

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0703/09-9  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - KALZONE INDÚSTRIA DE COMÉRCIO LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0117-05/10  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 03/11/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0349-12/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE COMPETÊNCIA DO AUTUANTE. NOVA DECISÃO. O lançamento deve se ater à lei tributária material vigente à época da ocorrência do fato gerador, assim entendida aquela que estabelece os elementos essenciais da obrigação tributária, nos termos do caput do art. 144. Já o lançamento, como procedimento, rege-se pela legislação (processual ou procedural) vigente à sua época. O Auto de Infração foi lavrado por agente competente, nos termos da Lei nº 11.470/09, vigente à época do lançamento. Inexistência de vício de competência do agente apontado pela JJF. Retorno dos autos à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0117-05/10, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 07/07/2009 e no trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 832,55, acrescido da multa de 60%, em decorrência do transporte de produtos enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo (massas alimentícias – Protocolo ICMS 50/05), sem que tenha sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria. Consta anexado aos autos o Termo de Apreensão nº 124157.0026/09-7 e cópias das notas fiscais que acobertavam a operação (Notas Fiscais nºs 15453, 15454 e 15455).

Em defesa, a empresa (fls. 18/22) afirma de que a mercadoria autuada não integra a lista de produtos sujeitos à substituição tributária a que se refere o Protocolo ICMS 50/05, uma vez que a vinculação dos produtos às regras do citado Protocolo passa pela classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado –NBM/SH, a qual leva em conta os insumos que compõem o produto. Nesta linha de discussão, elencando quais são os produtos submetidos ao regime de antecipação e submetidos ao referido Protocolo, diz que o produto “Kalzone”, indicando a sua composição, nele não se encontra enquadrado. Requereu a improcedência da ação fiscal.

O autuante ao prestar sua informação fiscal (fls. 39/44), transcreve as disposições do Protocolo ICMS 50/05 e discorda, como explica, do entendimento da empresa de que a mercadoria “Kalzone” não seja uma “pizza”. Observa, em seguida, que a definição de

Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, através da Resolução RDC nº 93, de 21/10/2000, como transcreve, contempla o produto objeto da autuação. Mantém a ação fiscal.

A 5ª JJF prolatou a seguinte Decisão:

*Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS, decorrente da falta de retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias (kalzones) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia.*

*Do exame das peças processuais, verifico que há uma questão prejudicial que deve ser previamente analisada e de ofício. Trata-se da competência funcional para a prática do ato de lançamento tributário.*

*No caso em exame, os fatos geradores objeto da autuação se verificaram em 09/06/2009, momento em que as mercadorias foram apreendidas no trânsito, através do Termo nº 124157.0026/09-7, com a constatação de que não havia sido efetuada a retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nas operações interestaduais com massas alimentícias, havendo, em decorrência, descumprimento das normas contidas no Protocolo ICMS 50/05.*

*Ocorre que a competência legal para que agentes de tributos fizessem lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09 que transferiu a atribuição de lavrar Auto de Infração, antes privativa dos Auditores Fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, a partir de 1º de julho de 2009.*

Assim dispõe o artigo 1º, parágrafo único, da Lei em referência, dispositivo que abaixo transcrevemos para melhor elucidar a questão:

*Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.*

*§ 2º - Compete aos Auditores Fiscais a constituição de 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.*

*§ 3º - Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

**Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009. (grifos nossos)** Ocorre que o Código Tributário Nacional — CTN, no seu artigo 144 dispõe que o lançamento tributário reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Transcreveremos abaixo o dispositivo em referência, “in verbis”.

*Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Outrossim, o lançamento tributário, como qualquer ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais e dos pressupostos para sua validade, entre eles a competência do agente que o praticou.

Da análise do CTN, depreende-se que somente os Auditores Fiscais poderiam cobrar tributos, via Auto de Infração, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 1º de julho de 2009.

No caso em exame, conforme já frisado acima, a concretização do fato desencadeador da obrigação tributária se deu na vigência da norma anterior, em 09/06/2009, conforme já frisado acima, não podendo as disposições da Lei nº 11.470/09, serem aplicadas, pois competência para lançar tributo tem natureza de requisito material e formal do ato administrativo, ou seja, é elemento que diz respeito à sua validade. Assim, ainda que o lançamento de ofício tenha sido formalizado já na vigência da lei nova (a lavratura do Auto, ocorreu em 07/07/2009), deve o mesmo se reportar, nos termos do CTN, à data da ocorrência do fato tributável.

