

STB



**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008

Folha de Informação nº 17

em 16 / 06 / 08

JUSSARA R. CORREA OLIVEIRA
AGPP - RF 738.978.2/00
PGM - AJC

EMENTA Nº 11.318: Conselho Municipal de Tributos – CMT. Possibilidade de cumulação de funções públicas e, em especial, a funções de conselheiro municipal de tributos com a de membro do Tribunal de Impostos e Taxas ou do Conselho Federal de Tributos. Vedação constitucional ao acúmulo de cargos, empregos e funções remuneradas e, em qualquer hipótese, necessidade de compatibilidade de horários. Necessidade de interpretação teleológica da constituição, de modo que a escolha de pessoa que já exerce outra função pública só ocorra em casos excepcionais, devidamente justificados, ainda mais tendo em conta o suficiente número de profissionais devidamente habilitados ao exercício da função de Conselheiro de Tributos no Município de São Paulo.

INTERESSADO: CONSELHO MUNICIPAL DE TRIBUTOS - CMT

ASSUNTO : Possibilidade de cumulação com outras funções pública e, em especial, com a função de Conselheiro de Tributos Estadual ou Federal.

Informação nº 1054/2008 - PGM-AJC

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe**

Trata o presente expediente de consulta formulada pelo Conselho Municipal de Tributos sobre a possibilidade de que o conselheiro de tributos acumule funções públicas, em especial aqueles que já exercem a função de juízes junto ao Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo – TIT ou ao Conselho de Contribuintes Federal.

STB

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008
em 16 / 06 / 08

Folha de Informação nº 18

JUCIANA R. COLAVALLO
AUXF - RJ 739.075.2-00
PGAS - RJQ

Esclarece-nos o consulente, a fim de auxiliar a análise da consulta face aos ditames dos incisos XVI e XVII do artigo 37 da Constituição Federal, que no TIT temos o pagamento de remuneração aos juízes conselheiros, ao passo que no Conselho Federal de Contribuintes isto não ocorre.

Pois bem.

Primeiramente, ressalte-se que a dúvida trazida à baila reflete preocupação do CMT não só quanto à possibilidade de tal cumulação de funções, como também quanto aos eventuais prejuízos que a possibilidade da mesma pode acarretar à produtividade do julgador.

Com efeito, a análise jurídica da questão passa não só por vedação expressa constitucional como também por impeditivos de ordem principiológica e que devem ser observados em toda e qualquer função submetida ao regime jurídico-administrativo.

A lei nº 14.107/05, que criou o Conselho Municipal de Contribuintes, estabeleceu que suas Câmaras Julgadoras seriam compostas, cada uma, por três Conselheiros representantes da Prefeitura do Município de São Paulo (sendo um Presidente e um Vice-Presidente da Câmara) e outros três representantes dos contribuintes (art. 4º). Destarte, a apreciação da consulta deve passar pelas duas espécies de conselheiros, verificando-se qual a legislação aplicável a cada caso.

Os representantes da Municipalidade serão, por expressa disposição de lei, servidores efetivos integrantes das carreiras de Auditor Fiscal Tributário Municipal e de Procurador do Município, os quais serão nomeados pelo Prefeito após indicação feita pelo Secretário Municipal de Finanças e dos Negócios Jurídicos, nos termos do art. 13 da mencionada lei, devendo-se obedecer, de antemão, aos requisitos estabelecidos nos parágrafos naquele mesmo artigo.

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008
em 16 / 06 / 08

Folha de Informação nº 101
JUSSARA R. CORREIA OLIVEIRA
AGPP - RF 730.978.2 00
PGM - AJC

Para esses representantes, portanto, a possibilidade de cumulação de funções públicas terá seus limites estatuídos não só pela Constituição da República, como também pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Paulo (lei nº 8.989/79)¹ e pelas leis de regência tanto da carreira de auditor fiscal como pela de procurador municipal².

Já para os representantes dos contribuintes³, a submissão dá-se tão somente em face do que dispõe a Constituição, não só naquilo que expressamente estatui, como também naquilo que deflui de seus princípios.

Deveras, a Constituição Federal é aplicável a ambos os tipos de representantes e estabelece como regra a **VEDAÇÃO DA ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS, FUNÇÕES OU EMPREGOS PÚBLICOS**⁴.

Vejamos os que dizem os incisos XVI e XVII do art. 37 da Carta Magna:

*"XVI - é vedada a acumulação **remunerada** de **cargos públicos**, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.*

a) a de dois cargos de professor;

¹ Artigos 58 a 61 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo.

