

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Como visto, trata-se ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo partido Democratas – DEM – para que seja declarada a inconstitucionalidade do **art. 24 e do Anexo V da Lei nº 8.210/2002**; bem como dos **incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.470 /2009**, ambas do **Estado da Bahia** .

Transcrevo os dispositivos impugnados:

Lei nº 8.210/02

“ **Art. 24** - O enquadramento dos Auditores Fiscais e Agentes de Tributos Estaduais nas novas classes em que passam a escalonar-se os cargos que ocupam, a partir da data de início dos efeitos desta Lei, far-se-á diretamente, observada a correlação prevista no Anexo V.”

“Anexo V

Correlação para enquadramento direto

Situação Atual Situação após enquadramento

Cargo Classe Classe Cargo Auditor Fiscal Especial

III

II

I6

5

4

3 Auditor Fiscal Agente de Tributos Estaduais Especial

III

II

I6

5

3 Agente de Tributos Estaduais

Lei nº 11.470/09

“Art. 2º Ficam alterados dispositivos da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, na forma a seguir:

I - incisos I, III e IV do art. 6º:

‘I - constituir privativamente:

a) créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

b) créditos relativos a compensações e participações financeiras decorrentes da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de recursos minerais, por meio da lavratura de autos de infração.

III - efetuar, privativamente, perícias, revisões fiscais e contábeis;

IV - julgar, privativamente, no âmbito administrativo como representantes da Fazenda Pública, processos de impugnação de lançamentos de créditos tributários;’

II - incisos II e III do art. 7º:

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”

Alega-se que houve criação de critério de ascensão funcional para o cargo de Agente de Tributos Estaduais de nível superior e mescla de atribuições com as do cargo de Auditor Fiscal, ambos integrantes da administração tributária estadual. Isso em razão de a **Lei nº 8.210/2002** ter passado a exigir nível superior como requisito para o cargo de Agente de Tributos Estaduais; ademais, por ter a **Lei nº 11.470/2009** conferido aos Agentes de Tributos Estaduais a atribuição de constituir crédito tributário referente às mercadorias em trânsito e à fiscalização de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes do Simples Nacional.

Nesse cenário, por ofensa à exigência da prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo público (**art. 37, II, da Lei Maior**) , requer a declaração de inconstitucionalidade do **art. 24 e Anexo V da Lei nº 8.210/2002, bem como dos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.470/2009.**

2. O requerente é **partido político com representação no Congresso Nacional**. Legitimado, pois, nos termos do inciso VIII do art. 2º da Lei nº 9.868/1999 .

3. Atendidos, ainda, os pressupostos formais de admissibilidade, **conheço** da ação direta e passo ao **exame do mérito** .

4. A **controvérsia constitucional** que se apresenta envolve compreender se a reorganização administrativa realizada pela legislação baiana caracteriza **indevido provimento derivado** .

No caso em análise, o quadro da administração tributária do Estado da Bahia é composto por dois cargos organizados em carreira, a saber: o de **Agente de Tributos Estaduais** e o de **Auditor Fiscal** .

Inicialmente, houve, por meio de lei, alteração nos requisitos de escolaridade para ingresso e investidura no cargo, de carreira, de Agente de Tributos Estaduais, que passou a ser acessível apenas aos portadores de diploma de nível superior. Posteriormente, ampliaram-se as suas atribuições, mediante assunção de novas responsabilidades, inclusive quanto à constituição de crédito tributário.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os cargos públicos em *de carreira* ou *isolados* :

“Os cargos públicos, quanto à sua posição no ‘quadro’, classificam-se em (I) *de carreira* ou (II) *isolados*.

Quadro é o conjunto de cargos isolados ou de carreira.

Os cargos serão (I) *de carreira* quando encartados em uma série de ‘classes’ escalonada em função do grau de responsabilidade e nível de complexidade de atribuições.

Classe é o conjunto de cargos da mesma natureza de trabalho.

Os cargos dizem-se (II) *isolados* quando previstos sem inserção em carreiras”.