Assim, ante o exposto, e com base nas disposições do art. 18, inc. I, do RPAF/99, voto pela nulidade do Auto de Infração, recomendando que a autoridade fiscal competente determine a renovação da ação fiscal a salvo das falhas aqui apontadas.

Como coube ao Estado da Bahia o ônus da sucumbência e não tendo a 5ª JJF recorrido, pois o lançamento fiscal não atingiu valor para a interposição de Recurso Administrativo (fl.36) o fez, com base no que dispõe 7.629/99). Entende que o resultado do julgamento proferido p

manifestadamente contrária à legislação tributária, em especial a Lei nº 11.470/09. Sugere que o PAF seja submetido à nova análise, via Recurso de Ofício.

Manifestando-se, a Senhora Presidente do CONSEF ratificou o posicionamento do Coordenador Administrativo deste Colegiado.

## VOTO

Trouxe a Sra. Presidente deste Colegiado a esta 2<sup>a</sup> Instância, através de Recurso de Ofício, a discussão sobre e entendimento externado pela 5<sup>a</sup> JJF a respeito da lavratura de Auto de Infração lavrado por Agente de Tributo Estadual em relação aos fatos geradores do ICMS acorridos antes da promulgação da Lei Estadual nº 11.470/09 com vigência a partir de 1/7/2009.

Entende a JJF que os agentes de tributos não possuíam competência quando da data do fato gerador do imposto desta autuação para lavrar o presente Auto de Infração, diante das determinações expressas do art. 144, do Código Tributário Nacional – CTN. Em assim sendo, o lançamento fiscal foi declarado nulo por ter sido efetuado por autoridade fiscal incompetente à época da ocorrência do fato gerador do imposto que se deu em 09/06/2009. O Auto de Infração foi lavrado em 7/7/2009.

Observo, preliminarmente, que o lançamento tributário é um ato administrativo, ou seja, no conceito externado por Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2000) é *toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*. Em assim sendo, para ser válido possui determinadas condições {elementos ou requisitos} como competência, finalidade, forma, motivo e objeto, bem como, possui atributos {qualidades} como a presunção de legitimidade e a tipicidade, entre outros.

Portanto, a fiscalização se materializa por atos administrativos de verificação de obrigação tributária (principal e/ou acessória) que decorre de outorga constitucional ao ente tributante com poderes e competência adstritos à legislação tributária e, em especial ao CTN, no seu art. 194 e art. 142. Observo de que o art. 142, do CTN ao se reportar à “autoridade administrativa” deixa a cargo da legislação específica a definição da autoridade administrativa que deterá tal poder.

Por outra banda, alinhando-me ao conceito externado pelo nobre professor Eduardo Sabbag (Manual de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 2010) de que o crédito tributário representa o momento da exigibilidade da relação jurídico-tributária. Nasce com o lançamento tributário (art. 142, do CTN), sendo tal lançamento o instrumento que confere *exigibilidade* à obrigação tributária, quantificando-a e qualificando-a. Assim, crédito tributário é a obrigação tributária (**fato gerador do tributo**) tornada líquida por intermédio do lançamento. Nesta linha o STJ (Resp 250.306/DF, 1<sup>a</sup> T, rel Min. Garcia Vieira, j. 06-06-2000) já externou entendimento quando disse que *o crédito tributário não surge com o fato gerador. Ele é constituído com o lançamento (art. 142 do CTN)*.

Com tais conceitos acima expostos, pergunto qual legislação deve ser aplicada ao lançamento - a formal ou a legislação material?

Debruçando-se em uma análise do caput do art. 144, do CTN observo que o princípio constitucional da irretroatividade tributária lá se encontra exposto. Ou seja, o lançamento verifica o fato gerador do imposto, regendo-se pela lei então vigente quando de sua ocorrência. Vale dizer, o procedimento do lançamento deve ser realizado levando em consideração a situação de fato e de direito à época da ocorrência do fato gerador do tributo - **direito material**, também chamado de direito substantivo e/ou s

invoco o voto da nobre relatora Sandra Urânia Silva Andrade no Acórdão nº 0296-11/10 quando assim se posiciona:

*Como é cediço, o caput do art. 144 do CTN, que tem a seguinte redação: “Art. 144. O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”, trata de regra de direito material, que, como leciona Misabel Derzi, é “regente do conteúdo substancial do lançamento e que deve refletir a estrutura fundamental do tributo”.*

*Portanto, a lei a que se refere o caput da norma em apreço é a lei tributária material, “aquela que estabelece os elementos essenciais da obrigação tributária”, ou seja, a que define o fato gerador da obrigação tributária e seus elementos constitutivos (elemento nuclear, sujeitos, base de cálculo e alíquota).*