² Essas leis, segundo consultado, acabam por conter a mesma restrição constitucional, ou seja, a impossibilidade de cumulação remunerada como regra, sendo possível a cumulação com função não remunerada, desde que haja compatibilidade de horários. Não poderão jamais atuar em favor de qualquer interesse existente em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, por óbvio.

³ É importante ter sempre em vista que dos representantes dos contribuintes não é exigida dedicação exclusiva na função de conselheiro, mas isto não significa que a possibilidade de cumulação de funções públicas não tenha quaisquer restrições. Muito pelo contrário, a regra é, desde a Constituição do Império, a vedação ao exercício acumulado de funções públicas remuneradas.

⁴ A lei 14.107/06 não dá grande margem a dúvidas quanto ao fato de que os conselheiros municipais de tributos exercem função. Quando temos os representantes do Município de São Paulo, estamos diante de hipótese prevista no inciso V do art. 37 da Constituição Federal: caso em que a função só poderá ser exercida por detentores de cargo efetivo de Procurador do Município e de Auditor Fiscal. Já no caso dos representantes dos contribuintes, estes exercem igualmente função. Daí a noção consolidada em boa parte da doutrina e jurisprudência de que todo o titular de cargo público exerce função, mas nem todo aquele que exerce função é titular de cargo público.

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008
em 16 / 06 / 08

Folha de Informação nº 20

*SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
ASPP - SF 0004/08
POM - AUG*

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público" (grifos nossos);

A clareza do texto constitucional salta aos olhos: com exceção dos casos taxativamente lá previstos, É VEDADA A CUMULAÇÃO REMUNERADA DE QUALQUER CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA.

E mesmo nos restritos casos em que possível a acumulação remunerada, ou ainda nas hipóteses em que a cumulação não se dá com um cargo, emprego ou função remunerado, esse exercício simultâneo SÓ SERÁ POSSÍVEL SE HOUVER COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS.

Em outras palavras: a Constituição estabelece a condição geral de compatibilidade de horário para acumulação de funções, sejam elas remuneradas ou não, e só permite a acumulação remunerada nas hipóteses que enumera.

Transpondo, portanto, as disposições para o caso concreto dos Conselheiros de Tributos Municipais, temos as seguintes conclusões prévias sobre o tema:

1) não é possível a acumulação de cargos, empregos ou funções remuneradas senão nas hipóteses previstas na Constituição Federal: logo, uma vez que a função de juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo – TIT é remunerada e a função de conselheiro municipal de tributos também, temos que

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008

Folha de Informação nº

em 16 / 06 / 08

JUSSARA R CORREIA OLIVEIRA

AGPP - RF 739.978.2 00

PGM - AJC

é impossível a acumulação de tais funções, dada a ausência de permissivo constitucional.

2) Por outro lado, uma vez que a função exercida no Conselho Federal de Contribuintes não é remunerada, seria em tese possível a cumulação das funções de conselheiro federal e municipal de tributos, PORÉM DESDE QUE HAJA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS.

3) Todavia, há que se ter em conta – no caso concreto – as razões para que se escolha pessoa que já exerce outra função pública, tendo em vista a necessidade de observância dos princípios da eficiência, moralidade, razoabilidade etc.

Frise-se que a necessidade de compatibilidade de horários é condição geral para a cumulação, seja ela remunerada ou não. Daí porque, s. m. j., vejo imenso entrave mesmo para a cumulação das funções de conselheiro federal e municipal, pois não será dado ao Conselheiro faltar nas sessões de CMT a fim de comparecer em sessão do Conselho Federal: isto configuraria incontestável incompatibilidade de horários, o que já inviabiliza de per se a cumulação.

A cumulação de funções é vedada desde o Brasil Imperial, quando ainda se tinha certa justificativa para sua existência menos regrada, dado o parco número de profissionais com diploma universitário ou com a formação necessária para o exercício de algumas funções.

Mas nos tempos atuais, o acúmulo de funções públicas deve ser realmente visto como exceção de uso restritíssimo, sejam elas remuneradas ou não.

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008

Folha de Informação nº

em 16 / 06 / 08Z.Z.