A diferença entre cargo, função e atribuição é bem traçada por Adilson de Abreu Dallari, que diz:

“Primeiramente é preciso deixar bem clara a diferença entre cargo, função e atribuições. Cargo é um lugar no serviço público, é a menor unidade de divisão de competências, é um conjunto de atribuições e responsabilidades atribuídas a um funcionário público, com a característica de ser, necessariamente, criado por lei, em número certo

e determinado, e com denominação específica. Tal denominação já indica a função correspondente a tal cargo. Função é, precisamente, o conjunto das atribuições que devem ser desempenhadas pelo servidor titular de um cargo público. Por sua vez, as atribuições são as tarefas concretas que devem ser exercidas pelo titular do cargo. Exemplificando: ao cargo de Procurador do Estado correspondem as funções de assessoramento técnico-jurídico da Administração Pública e defesa dos interesses públicos em juízo, para o desempenho das quais o procurador deve, entre outras tarefas, emitir pareceres e informes jurídicos, elaborar petições e recursos, comparecer a audiências etc.”.

A investidura em cargo diverso daquele que o servidor ocupava anteriormente só é possível mediante **concurso público**, que, com o advento da Constituição de 1988, tornou-se **postulado inafastável**.

A **ausência de possibilidade de trânsito entre cargos** emerge precisamente da previsão constitucional do **art. 37, II, parâmetro de controle da presente ação direta** :

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Estabeleceu-se um ponto de partida para o ingresso no serviço público, com a realização de concurso, efetivado mediante critérios prévia e objetivamente estabelecidos.

O Ministro Alexandre de Moraes assevera, em obra doutrinária, que a Constituição de 1988 instituiu a necessidade de concurso público não somente para a primeira investidura em cargos, mas também para as hipóteses de transformação de cargos e transferência de servidores:

“Importante, também, ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. Dessa forma, claro o desrespeito constitucional para investidas derivadas de prova de títulos e da realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico”.

Como esclarece Robert Catherine, trata-se da implementação do **princípio da igualdade**, ao se exigir equivalência de qualificações técnicas no certame: “ *Le concours a précisément pour objet d’assurer cette égalité technique de départ, en réduisant au minimum les éléments subjectifs d’appréciation*”.

Na mesma linha de intelecção, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público”.

Nessa esteira de raciocínio jurídico, o caso em exame revela a **inexistência de mera reestruturação administrativa**. A legislação impugnada efetivou a ampliação de atribuições de servidores que foram investidos em cargo inicialmente de nível médio, em **violação do princípio da isonomia**, que determina a aferição de capacidade técnica mediante concurso público.

A **jurisprudência pacífica** desta Casa é firme ao afastar situações que caracterizem a burla ao postulado do concurso público. Isso porque a questão sobre a inconstitucionalidade de normas que desrespeitavam a exigência de concurso público para o acesso a quaisquer cargos ligados aos Poderes da República surgiu há muito no Supremo Tribunal Federal, culminando na edição da **Súmula Vinculante nº 43**: *“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”*. Confira-se:

Na medida cautelar na **ADI 351** (Rel. Ministro Paulo Brossard, DJ 24.08.1990) o Tribunal deferiu liminar para suspender norma do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, pois permitia o acesso de servidores a cargos e lotações diversas daquelas para as quais haviam sido aprovados em certame.

Na **ADI 231**, de relatoria do eminente Ministro Moreira Alves e julgada em 05.8.1992, discutiram-se normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Rio de Janeiro. Os preceitos impugnados permitiam aos servidores públicos que exercessem atividades de encarregado de garagem e motorista, a opção pelo ingresso na carreira de motorista policial dos quadros permanentes da Polícia Civil. Além disso, facultou-se o aproveitamento para o cargo de Delegado de Polícia aos Detetives-Inspetores e Escrivães de Polícia de 1ª classe bacharéis em direito e que cumprissem outros requisitos

Vê-se que o problema, naquela ação, era a possibilidade de servidores que exerciam certo cargo serem investidos em outro já existente, de maior complexidade e melhor remuneração. Esta Corte deixou claro que **a transferência e a ascensão, como formas derivadas de provimento, foram banidas do ordenamento jurídico-administrativo pela Constituição de 1988**. O acórdão ficou assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASCENSAO OU ACESSO, TRANSFERENCIA E APROVEITAMENTO NO TOCANTE A CARGOS OU EMPREGOS PUBLICOS. - O CRITÉRIO DO MÉRITO AFERIVEL POR CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TITULOS E, NO ATUAL SISTEMA CONSTITUCIONAL, RESSALVADOS OS CARGOS EM COMISSAO 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 FARA 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 FARA PELA FORMA DE PROVIMENTO QUE E 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, INSITAS AO SISTEMA DE PROVIMENTO EM CARREIRA, AO CONTRARIO DO QUE SUCEDE COM A PROMOÇÃO, SEM A QUAL OBVIAMENTE NÃO HAVERA 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 TRANSITORIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO" (ADI 231, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05.8.1992, DJ 13-11-1992 PP-20848 EMENT VOL-01684-06 PP-01125 RTJ VOL-00144-01 PP-00024, destaqueei).

A **ADI 245** , Relator Min. Moreira Alves e julgada em conjunto com a ADI 231, tratou igualmente da matéria relativa à ascensão funcional à carreira de Delegado por servidores dos quadros da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Considerou a Corte que a carreira de Delegado é específica, por exigência constitucional.

Havia, na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ainda, a possibilidade, prevista no seu ADCT, de ascensão funcional das carreiras de Escrivão de Polícia e Detetive à carreira de Delegado de Polícia. **Na mesma lógica do decidido na ADI 231** , a Corte julgou inconstitucional tal forma de provimento derivado de cargo, conforme ficou assentado na **ADI 308** (Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 10.9.1993).

O Plenário desta Casa, na medida cautelar na **ADI 1251** (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.9.1995) suspendeu lei mineira que permitia a permanência, nos quadros do Tribunal de Contas do Estado, de servidores de qualquer Poder que para lá foram convocados e estavam à disposição.

A ascensão funcional mediante concurso interno foi afastada na **ADI 362** (Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 04.4.1997). O posicionamento da Corte foi mantido para julgar procedente a **ADI 837**, declarando-se inconstitucionais dispositivos da Lei nº 8.112/1990 que permitiam o provimento de cargos públicos por meio da ascensão:

“Ação direta de inconstitucionalidade. **Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade.** - Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder. - No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que **são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.** Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. - Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos” (ADI 837, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.1998, DJ 25-06-1999 PP-00002 EMENT VOL-01956-01 PP-00040, destaqueei).

Já na **ADI 1854** (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04.5.2001), o Plenário declarou inconstitucionais normas piauienses que permitiam acesso de servidores dos quadros da Polícia Civil a carreiras diversas e de maior complexidade. Também na **ADI 960** (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29.8.2003) houve declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal que reservava vagas dos cargos de nível superior do quadro da Polícia Civil para serem preenchidos por ocupantes de cargos de nível médio mediante progressão funcional.

Esta Suprema Corte também declarou inconstitucionais partes de lei complementar do Espírito Santo que tentava tratar ascensão funcional entre cargos distintos como forma de provimento por promoção:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS. ARTIGOS 8º, II, 49 E SEU PAR. ÚNICO E 63, III DA LEI COMPLEMENTAR Nº 46/94 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Observa-se que os arts. 46 e 60, III hostilizados, correspondentes aos atuais arts. 49 e 63, III da LC nº 46/94 do Estado do Espírito Santo, possuem uma intrínseca relação com o art. 8º, II desta Lei, pois, enquanto este institui a ascensão como uma das formas de provimento de cargos públicos, aqueles delineiam os contornos do instituto em questão. A permanência destes preceitos reenumerados na Legislação em análise tornaria inócua a declaração de inconstitucionalidade isolada do art. 8º, II. Ocorrência de aditamento do pedido inicial. **Os dispositivos impugnados, ao estabelecerem a ascensão como uma das formas de provimento de cargo público, contrariaram a pacífica jurisprudência deste Supremo Tribunal quanto à inafastabilidade da exigência de aprovação em concurso público para o provimento de cargos públicos, ressalvada a investidura nos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.** Precedente: ADI nº 837, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25.06.99. Ação direta que se julga procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 8º, II, 49 e seu par. único e 63, III da LC nº 46/94, do Estado do Espírito Santo” (ADI 1345, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20.3.2003, DJ 25.4.2003 PP-00031 EMENT VOL-02107-01 PP-00092, destaqui).

Igual fim obtiveram resolução do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que tentou estabelecer forma de ingresso em carreira distinta por meio de ascensão funcional (**ADI 785** , Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29.8.2003), e lei do Espírito Santo que permitiu enquadramento de servidores de certo nível de escolaridade em cargos recém-criados com exigência de nível superior, mediante a extinção dos cargos então ocupados (**ADI 368** , Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.5.2003).

