

PROCESSO - A. I. Nº 232109.0003/09-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VALDEMAR CARDOSO SOBRINHO DE TANQUE NOVO (ELETROCAR)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0173-05/10
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 03/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0353-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE COMPETÊNCIA DO AUTUANTE. NOVA DECISÃO EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 3 DO AUTO DE INFRAÇÃO. 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 procedimental) 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. Modificada a Decisão recorrida. 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 0173-05/10, ter desonerado em parte o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2009, exige ICMS no valor de R\$ 4.782,96, pelo cometimento das seguintes infrações: 1) Falta do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial na condição de empresa optante do sistema Simples Nacional referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, no valor de R\$ 2.777,48, nos meses de janeiro a março de 2008, acrescido a multa de 50%. 2) Recolhimento a menos do ICMS Antecipação Parcial por empresa enquadrada no Simples Nacional, em aquisições de mercadorias de outra unidade da Federação e destinadas a comercialização, nos meses de julho, setembro, outubro e dezembro de 2008, no valor de R\$ 1.842,95 acrescido da multa de 50%. 3) Falta do recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS antecipação Parcial, pago intempestivamente, porém espontâneo, no valor de R\$ 162,53, acrescido da multa de 60%, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2008.

Faz parte do presente Recurso de Ofício a discussão a respeito da infração 3.

O autuado (fls. 83/85) contesta o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, apontando inconsistências e requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante (fls. 98/99) contesta as razões de defesa e mantém na íntegra a infração impugnada.

A 5ª JJF prolatou a seguinte Decisão:

O presente Auto de Infração trata de 03 irregularidades cometidas pelo au ICMS antecipação parcial; b) Recolhimento a menos do ICMS antecipa

Created with

acréscimos moratórios por ter realizado o recolhimento do imposto devido espontaneamente, mas fora do prazo regulamentar, por empresa enquadrada no SIMPLES NACIONAL.

Observo que os demonstrativos anexados à fl. 14, bem como os documentos fiscais pertinentes, fls. 15 a 32, referente a infração 01 e demonstrativo às fls. 33 e 34 e notas fiscais fls. 35/80 referentes a infração 02, revelam que o valor do ICMS exigido se refere à antecipação parcial, não recolhida e recolhida a menos, decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias não sujeitas a substituição tributária e destinadas a comercialização.

Este entendimento está de acordo com o enquadramento das infrações, considerando que o art. 352-A, do RICMS/97, que transcrevo em seguida, as caracteriza plenamente:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

A infração 03 refere-se aos acréscimos moratórios devidos decorrentes da falta de pagamento do imposto Antecipação Parcial no prazo regulamentar.

O contribuinte não nega o cometimento das infrações, mas diz que o autuante encontra valores equivocados em seu demonstrativo porque deixou de aplicar o benefício da redução do imposto devido pela empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, previsto no §§4º e 5º do art. 352-A do RICMS/BA.

Conforme destacou o autuante, o contribuinte não faz jus a tal benefício considerando que não realizou o pagamento no prazo regulamentar conforme previsto nos citados parágrafos do artigo 352-A.

Todavia, vislumbro neste processo vício de ordem formal. Trata-se de Auto de Infração lavrado por agente de tributos em relação a fatos geradores anteriores à vigência da Lei nº 11.470/09. Assim, tendo em vista que outros autos que registram tais circunstâncias vêm sendo reiteradamente julgados nulos por esta 5ª JF, e os fatos guardam perfeita semelhança com aqueles contidos no Auto de Infração 152629.0002/09-6, me utilizarei de trecho do voto proferido pelo ilustre Presidente-Relator da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, TOLSTOI SEARA NO-LASCO, com o qual alinho o meu entendimento. Vejamos as razões que justificam este julgamento.

“A competência legal, no Estado da Bahia, 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, isto a partir de 1º de julho de 2009.

Assim dispôs 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.

A redação do CTN vincula o lançamento à regência da lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, e o caracteriza como procedimento fiscal tendente a verificar a matéria tributável, ou seja, constituir o crédito tributário. Lançamento é, portanto, o ato que formaliza o valor do crédito, daí a importância da data da ocorrência do fato gerador, e a atividade de lançar é vinculada, no sentido de que a ocorrência do

não apenas o poder, mas também o dever de lançar, não havendo qualquer possibilidade de análise de conveniência e oportunidade para que se deflagre o procedimento.

*Infere-se que o art. 144 do CTN retro citado, ao se referir genericamente à legislação aplicável ao lançamento, trata das regras **materiais** (legislação substantiva) relativas ao tributo correspondente, assim entendidas, aquelas que definem fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas, contribuintes etc.*

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, 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 28/09/2009), deve o mesmo se reportar, nos termos do CTN, à data da ocorrência do fato tributável.

