

PROCESSO - A. I. N° 211329.0006/09-0
RECORRENTES - WT MADEIREIRA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WT MADEIREIRA LTDA.
RECURSOS - RECURSOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO - Acórdão JJF nº 0198-05/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0260-11/11

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 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 de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0198-05/10), que, concluindo pela Procedência Parcial da presente autuação, julgou nula a infração 2 desta autuação, através da qual o sujeito passivo foi acusado do recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor do imposto: R\$ 23.987,85.

A decretação da nulidade da infração 2 embasou-se nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"No presente Auto de Infração constam duas imputações. A primeira atinente a falta de recolhimento do ICMS – Antecipação Parcial e a segunda relacionada ao recolhimento a menor do tributo, pelo mesmo regime. O contribuinte autuado encontrava-se inscrito no Cadastro do ICMS no Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte).

Em relação à infração nº 1 o sujeito passivo providenciou o pagamento do débito, com as reduções previstas na lei de regência do ICMS, conforme se encontra atestado nos documentos e relatórios anexos ao processo (fls. 211/212 e fls. 240/241).

Todavia, vislumbro neste processo vício insuperável de ordem formal e material. 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 os referidos fatos guardam perfeita semelhança com aqueles contidos no Auto de Infração 152629.0002/09-6, utilizarei de trecho do voto por mim proferido naquela ocasião. Vejamos abaixo as razões que justificam este entendimento.

A competência legal, no Estado da Bahia, para que os agentes de tributos passassem a fazer 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, dando-lhe certeza, liquidez e exigibilidade, e a atividade de lançar é vinculada, no sentido de que a ocorrência do fato gerador dá à autoridade fiscal 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 e o próprio lançamento.

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, até porque a Lei nº 11.470/09, foi expressa em seu texto, dispondo sobre a sua aplicação tão somente após aquela data (art. 1º, parágrafo único – acima transcrito).

É princípio geral de direito que as regras jurídicas são editadas para regular fatos posteriores à sua vigência. A retroatividade das leis é exceção e decorre de autorização expressa de norma superior, a exemplo do que se verifica com as sanções tributárias mais brandas e as normas meramente interpretativas (art. 106, incisos I e II, do CTN) ou de disposição específica e expressa da norma inovadora.

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 e eficácia. Assim, ainda que o lançamento de ofício tenha sido formalizado já na vigência da lei nova (a lavratura do Auto, ocorreu em 27/09/2009), deve o mesmo se reportar, nos termos do CTN, às datas de ocorrência dos fatos tributáveis.

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 ICMS no trânsito de mercadorias e perante os contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Todavia essa interpretação não se aplica ao caso em exame. Só se ampliam 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. É, portanto, competência derivada. Por sua vez a competência dos Auditores Fiscais é originária, ou seja, aqueles que foram investidos na referida função podem praticar atos de fiscalização anteriores à investidura, isto porque o cargo já existia, com a competência plena para a formalização do ato de lançamento de ofício, que no Estado da Bahia se dá através da lavratura de Autos de Infração.

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, isto enquanto a lei em questão estiver produzindo os seus efeitos.

Todavia, apesar dos vícios acima apontados, esta nulidade, por incompetência funcional da autoridade lançadora, fica superada, em relação à infração 1, visto que o contribuinte reconheceu o imposto apurado na ação fiscal, tendo efetuado o pagamento do débito, conforme atesta o relatório anexado aos autos, às fls. 240/241.

No entanto, em razão da exigência contida no item 1 do Auto de Infração ter sido formalizada por autoridade fazendária que à época da ocorrência dos fatos geradores era incompetente para a prática deste ato administrativo, conforme analisado alhures, a multa lançada é diretamente atingida. Preserva-se o ato de reconhecimento do sujeito passivo em relação à obrigação tributária principal, dando-lhe efeito de denúncia espontânea. Porém o contribuinte poderá requerer a dispensa da penalidade das parcelas pagas, com as reduções previstas na lei de regência do ICMS, à Câmara Superior do CONSEF, se valendo das disposições contidas no art. 159, § 1º, inc. I, do RPAF/99, visto que houve por parte da autoridade fiscal, invasão de competência exclusiva de auditor fiscal, tendo o contribuinte sido induzido a erro.

Já para a infração nº 2 não há possibilidade de convalidação, ainda que parcial, dos atos praticados pela autoridade fiscal, visto que esta era absolutamente incompetente, não havendo na Lei que conferiu a nova competência (Lei nº 11.470/09) previsão de retroatividade para que os atos de fiscalização pudessem ser praticados em relação aos fatos geradores anteriores à vigência da novel legislação.

Destarte, à luz do quanto acima exposto, resta demonstrado que a autuação se encontra inquinada de vícios insanáveis, no que se refere à competência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização e, com amparo no quanto disposto no art. 18, inciso I, do RPAF/99, que dispõe serem inválidos os atos praticados por servidor sem a devida competência legal, voto no sentido de decretar, de ofício, a NULIDADE do item 2 Auto de Infração.