*Identifica-se, assim, na regra do caput do art. 144 do CTN, critério de aplicação de direito intertemporal. Como aponta Hugo de Brito Machado em seu comentário ao referido dispositivo: “Tendo ocorrido mudança na lei tributária material, a questão de saber qual a lei aplicável na feitura do lançamento, na constituição do crédito tributário, resolve-se com a regra geral do direito intertemporal. Será aplicável a lei vigente na data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. O lançamento apura e reconhece uma situação de fato num momento no tempo, o do dia do fato gerador, segundo a lei em vigor nesse dia.”*

Entretanto, a nova lei que regulamenta os aspectos formais e procedimentais do lançamento fiscal, aquela que não altera, cria ou extingue direitos materiais (definição de sujeito passivo, hipótese de incidência, valor do tributo, etc.), deve ser aplicada, retroativamente, diante das determinações do § 1º do referido art. 144, já que ele prevê a aplicação ao lançamento da legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador tenha, entre outras:

- Instituídos novos critérios de apuração ou processos de fiscalização;
- Que amplie poderes de investigação das autoridades administrativas.

Neste sentido, vale expor como importantes as considerações feitas por Eduardo Sabbag na obra já citada neste voto (pagina 206):

*A lei nova, que regula procedimentos, prerrogativas ou formalidades adstritos à atividade do lançamento, sem qualquer pretensão de alerar, criar ou extinguir direitos materiais - relacionáveis, por exemplo, com os elementos estruturais da obrigação tributária (hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota, sujeição passiva e fato gerador) - deverá ser aplicada de imediato e aos casos pendentes, como sói acontecer com as normas processuais em geral.*

*Com efeito, os aspectos formais ou procedimentais que cercam o lançamento não influem com poder de Decisão, a ponto de afastarem vigente na época do lançamento, em prol da aplicação daquela lei pretérita, do momento do fato gerador.*

*Exemplificadamente, conforme se dispõe no comando, a temática ligada à competência ou poderes de investigação da autoridade fiscal, aos critérios de apuração e aos processos de fiscalização não diz com a essência da obrigação tributária (relação jurídica de direito substantivo), mas, em verdade, com a forma de descortinar a própria existência desta ou, obter seu adimplemento. Assim, abre-se para uma realidade formal, própria da relação jurídica não substancial, no bojo da relação jurídico-tributária adstrita à constituição do crédito tributário.*

*Temos dito que o § 1º do art. 144 do CTN é, antes de didático, demasiado lógico. Visa atender aos interesses do Fisco, nos planos arrecadatório e fiscalizatório, sem afetar os direitos do contribuinte. Veja o fácil exemplo: se uma autoridade exatoria comparece à empresa, em 2008, no intuito de lavrar um Auto de Infração, relativo à ausência de pagamento de tributo em 2006, deverá aplicar, no que toca à substância da obrigação correspondente, a legislação vigente em 2006. Entretanto, no pertinente aos aspectos procedimentais do lançamento, ou seja, no que tange à realidade fática ocorrida em 2008, aplicar-se-á a legislação vigente neste ano da autuação.*

Com estes pontos abordados, entendo equivocada a conclusão a que chegou a JJF. Quando da lavratura do presente Auto de Infração (7/7/2009) já se encontrava posta no mundo jurídico a Lei nº 11.470/09 a este se aplicando suas normas, inclusive quanto à competência atribuída aos agentes de tributos estaduais, nos termos do seu art.1º, § 3º, não havendo que se falar em vício do ato por incompetência do agente.

Do exposto, dou PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, devendo o presente processo retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão.

## VOTO EM SEPARADO

Inicialmente, saliento que concordo com o entendimento exarado pela insigne Conselheira Relatora, no sentido de que merece provimento o Recurso de Ofício manejado pela Presidente do CONSEF.

Todavia, por dever de ofício, devo trazer à colação algumas considerações que conduziriam à absoluta nulidade do Auto de Infração, sob outro aspecto, mormente em função do vício de competência.