Por sua vez, o parágrafo primeiro do art. 144, que dispõe também sobre as normas aplicáveis ao lançamento traz a seguinte dicção:

§ 1.º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Diante do regramento acima, contido na norma complementar tributária, se poderia até cogitar que a Lei nº 11.470/09, ampliou os processos de investigação do fisco baiano, ao transferir aos agentes de tributos competência para lançar tributos no trânsito de mercadorias e perante os contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Todavia essa interpretação não se aplica ao caso em exame. Só se amplia poderes para aquele que já os detinha. Não há ampliação de poderes em relação a novas competências, visto que o cargo de agente de tributos pré-existia à lei nova, sendo que a competência ali instituída foi estabelecida para valer somente a partir de 1º de julho de 2009. Diferentemente, aqueles que ingressaram por concurso na função de auditor fiscal, podem praticar atos de fiscalização anteriores à investidura, isto porque o cargo já existia, podendo assim, as pessoas investidas no mesmo exercer todas as competências que a norma legal conferia ao cargo antes da investidura.

Os agentes de tributos, portanto, somente podem lançar tributos em relação aos fatos posteriores a vigência da lei nova, que lhes conferiu competência antes inexistente, isso enquanto a lei em questão estiver produzindo os seus efeitos”.

Com relação às infrações 01 e 02, apesar do vício formal acima apontado, esta nulidade, por incompetência funcional da autoridade lançadora, fica superada, visto que o contribuinte reconheceu o imposto apurado na ação fiscal, o que purga o vício de procedimento, tendo efetuado o pagamento da totalidade do imposto reclamado nestas infrações, conforme se verifica no extrato anexado à fl. 102 do PAF, com os benefícios da Lei 11.908/10 (Lei da Anistia), ficando, destarte, extinto o crédito tributário quanto a estas infrações, e prejudicada a análise da defesa em relação as mesmas.

Contudo, relativo à infração 03, em razão do Auto de Infração ter sido lavrado por autoridade fazendária que à época da ocorrência dos fatos geradores era incompetente para a prática deste ato administrativo, conforme analisado alhures, permanece o vício apontado, no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização e com amparo no quanto disposto no art. 18, inciso I, do RPAF, que dispõe serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente, voto no sentido de decretar, de ofício, a NULIDADE desta infração, recomendando-se à autoridade fiscal responsável pela Inspeção de origem do processo, a renovação da ação fiscal desta infração, desta feita a salvo das falhas acima indicadas.

Diante do exposto voto pela NULIDADE da infração 3 e pela extinção do crédito tributário quanto as infrações 1 e 2 do presente Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

Como coube ao Estado da Bahia o ônus da sucumbência e não tendo a 5ª Jf recorrido, pois o lançamento fiscal não atingiu valor para a interposição de Recurso de Ofício, a Coordenação de Administração deste CONSEF (fl. 113) o fez, com base no que dispõe o art. 169 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Entende que o resultado do julgamento p/ Decisão manifestadamente contrária À legislação tributária, em

Sugere que o PAF seja submetido a 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 2ª Instância, através de Recurso de Ofício, a discussão sobre o entendimento externado pela 5ª JFJ a respeito da lavratura de Auto de Infração lavrado por Agente de Tributo Estadual em relação aos fatos geradores do ICMS ocorridos antes da promulgação da Lei Estadual nº 11.470/09 com vigência a partir de 1/7/2009.

Entende a JFJ 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 no 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 dos fatos geradores do imposto que ocorreram entre agosto a dezembro de 2008.

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 Código Tributário Nacional – 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, 1ª 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. Assim, trata de **regra de direito material**, também chamado de direito substantivo e/ou subjetivo. E, sobre este tema, invoco o voto da nobre relatora Sandra Urânia Silva Andrade no ACórdão nº 0353-12/10, 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:

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

Neste sentido, vale expor como importantes as considerações feitas por Eduardo Sabbagn 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,t 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 priocessuais 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 pretêrita, 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 exatora 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 (28/09/2009) 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.

Por fim, quanto ao aspecto da inconstitucionalidade, ou não, da referida lei, este Colegiado, como foro administrativo, é incompetente para apreciá-lo, conforme RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99)

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, quanto à nulidade da infração 3, manejado pela Presidente do CONSEF.

Todavia, por dever de ofício, devo trazer à colação algumas considerações que conduziram 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 inexistente 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.

Vishumbra-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, ainda que formalmente possam ser baixados, processo legislativo. É o que a doutrina chama de "leis internas". 3. No caso, o conteúdo dos dispositivos impugnados está evidente. 4. E o Governador tem ind

sistam, 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 efeti vos), 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. NERI 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 duma 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, imprestável, 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-se, já foi submetida a rito expedito e conta com manifestações reiteradas do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de provimentos derivados que tais. Dessa maneira, muitos

no que concerne aos inúmeros questionamentos judiciais que surgirão a respeito da competência dos agentes de tributo para, diretamente, constituírem 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 transcrito, 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 232109.0003/09-0, lavrado contra **VALDEMAR CARDOSO SOBRINHO DE TANQUE NOVO (ELETROCAR)**, devendo os autos retornar à JJF para que seja proferida nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO EM SEPARADO

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS