

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4214

REQUERENTE: Procurador-Geral da República

REQUERIDOS: Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins

RELATOR: Exmo. Senhor Ministro Menezes Direito

Concurso Público. Lei estadual que dispõe sobre o Plano de Carreira, Cargo e Subsídios do Auditor Fiscal da Receita Estadual. Criação de cargos. Unificação de carreiras. Aproveitamento de servidores no novo cargo. Existência de requisitos diferentes para ocupação dos cargos aproveitados. Diferença de atribuições. Transposição. Ofensa ao art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: Adin 3.857. Manifestação pela inconstitucionalidade das normas.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, em face do despacho de fl. 137, vem, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, e do art. 12 da Lei nº 9.868, de 10 novembro de 1999, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I - A AÇÃO DIRETA

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a expressão “*Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA*”, constante do art. 37 da Lei nº 1.609, de 23 de setembro de 2005, do Estado do Tocantins, assim como o art. 38, I, desse diploma legislativo, que dispõe sobre “*o Plano de Carreira, Cargo e Subsídios – PCCS do Auditor Fiscal da Receita Estadual – AFRE, da Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins*”, *verbis*:

“*LEI Nº 1.609, DE 23 DE SETEMBRO DE 2005.*

Dispõe sobre o Plano de Carreira, Cargo e Subsídios - PCCS do Auditor Fiscal da Receita Estadual - AFRE, da Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins, e adota outras providências.

(...)

CAPÍTULO VII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 37 - São extintos os cargos de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA e o de Auditor de Rendas - ARE.

Art. 38 - Os ocupantes dos cargos extintos na conformidade do artigo anterior, ainda que não efetivos ou estabilizados, são aproveitados na nova estrutura definida nesta Lei, e reenquadrados nas seguintes Classes e Padrão:

I - Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA, na Classe II, Padrão I, do Anexo II desta Lei”

O requerente sustenta, em síntese, que as normas questionadas teriam violado o art. 37, II, da Constituição Federal, na medida em que se teria instituído típico caso de provimento derivado de cargos públicos, não admitido pela Carta Magna.

Alega ainda que, por ter sido dado a cargos ocupados por servidores de nível médio a mesma denominação, atribuições, e remuneração devidos a ocupantes de cargo preexistente privativo de nível superior, haveria transposição de cargos públicos, vedada pela ordem constitucional vigente.

A presente ação foi distribuída ao Ministro Menezes Direito, que aplicou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 e requisitou informações ao Governador do Estado de Tocantins (fl. 141), bem como à Assembléia Legislativa daquele Estado (fl. 139).

A Assembléia Legislativa estadual consignou que, por ocasião do exame, por suas comissões, do projeto de lei que dera origem ao diploma legal atacado, não encontrou *“qualquer vício que impactasse a análise, votação e aprovação da lei em comento”* (fl. 150/152).

Por sua vez, o Governador do Tocantins pugnou, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido, concluindo que, na espécie, *“se está diante de inegável caracterização dos institutos pertinentes a racionalização administrativa, que certamente continuará norteando as condutas administrativas da Administração Pública do Estado do Tocantins, ante a necessidade de se atribuir ao serviço público o princípio da eficiência, tão difundido no âmbito da iniciativa privada”* (fl. 215).

Vieram os autos, em sequência, ao Advogado-Geral da União.

II - DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS IMPUGNADAS

Cinge-se a questão em verificar a (in) constitucionalidade das normas estaduais que, a par de criarem o novo cargo de Auditor Fiscal da Receita Estadual, extinguiram os cargos de Agente de Fiscalização e Arrecadação, aproveitando-os na nova carreira.

Trata-se, assim, de provimento derivado de cargo público, considerando que o preenchimento do novo cargo de Auditor Fiscal da Receita Estadual dá-se, nos termos das normas atacadas, por pessoas que já tinham vínculo anterior com outro cargo, sujeito ao mesmo estatuto que rege o cargo provido, qual seja, o estatuto jurídico dos servidores do Estado do Tocantins.

Resta investigar, portanto, se há ofensa à regra constitucional do art. 37, II, da Carta, a qual exige o concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

Com efeito, exige a Constituição Federal, em seu art. 37, II, o concurso público não só para a primeira investidura em cargo público, mas também para as investiduras subsequentes.

Nesse sentido orientou-se esse Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o mencionado dispositivo, no julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 831, cuja ementa do acórdão está assim redigida:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. - o critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos e, no atual sistema constitucional, ressaltados os cargos em comissão declarados em lei de livre

nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a 'promoção'. Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. - o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o 'aproveitamento', uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro." (ADI nº 831, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ de 13.11.1992). [Grifos apostos].

A propósito, a matéria relativa à imprescindibilidade do concurso público para o provimento de cargos públicos foi objeto da Súmula nº 685 dessa Suprema Corte, a qual prevê: *"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido."*

Na espécie, tem-se que o quadro de pessoal da Secretaria de Fazenda Estadual do Estado do Tocantins, até a promulgação da Lei nº 1.609/2005, cujos dispositivos são atacados na presente ação, era composto por dois cargos, o de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA e o de Auditor de Rendas – ARE.

A existência de dois cargos na Secretaria de Fazenda daquele Estado justificava-se em face das diferenças de atribuições entre os mesmos, o que resvalava nos requisitos exigidos para a ocupação dos referidos cargos. Assim, o

cargo de Auditor de Rendas – ARE possuía atribuições mais complexas, como a de constituir crédito tributário e a de emitir pareceres, o que exigia, para o desempenho dessas atividades, 3º grau de escolaridade, com registro profissional, em cursos específicos. Por sua vez, o cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA, com atribuições mais simples, como a de arrecadar tributos e a de apreender mercadorias, exigia 2º grau de escolaridade, apenas.

Em que pese referidos cargos possuírem, dentro das respectivas atribuições, algumas idênticas, deve-se ressaltar que, da análise de toda a legislação que tratou das carreiras¹, algumas destas atribuições sempre foram reservadas ao cargo de Auditor de Rendas – ARE, justamente por denotarem maior complexidade, como, por exemplo, (i) a constituição de **qualquer** crédito tributário relativo a tributos estaduais – enquanto aos Agentes de Fiscalização e Arrecadação – AFA a legislação atribuiu apenas a constituição do crédito tributário decorrente do ICMS, em situações específicas – , assim como (ii) o julgamento de processos administrativos-tributários em todas as instâncias, (iii) a emissão de pareceres, (iv) o exame de livros fiscais e contábeis, documentos e mercadorias em estabelecimentos e o (v) auditamento das obrigações tributárias.

Em contrapartida, atribuições como (i) arrecadar tributos, (ii) emitir documentos específicos de arrecadação, (iii) cobrança e arrecadação de impostos sobre produtos do setor primário, na primeira operação, e (iv) receber, conferir, revisar, preparar, codificar e remeter documentos de arrecadação para processamento, as quais denotam atividades de **execução**, sempre foram

¹ A propósito, inclusive a Lei nº 1.609/2005, cujos dispositivos são atacados na presente ação, ao determinar que os antigos ocupantes do cargo de AFA sejam aproveitados no cargo de Auditor Fiscal da Receita Estadual, **na Classe II**, Padrão I, do Anexo II da lei, mantém a distinção nas atribuições reservadas ao enquadramento desses servidores. Assim, os antigos ocupantes do cargo de ARE, enquadrados na **Classe III**, Padrão I, do Anexo II da lei, permanecem com as competências mais complexas que sempre lhes foram atribuídas pela legislação a respeito.

reservadas aos ocupantes do cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA.

Diga-se, ademais, que, conseqüentemente, a remuneração do ocupante do cargo de Auditor de Rendas sempre foi maior do que a do ocupante do cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação.

Assevera-se, no entanto, que a partir de 2001, com a edição da Lei nº 1.208, de 21 de fevereiro daquele ano, passou a se exigir curso superior completo para a ocupação de ambos os cargos pertencentes ao quadro de pessoal do fisco da Secretaria de Fazenda do Estado do Tocantins, conforme art. 11 do referido diploma legal.

Não obstante a exigência de requisito idêntico para a ocupação de ambos os cargos denotar uma *aproximação* entre o cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA e o de Auditor de Rendas – ARE, deve-se ressaltar que, passados aproximadamente quatro anos entre a novel exigência e a promulgação da Lei nº 1.609/05, que unificou os cargos, há de se considerar que ocupantes do cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação que possuíam apenas nível médio passaram a ocupar cargo para o qual se exige nível superior, qual seja, o de Auditor Fiscal da Receita Estadual.