Merece referência, por fim, a decisão tomada por esta Corte na **ADI 1030** , relatada pelo eminente Ministro Carlos Velloso. A questão envolveu reformulação, por meio de lei complementar do Estado de Santa Catarina, da **carreira da administração tributária estadual**. A lei à época impugnada transformava cargos por meio de **mudança nas atribuições e na exigência do grau de escolaridade** . O entendimento do Relator foi o seguinte:

“Os grupos ocupacionais – Escrivão de Exatoria e Fiscal de Mercadorias em Trânsito – para os quais era exigido apenas o 2º grau, foram elevados à categoria de Fiscais e exatores, para a qual exigia-se

diploma de curso superior. Noutras palavras, cargos de nível médio foram transformados em cargos de nível superior. Com a transformação dos cargos, também foram transformados os seus ocupantes, que se viram investidos nos novos cargos sem a satisfação do concurso público – C.F., art. 37, II.

Houve, com isso, espécie de aproveitamento, registra o Ministério Público Federal, dos ocupantes dos cargos transformados.”

Confira-se a ementa do aludido precedente:

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ESCRIVÃO DE EXATORIA E FISCAL DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO: ESTADO DE SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 81, de 10.03.93, do Estado de Santa Catarina. I. - **Transformação, com os seus ocupantes, de cargos de nível médio em cargos de nível superior. Espécie de aproveitamento. Inconstitucionalidade, porque ofensivo ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal.** II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, declarada a inconstitucionalidade dos Anexos I e II-55 e II-56 da Lei Complementar 81, de 10.03.93, do Estado de Santa Catarina” (ADI 1030, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 22.8.1996, DJ 13-12-1996 PP-50158 EMENT VOL-01854-01 PP-00117, destaquei).

É **incontroverso**, pois, que a **jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal** entende **inconstitucionais mudanças entre cargos ou carreiras já existentes** quando configurem **provimento derivado incompatível com as normas da Carta Magna**.

No mesmo sentido, confirmam-se: **ADI 824/MT**, Relator Min. Nelson Jobim, DJ 10.8.2001; **ADI 2689**, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 21.11.2003; **ADI 951**, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJe 29.4.2005; **ADI 3415**, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 10.12.2015; **ADI 3552**, Relator Min. Roberto Barroso, DJe 13.4.2016; **ARE 951211 AgR**, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 6.9.2016; **ARE 684162 AgR**, Relator: Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09.12.2016; **AI 859766 AgR-ED**, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 15.03.2017; **ADI 1757**, Relator: Min. Alexandre de Moraes, DJe 08.10.2018; **ADI 2364**, Relator: Min. Celso de Mello, DJe 07.03.2019; **ADI 3966**, Relator: Min. Luiz Fux, DJe 9.09.2019.

Mesmo que sob o manto de **racionalização dos cargos** para a realização das necessidades administrativas do Poder Público, não se pode, **em um**

primeiro momento , alterar a exigência de escolaridade para futuros servidores e as atribuições do cargo; e, **em um segundo momento**, proceder à alteração das características da atividade, mormente quando se trate de assunção de **atividades já anteriormente realizadas por titulares de outro cargo organizado em carreira, como, in casu, o de auditor fiscal** .

Cumpre lembrar o teor dos dispositivos legais impugnados na presente ação direta:

Lei nº 8.210/2002-BA

“Art. 24. O enquadramento dos Auditores Fiscais e Agentes de Tributos Estaduais nas novas classes em que passam a escalonar-se os cargos que ocupam, a partir da data de início dos efeitos desta Lei, far-se-á diretamente, observada a correlação prevista no Anexo V.

Parágrafo único. Aplica-se a correlação prevista neste artigo aos servidores inativos e aos pensionistas.

Anexo V

Correlação para enquadramento direto

Situação Atual	Situação após enquadramento	Cargo	Classe	Classe	Cargo	Auditor Fiscal Especial
III						
II						
I6						
5						
4						
3	Auditor Fiscal	Agente de Tributos Estaduais	Especial			
III						
II						
I6						
5						

3Agente de Tributos Estaduais

Lei nº 11.470/2009-BA

“Art. 2º. Ficam alterados dispositivos da Lei 8.210, de 22 de março de 2002, na forma a seguir:

I – incisos I, III e IV do art. 6º;

‘I – Constituir privativamente:

a) créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

b) créditos relativos a compensações e participações financeiras decorrentes da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de recursos minerais, por meio de lavratura de autos de infração;

(...)

III – efetuar, privativamente, revisões fiscais e contábeis;

IV – julgar, privativamente, no âmbito administrativo, como representantes da Fazenda Pública, processos de impugnação de lançamentos de créditos tributários’;

II – incisos II e III do art. 7º:

‘II – planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III – constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional’ (...).”

A previsão de requisito de escolaridade de **nível superior, em substituição ao de nível médio** anteriormente exigido, foi objeto do art. 8º da Lei nº 8.210/2002 , não impugnado na presente ação direta, mas que **compõe o contexto fático que antecedeu a legislação ora em análise . Incabível o enquadramento direto** que permite o provimento de cargos de Agentes de Tributos Estaduais por servidores com atribuições distintas e com nível médio de escolaridade. Evidente, pois, a **inconstitucionalidade material do art. 24 e do Anexo V da Lei baiana nº 8.210/2002 .**

Em 2009, após ser estabelecido o requisito de nível superior, houve a **modificação e a ampliação das atribuições dos Agentes de Tributos Estaduais**. Estes servidores **deixaram de executar procedimentos de fiscalização** de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, sob

coordenação do Auditor Fiscal; e **atividades de monitoramento** de contribuintes de baixa capacidade contributiva (conforme redação original da Lei nº 8.2010/02). **Passaram**, após a modificação legislativa, **a planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização** de receitas estaduais; e a **constituir créditos tributários**, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional (nos termos da alteração introduzida pela nº Lei 11.470/2009).

Houve **alteração substancial** das atribuições dos Agentes de Tributos Estaduais, uma vez que, inicialmente, incumbia-lhes a **execução** de tarefas de forma a prover subsídio à atuação fiscalizatória dos Auditores Fiscais, os quais, ressalte-se, realizavam a coordenação dos atos executórios.

A legislação impugnada deu um **novo perfil às atividades dos Agentes**, que não mais se enquadram em serviços de apoio. Foram assinaladas atribuições características de cargo de nível superior com **poder de gestão** concretizado pelas ações de **planejar, coordenar e fiscalizar, antes conferidas aos Auditores Fiscais**.

Conquanto tenha havido a manutenção de **dois cargos distintos entre si** – Agentes de Tributos Estaduais e Auditores Fiscais –, organizados em **carreiras apartadas**, percebe-se que houve uma mescla das atribuições dos Agentes de Tributos Estaduais de nível médio com as daqueles de nível superior, que, uma vez confundidas entre si, demonstram **crassa violação da necessária observância do concurso público**.

Saliento que a carreira de Agentes de Tributos Estaduais compõe-se: (*i*) daqueles que ingressaram à época da exigência de nível médio; e (*ii*) dos servidores que foram investidos no cargo com a observância do requisito de nível superior de escolaridade. Ambas as “categorias” dos Agentes de Tributos Estaduais, porém, receberam, de forma indistinta, as novas atribuições.

Com efeito, o **art. 37, XXII**, da Constituição da República determina a criação de carreiras específicas na administração tributária. A forma de estruturação ficou a cargo do legislador ordinário. Este é livre para criar e alterar as carreiras da administração tributária, desde que o faça, por óbvio, dentro dos **limites estabelecidos pela Constituição**, como o respeito à **exigência de concurso público, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego**.

O caso em exame revela que a modificação empreendida pela Lei nº 11.470/2009, ao ampliar as atribuições dos Agentes de Tributos Estaduais, **manteve as carreiras específicas, mas acarretou alteração do *status* funcional** dos servidores que foram admitidos quando o requisito de ingresso era somente o diploma **nível médio**, escolaridade que **não corresponde à natureza e à complexidade do cargo sob a nova roupagem configurada pelas novas atribuições**.

Vê-se que as carreiras do Grupo Operacional Fisco da Bahia passaram por sucessivas alterações. As **transformações** procedidas no cargo de Agente de Tributos Estaduais **extrapolaram os limites traçados pela jurisprudência da Corte para a racionalização da atividade administrativa**.

As novas atribuições estabelecidas pela Lei nº 11.470/2009 **não estão dentro do âmbito caracterizador de serviços de apoio** exercidos pelos titulares do cargo de Agente de Tributos investidos com nível médio de escolaridade.

Malgrado não tenha havido formalmente a extinção ou a unificação das carreiras, efetivou-se uma alteração substancial da natureza das funções, sem a observância do concurso público correspondente. Desse modo, ao servidor uma vez aprovado em concurso e investido em cargo de nível médio é vedado galgar atribuições típicas de cargo de nível superior sem a realização de prévio concurso público.

Tampouco há permissão constitucional para a **transferência de atribuições privativas** de outro cargo, como o de **auditor fiscal**. Ao efetivar tal manobra, a Lei nº 11.470/2009 do Estado da Bahia realizou provimento derivado inconstitucional.

Registro, por fim, o **recente precedente da ADI 3199**, no qual o Plenário desta Casa, ao julgar caso semelhante ao ora em exame, fixou a seguinte tese: “ *A equiparação de carreira de nível médio a outra de nível superior constitui ascensão funcional, vedada pelo art. 37, II, da CF/88* ” (ADI 3199, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020).

Uma vez configurada uma **verdadeira modificação da situação funcional** dos servidores envolvidos nas **atividades fiscais do Estado da Bahia**, entendo, **na linha da jurisprudência desta Corte**, que a atuação do legislador foi **inconstitucional**. Caracterizado, pois, o **provimento derivado** a ser rechaçado por esta Suprema Corte.

5 . Quanto aos efeitos temporais da decisão, entendo, *in casu* , que os preceitos normativos ora declarados inconstitucionais – **art. 24 e Anexo V da Lei nº 8.210/2002**; bem como dos **incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.470/2009**, ambas do **Estado da Bahia** – não obstante viciados na sua origem, vigoraram durante longos anos como se constitucionais fossem.

Com efeito, a prática de todos os atos jurídicos deve ser resguardada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de se configurar situação de insegurança jurídica e quebra da confiança legítima, por exemplo, das constituições de crédito formalizadas. De outro lado, poderia ser colocada em xeque a segurança jurídica do próprio Estado, haja vista a imprevisibilidade que eventualmente seria gerada com a nulidade da integralidade das atuações anteriores.

Dessa forma, configuradas as estritas condições materiais previstas no **art. 27 da Lei nº 9.868/1999** – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho do seu papel de Corte Constitucional, lançar mão do poder-dever de harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva, expressões que são do devido processo legal e do Estado de Direito.

A modulação dos efeitos da decisão, no caso, apresenta-se como necessária para proteger a confiança legítima que resultou na prática de atos com respaldo em autoridade aparente e observa a boa-fé objetiva enquanto princípio geral de direito norteador das decisões judiciais.

Confirmam-se os seguintes precedentes judiciais:

“Direito Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Índices aplicáveis para a correção monetária de débitos trabalhistas. Inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos temporais da decisão. 1. Ação direta em que se alega a inconstitucionalidade do art. 39, § 2º, da Lei nº 8.177/1991, que entrou em vigor em 01.03.1991 e determina que os débitos trabalhistas sejam corrigidos: (i) pela variação do BTN Fiscal, no período compreendido entre o vencimento da obrigação e 31.01.1991; e (ii) pela Taxa Referencial Diária (TRD), após essa data. 2. As normas que tratam do regime jurídico da correção monetária, por

não serem suscetíveis de disposição pela vontade das partes, incidem imediatamente, alcançando apenas as situações jurídicas em curso de formação ou execução. Precedente: RE 211.304, redator para acórdão Min. Teori Zavascki, j. em 29.04.2015. 3. Ao estabelecer os índices para a correção monetária de débitos de natureza trabalhista, o dispositivo impugnado determinou sua aplicação a períodos aquisitivos anteriores à sua entrada em vigor. Assim, afetou direitos adquiridos sob a vigência de lei anterior, violando o art. 5º, XXXVI, da Constituição. 4. Procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 39, § 2º, da Lei nº 8.177/1991. Modulação temporal dos efeitos da decisão, a fim de que somente se aplique aos cálculos homologados a partir da data de publicação da ata de julgamento. Tese: Lei que estipula índices de correção monetária a serem aplicados a períodos aquisitivos anteriores à sua entrada em vigor viola a garantia do direito adquirido” (ADI 1220, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2019, DJe 13.03.2020).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO PARÁ N. 7.621/2012. PEDIDO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Satisfeitos os requisitos para a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, tem o Supremo Tribunal Federal o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. Precedentes. 2. *In casu*, a norma julgada inconstitucional dispunha, sem que se observassem os requisitos formais estabelecidos pela Constituição Federal, que reserva à lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal a disciplina acerca da promoção e remoção de magistrados. 3. Hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa apresenta inegável risco à segurança jurídica, em vista dos tempo em que vigeu a norma e das inúmeras decisões proferidas pelos magistrados que foram promovidos ou removidos sob seu auspício. 4. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei do Estado do Pará n. 7.621/2012 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado” (ADI 4788-AgR-ED/PA, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgamento em 07.2.2018, DJe 02.2.2018).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 1º e 2º da Lei nº 6.697 do Estado do Rio Grande do Norte. Permanência no cargo de servidores contratados por prazo determinado e sem a realização de certame público. Vício de iniciativa. Violação do princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88). Ação julgada procedente. 1. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 6.697 do Estado do Rio Grande do Norte asseguraram a permanência dos servidores da Fundação Universidade Regional do