SUGERIR CORREÇÃO
ADPF - 117387/2008
PGM - AJC

Sobre o tema, vale a pena transcrever as palavras de
Adílson de Abreu Dallari:

"A acumulação de cargos é um anacronismo. Conforme se pode observar pelo exame desse instituto o Brasil, ela tem como fatores determinantes duas situações: o excesso de poder e a falta de pessoal qualificado. Ou servia para possibilitar que pessoas privilegiadas e bem relacionadas acumulassem poder, remuneração, influência política e prestígio social, ou, então, possibilitava o preenchimento de funções públicas realmente importantes nos setores nos quais havia carência de profissionais habilitados. Ora, no Brasil do século XX não mais se justificam os privilégios do tempo da Colônia, do Império e da Velha República; nem tem qualquer sentido falar-se em falta de profissionais para o provimento de cargos e funções na Administração pública.

(...)

Acumular cargos e empregos públicos é e sempre será um privilégio, uma exceção ao princípio da igualdade, e, por isso, no exame dessa matéria, sempre será necessário, na dúvida, adotar a posição mais restritiva, obviamente sem violentar o texto constitucional" (Regime Constitucional dos Servidores públicos, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1990, pg. 69-70)".

A necessidade de seu uso em caráter excepcional aparece ainda mais se tivermos em conta de que estamos falando do maior município do país, onde não temos de modo algum uma "escassez" de profissionais altamente qualificados no mercado (os quais poderiam perfeitamente ocupar a

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008

Folha de Informação nº 23em 16 / 06 / 08**JUSSARA R. CORREIA OLIVEIRA**
AGPP - RF 739.978.2 00
PGM - AJC

função de Conselheiro Municipal de Tributos), chegando mesmo a ferir a razoabilidade que se cogite nessa hipótese.

No caso de acúmulo de funções remuneradas, elas só podem ser aceitas se a Constituição autorizar e em havendo compatibilidade de horários, ou seja, desde nenhuma das funções simultaneamente exercidas sofra qualquer prejuízo. Mas mesmo no caso de cumulação de funções, uma delas remunerada e a outra não, ainda assim não deixa de violar o princípio da eficiência e mesmo da razoabilidade – como já dito – que se possa fazê-lo nesta urbe.

Obviamente, em se tratando de uma violação a princípios e tendo em vista a inexistência de vedação expressa, creio que tão somente a análise do caso concreto permitirá a devida ponderação de valores a supedanear a tomada de decisão do Sr. Chefe do Poder Executivo em sua escolha⁵.

Todavia, repita-se, é difícil justificar a escolha de alguém que já exerça outra função (necessariamente não remunerada) para Conselheiro Municipal de Tributos quando o Município de São Paulo é, indubitavelmente, urbe onde se encontram profissionais com notório conhecimento na área tributária e que não teriam tal impeditivo. Se não estamos

⁵ A discricionariedade na escolha do Conselheiro Municipal de Tributos é indubitável, sendo extraída de pronto do texto legal. Contudo, como muito bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a liberdade de escolha prevista na lei pode não existir no caso concreto. Discricionariedade é a liberdade dada pela lei ao administrador para que, dentre as várias situações previstas em lei, escolha aquela que, no caso concreto, garanta o ótimo atendimento da finalidade legal. Se ao administrador só é dado fazer o que a lei determina, só se pode concluir que a lei dê certa margem de liberdade para escolha do administrador quando não seja possível uma previsão legal exauriente. Em outras palavras, a própria lei reconhece a impossibilidade de previsão vinculada de todos os seus aspectos, uma vez que as ocorrências fáticas são infinitas. Assim sendo, a fim de garantir sua ampla e teleológica aplicação, a lei outorga ao administrador a liberdade para que, dentre as escolhas possíveis *in concreto*, opte por aquela que melhor atenderá ao fins insertos na lei. O mérito administrativo aí reside. Não há arbítrio, na medida em que a liberdade é dada nos estritos limites da lei. Daí porque dizer que existem dois planos de análise da discricionariedade: aquela prevista abstratamente na lei e a efetivamente existente no caso concreto. Ainda que exista uma liberdade prevista abstratamente na lei, ela pode inexistir no caso concreto, na medida em que se verifique que o ótimo atingimento da finalidade legal só será possível através de um único comportamento ou escolha.

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008

Folha de Informação nº ²⁴em 16 / 06 / 08

JUSSARA R. CORREIA

ADPP - Nº 718.878,2-01

POM - 5.10

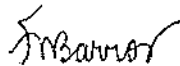
em uma cidade com escassez de oferta de "representantes dos contribuintes" com plena capacidade e competência para o exercício da função de conselheiro, qual o fundamento para que se escolha alguém que, pelo acúmulo de funções, pode ter sua produtividade afetada?

