiança, teria que reverter ao cargo público, conforme previsto no artigo 25 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001.

A reversão é prevista na Lei nº 8.112 como forma de provimento (art. 8º, inciso VI), sendo definida no artigo 25 como *"o retorno à atividade de servidor aposentado:*

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou

II - no interesse da administração, desde que:

a) tenha solicitado a reversão;

b) a aposentadoria tenha sido voluntária;

c) estável quando na atividade;

d) a aposentadoria tenha ocorrido nos 5 anos anteriores à solicitação;

e) *haja cargo vago".*

Nos termos do § 4º do artigo 25, *"o servidor que retornar à atividade por interesse da administração perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à aposentadoria".*

Vale dizer que, se o servidor revertesse ao cargo anteriormente ocupado, ele exerceria a função de julgador sem qualquer acréscimo à sua remuneração. Sendo aposentado, ele somente poderá ser julgador se "nomeado" presidente de turma, o que significa que receberá os proventos da aposentadoria e mais o correspondente à referida função de confiança. Não há dúvida de que a designação de aposentado custa mais para os cofres públicos do que custaria a reversão.

Não poderia deixar de acrescentar uma observação referente ao instituto da reversão. Tenho entendido que, a partir da Constituição de 1988, a reversão do servidor aposentado voluntariamente deixou de ter fundamento em face da exigência de concurso público contida no artigo 37, inciso II, para todas as formas de investidura. As razões são as mesmas mencionadas no item 2.3 deste parecer.

No livro *Direito Administrativo* (São Paulo: Atlas, 2001, p. 476-477) manifestei o entendimento de que, diante da redação

do referido dispositivo constitucional, o rol das formas de provimento derivado ficou bastante reduzido, deixando de existir a readmissão, a reversão e a transposição (ou ascensão). Isto porque, nos três institutos, o provimento é feito sem concurso público, não encontrando mais guarida na Constituição. Deixei expresso, que "deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvada, neste último caso, a reversão *ex officio*, porque, nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria... O servidor reassume para poder completar os requisitos para aposentadoria". Se a aposentadoria ocorreu voluntariamente, o reingresso no serviço público depende de novo concurso público, ainda que seja para cargo igual ao anteriormente exercido. Isto porque a exigência de concurso público não atende apenas à necessidade de comprovação de habilitação para o exercício do cargo mas também e principalmente à observância do princípio da igualdade de oportunidades para o acesso aos cargos públicos.

A conclusão é no sentido de que o exercício da função de julgador por AFRF aposentado é inconstitucional por qualquer ângulo que seja examinada. Se reverter, com base no artigo 25 da Lei 8.666, estará ocorrendo infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição; se for designado para a função de Presidente de turma julgadora (que é função de confiança), estará ocorrendo infringência ao artigo 37, inciso V, da Constituição. Supondo-se que a reversão seja considerada compatível com a norma constitucional, aí sim poderia o aposentado reverter para o cargo de AFRF e, nessa condição, ser designado para a função de julgador.

Diversa seria a conclusão se, em vez de função de confiança, se tratasse de cargo em comissão, pois, para este, o artigo 37, inciso V, deixa aberta a possibilidade de provimento por pessoa que não seja ocupante de cargo efetivo.

2.5. Da competência para o ato de lançamento tributário

O último quesito envolve o tema da competência para a prática do ato de lançamento tributário.

Em consonância com o artigo 142 do Código Tributário Nacional, *"compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito pelo lançamento, assim entendido o procedimento tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível"*.

Por sua vez, conforme analisado no item 2.1 deste parecer, a Medida Provisória 2.175-29, de 24.8.2001, define, no artigo 6º, as atribuições privativas do Auditor-Fiscal da Receita Federal, incluindo entre elas a de *"constituir, mediante lançamento, o crédito tributário"*.

As dúvidas que se colocam dizem respeito à legalidade da Portaria SRF 3.007, de 26.11.2001, que *dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal*. Pela sistemática instituída por essa portaria, *"os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal (AFRF) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)"* (art. 2º).

A portaria indica as autoridades competentes para emitir o MPF (art. 6º) e os dados que devem conter os MPFs, inclusive os dados identificadores do sujeito passivo, a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência), o prazo para a realização do procedimento fiscal (art. 7º); fixa os prazos máximos de validade dos MPFs, com possibilidade de prorrogação (arts. 12 e 13); a previsão de indicação de outro Auditor-Fiscal

quando o indicado no MPF não concluir o procedimento fiscal nos prazos indicados nos artigos 12 e 13 (art. 16).

A primeira observação a fazer é no sentido de que a competência para a realização dos procedimentos fiscais é privativa dos Auditores-Fiscais nos termos do artigo 8º da Medida Provisória nº 2.175-29, já analisada, e da legislação tributária também já mencionada. Como também é de sua competência privativa a constituição, mediante lançamento, do crédito tributário.

Sendo sua a competência, por força de lei, não há fundamento legal para a sua limitação por meio de portaria da Secretaria da Receita Federal. Certamente não há impedimento a que as autoridades indicadas na portaria emitam o MPF quando tiverem conhecimento de fatos que devam ser objeto de fiscalização ou de diligência. Mas essa possibilidade não pode limitar ou impedir a iniciativa de cada Auditor-Fiscal para o exercício das atribuições que são inerentes ao seu cargo e cuja omissão pode caracterizar ilícito administrativo, civil e até criminal. Também não há o mínimo fundamento legal para que o exercício de uma atribuição inerente a um cargo público fique dependendo de determinação de autoridade superior.

A medida disciplinada pela Portaria SRF nº 3.007/2001 pode ser um elemento a mais no sentido do aperfeiçoamento da fiscalização; mas não pode reduzir, impedir ou limitar a iniciativa própria do Auditor-Fiscal, sob pena de infringência às normas legais que definem as suas atribuições.

Note-se que, entre as autoridades mencionadas no artigo 6º da referida portaria para emitir o MPF, a maior parte delas desempenha função de direção (Coordenador-Geral de Fiscalização, Coordenador-Geral de Administração Aduaneira, Superintendente da Receita Federal), o que permite inferir que não exercem função de fiscalização e dependerão, em muitos casos, da informação de seus subordinados para tomar a iniciativa de emissão do MPF.

Não há dúvida de que a Portaria tem objetivo moralizador, na

medida em que obriga o Auditor-Fiscal a exercer a fiscalização, evitando os desvios de conduta. Por isso, o MPF deve ser visto como uma medida a mais no sentido do aperfeiçoamento da atividade, mas não pode cercear de nenhum modo a iniciativa própria do Auditor-Fiscal, seja para condicionar o exercício de sua competência à emissão do MPF, seja para definir os sujeitos passivos a serem investigados ou a natureza do procedimento fiscal a ser executado, seja para impedir que ele continue com sua atividade quando esgotado o prazo estabelecido no MPF.

Aliás, contraria o bom-senso e a razoabilidade dos atos normativos exigir que o servidor dependa de determinação de autoridade superior para desempenhar atribuição que lhe é outorgada por lei. É evidente que a autoridade da lei tem que prevalecer sobre a vontade da autoridade administrativa. Mencionando, mais uma vez, o conceito de cargo público contido no artigo 3º da Lei nº 8.112/90, verifica-se que, por ele, o cargo público é o ***conjunto de atribuições e responsabilidades***; sendo criado por lei, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo, a lei é que define esse conjunto de atribuições e responsabilidades.

Não é por outra razão que a doutrina sempre defende que as competências para a prática dos atos administrativos são definidas em lei.

Hely Lopes Meirelles assim expunha o seu pensamento:

> *"Entendem-se por **competência administrativa** o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. **A competência resulta da lei e por ela é delimitada** (grifo nosso). Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. Daí a oportuna advertência de Caio Tácito de que 'não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito'.*

> *A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados (...)"* (Direito Administrativo Brasileiro, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996: 134).