Rio Grande do Norte admitidos em caráter temporário entre o período de 8 de janeiro de 1987 a 17 de junho de 1993 sem a prévia aprovação em concurso público, tornando ainda sem efeitos os atos de direção da universidade que, de qualquer forma, importassem em exclusão desses servidores do quadro de pessoal. 2. A proposição legislativa decorreu de iniciativa parlamentar, tendo sido usurpada a prerrogativa conferida constitucionalmente ao chefe do Poder Executivo quanto às matérias afetas ao regime jurídico dos servidores públicos (art. 61, § 1º, inciso II, alíneas c, da CF/88). Precedentes. 3. Ofensa, ainda, ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88), haja vista a estabilização de servidores contratados apenas temporariamente. O art. 19 do ADCT concedeu estabilidade excepcional somente aos servidores que, ao tempo da promulgação do texto, estavam em exercício há mais de cinco anos. Precedentes. 4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação do serviço público de ensino superior na Universidade Regional do Rio Grande do Norte (URRN). Ademais, de forma semelhante ao que realizado por esta Corte na ADI nº 4.876/MG, ficam ressalvados dos efeitos desta decisão os servidores que já estejam aposentados e aqueles que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria. 5. Ação direta julgada procedente” (ADI 1241, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2016, DJe 03.08.2017).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 79 e 85 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64, DE 25 DE MARÇO DE 2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30 DE JULHO DE 2003. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APOSENTADORIA E BENEFÍCIOS ASSEGURADOS A SERVIDORES NÃO-TITULARES DE CARGO EFETIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 40, §13, E 149, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, DECLARANDO-SE INCONSTITUCIONAIS AS EXPRESSÕES ‘COMPULSORIAMENTE’ e ‘DEFINIDOS NO ART. 79’. INEXISTÊNCIA DE ‘PERDA DE OBJETO’ PELA REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DE CONTROLE. PRETENSÃO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS. PROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARCIALMENTE. 1. A revogação da norma objeto de

controle abstrato de constitucionalidade não gera a perda superveniente do interesse de agir, devendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade prosseguir para regular as relações jurídicas afetadas pela norma impugnada. Precedentes do STF: ADI nº 3.306, rel. Min. Gilmar Mendes, e ADI nº 3.232, rel. Min. Cezar Pelluso. 2. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 3. In casu, a concessão de efeitos retroativos à decisão do STF implicaria o dever de devolução por parte do Estado de Minas Gerais de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo, além de desconsiderar que os serviços médicos, hospitalares, odontológicos, sociais e farmacêuticos foram colocados à disposição dos servidores estaduais para utilização imediata quando necessária. 4. Embargos de declaração acolhidos parcialmente para (i) rejeitar a alegação de contradição do acórdão embargado, uma vez que a revogação parcial do ato normativo impugnado na ação direta não prejudica o pedido original; (ii) conferir efeitos prospectivos (eficácia *ex nunc*) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data” (ADI 3106- ED/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20.5.2015, DJe 13.8.2015).

Assim, presentes os requisitos legais exigidos, entendo por **conferir efeitos prospectivos (*ex nunc*)** à presente declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco temporal de início da sua vigência a **data de publicação da decisão de julgamento**.

6. Ante o exposto, **conheço** desta ação direta e julgo o pedido **procedente**, para declarar a inconstitucionalidade material do **art. 24 e do Anexo V da Lei nº 8.210/2002**; bem como dos **incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.470 /2009**, ambas do **Estado da Bahia**, com efeitos *ex nunc*.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/06/2020 00:00