Não é só. Esses ocupantes do extinto cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA, e para o qual se exigia apenas nível médio até 2001, ao serem aproveitados na **Classe II** do cargo de Auditor Fiscal da Receita Estadual, podem ser promovidos à **Classe III**, classe esta em que foram enquadrados os antigos ocupantes do cargo de Auditor de Rendas – ARE. Ou seja, poderão, de fato, desempenhar atribuições mais complexas e antes privativas dos ocupantes dos cargos de Auditor de Rendas – ARE, como, por

exemplo, a constituição de crédito tributário e a emissão de pareceres.

Verifica-se, pois, que houve, na espécie, uma transformação do cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA no cargo de Auditor Fiscal da Receita Estadual, implicando, notadamente, alteração das atribuições do antigo cargo, que passaram a ser mais complexas.

Uma vez que a referida transformação acaba por ocasionar alteração não só das atribuições, mas também do título do cargo, que passa a ser Auditor Fiscal da Receita Estadual, configura novo provimento, para o qual se exige, inexoravelmente, concurso público, conforme o mandamento constitucional do art. 37, II, da Lei Maior. A propósito, confira-se entendimento desse Supremo Tribunal:

“Embora, em princípio, admissível a ‘transposição’ do servidor para cargo idêntico de mesma natureza em novo sistema de classificação, o mesmo não sucede com a chamada ‘transformação’ que, visto implicar em alteração do título e das atribuições do cargo, configura novo provimento, a depender da exigência de concurso público, inscrita no art. 37, II, da Constituição. Ação direta julgada, em parte, procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘e transformação’, contida no caput do art. 1º da Lei fluminense nº. 1.643-90.” (ADI nº 266, Rel. Min. Octávio Gallotti, Pleno, DJ de 06.08.1993). [Destaques não originais].

Inegável, portanto, que, da forma como dispõe a lei atacada, propicia-se aos servidores da Secretaria da Fazenda, que antes ocupavam o cargo de Agente de Fiscalização e Arrecadação – AFA, uma forma indiscriminada de provimento em cargo integrante de carreira diversa daquela em que foram anteriormente investidos, em nítida afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição.

Em hipótese semelhante, em que também as leis atacadas, a pretexto de levar a efeito uma mera reorganização na carreira dos servidores que integram a administração fazendária do estado do Ceará, acabaram por criar novos cargos, permitindo o seu provimento por simples transposição, entendeu essa Suprema Corte haver, no caso, *“inequívoca burla à exigência constitucional de concurso público, que objetiva, em essência, dar concreção aos princípios abrigados no caput do art. 37 da Lei Maior, em especial aos da moralidade e impessoalidade”*². Veja-se ementa do referido julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO CEARÁ. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 37, II, DA CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I - São inconstitucionais os artigos da Lei 13.778/2006, do Estado do Ceará que, a pretexto de reorganizar as carreiras de Auditor Adjunto do Tesouro Nacional, Técnico do Tesouro Estadual e Fiscal do Tesouro Estadual, ensejaram o provimento derivado de cargos. II - Dispositivos legais impugnados que afrontam o comando do art. 37, II, da Constituição Federal, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargos na Administração estatal. III - Embora sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer aos ditames constitucionais. IV - Ação julgada procedente.”

(ADI 3857/CE – CEARÁ; Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 18/12/2008; Publicação: DJe-038, DIVULG 26-02-2009, PUBLIC 27-02-2009, EMENT VOL-02350-01).

É de se concluir, assim, pela violação ao art. 37, II, da Carta, impondo-se a procedência do pedido deduzido na presente ação direta, o que resultará na manutenção dos cargos de Agente de Fiscalização e Arrecadação no quadro de pessoal da Secretaria de Fazenda do Estado do Tocantins.

² Voto proferido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, por ocasião do julgamento da Adin nº 3.857.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pela inconstitucionalidade da expressão “*Agente de Fiscalização e Arrecadação*”, contida no *caput* do art. 37, assim como do inciso I do art. 38, ambos da Lei nº 1.609/2005, do Estado do Tocantins.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, e tendo em vista a orientação fixada na interpretação do referido dispositivo nas ADI’s nºs 1.616/PE e 2.101/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001 e 15.10.2001, respectivamente, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de maio de 2009.

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso
Advogada da União

ANA CAROLINA DE ALMEIDA TANNURI LAFERTÉ
Advogada da União