Também defendemos esse entendimento em nosso livro *Direito Administrativo* (13ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 188), quando definimos competência como ***"o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo"*** e, a seguir (p. 189), incluímos entre as regras aplicáveis à competência aquela segundo a qual esta ***"decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições"***.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello adota o mesmo entendimento, ao ensinar:

"Visto que o 'poder' expressado nas competências não é senão a face reversa do dever de bem satisfazer interesses públicos, a competência pode ser conceituada como o *círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais,* ***legalmente conferidos*** (grifo nosso) *para a satisfação de interesses públicos"* (in *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110).

E no próprio direito positivo encontra-se norma legal expressa incluindo como hipótese de ato nulo a **incompetência**, caracterizada *"quando o ato não se incluir nas **atribuições legais** do agente que o praticou"* (art. 2º da Lei de Ação Popular - Lei nº 4.717, de 29.6.65). Vale dizer que o próprio direito positivo reconhece que a competência é definida por norma legal.

Desse modo, o Auditor-Fiscal tem o **dever** irrenunciável de exercer todas as atribuições próprias de seu cargo, por força de lei, não podendo depender, para exercê-las, de decisão de autoridades superiores nem sofrer qualquer tipo de limitação. A omissão no desempenho de suas atribuições caracteriza improbidade administrati-

va, conforme artigo 11, inciso II, da Lei nº 8429, de 2.6.92. Além disso, estará cumprindo ordem manifestamente ilegal se for impedido ou limitado no exercício de suas atribuições com base em MPF emitido em desacordo com a lei.

Os desvios de conduta, sempre possíveis de ocorrer, pela omissão no exercício das atribuições próprias do cargo, devem ser objeto de apuração e aplicação das sanções cabíveis. Não podem, contudo, levar à adoção ou imposição de medidas normativas contrárias à lei, como ocorre com a Portaria SRF 3.007/2001.

3. Resposta aos quesitos

À vista do exposto, é possível responder aos quesitos formulados pelo UNAFISCO da seguinte forma:

1. Diante do artigo 6º da Medida Provisória nº 2.175/01, que define as atribuições privativas do Auditor-Fiscal da Receita Federal e outorga ao Técnico da Receita Federal a incumbência de auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal no exercício de suas atribuições, não é possível, por meio de decreto, outorgar competências concorrentes para os dois cargos, como o fez o Decreto 3.611/00.

2. Nos casos em que o processo administrativo fiscal não é submetido a instância administrativa, a restrição contida no inciso I do artigo 2º do Anexo do Decreto nº 3.611 ("(...) para proferir decisões, intimar sujeito passivo e requerer diligências, em processos submetidos a julgamento e instância administrativa"), implica atribuir ao Técnico da Receita Federal atribuições que a Medida Provisória nº 2.175/01 reservou privativamente ao Auditor-Fiscal.

3. As atribuições do cargo de Técnico da Receita Federal previstas no artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 3.611/00 conflitam

com as disposições do artigo 6º da Medida Provisória 2.175/01 e as com normas da legislação tributária referidas no quesito 3 e no item 2.1, deste parecer.

4. Não é lícito ao Técnico da Receita Federal ocupar cargo de chefia em nível hierárquico superior ao Auditor-Fiscal da Receita Federal.

5. Sendo o cargo de Técnico da Receita Federal diverso do anterior cargo de Técnico do Tesouro Nacional (seja pelas atribuições, seja pelo nível de escolaridade exigido), o primeiro só pode ser provido mediante concurso público, vedadas as formas de provimento derivado que permitam o provimento, sem concurso, de ocupantes do cargo de Técnico do Tesouro Nacional.

6. O mandato a que se refere o artigo 4º da Portaria MF 258-01 é válido uma vez que não seja considerado como forma de provimento. Trata-se de simples designação de servidor ocupante de cargo público para exercer função específica por tempo determinado. Não há ofensa ao princípio da impessoalidade, tendo em vista que a mesma portaria estabelece as únicas hipóteses possíveis para perda do mandato.

7. As atribuições de julgador de que trata a Portaria MF 258/01 equivalem a função de confiança, para a qual somente podem ser designados servidores ocupantes de cargo público, conforme artigo 37, inciso V, da Constituição. Não há fundamento legal para designação de servidor aposentado, sob pena de infringência ao dispositivo constitucional, a menos que o servidor aposentado reverta ao serviço público, com base no artigo 25 da Lei nº 8.112/90, de constitucionalidade pelo menos duvidosa. O artigo 4º, § 4º, da referida portaria contraria esse dispositivo legal, na medida em que permite a designação de aposentado para função de chefia, sem a prévia reversão ao cargo anteriormente ocupado.

8. A competência para realizar o ato administrativo do lançamento tributário é do Auditor-Fiscal da Receita Federal, em razão de sua investidura no cargo, cujas atribuições são definidas em lei. Essa competência não pode ser condicionada ou limitada por portaria administrativa. O Auditor-Fiscal da Receita Federal pode exercer as suas atribuições independentemente da emissão de Mandado de Procedimento Fiscal ou quando este esteja com prazo de validade vencido, sem que isto caracterize incompetência ou vício de nulidade que possa ser declarado pelas autoridades incumbidas do julgamento nos processos de contencioso administrativo.

É o parecer.

São Paulo, 6 de março de 2002.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular de Direito Administrativo da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Avaliação de desempenho - limites constitucionais

Parecer - Maria Sylvia Zanella di Pietro

1. Da consulta

O Unafisco Sindical, por intermédio de seu advogado Eduardo Piza Gomes de Mello, do Escritório Piza de Mello e Primerano Netto Advogados Associados, formula consulta do seguinte teor a respeito da legalidade da Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária, atribuída aos Auditores-Fiscais da Receita Federal, pelo fato de ela ser fixada em função de avaliação de desempenho individual e análise subjetiva do administrador.

Entendem os Auditores-Fiscais que a remuneração do servidor público em geral deve ser estabelecida por critérios objetivos em face das características de cada cargo, conforme comando do artigo 39, § 1°, da Constituição. Tal preceito constitucional impediria que qualquer elemento da estrutura remuneratória dependesse de condições pessoais do servidor, aferíveis mediante avaliação de desempenho individual e análise subjetiva do administrador, o que também ofenderia ao princípio da impessoalidade. Além disso, entendem ainda os Auditores-fiscais que a existência de uma estrutura remuneratória nestes termos daria ensejo ao afastamento da administração pública dos princípios constitucionais da irredutibilidade remuneratória e da paridade entre ativos e aposentados.

O constituinte teria previsto a avaliação periódica de desempenho **somente** para fins de perda do cargo, mediante procedimento no qual seja assegurada ampla defesa, na forma de lei complementar, o que proporcionaria oportunidade de efetivação do princípio da eficiência no que se refere à exigência de dedicação do servidor.

Atualmente a remuneração mensal dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal é composta pelo vencimento básico e pela Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária (GDAT) a qual tem como limite máximo o correspondente a 50% do vencimento básico respectivo do Auditor-Fiscal (Medida Provisória nº 1.915, de 29.6.99, reeditada atualmente sob o nº 1.971-16, de 27.9.2000).

A regulamentação da GDAT deu-se mediante o Decreto nº 3.390, de 23.2.2000 (art. 7º da MP nº 1.915/99), e os critérios e procedimentos relativos à avaliação institucional e individual (art. 1º do Decreto nº 3.390/00) foram fixados para os Auditores com a edição das Portarias MF nº 97, de 10.4.2000, MF nº 148, de 9.5.2000, SRF nº 625, de 12.4.2000 (revogada pela Portaria SRF nº 1.402, de 29.9. 2000, atualmente em vigor) e SRF nº 793, de 10.5.2000. A GDAT é fixada na proporção de 30% do vencimento básico para fins de avaliação individual e 20% para fins de avaliação institucional - fixação de metas.