No tocante à infração 1, diante do reconhecimento pelo contribuinte do débito fiscal, devem ser homologados os valores recolhidos, a título de imposto, com os efeitos que constam da fundamentação acima tracejada.

Fica prejudicado o exame das demais questões suscitadas pelo contribuinte, na peça de defesa, em vista da invalidade formal e material do lançamento de ofício".

A Presidente deste Conselho de Fazenda, às fls. 255, interpôs Recurso de Ofício contra a Decisão da JJF, por considerá-la manifestamente contrária à legislação em vigor.

Às fls. 259/262, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, requerendo a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, no opinativo de fls. 267/268, manifestou-se pelo Não Provimento do apelo.

VOTO

Consoante relatado, a nulidade proclamada pela Junta de Julgamento Fiscal embasa-se na aplicação, pela Junta de Julgamento Fiscal, da norma contida no art. 144, do CTN, como critério de definição da incidência ou não da Lei Estadual nº 11.470/2009, que 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.

Em resumo, segundo o entendimento firmado pela JJF, a regra de competência estabelecida pela

Lei Estadual nº 11.470/2009 só seria aplicável aos fatos geradores que lhe são posteriores.

A tese, entretanto, não encontra respaldo jurídico, pois, como curial, o art. 144, do CTN, ao estabelecer que **"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"**, estabeleceu regra de direito intertemporal para as normas de cunho material, exclusivamente. É dizer: o art. 144, do CTN, não se aplica às normas que estabelecem procedimento ou competência; incide apenas sobre as normas definidoras do fato gerador, das alíquotas, da base de cálculo, da sujeição passiva... enfim, dos critérios que interferem na caracterização do fato gerador, na definição do montante de imposto devido e nos sujeitos da relação jurídica de direito tributário.

A regra de competência para constituição do crédito tributário não toca à materialidade do tributo. Logo, como não poderia deixar de ser, a sua incidência é imediata, legitimando o agente que se tornou competente com a novel legislação a praticar os atos administrativos que lhe foram autorizados. Assim, sob esse fundamento inexistente nulidade, consoante, inclusive, precedente firmado por esta CJF, no Acórdão nº 0296-11/10, cujo voto, da lavra da Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, segue transcrito:

"De logo devemos consignar que entendemos mereça reforma a Decisão recorrida, por não se coadunar com o direito posto, pois o dispositivo legal utilizado no julgamento de Primeira Instância como embasamento da nulidade suscitada de ofício - o art. 144 do Código Tributário Nacional – CTN - não lhe dá guarida.

Em verdade, resta claro da leitura da Decisão exarada que os eminentes julgadores de Primeiro Grau confundem-se nos conceitos de norma procedimental e norma material, mas precisamente de lei tributária material e lei tributária formal, derivado de uma leitura distorcida e equivocada do dispositivo em comento.

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."

Por sua vez, a regra do §1º do citado dispositivo, abaixo transcrito, disciplina a lei aplicável ao procedimento do lançamento, ou seja, a lei a que se reporta é aquela que trata do lançamento enquanto procedimento, dos seus aspectos formais. É lei de direito formal. Norma dirigida apenas e tão-somente aos aspectos procedimentais:

"§ 1º 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."

Segundo Hugo de Brito Machado, a regra do §1º do art. 144 traz outro critério de aplicação de direito intertemporal, agora sob o enfoque da norma procedimental a ser aplicada ao lançamento. Assim, tendo havido mudança da lei que rege o procedimento do lançamento, depois da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, a lei aplicável quanto a este aspecto formal é a vigente na data do lançamento. Ressalta, ainda, o eminente Mestre, que "... A rigor não se trata de exceção ao princípio geral do direito intertemporal. O lançamento, como procedimento, é o fato que está a ocorrer. A lei aplicável, portanto, segundo o princípio geral, há de ser a que está em vigor na data em que esse fato ocorre (o lançamento), e não aquela que estava em vigor na data do fato gerador da obrigação tributária".

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar ações envolvendo a aplicação de regra da Lei Complementar 105/2001, que permitia a utilização de informações bancárias para o lançamento da CPMF, entendeu que a mesma seria aplicável, "por envolver natureza procedimental", tendo aplicação imediata: "A

teor do que dispõe o art. 144, §1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante sua vigência.

Esclarecidos estes pontos, podemos de logo afirmar que está inteiramente equivocada a conclusão da JJF no sentido de que o presente lançamento de ofício, embora efetuado já na vigência da Lei nº 11.470/09, lei de natureza procedimental, frise-se - que atribuiu aos agentes de tributos competência para lançar nas hipóteses que especifica - padece de nulidade por incompetência do agente, pois este somente poderia lançar em relação a fatos geradores posteriores à vigência da referida lei. Ora, como já exaustivamente colocado acima, 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. Não há outra interpretação que possa exsurgir do art. 144 e do seu §1º.