Nesse sentido, invocaria aqui o entendimento externado pelo ilustre Conselheiro Fábio de Andrade Moura, ao tratar de matéria semelhante com acuidade ímpar, no seu Voto Divergente lançado no Acórdão nº 0296-11/2010, *in verbis*:

*"Conquanto concorde com o voto exarado pela nobre relatora, no sentido de que inexiste o vício apontado pela Junta de Julgamento Fiscal, mantenho a nulidade do Auto de Infração, por fundamento diverso.*

*Como cediço, a Lei Estadual nº 11.470/2009 alterou alguns dispositivos da Lei Estadual nº 8.210/2002, que trata da reestruturação do Grupo Operacional Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, inserindo no rol de competências dos agentes de tributos a execução de atividades de fiscalização de receitas e a constituição de 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 (incisos II e III, do art. 7º, da Lei nº 8.210/2002, com a nova redação).*

*Segundo o art. 8º, da mesma Lei nº 8.210/2002, para ingresso no cargo de agente de tributos exige-se que o candidato tenha nível superior em qualquer área de conhecimento, enquanto que, para o cargo de auditor fiscal, exige-se nível superior em administração, ciências econômicas, direito, ciências contábeis, engenharia, informática, sistemas de informação, ciência da computação ou processamento de dados.*

*Vislumbra-se, de logo, que a novel legislação, ao inserir no rol de competências dos agentes de tributos atividades que eram privativas dos auditores fiscais, para os quais exige-se nível superior em áreas do conhecimento específicas, estabeleceu regra de provimento derivado de cargo público, violando o art. 37, II, da Constituição Federal, segundo o qual apenas por meio de concurso público pode-se ingressar nos quadros do funcionalismo ou alterar a carreira ocupada por quem já é servidor.*

*A questão, aliás, já foi apreciada inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos casos análogos, consoante se pode observar dos arestos a seguir reproduzidos, *in verbis*:*

**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, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-01 PP-00066 RTJ VOL-00209-01 PP-00133)**

**DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRANSPOSIÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA C.F.). RESOLUÇÃO DO PODER LEGISLATIVO ("LEI INTERNA"); ATO NORMATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 6º, 8º, 10, 11 E 13 DA RESOLUÇÃO Nº 382/94, DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE ALAGOAS. LEGITIMIDADE ATIVA DO GOVERNADOR. 1. A Resolução nº 382, de 14.12.1994, da Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas, "estrutura cargos da Secretaria e adota providências correlatas". 2. Atos dessa natureza, a exemplo do que ocorre com as Resoluções expedidas pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal, se equiparam às leis ordinárias no sentido material, abrangendo, sem a observância de semelhante processo legislativo. É o que a 3. No caso, o caráter normativo e autônomo dos dispositivos impugnados:**

*tem indiscutível interesse em que não subsistam, no âmbito do Estado, normas que repute inconstitucionais, inclusive pela repercussão que possam provocar no respectivo orçamento. 5. Rejeitam-se, pois, as preliminares suscitadas pela Advocacia Geral da União. 6. No mais, o Plenário, ao ensejo do exame do pedido de medida cautelar, já tomou posição, não conhecendo da Ação, no ponto em que impugnava os artigos 10, 11 e 13 da Resolução, "porque insatisfatoriamente fundamentada e documentada a petição inicial". 7. Sendo assim, a ação teve prosseguimento, apenas, na parte em que impugna os artigos 6º e 8º. E, quanto a estes, a inconstitucionalidade é manifesta, pois "a leitura conjunta desses dois artigos convence de que, com eles, se propicia a transposição de funcionários de um Quadro Especial (temporário e destinado à extinção)", como, aliás, está expresso no art. 3º da Resolução, "para um Quadro Permanente" (de cargos efetivos), sem o concurso público de que trata o inciso II do art. 37 da Constituição. 8. Uma vez conhecida, apenas quanto aos artigos 6º e 8º da Resolução nº 382, de 14.12.1994, da Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas, a Ação é julgada procedente, para se lhes declarar a inconstitucionalidade. (ADI 1222, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2003, DJ 11-04-2003 PP-00025 EMENT VOL-02106-01 PP-00034).*

*Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Inciso II, do art. 14 e a expressão "e Agente Tributário Estadual" inscrita no art. 15, ambos da Lei nº 2.081, de 14.01.2000, do Estado do Mato Grosso do Sul, que dispõe "sobre a estrutura, organização e remuneração do Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização, e dá outras providências". 2. Alegação de afronta ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, uma vez que dita lei autoriza, sem prévio concurso público, o "enquadramento" de servidores públicos de nível médio para exercerem cargos públicos efetivos de nível superior. 3. Não é possível acolher como em correspondência ao art. 37, II, da Constituição, o pretendido enquadramento dos Agentes Tributários Estaduais no mesmo cargo dos Fiscais de Renda. Configurada a passagem de um cargo a outro de nível diverso, sem concurso público, o que tem a jurisprudência da Corte como inviável. 4. Relevantes os fundamentos da inicial. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar deferida para suspender ex tunc e até o julgamento final da ação a eficácia dos arts. 14, II e da expressão "e Agente Tributário Estadual" constante do art. 15, ambos da Lei nº 2.081, de 14.01.2000, do Estado do Mato Grosso do Sul. (ADI 2145 MC, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2000, DJ 31-10-2003 PP-00013 EMENT VOL-02130-01 PP-00162)*