Diante disso, foram formulados os seguintes quesitos:

1. A Medida Provisória 1.915 (atual Medida Provisória 1.971), em suas reedições, ao instituir novo sistema remuneratório para a categoria dos Auditores-Fiscais da Receita Federal, delega ao Poder Executivo a completa regulamentação da parcela da remuneração denominada Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária (GDAT). Essa delegação ofende ao princípio da legalidade (art. 37 da Constituição Federal)?

2. A Constituição Federal (art. 39, § 1º) admite que parcela

integrante do sistema remuneratório seja fixada com base em condições subjetivas do servidor, a serem aferidas mediante avaliação individual de desempenho, ainda que estabelecida em lei? É admissível constitucionalmente que o Poder Executivo, mesmo com delegação legal, possa condicionar a percepção de parcela da remuneração a um sistema de avaliação individual?

3. O exercício das funções dos Auditores-Fiscais da Receita Federal é atividade vinculada, segundo o que está expressamente indicado no Código Tributário Nacional e nas Medidas Provisórias 1.915 e 1.971, em suas reedições e em legislação esparsa. A avaliação individual para os fins de fixação de remuneração para os Auditores-Fiscais da Receita Federal, independentemente de ser fixada por lei ou por regulamentação do Poder Executivo, confronta o princípio da impessoalidade, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal?

2. Parecer

2.1. Legislação aplicável à GDAT

A Medida Provisória nº 1.915, de 29.6.99, que dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, determina que ela passa a denominar-se Carreira Auditoria da Receita Federal -ARF (art. 2º) e que, em decorrência dessa norma, os cargos de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional e de Técnico do Tesouro Nacional passam a denominar-se, respectivamente, Auditor-Fiscal da Receita Federal e Técnico da Receita Federal (parágrafo único do art. 2º).

Essa Medida vem sendo sucessivamente reeditada, a última sob nº 1.971-16, de 27.9.2000. A alteração da numeração deu-se em decorrência da ampliação da MP, que passou a organizar

também a Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e a Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho.

O artigo 7º da MP 1.915/99 instituiu a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária no percentual de até 50% incidente sobre o vencimento básico do servidor, nos seguintes termos, constantes do artigo 15 da versão atual (MP 1.971-16/2000), que transcrevemos até o § 6º:

> *"Art. 15. Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária (GDAT), devida aos integrantes da Carreira Auditoria da Receita Federal, Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, no percentual de até cinqüenta por cento, incidente sobre o vencimento básico do servidor.*
>
> *§ 1º A GDAT será atribuída em função do efetivo desempenho do servidor, bem assim de metas de arrecadação fixadas e resultados de fiscalização, na forma estabelecida em ato do Poder Executivo.*
>
> *§ 2º Até vinte pontos percentuais da GDAT serão atribuídos em função do alcance das metas de arrecadação e resultados de fiscalização.*
>
> *§ 3º Enquanto não for regulamentado o disposto nos parágrafos anteriores, a GDAT corresponderá a trinta por cento do vencimento básico.*
>
> *§ 4º Será de noventa dias, contados a partir de 30 de julho de 1999, o prazo para encaminhamento à Casa Civil da Presidência da República das propostas de regulamentação da GDAT, interrompendo-se o pagamento do percentual previsto no parágrafo anterior caso isto não ocorra.*
>
> *§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às aposentadorias e pensões concedidas até 30 de junho de 1999 a servidores da Carreira Auditoria da Receita Federal e, até 30 de julho de 1999, a servidores da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho.*
>
> *§ 6º Para as aposentadorias e pensões concedidas após as datas a que se refere o parágrafo anterior, a GDAT será calculada com base na média do valor pago nos últimos doze meses de efetivo exercício.*

Vale dizer que a remuneração do ARF compreende uma parte variável, correspondendo a ***até*** 50% do vencimento básico. Desse montante, até 20% serão atribuídos em função do alcance das **metas de arrecadação e resultados de fiscalização**; o restante será atribuído em **função do efetivo desempenho do servidor**.

O dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 3.390, de 23.3.2000, do qual se destacam as seguintes normas, relevantes para a resposta à consulta:

a) foi atribuída ao Ministro da Fazenda a competência para estabelecer os critérios e procedimentos relativos à **avaliação institucional** (metas de arrecadação e resultados de fiscalização) e à **avaliação individual** (efetivo desempenho do servidor) (art. 1º, parágrafo único);

b) foi delegada ao Ministro da Fazenda, ouvida previamente a Comissão de Controle e Gestão Fiscal, a competência para fixar as **metas de arrecadação e os resultados de fiscalização** (art. 2º);

c) o atingimento dessas metas e dos resultados de fiscalização para o cálculo da GDAT será apurado trimestralmente e processado no mês subseqüente, com efeitos financeiros mensais (art. 2º, § 3º);

d) a **avaliação de desempenho individual** terá aferição por trimestre e será processada no mês subseqüente, com efeitos financeiros mensais (art. 3º).

Com base nesse Decreto, o Ministro da Fazenda baixou duas Portarias, de nºs 97, de 10.4.2000, e 148, de 9.5.2000.

A primeira repete algumas normas que constam da Medida Provisória e do Decreto e delega à Secretaria da Receita Federal a competência para definir os critérios e procedimentos para aferir o **efetivo desempenho individual** do servidor.

A Portaria nº 148/2000 também não define as metas de arrecadação para fins de avaliação institucional e cálculo da GDAT, delegando a atribuição à Secretaria da Receita Federal. Porém estabelece que a meta de arrecadação terá por base os valores efetivamente arrecadados no ano anterior e os efeitos decorrentes de alterações: I - na legislação tributária; e II - nos seguintes fundamentos macroeconômicos: a) preço; b) quantidade; c) taxa de câmbio; d) taxa de juros; e e) massa salarial. E também fixa os percentuais da parcela da gratificação em função das metas atingidas.

Disciplinando a Avaliação de Desempenho Individual, a Portaria nº 1.402, de 29.9.2000, da Secretaria da Receita Federal, por sua vez, repete também normas constantes da MP, do Decreto e da Portaria Ministerial, e, no artigo 8º, determina, no *caput*, o seguinte:

> *"Art. 8º. Para aferição do desempenho individual do servidor e obtenção de pontos percentuais da GDAT, serão considerados os fatores, parâmetros e procedimentos constantes da Ficha de Avaliação de Desempenho Individual FADI (Anexos I e II)."*

Pelo item 3 do Anexo I, verifica-se que são estabelecidos, para fins de avaliação de desempenho individual, os seguintes fatores:

- dedicação;
- conhecimento do trabalho e autodesenvolvimento;
- qualidade e produtividade;
- criatividade e iniciativa, atendimento ao público (interno/externo);

- disciplina e relacionamento interpessoal.

Para cada fator, o agente poderá ter conceitos *insuficiente, regular, bom* ou *ótimo.*

2.2. Da exigência de lei para a fixação de vencimentos

O primeiro aspecto que chama a atenção é o fato de que a fixação dos critérios para pagamento da GDAT resultou de uma sucessão de delegações: a Medida Provisória delegou ao Poder Executivo; o Presidente da República, por meio de Decreto, delegou ao Ministro da Fazenda; e este delegou à Secretaria da Receita Federal. Enquanto este último órgão não disciplinou a matéria, os Auditores receberam, provisoriamente, pelo índice fixado na Medida Provisória: 30% do vencimento básico (art. 7º, § 3º, da MP 1.915/99 e art. 15, § 3º, da MP 1.971-16/2000). Vale dizer que a fixação dos critérios e a percepção do total da GDAT ficaram dependendo de atos normativos da Secretaria da Receita Federal. Ou seja, a lei não fixou o valor da GDAT, que não pôde ser paga em sua inteireza enquanto não baixados pela Secretaria da Receita Federal os atos normativos previstos para esse fim.

Ocorre que a Constituição exige **lei específica** para a fixação ou alteração dos vencimentos do servidor público, conforme artigo 37, inciso X, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, devendo essa lei ser de iniciativa privativa do Presidente da República, quando se trate de servidores do Poder Executivo, conforme decorre do artigo 61, § 1º, II, "a".

Trata-se de matéria em que se aplica o ***princípio da legalidade***, ou, mais precisamente, o ***princípio da reserva legal***.

José Afonso da Silva, distinguindo o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, assim ensina:

> *"O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.*

O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de reserva relativa, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.

(...)

Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramo-nos diante do princípio da reserva legal. Por isso é que Christian Starck, examinando a questão em face da Constituição da República Federal da Alemanha, esclarece que, junto à ***reserva geral****, ela reconhece uma* ***série de reservas particulares****. E a seguinte lição de Crisafulli situa devidamente a questão:*

Tem-se, pois ***reserva de lei****, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinada." (In Curso de Direito Constitucional Positivo,* São Paulo: RT, 1990, p. 363-364.)

Mais adiante, na página 365, o autor acrescenta que "*é* ***absoluta a reserva constitucional de lei*** *quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: "a lei regulará", "a lei disporá", "a lei complementar organizará", "a lei criará", "a lei poderá definir" etc."*

Ora, o artigo 37, X, estabelece que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio "***somente*** *poderão ser fixados ou alterados por* ***lei específica***". Não se limitou a exigir lei; exigiu lei específica; e afastou qualquer outro tipo de ato normativo, com a expressão "***somente***". Não há qualquer dúvida de que se está diante do princípio da reserva legal.

Trata-se, portanto, de matéria em que a Constituição exigiu ***lei*** e não ato normativo emanado de órgão do Poder Executivo (à qual se equipara a Medida Provisória). Não quis o constituinte deixar qualquer margem de discricionariedade para que a Administração Pública definisse o montante da remuneração ou do subsídio ou sua forma de cálculo ou os requisitos para a sua outorga.

Em se tratando de matéria reservada à lei, é inadmissível a sua delegação ao Poder Executivo, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes.

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha, em sua obra *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, Saraiva, 1999, p. 287, *"a legalidade formal impõe condição translúcida para o cuidado com as despesas públicas voltadas ao conjunto de agentes públicos. O processo legislativo possibilita o controle por todos os cidadãos do quanto deliberado sobre a matéria, de modo a que os gastos delimitados sejam conhecidos publicamente em seu total e, principalmente, nas parcelas dedicadas a cada qual dos servidores, pois a definição e o aumento de vencimentos (ou da remuneração, de uma maneira geral) serão objeto de publicidade ampla, que é própria do processo legislativo".*

Não se nega a possibilidade de previsão de vantagens pecuniárias variáveis em função das condições pessoais do servidor ou da situação diferenciada em que as atribuições são exercidas; o direito positivo é farto em exemplos de vantagens desse tipo. Porém, todas essas vantagens têm e não podem deixar de ter os requisitos definidos pela própria lei instituidora,

para evitar o arbítrio por parte da Administração. A lei estabelece os requisitos para a concessão da vantagem; à Administração cabe apenas verificar se o servidor preencheu os requisitos legais e pagar a importância devida.

No caso da consulta, a lei prevê uma vantagem – GDAT–, define o seu limite máximo (50% do vencimento básico) e limita-se a estabelecer, de forma genérica e indeterminada, as duas hipóteses a serem consideradas (avaliação individual de desempenho e consecução de metas de arrecadação e resultados de fiscalização), deixando larga dose de discricionariedade para a Administração Pública definir esses dois fundamentos, em verdadeira burla ao princípio da reserva legal nos termos precisos em que está expresso nos dispositivos constitucionais citados. E essa discricionariedade vai alcançar 50% dos vencimentos do Auditor.

> *A exigência de que todos os componentes dos vencimentos sejam definidos pelo legislador é reforçada pela norma do artigo 39, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, nos seguintes termos:*
>
> *"§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:*
>
> *I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;*
>
> *II - os requisitos para a investidura;*
>
> *III - as peculiaridades dos cargos".*

Como se verifica pelos dispositivos constitucionais citados, o artigo 37, X, exige lei específica para a fixação dos vencimentos; e o artigo 39, § 1º, I, exige que a fixação do padrão e "**dos demais componentes do sistema remuneratório**" obedeçam à natureza, ao grau de responsabilidade e à complexidade dos cargos componentes de cada carreira. A norma é dirigida ao legislador e tem que

ser levada em conta na fixação, **por lei**, do padrão e dos demais componentes do sistema remuneratório.

2.3. Da inexistência de discricionariedade na definição de vantagens pecuniárias

Além dos critérios terem que ser fixados por lei, não há qualquer indicação de que, entre os mesmos, possa ser levada em conta a avaliação de desempenho do servidor. E, se pudesse, os critérios teriam que ser definidos de modo preciso e objetivo pela lei, de modo a tirar qualquer margem de apreciação subjetiva por parte da autoridade administrativa. A sistemática adotada para a fixação desses critérios alcança, por via indireta, exatamente aquilo que a Constituição quis evitar, ou seja, deixar para a Administração Pública a definição dos montantes devidos ao servidor, com a agravante de que esse montante estará sujeito a variações trimestrais, segundo avaliação subjetiva a cargo do agente avaliador.

Não há como evitar ou impedir o subjetivismo, as preferências pessoais, as perseguições políticas, as diferenças de critérios e de rigor por parte dos responsáveis pela avaliação. Não há como evitar ou impedir o desvio de poder. A sistemática instituída favorece a infringência ao princípio da impessoalidade e até mesmo ao da isonomia, por ensejar diversidade de tratamento entre os vários integrantes da mesma carreira, dependendo do agente avaliador.

Essa sistemática é tanto mais grave pelo fato de que a Portaria nº 625/2000, da Secretaria da Receita Federal, estabelece fatores de avaliação (art. 8º e Anexos I e II) empregando **conceitos jurídicos indeterminados**, como *dedicação, conhecimento do trabalho, qualidade e produtividade, criatividade,* etc., os quais, embora definidos no Anexo I, envolvem o emprego de outros tantos conceitos jurídicos indeterminados, como "*aplicar-se com responsabilidade*", "*executar corretamente as atividade-*

des", "apresentar o trabalho com planejamento e organização", etc.

Esses conceitos indeterminados, utilizados na Portaria, deixam à autoridade responsável pela avaliação grande margem de liberdade para valorações subjetivas, o que é possível em matéria de discricionariedade, mas é inaceitável em matéria de remuneração do servidor, quando a Constituição exige que o seu valor seja fixado por lei.

Há que se ter presente que a discricionariedade existe quando a autoridade dispõe de duas ou mais opções válidas perante o direito, sendo a escolha feita, em cada caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência perante o interesse público a atingir. Ocorre que a discricionariedade existe quando o direito positivo o permita. E a Constituição não deixou espaço para o exercício de discricionariedade em matéria de fixação de vencimentos ou vantagens pecuniárias do servidor. A Medida Provisória, no caso, fazendo o papel da lei, teria que estabelecer os requisitos que dariam ensejo à percepção da GDAT, sem deixar qualquer margem de apreciação subjetiva para a Administração Pública. Até poderia prever vantagem variável, à semelhança de outras já previstas na legislação estatutária; mas essa variação teria que ocorrer em razão de critérios definidos na lei, matemáticos, sem possibilidade de qualquer margem de apreciação subjetiva pela Administração Pública.

A Medida Provisória, ao prever essa forma de gratificação, caminhou na contramão de direção quando analisada em relação aos objetivos da reforma administrativa implantados parcialmente com a Emenda Constitucional nº 19/98. Esta introduziu, no artigo 39, § 4º, o regime de **subsídio**, composto por **parcela única**, exatamente com o objetivo de tornar transparente o valor pago aos servidores públicos.

Essa mesma idéia de transparência quanto aos valores decorre do artigo 39, § 6º, segundo o qual *"os Poderes Executivo,*

Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos". Aliás, essa norma é de difícil cumprimento no caso da sistemática introduzida para os Auditores da Receita Federal, já que a GDAT estará sujeita a alterações individuais a cada três meses, em função do desempenho de cada qual.

Cármen Lúcia Antunes Rocha, na obra citada, páginas 301-302, trata do assunto sob o título de *"**a regra constitucional da verdade remuneratória**"*, nos seguintes termos que nos permitimos transcrever:

> *"A Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu um dado novo e relevante quanto ao regime remuneratório dos servidores públicos. Combinado com o princípio da legalidade específica, fez-se inserir no sistema a regra da verdade remuneratória, assim podendo ser considerada como aquela segundo a qual se tem o valor, quantificado como devido a título de contraprestação financeira pelo exercício do cargo, função ou emprego, definido de maneira clara, exata e publicada sem subterfúgios nem disfarces".*
>
> *A entidade estatal sabe quanto paga, o agente conhece o valor que lhe é devido e o cidadão tem ciência exata de quem ganha o quê e a título de quê. A verdade remuneratória dá a público os valores que são despendidos com os agentes públicos, sem que haja camuflagem dos valores por meio de referências indefinidas ou por remissões que deixam sem controle o quantum gasto nem nos casos específicos nem na totalidade dos gastos com pessoal...*
>
> *Daí ter havido mais de um ponto em que se pode considerar louvável a inovação da matéria proporcionada pela Emenda Constitucional n. 19/98, como aquela referente a subsídio (...)*
>
> *Também importante é a obrigatoriedade imposta aos Pode-*

res públicos pelo § 6º do art. 39, inserido no sistema pela Emenda em pauta, no sentido de publicarem, anualmente, os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos, como forma de se dar ao povo ciência do quanto se gasta, como se gasta e com quem se gasta. Somente tendo conhecimento dos dispêndios é que o cidadão pode exercer a fiscalização e o controle daqueles gastos, inclusive quanto à sua justeza e à sua justiça. Cresce o princípio da publicidade com essa obrigação de torná-la efetiva segundo forma específica (mediante publicação, a dizer, a publicidade feita por meios singulares e oficiais) para enfatizar o princípio da moralidade administrativa, a garantia da impessoalidade no trato da coisa pública e a participação do cidadão na gestão da coisa pública e no controle dos recursos financeiros".

Exatamente no momento em que a Constituição é emendada para exigir transparência na fixação da remuneração e do subsídio do servidor, a Medida Provisória nº 1.915/99 institui uma sistemática remuneratória que peca pela falta de transparência, seja pela constante variação do montante devido a título de gratificação (GDAT), seja pelo subjetivismo outorgado a cada agente responsável pela avaliação. Tal sistemática fere o princípio do **devido processo legal**, em seu aspecto substantivo, que autoriza os Tribunais a examinarem a razoabilidade dos regulamentos em face da vontade do Legislativo expressa na lei, bem como a razoabilidade das leis em face da vontade do Constituinte, expressa na Constituição.

Em nosso livro *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* (São Paulo: Atlas, 1991, p. 137) demonstramos que *"para avaliar a razoabilidade dos atos normativos é que se utilizou, como instrumento de controle, o princípio do devido processo legal, dando-se-lhe um caráter nitidamente substantivo, que permite ao Judiciário apreciar o próprio mérito dos atos normativos. A idéia é a de que o princípio do devido processo*

legal exige que a lei e seus regulamentos estejam conformes, não com a letra pura e simples da Constituição, mas sim com os princípios superiores que formam a base do ordenamento jurídico positivo, na proteção dos direitos individuais".

2.4. A retribuição pecuniária como direito inerente ao exercício do cargo

O direito à remuneração prevista em lei constitui direito do servidor público, direito esse que decorre do simples exercício do cargo, emprego ou função. A percepção de uma vantagem pecuniária pelo servidor público não pode ficar dependendo do seu desempenho mais ou menos eficiente, já que a eficiência constitui dever de todos os servidores, até por exigência constitucional (art. 37, *caput*). Ou o servidor é eficiente e faz jus ao total da remuneração, incluindo padrão e vantagens pecuniárias, ou ele não é eficiente e está sujeito às conseqüências previstas em lei. A vantagem pecuniária não pode constituir-se em prêmio ou castigo para o servidor. Se ela é inerente ao cargo, tem que ser paga a todos os que exerçam as respectivas atribuições, tal como previstas em lei. Essas atribuições estão definidas na própria Medida Provisória nº 1.971/16 (art. 6º) e são obrigatórias para todos os Auditores-Fiscais da Receita Federal. São atividades vinculadas e não discricionárias. Não há como subordinar a retribuição pecuniária dessas atividades à avaliação de desempenho. A exigência chega às raias do absurdo. Vista por esse aspecto, a medida fere o princípio da razoabilidade.

Ainda se deve lembrar que a ***avaliação de desempenho*** constitui procedimento previsto na Constituição para outros fins que não seja o de servir de requisito para a outorga de vantagens pecuniárias. Foi prevista no artigo 41, § 4º, como ***"condição para aquisição da estabilidade"***; e, no artigo 41, § 1º, inciso III, como hipótese de perda do cargo pelo servidor estável. Nesse caso, a Constituição teve a cautela de exigir que o procedimento de ava-

liação de desempenho seja estabelecido em *lei complementar* e que seja assegurada a ampla defesa. Não há fundamento constitucional para exigir a avaliação de desempenho individual como requisito para outorga de vantagem pecuniária. Esta integra a remuneração do servidor, de tal modo que este, estando investido em seu cargo, tem direito de recebê-la independentemente da avaliação subjetiva feita pelo seu superior hierárquico.

Repita-se: se o servidor é ineficiente na execução de suas atribuições, o ordenamento jurídico prevê, como conseqüência, a perda do cargo, mediante procedimento de avaliação de desempenho, assegurada ampla defesa (art. 41, § 1º, III). Se ele exerce regularmente as suas atribuições, faz jus à remuneração prevista em lei, não podendo ficar sujeito, para esse fim, a critérios mal definidos e de difícil aplicação.

A sistemática fere ainda os ***princípio da razoabilidade e da economicidade***, na medida em que, para incentivar a eficiência por parte dos Auditores, cria um procedimento oneroso para a Administração Pública, já que a avaliação abrange todos os integrantes da carreira e o resultado está sujeito à interposição de recursos por aqueles que não concordarem com o mesmo. A presença da relação custo–benefício é de difícil demonstração. É de se supor que a seleção dos Auditores, em concurso público, e que a sua aprovação em estágio probatório garantam que a maioria desempenhe a contento as suas atribuições. Quantos poderão melhorar o seu desempenho em função de um procedimento tão oneroso para a Administração Pública? O resultado justifica que os superiores gastem o seu tempo com o procedimento de avaliação, quando poderiam utilizar esse mesmo tempo para as atividades de fiscalização que se pretende aperfeiçoar? O ônus para a Administração Pública parece ser muito maior do que o resultado que se pretende alcançar.

No momento em que a ***eficiência*** é inserida entre os princípios da Administração Pública, pela Emenda Constitucional

nº 19/98; no momento em que se apregoa a reforma do aparelhamento administrativo para ampliar o controle de resultado e diminuir os controles formais; no momento em que a economicidade é colocada entre os aspectos a serem apreciados pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas (art. 70 da Constituição), a sistemática introduzida para remuneração dos auditores, também sob esse aspecto, caminha na contramão de direção e não resiste à aplicação do princípio do devido processo legal, em seu aspecto substantivo. Fere o princípio da razoabilidade sob o aspecto da proporcionalidade entre meios e fins.

2.5. Direito dos aposentados e pensionistas

Outro aspecto em que a Medida Provisória nº 1.915 (atual MP 1.971) se afasta do ordenamento jurídico é no que diz respeito ao tratamento dispensado aos aposentados. Conforme se verifica pelos §§ 5º e 6º do artigo 15, supratranscrito, a GDAT não será incluída nas aposentadorias e pensões concedidas até 30.6.99 (data da entrada em vigor da referida Medida Provisória). Para as aposentadorias e pensões concedidas após essa data, a GDAT será calculada com base na média do valor pago nos últimos doze meses de efetivo exercício.

O artigo 40, § 8º, da Constituição expressamente determina que *"observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei"*.

O dispositivo não deixa dúvida de que qualquer tipo de vantagem instituída para o servidor em atividade tem que ser estendida para o inativo e para o pensionista.

Se a avaliação de desempenho do aposentado não é possível e, ainda menos, a do pensionista, tem-se que dispensar a eles um tratamento semelhante ao previsto para os integrantes da Carreira que não se encontrem no efetivo exercício das atividades inerentes ao cargo de Auditor-Fiscal, conforme estabelecido no § 7º do artigo 15 da Medida Provisória nº 1.971-16/2000. Para estes também a avaliação de desempenho é inviável, no entanto, encontrou-se uma solução para pagar-lhes a GDAT. A menos que a sistemática de avaliação de desempenho individual tenha sido instituída precisamente com o objetivo de excluir os pensionistas e aposentados do direito à GDAT. Nesse caso, a Medida Provisória estaria inquinada de desvio de poder.

Qualquer que tenha sido o objetivo, na realidade, a exclusão contida no § 5º do artigo 15 da Medida Provisória infringe flagrantemente o artigo 40, § 8º, da Constituição.

3. Conclusões

À vista do exposto, podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

1. A fixação e o aumento de remuneração e de vantagens pecuniárias estão sujeitos ao princípio da reserva legal, não podendo constituir objeto de delegação ao Poder Executivo, conforme está expresso nos artigos 37, X, e 61, § 1º, "a", da Constituição.

2. Em consonância com o artigo 39, § 1º, da Constituição, não só a fixação dos padrões de vencimentos mas também todos os *"demais componentes do sistema remuneratório"* devem obedecer aos critérios definidos no dispositivo, entre os quais não se inclui a avaliação de desempenho. Em conseqüência, não pode o Poder Executivo, mesmo com delegação legal, condicionar a percepção de parcela da remuneração a um sistema de avaliação individual.

3. A avaliação de desempenho, posta como requisito para percepção de vantagem pecuniária, infringe o ***princípio da impessoalidade***, já que coloca o servidor sob apreciação subjetiva de seu superior hierárquico, com todos os riscos de favoritivismo, perseguição, desvio de poder, sempre possíveis quando se trata de avaliação baseada em conceitos jurídicos indeterminados, de difícil aferição; coloca em risco o ***princípio da isonomia***, pois a avaliação de cada servidor poderá ser feita com maior ou menor rigor dependendo do agente responsável pela avaliação, da relação entre avaliado e avaliador e de inúmeras circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis para cada servidor; infringe o ***princípio da razoabilidade***, uma vez que cria um procedimento de avaliação bastante oneroso para a Administração Pública, já que se repete trimestralmente para todos os Auditores, sempre com a possibilidade de interposição de recursos administrativos e mesmo impugnações pela via judicial.

É o parecer.

São Paulo, outubro de 2000

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
Professora Titular de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Avaliação de desempenho - limites constitucionais

Parecer - Celso Antônio Bandeira de Mello

Consulta

"Gratificação por desempenho individual do servidor, prevista para certas carreiras, necessita estar exaustivamente regulada em lei, de maneira que os critérios de apuração sejam de aplicação automática, de objetividade total, excludente de qualquer margem de discrição?"

À indagação respondo nos termos que seguem.

Parecer

1. De acordo com o artigo 37, X, da Constituição Brasileira:

"*X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do artigo 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;*"

Ressalte-se que a expressão constitucional "remuneração",

como bem acentua Carmem Lúcia Antunes Rocha, quer abranger a totalidade dos valores percebidos pelo servidor em razão do exercício do cargo, emprego ou função. São suas palavras:

> "*A Constituição aplica seguidamente o termo remuneração, sempre ligando o seu significado à contraprestação pecuniária pelo desempenho do cargo, função ou emprego público, de qualquer natureza e com quaisquer características com que conte.*
>
> *A remuneração engloba todos os valores que compõem o quantum a ser recebido pelo agente público como retribuição legal devida pelo seu desempenho. Assim, todas as parcelas denominadas «acréscimos pecuniários», pagos a título de vantagens ou como indenização ou como adjutório ao agente público inserem-se na definição normativa de remuneração, pois elas compõem-na e estabelecem o seu valor*" (Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, Ed. Saraiva, 1999, p. 305).

2. Uma vez, pois, que a fixação ou alteração da remuneração dos servidores é matéria pertinente à lei – e, demais disto, lei específica – resulta claro e da mais hialina clareza que, por decisão constitucional, a Administração não tem nem pode ter *poder decisório algum* no atinente à atribuição do valor retributivo dos servidores públicos *e, pois, da composição do montante que individualmente assistirá a cada qual em função de seu desempenho individual.* Segue-se que é interdito à lei transferir ao Poder Executivo atribuições desta natureza, pois, se assim o fizesse, a toda evidência haveria frontal burla ao mandamento inscrito no precitado artigo da Constituição.

É dizer: se o faz, incorre em *delegação legislativa*, fora do procedimento previsto no art. 68 da Lei Magna, segundo cujo teor a elaboração de leis delegadas pelo Presidente da República depende de solicitação ao Congresso Nacional. Este, em face do demandado, se assim lhe parecer bem e desde que não estejam em

pauta as matérias arroladas como excluídas de tal possibilidade, a atenderá, mediante Resolução, especificando o conteúdo e termos de seu exercício.

Fora daí, não há como o Executivo, por via de regulamento ou ato subalterno, interferir em questões da alçada de lei. Ressalte-se que, mesmo se inexistisse o supracitado artigo 37, X, faleceria à Administração regular dita matéria, porquanto, no direito brasileiro, a função regulamentar tem alcance bastante restrito dada a extensão do princípio da legalidade tal como configurado entre nós, em decorrência notadamente dos artigos 5º, II, 37, *caput* e 84, IV.

3. Com efeito, lei e regulamento (*e a fortiori atos de hierarquia ainda menor que este último*) não diferem tão só porque uma provém do Legislativo e outro do Executivo ou pela supremacia da lei sobre o regulamento. Esta última característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a disseptação entre ambos no Direito brasileiro.

Há outro ponto diferencial e que possui *relevo* máximo, a saber: só a lei *inova* em caráter inicial na ordem jurídica, conforme irreprochável averbação do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Diz o citado publicista que a distinção entre eles, no que concerne à matéria disponível:

> "*está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (...). É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior*" (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª ed., v. I, Forense, 1979, p. 316).

Segue-se que, como disse Pontes de Miranda, com a maestria habitual:

"*onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais*

do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei". (*Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1 de 1969, Ed. RT., 2ª ed., 1970, tomo III, p. 314. Tais anotações foram feitas ao tempo da Carta de 1969, mas perante textos equivalentes aos vigentes.)

E logo além:

"*Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em conseqüência disso,* ***não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos****, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções* (op. cit., tomo cit., p. 316-317 – os destaques são nossos).

4. Em suma: tirante a hipótese das leis delegadas, cuja eventualidade está prevista no mencionado art. 68, à própria lei é inequivocamente vedado propiciar que o Executivo edite regras pertinentes ao campo legal. Se, pela forma de regular determinada matéria houver transferido a ele atribuições desta natureza, terá, inconstitucionalmente, efetuado uma "delegação disfarçada".

Infelizmente, este mau vezo tem ocorrido entre nós. Ainda ao tempo da Carta de 1969, o nunca assaz citado Pontes de Miranda o verberava de modo candente, dizendo:

"*Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer lei, delega; o poder regulamentar é o que se exerce sem*

criação de regras jurídicas que alterem as existentes e sem alteração da própria lei regulamentada. Fora daí, espíritos contaminados pelo totalitarismo de fonte italiano-alemã pretenderam fazer legítimas, de novo, as delegações legislativas que a Constituição de 1946, no art. 36, § 2º, explicitamente proibiu. Na Constituição de 1967, o art. 6º, parágrafo único, primeira parte, também as veda, mas admite a lei delegada (arts. 52 e parágrafo único, 53 e 54). Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para a sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a elas, nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais, ou estendê-las, ou limitá-las" (op. cit., p. 312-313).