A possibilidade de que um exercente de função não remunerada também exerça a função de conselheiro municipal existe, pois a ninguém é dado fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, I CF/88), e o fato é que lei expressa vedando tal hipótese não há, desde que não haja incompatibilidade de horários.

Contudo, a possibilidade de que a eficiência do julgador seja afetada é indiscutível e o fato de que o Município de São Paulo não vive situação fática que exija tal medida excepcional também.

Destarte, opinamos pela inviabilidade de cumulação de funções públicas cujos horários sejam incompatíveis, sejam elas remuneradas ou não. Ainda, temos por inviável a cumulação de funções públicas remuneradas em virtude de expressa vedação constitucional, sendo possível a cumulação de função remunerada com outra não remunerada apenas em havendo motivo que justifique tal escolha no caso concreto, uma vez que a produtividade do conselheiro municipal pode restar prejudicada pelo excesso de atribuições públicas.

São Paulo, /08.



FLÁVIA MORAES BARROS
PROCURADORA ASSESSORA – AJC
OAB/SP 190.425
PGM

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008

Folha de Informação nº

25

em 16 / 06 / 08

De acordo.

São Paulo, 16/06 /08.



LEA REGINA CAFFARO TERRA
Procuradora Assessora Chefe – AJC
OAB/SP 53.274
PGM

do tid nº 2677393 – Mem SF/CMT/Presidência nº 042/2008

Folha de Informação nº

em 16 / 06 / 08

²⁶

JUSSARA R. CORREA OLIVEIRA

AGPP - RF 739.978.2 00

PGM - AJC

INTERESSADO: CONSELHO MUNICIPAL DE TRIBUTOS - CMT

ASSUNTO : Possibilidade de cumulação com outras funções pública e, em especial, com a função de Conselheiro de Tributos Estadual ou Federal.

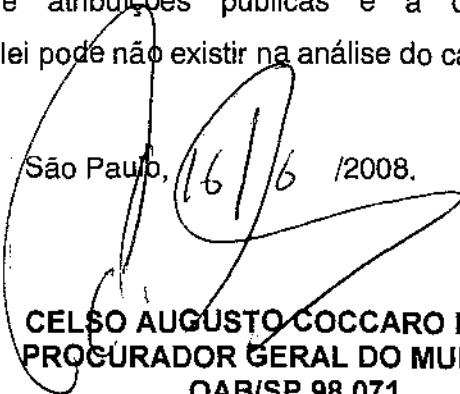
Informação nº 1054/2008 - PGM-AJC

SNJ

Senhor Secretário de Negócios Jurídicos:

Encaminho estes autos a Vossa S^a, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, pela inviabilidade de cumulação de funções públicas cujos horários sejam incompatíveis, sejam elas remuneradas ou não. Ainda, inviável a cumulação de outras funções públicas remuneradas senão nas hipóteses previstas na Constituição, sendo possível a cumulação de função remunerada com outra não remunerada quando haja motivo que justifique tal escolha no caso concreto, uma vez que a produtividade do conselheiro municipal pode restar prejudicada pelo excesso de atribuições públicas e a discricionariedade prevista abstratamente na lei pode não existir na análise do caso concreto.

São Paulo, 16 / 6 /2008.


CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM

do Memorando SF/CMT/Presidência n.º 042/2008

(TID 2677393)

em 16 JUN 2008 (a) MARIA FLORA VICTORINO
A.G.P.P. - 650273390
SNJ-G

INTERESSADA: **SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS**
CONSELHO MUNICIPAL DE TRIBUTOS.

ASSUNTO: Possibilidade de cumulação com outras funções públicas e em especial com a função de Conselheiros de Tributos Estadual ou Federal.

Informação n.º 1768/2008 – SNJ.G.

11 1054/2008 - PGM.AJC

SF - Gabinete
Senhor Secretário

Encaminho-lhe o presente, com as conclusões alcançadas pela Procuradoria Geral do Município, que acolho, no sentido de que é inviável a cumulação de funções públicas nos casos especificados no Parecer de fls. 17/26, sendo possível, tão somente, a cumulação de função remunerada com outros não remunerados em casos excepcionais e individualmente justificados, para que não haja prejuízo da função de Conselheiro Municipal provocado pelo excesso de atribuições públicas a que eventualmente possa ser submetido.

São Paulo, 16 JUN 2008


RICARDO DIAS LEME

Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos
SNJ.G.