Assim, quando da efetivação do presente lançamento de ofício – lavrado em 30/09/2009 - já era vigente a Lei nº 11.470/09 – cuja vigência se deu a partir de 1º de julho de 2009 – a este se aplicando suas normas, mormente 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.

A referida lei, portanto, trazendo normas de natureza procedimental, e por essa mesma razão não se submetendo ao princípio da irretroatividade das leis, incide de imediato, ainda que relativa a fatos geradores ocorridos antes de sua entrada em vigor.

Ressaltamos, ainda, que muito embora discorde a JJF de que a lei em apreço tenha de fato ampliado os poderes de investigação da fiscalização, nos termos do §1º do art. 144, ao atribuir aos agentes de tributos a competência para lançar, ao argumento de que não há como ampliar poderes para quem não os detinha, devemos consignar que os agentes de tributos já detinham tais poderes investigativos, muito embora não efetuassem o lançamento.

Registre-se que a Procuradoria Geral do Estado, através do Parecer nº PA-PFF-091-2009, já se manifestou sobre a interpretação a ser conferida ao art. 1º da Lei nº 11.470/09, no sentido de que “... considerando que a competência é regulada pela lei vigente na data em que deverá ser praticado o ato pelo agente administrativo, dессome-se que deverá ser aplicada a competência definida na Lei nº 11.470/09, considerando para tanto a situação cadastral do contribuinte no momento da realização do fato jurídico tributário, ou seja, durante o período objeto da fiscalização, ainda que, com relação a outros períodos este mesmo contribuinte tenha alterado seu status de normal para microempresa, por exemplo”

Por fim, ressaltamos que, enquanto a referida lei fizer parte do mundo jurídico, por não ter sofrido até o momento qualquer pecha de inconstitucionalidade, que somente poderá ser declarada de forma definitiva por quem compete apreciar tal questão, no caso o Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, não pode este Conselho de Fazenda Estadual negar-lhe vigência, nos termos do art.167 do RPAF/BA.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, para afastar a nulidade suscitada de ofício pela JJF, devendo o processo em epígrafe retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão”.

Vale ressaltar que, em oportunidade anterior, este Relator se manifestou pela manutenção da nulidade da autuação, em virtude da flagrante inconstitucionalidade de que padece a Lei Estadual nº 11.470/2009, justamente no ponto em que ampliou o rol de competências dos agentes de tributos. Veja-se, a propósito, o voto divergente proferido no mesmo Acórdão JJF nº 0296-11/10:

"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.

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, ainda que formalmente possam ser baixados, sem a observância de semelhante processo legislativo. É o que a doutrina chama de "leis internas". 3. No caso, o caráter normativo e autônomo dos dispositivos impugnados está evidente. 4. E o Governador tem indiscutível interesse em que não subsistam, no âmbito do Estado, normas que repete 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. 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 Su-premo 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 importan-tíssimas 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 privati-vamente tal competência e sem receber a remuneração equivalente ao trabalho feito.

Contudo, não se pode corrigir uma distorção fática com uma norma manifestamente inconstitu-cional, 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 matéria, concluindo pela inconstitucionalidade de provimentos derivados que tais. Dessa maneira, muitos prejuízos seriam evitados, inclusive no que concerne aos inúmeros ques-tionamentos judiciais que surgirão a respeito da competência dos agentes de tributo para, direta-mente, 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, respeita-dos 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 reconheci-mento 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”.

Ocorre que a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4233, de acordo com o andamento disponível no sítio oficial do Supremo Tribunal Federal, encontra-se conclusa à Relatora há quase um ano, evidenciando que a solução para o caso pode não se dar num prazo tão curto quanto se imaginava. A demora no julgamento da ação constitucional poderá ensejar, até, a convalidação dos atos praticados, pela modulação dos efeitos da Decisão final ou mesmo pela incidência da teoria do funcionário de fato, como medidas voltadas à minimização dos prejuízos decorrentes da eventual decretação da inconstitucionalidade.

Nesse contexto, outro posicionamento não resta a este Relator a não ser abrir espaço à incidência do art. 167, I, do RPAF, deixando a Decisão quanto à inconstitucionalidade para o Poder Judiciário, em controle concentrado ou difuso, e permitindo a incidência da regra fixada pela Lei Estadual nº 11.470/2009, que atribuiu aos agentes de tributos competência para constituir crédito tributário, nas situações que especifica.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para reformar a Decisão de primeira instância, afastando a nulidade que foi decretada e determinando o retorno dos autos, para novo julgamento. Consequentemente, considero PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 211329.0006/09-0, lavrado contra **WT MADEIREIRA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância, para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR.. DA PGE/PROFIS