5. Considera-se que há delegação disfarçada toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento ou ato inferior a ele definir por si mesmo condições ou requisitos necessários ao nascimento ou à compostura própria do direito material da obrigação, dever ou restrição. É o que sucede quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada.

Relembre-se que o disposto no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição, de um lado, representa o reconhecimento de que vinham ocorrendo tais delegações, mas de outro expressa a determinação de bani-las, ao estatuir que:

"*Ficam revogados, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tan-*

ge a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie".

Ostensiva ou disfarçada, genérica ou mais restrita, assentada no todo da lei ou no incidente particular de algum preceptivo dela, a delegação do poder de legislar conferida ao regulamento é sempre nula, pelo que ao Judiciário assiste – como guardião do Direito – fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação.

6. No que atina ao específico tema *sub examine*, isto é, ao da fixação ou alteração da remuneração de servidores, **é facílimo verificar quando houve ou não delegação inconstitucional e conseqüente ofensa ao princípio da legalidade**. Deveras, se a teor do referido artigo 37, X, é a lei que cabe tal fixação, ela mesma terá de indicar o *quantum* retributivo dos servidores a que se refere, mediante indicação explícita do valor – que é o procedimento comum – ou mediante indicação de critérios indisputavelmente objetivos, **vinculados**, portanto, cuja aplicação *automaticamente* (isto é, isenta de qualquer espaço de subjetivismo, para o aplicador) fornecerá, *ipso facto*, os valores em questão.

Se tal não se der, ou seja, se a apuração dos valores tiver que resultar de normas estabelecidas segundo critérios da própria Administração ou se depender da interferência de apreciações que comportem qualquer esfera de subjetivismo, ou seja, de discricionariedade (por pequena que seja) estará incontendivelmente evidenciado que a remuneração *não foi fixada pela lei*. É dizer: terá havido delegação disfarçada, pois, ainda que parcialmente, a lei ter-se-à demitido de cumprir o estatuído na Constituição, transferindo, à Administração, ainda que não de modo integral, o encargo de fixar remuneração de servidores, posto que haverá entregue a ela certa discricionariedade para estabelecê-la segundo critérios que componha para avaliar o desempenho individual do servidor, maiormente se, ademais disso, ainda restar, por força de tais critérios, espaço para subjetiva apreciação *in concreto* de tal desempenho.

7. A inviabilidade jurídica de que fique atribuída à Administração discricionariedade em tal matéria também se revela por outro relevantíssimo aspecto.

As Constituições brasileiras têm atribuído crescente atenção à disciplina jurídica dos servidores públicos. Conquanto em um primeiro súbito de vista muitas vezes escape o motivo mais profundo de tal empenho, o certo é que sempre houve razões de grande tomo a justificar tão demoradas atenções e, como em seguida se dirá, não são apenas ditadas pelo esforço de contenção de despesas com pessoal.

Veja-se.

É sabido que as Constituições, no interesse dos cidadãos em geral (e não dos senadores ou deputados em si mesmos considerados), têm estabelecido as chamadas "imunidades parlamentares", a fim de colocar o livre exercício dos mandatos populares a salvo de pressões ilegítimas que os coloquem em risco. Igualmente, no interesse dos cidadãos (e não da individualidade das pessoas dos juízes), têm sido assegurados os chamados "predicamentos da magistratura", para garantir que os jurisdicionados sejam julgados por quem disponha de condições adequadas de isenção e independência.

Assim também, na esfera do Executivo e da Administração Pública em geral, para garantia dos administrados, cumpria estabelecer um regime volvido a impedir ou dificultar que *o corpo técnico administrativo do Estado,* pudesse ser manipulável como simples instrumento das conveniências pessoais ou político sectárias dos governantes de turno. Ante os imensos poderes *in concreto* detidos pelo Executivo, é fácil perceber que o aparelho administrativo do Estado pode se revelar uma formidável potência para afetar benéfica ou destrutivamente a vida de cidadãos e de empresas, conforme se trate de amigos e correligionários ou inimigos e adversários, se os vínculos de trabalho ou a retribuição dos profissionais ocupantes dos cargos públicos ficarem à mercê dos agentes políticos ou governantes.

8. Eis, pois, que as garantias dos servidores administrativos não são "privilégios" outorgados para desfrute pessoal de uma categoria de trabalhadores, mas são simplesmente *o correlato, na esfera do Executivo, das imunidades parlamentares e dos predicamentos da magistratura*, existentes respectivamente no Legislativo e no Judiciário. São, afinal, o meio indispensável para garantir, em favor dos cidadãos, o princípio da "impessoalidade" da Administração previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

Foi isto mesmo que já há muitos anos deixamos averbado, nos seguintes termos:

> "(...) *cumpre que este Estado, que este aparelho gigantesco, que esta máquina onipresente seja imparcial, seja neutra, caso contrário sossobrarão os objetivos do Estado de Direito. Ora, bem, para que esta máquina seja imparcial, seja neutra, é preciso que os agentes que a operam disponham de certas condições mínimas para cumprir as funções que lhes cabem dentro de um espírito de isenção, de neutralidade, de lealdade para com terceiros, de isonomia no trato com os administrados.*

Como seria isto possível se os agentes do aparelho estatal e basicamente do Poder Executivo não dispusessem de um estatuto jurídico, de um regime jurídico, que os garantisse, que lhes desse o mínimo de independência perante os ocasionais detentores do poder? Se esta máquina é hoje toda poderosa e não existirem mecanismos propícios a uma atuação imparcial de seus operadores é claro que, através deles, ela poderá conduzir os destinos da sociedade a seu bel-prazer. E poderá assegurar a continuidade dos ocasionais governantes, isto é, de seus mais altos propulsores, os quais, pelo princípio republicano, devem ser transitórios. Poderá assegurar a perpetuação dos que se hajam encastelado na cúpula do Executivo, ainda que através, simplesmente, de sucessores adrede preparados para tanto e que cumpram um interregno assecuratório da persistência do mesmo grupo – quase que como numa ciranda dos mes-

mos beneficiários do poder. Só mesmo uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal e que trate isonomicamente os indivíduos pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito, prevenindo e impedindo o uso desatado do poder em prol de facções que, mediante favoritismos e perseguições, se eternizariam no comando da sociedade.

Assim, segundo me parece, as disposições constitucionais atinentes aos servidores públicos cumprem, acima de tudo, uma função correspondente à dos predicamentos da magistratura e das imunidades parlamentares.

> *Este mesmo objetivo, induvidosamente reconhecido como tal no que concerne ao Legislativo e Judiciário, é igualmente buscado pelo texto constitucional ao tratar dos servidores públicos. Apenas, a forma protetora não é coincidente com aquela adotada no que atina aos deputados, senadores e no que respeita aos magistrados. Sem embargo, traduz igualmente um mecanismo que se propõe a assegurar, quando menos, dois objetivos: igualdade de todos os cidadãos no acesso aos cargos públicos administrativos e proteção a um comportamento isento, neutro, imparcial, dos que neles sejam providos*" ("in" Estudos de Direito Público – *Revista da Associação dos Advogados do Município de São Paulo*, nº 8, jul./dez. de 85 e jan./jun. de 86, p. 83 e 84).

9. Não é o caso de dissertar sobre o conjunto de disposições que revelam o nítido intento constitucional de engendrar dificuldades a que os servidores públicos possam ser convertidos em dóceis instrumentos a serviço de propósitos alheios aos da função pública, isto é, que comprometeriam a isenção administrativa e a qualidade técnica necessárias à correção e eficiência da máquina estatal. Relembrem-se, apenas, que os institutos da estabilidade e da disponibilidade remunerada são exemplos desta proteção qualificada e que ainda hoje restaram como formas de proteção à moralidade e à eficiência administrativa, em despeito das Emendas 19 e 20 da Constituição (ambas

empenhadas em destroçar o arcabouço defensor dos servidores públicos contra desmandos dos agentes políticos).

10. Ora bem, entre todos os meios antepostos aos riscos mencionados, **por certo um dos mais importantes** é aquele que previne a possibilidade de a remuneração do servidor ser decidida por critérios *subjetivos* de seus superiores. É de solar evidência que tal possibilidade os colocaria inteiramente nas mãos dos hierarcas, já que destes dependeria a mantença, a elevação ou a redução do nível de vida de seus subalternos.

É desnecessário encarecer que, se tal se desse, a partir dos escalões máximos (onde se situam os agentes políticos) e na sucessão descendente poderiam vir (e viriam) decisões privilegiadoras dos mais obsequiosos aos intentos pessoais dos governantes de momento, assim como decisões gravosas àqueles que renitissem em manter conduta isenta, técnica, obsequiosa a seus deveres funcionais.

11. Donde o Texto Constitucional, para cortar cerce a possibilidade de tais malefícios, (e não unicamente para prevenir desmandos nos gastos com pessoal, o que por certo também pretendeu com acendrado empenho), dispôs no referido artigo 37, X, que a remuneração dos servidores seria fixada por lei e ademais lei específica.

Do mesmo modo, o artigo 61, § 1°, ao tratar da iniciativa do Presidente da República para certas *leis*, em sua letra "a", aclara igualmente que o aumento da remuneração de cargos ou empregos públicos na administração direta e autárquica se faz por via de lei. Assim também os artigos 51, IV e 52, XIII, estabelecem competir, respectivamente, à Câmara e ao Senado a iniciativa das *leis* que fixem a remuneração dos cargos, empregos ou funções de seus serviços auxiliares.

Entregando à lei – e lei específica – a determinação do *quantum* retributivo de cargos e empregos, graças à generalidade

desta, ficou assegurada pela Constituição *a impessoalidade remuneratória*, e, pois, impossibilitada a discriminação persecutória ou benemerente em favor de tal ou qual indivíduo.

Isto é: garantiu-se deste modo, de antemão, que o correspectivo do trabalho de todos e de cada qual ficaria decidido de modo *objetivo*, excluindo-se, liminarmente tanto a possibilidade dos administradores de qualquer escalão interferirem na decisão sobre o montante desta retribuição, quanto a de concorrerem para discriminar entre o servidor "a" ou "b".

12. Fixação impessoal, genérica, objetiva e não discriminatória entre os servidores *é óbvio que não significa necessariamente retribuição por montante fixo*, insuscetível de acréscimos em função de fatores objetivos.

Sem embargo, certamente significa, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que os critérios determinantes destas variações, **sobre necessitarem estar previstos em lei, excluída qualquer interferência da Administração na composição deles, ineludivelmente *terão de ensejar uma apuração obstativa de qualquer subjetivismo***, mínimo que seja, por parte de quem os aplique. Vale dizer: não são toleráveis critérios propiciatórios de que o subjetivismo do administrador, interdito por uma porta, ingressasse por outra, porquanto isto seria o mesmo que nulificar o alcance fundamental do princípio a que se aludiu.

Com efeito, de nada valeria a imposição constitucional de uma fórmula avalizadora da impessoalidade, da objetividade, garantindo isenção retributiva de cada qual, se, por via oblíqua, transversa, viesse a ser instaurado um processo capaz de colocar parte da remuneração dos servidores à mercê da boa ou má-vontade de seus superiores, ensejando, por tal meio (de força persuasiva quase que irresistível), sua docilidade aos intentos pessoais, particulares ou partidários e sectários das instâncias detentoras ocasionais do Poder. Trata-se de algo curial, perceptível *prima facie*.

Eis, pois, que os incrementos retributivos à conta de gratificações outorgáveis por desempenho funcional satisfatório de cada qual só se compatibilizam com o texto constitucional quando a forma de apurar e atribuir estes acréscimos já esteja *exaustivamente regulada na lei* a que se filiam, de maneira que a determinação do *quantum* irrogável a cada um resulte de um *procedimento de objetividade completa no qual inexista espaço algum para ingresso de apreciação subjetiva*.

Em uma palavra: **não pode haver esfera alguma de discricionariedade na apuração do valor (integral ou parcial) da remuneração legal que assiste ao servidor como correspectivo do desempenho de dado cargo, emprego ou função.**

13. Ao lume destas bases teóricas, à indagação da consulta não há senão responder: gratificação por desempenho individual do servidor, prev ista para certas carreiras, necessita estar exaustivamente regulada em lei, de maneira que os critérios de apuração estejam nela integralmente preestabelecidos e sejam de aplicação automática, de objetividade total, excludente de qualquer margem de discrição.

É o meu parecer.

São Paulo, 17 de outubro de 2000

Celso Antônio Bandeira de Mello

Professor titular de Direito Adsministrativo da PUC/SP

Os Autores

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

É professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo.

É autora de vários livros de Direito Administrativo, entre eles: *Direito Administrativo, Parcerias na administração pública, Temas polêmicos sobre licitações e contratos, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, Do direito privado na administração pública, Uso privativo do bem público por particular* e *Servidão administrativa.*

Celso Antônio Bandeira de Mello

É professor titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde foi vice-reitor para assuntos acadêmicos (1973-1976) e onde leciona a matéria nos cursos de graduação e pós-graduação.

É autor de vários livros de Direito Administrativo, entre eles: *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Discricionariedade e controle jurisdicional, Regime dos servidores da administração direta e indireta, Natureza e regime jurídico das autarquias, Prestação de serviços públicos e administração indireta, Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos, Licitação, Ato administrativo e direitos dos administrados.*

UNAFISCO SINDICAL
SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL

UNAFISCO SINDICAL
SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL

Brasília, 13 de setembro de 2002.

Carta Circ. 005/2002
Ilmo.(a) Sr.(a)

Prezado(a) associado(a),

A Diretoria Executiva Nacional tem a grata satisfação de encaminhar a V. Sa. um exemplar do livro **Princípios Constitucionais da Administração Pública: Aspectos relativos à competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal e sua função de servidor de Estado**, no qual estão reunidos três pareceres de dois grandes juristas do direito pátrio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello, exarados a partir de consulta do Unafisco Sindical.

O primeiro parecer, da professora Maria Sylvia Di Pietro, consiste numa análise, à luz da Constituição Federal, de diversos atos legais e normativos, capitaneados pela MP 2.175 (atual MP 46), que dispõem sobre as atribuições dos AFRFs. Os outros dois pareceres, um da mesma jurista e outro do professor Bandeira de Mello, analisam a avaliação de desempenho para a percepção da GDAT, em face dos princípios constitucionais que regem a administração pública.

Embora os dois últimos pareceres já tenham sido divulgados à categoria anteriormente, a DEN entendeu válido reuni-los neste livro, junto com o parecer inédito da professora Di Pietro, por representarem, no seu conjunto, uma clarividente análise jurídica sobre as recentes transformações da carreira, cuja compreensão pelos associados é fundamental para um posicionamento claro e firme diante de suas repercussões. Além disso, tendo ocorrido o ingresso de novos associados, necessário se faz um nivelamento da discussão com toda a categoria, mormente quando se aguardam os desdobramentos visando à conversão em lei da MP 46.

A DEN espera que esta coletânea possa representar um subsídio valioso, tanto para as discussões internas da categoria quanto para as intervenções junto aos parlamentares e demais autoridades dos Poderes Judiciário e Executivo que, de um modo ou de outro, estejam envolvidos com as questões discutidas nos pareceres.

Atenciosamente,

DIRETORIA EXECUTIVA NACIONAL

SDS - Conjunto Baracat - 1º Andar
Salas 1 a 11 - Brasília/DF - CEP 70392-900
fone (61) 218 5200 - fax 218 5201

Visite nosso site:
http://www.unafisco.org.br
e-mail: den@unafisco.org.br