O caso dos autos, especificamente, também já foi levado ao conhecimento e apreciação do Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4233, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, cuja primeira decisão exarada nos autos já evidencia a seriedade do tema e a urgência dum a solução definitiva, tanto que fora imprimido ao processo o rito abreviado do art. 12, da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

*"Diante da inegável relevância da matéria tratada na presente ação direta de inconstitucionalidade e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, adoto o procedimento abreviado do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim sendo, a) solicitem-se informações ao Governador e à Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, que poderão prestá-las no prazo de dez dias; b) em seguida, abra-se vista sucessiva, no prazo de cinco dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 28 de abril de 2009".*

*É de se registrar, ainda, que a Procuradoria-Geral da República já apresentou o seu parecer nos autos da referida Ação Direta, manifestando-se pela procedência parcial do pedido, para que seja conferida interpretação conforme a Constituição aos incisos I e II, do art. 2º, da Lei nº 11.470/2009, de modo a excluir de sua incidência os Agentes de Tributos Estaduais cujas investiduras se deram em data anterior à Lei nº 8.210/02.*

*Não se pode deixar de consignar que os agentes de tributos são, inegavelmente, peças importantíssimas para a execução das tarefas arrecadatórias desempenhadas pelo Fisco Baiano, nem se nega que eles, de há muito, já vêm desempenhando tarefas diretamente ligadas à constituição de crédito tributário e à realização de auditorias, mesmo sem ocuparem o cargo que detém privativamente tal competência e sem receber a remuneração equivalente ao trabalho feito.*

*Contudo, não se pode corrigir uma distorção fática com uma norma manifestamente inconstitucional, até mesmo porque a ameaça de exclusão da norma do sistema, a qualquer momento, pela via judicial ou legislativa, é muito prejudicial ao interesse público, ante o clima de insegurança vivenciado por todos, especialmente pelos contribuintes e pelos agentes de tributos, bem como em virtude da probabilidade de todo o trabalho vir a ser considerado inútil, imprescindível, viciado.*

*Entendo, na verdade, que cabia ao Poder Público, antes de dar efetividade à norma estadual questionada. aguardar a conclusão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, registre e conta com manifestações reiteradas do Supremo Tribunal Federal ac inconstitucionalidade de provimentos derivados que tais. Dessa maneira,*

inclusive no que concerne aos inúmeros questionamentos judiciais que surgirão a respeito da competência dos agentes de tributo para, diretamente, constituirem crédito tributário.

Como tal ato não veio, louvo-me dos Enunciados nºs 346 e 473, da Súmula do próprio STF (“*A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos*” e “*A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*”), bem como dos inúmeros precedentes anteriormente citados, que revelam ser muito provável o reconhecimento da inconstitucionalidade da investidura mediante provimento derivado dos agentes de tributos nas funções de constituição do crédito tributário, para declarar a nulidade do presente auto de infração, por vício de competência, com espeque no art. 18, I, do RPAF vigente.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício”.

Conquanto, repita-se, concorde *in totum* com o brilhante Voto acima transscrito, entendo que a valoração nessa diretiva, no caso vertente, encontra obstáculo intransponível no comando inserto no art. 167, I, do RPAF, assim preceituado:

*Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

Ora, em face do referido dispositivo regulamentar, não se inclui no âmbito de competência dos órgãos julgadores do CONSEF - integrados por Conselheiros Julgadores -, a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual de regência.

Da análise do Voto supra invocado percebo que, na prática, ainda que de forma **difusa**, fora declarada a **inconstitucionalidade** das novéis redações conferidas pela Lei Estadual nº 11.470/2009, aos arts. 7º, II e III c/c o art. 8º, da Lei nº 8.210/2002, o que encontraria vedação expressa no dispositivo regulamentar acima reproduzido, impedindo a nossa “reprimida” valoração na forma acima elencada.

Destarte, tecidas apenas estas considerações, tidas como relevantes, acompanho o Voto condutor exarado pela ilustre Conselheira Mônica Roters.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 124157.0703/09-9, lavrado contra **KALZONE INDÚSTRIA DE COMÉRCIO LTDA.**, devendo os autos retornar à JJF para que seja proferida nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO EM SEPARADO

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS