



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10840.000134/92-93
Recurso nº 327.178 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.554 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de novembro de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO E ADICIONAL SOBRE AÇÚCAR E ÁLCOOL
Recorrente IRMÃOS BIAGI S/A - AÇÚCAR E ÁLCOOL
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991

CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL SOBRE O AÇÚCAR E O ÁLCOOL.
AUTO DE INFRAÇÃO. PROCESSO ANULADO AB INITIO, POR VÍCIO FORMAL.

Deve ser anulado o Auto de Infração cuja descrição dos fatos é vaga e incompleta, impossibilitando ao autuado conhecer dos fatos cuja irregularidade lhe está sendo apontada, caracterizando o cerceamento do direito de defesa.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em anular o processo *ab initio* por vício formal. Vencidos os Conselheiros Beatriz Veríssimo de Sena (Relatora), Nilton Luiz Bartoli e Nanci Gama que deram provimento ao recurso. Designado o Conselheiro Celso Lopes Pereira Neto para redigir o voto vencedor.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente

Beatriz Veríssimo de Sena - Relatora

Celso Lopes Pereira Neto - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, José Fernandes do Nascimento, Beatriz Veríssimo de Sena, Nilton Luiz Bartoli, Celso Lopes Pereira Neto e Nanci Gama.

Relatório

Em razão da precisão com que resume a lide, adoto parte do relatório do v. acórdão regional (fls. 573-575):

Trata-se de auto de infração lavrado em 09/01/92 para exigir a Contribuição e o Adicional ao Instituto do Açúcar e do Alcool de que trata o Decreto-lei nº 308, de 28/02/1967, art. 3º, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 1.712, de 14/11/1979, arts. 1º e 2º e pelo Decreto-Lei nº 1.952, de 15/07/1982, arts. 1º e 3º.

O lançamento decorreu da falta de recolhimento da contribuição e do adicional sobre o açúcar e o álcool nos períodos de apuração compreendidos entre maio de 1989 e novembro de 1.991 (fl. 21)

Regularmente notificado, apresentou o sujeito passivo a impugnação de fls. 29/39, instruída com os documentos de fls. 40/66, onde junta cópias de petições e de cartas de fiança bancária

Arguiu em preliminar a nulidade da peça impositiva, sob o argumento de que teria sido lavrada na vigência de ordem judicial com expressa proibição de a União cobrar os tributos e impor multas pelo não-recolhimento no período em questão. Com tal proibição os exatores teriam se tornado incompetentes para a prática do ato administrativo de lançamento e o fato de o juiz, posteriormente, ter autorizado a substituição do depósito judicial pela fiança bancária, em nada teria alterado a situação da impugnante, já que ela continuaria protegida pela decisão judicial que autorizara o não-recolhimento da exação

No mérito, alegou que a exigência dos tributos, da correção monetária, dos juros de mora e da multa é incabível na espécie por todas as razões por ela invocadas nas iniciais da cautelar e da ação principal que se seguiu, as quais foram inteiramente reprisadas na impugnação e podem assim ser sintetizadas:

Ocorrência de violação da vigente Constituição da República (CF/1988), art. 149, por desvio de finalidade, uma vez que com o advento do Decreto-lei nº 1.952, de 1982 iniciou-se o esvaziamento das atividades do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA). A partir de sua vigência o produto arrecadado foi transferido para o Tesouro Nacional e para o Banco Central, conferindo-se ao Conselho Monetário Nacional a competência tanto para a fixação das alíquotas, como para aprovação da destinação do dinheiro arrecadado. O esvaziamento do IAA teria sido completado com o Decreto-lei nº 2.401, de 21/12/1987 e com o Decreto nº 96.022, de 09/05/1988. O primeiro proibiu a

utilização de recursos do Tesouro Nacional em operações de compra e venda de açúcar para exportação e, o segundo, transferiu à Secretaria da Receita Federal a competência para administrar, fiscalizar e arrecadar a contribuição e seu adicional,

Nos termos do Decreto-lei nº 1.952, art. 3º, pertence ao Conselho Monetário Nacional a competência para a fixação das alíquotas. Entretanto, esse órgão não teria deliberado expressa e formalmente, com a indispensável publicidade oficial a esse respeito, pois as alíquotas continuaram a ser ilegal e indevidamente fixadas pelo IAA. Ainda que, sob a vigência da ordem constitucional anterior, se admitisse como válido uma autarquia assumir a competência delegada a um órgão da administração direta, hoje esse fato seria flagrantemente inconstitucional, pois o art. 25 das disposições constitucionais transitórias revogou, a partir de 180 dias da data da promulgação da nova carta, todos os dispositivos legais que atribuíam ou deleguem a órgão do Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional. Em razão disso a Receita Federal não tem suporte legal para cobrar a contribuição e o adicional,

O art. 149 da Constituição exige que a instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico se efetue por meio de lei complementar e a fixação das respectivas alíquotas por lei ordinária, o que não ocorreu com os tributos ora guerreados. A nova ordem constitucional não mais se compadece com a fixação de alíquotas por órgãos do Poder Executivo, salvo nos casos e condições do art. 153, parágrafo 1º da Carta. Nem mesmo o teto de 20% dos preços do açúcar e do álcool estabelecido pelo Decreto-lei nº 1.712, art. 3º, pode amparar a pretensão do fisco, já que os preços do açúcar são fixados pelo próprio Executivo (Lei nº 4.870, de 01/12/1965, art. 10). Resulta clara, portanto, a violação do princípio da legalidade ao qual está sujeita a fixação da alíquota de tributos

Requererem fossem acolhidas suas razões para o fim de cancelar-se o auto de infração

A decisão de primeiro grau (fls. 89/93) julgou procedente o lançamento sob os seguintes argumentos: a) a autoridade administrativa é incompetente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis, b) a competência para a Receita Federal fiscalizar e cobrar a contribuição e seu adicional está prevista no art. 1º do Decreto nº 96.022/88 e no Decreto-lei nº 2.471/88, não cabendo ao órgão opinar sobre a motivação e tampouco sobre a própria instituição da base de cálculo; c) que embora os valores lançados estivessem "sub judice" e com a exigibilidade suspensa, a autoridade administrativa não podia deixar de efetuar o lançamento, por ser uma atividade vinculada e sob pena de decadência

O Conselho de Contribuintes não tomou conhecimento do recurso voluntário interposto, por entender que houve renúncia



às instâncias administrativas e que a propositura de ação judicial não impede a realização do lançamento para a constituição do crédito tributário.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais, por meio do Acórdão CSRF/02-0676 de fls. 330/347 anulou o processo a partir da decisão de primeiro grau (fls. 89/93), por entender que a propositura de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária precedente à autuação, não prejudica a análise do mérito no processo administrativo. Assim, a decisão singular foi declarada nula por cerceamento de defesa, uma vez que não teria enfrentado os seguintes aspectos da impugnação: a) o IAA não pode fixar alíquotas da contribuição e do adicional, por lhe faltar competência legal ou constitucional para tanto; b) os Decretos-leis nº 1.712/79 e 1952/82, dispõem que somente o Conselho Monetário Nacional é competente para fixar alíquotas, mas esse órgão não as fixou e, c) caso tivesse havido delegação de competência ao IAA nesse sentido, a mesma estaria revogada por força do art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias.

Após a ciência do contribuinte, retornaram os autos para novo julgamento de primeira instância.

Remetidos os autos à nova decisão da DRJ, o recurso voluntário foi julgado parcialmente procedente, por meio de acórdão assim ementado (fl. 571):

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991

Ementa: PRELIMINAR. CONCOMITÂNCIA.

É pacífico no STJ entendimento segundo o qual ocorre renúncia à esfera administrativa nos casos de concomitância entre processos administrativos e judiciais com o mesmo objeto. Entretanto, toma-se conhecimento da impugnação em seu mérito, em estrito cumprimento do acórdão CSRF/02-0676.

CONTRIBUIÇÃO E ADICIONAL AO AÇÚCAR E ALCOOL.

É jurídica a exigência da contribuição por meio de auto de infração. Precedentes do STJ e do STF.

MULTAS

Aplica-se a legislação mais benéfica aos atos e fatos não definitivamente julgados.

JUROS DE MORA

Exclui-se os juros de mora com base na TRD, nos termos de ato administrativo emanado da Receita Federal.

Interposto recurso voluntário, em sessão do dia 7 de julho de 2004, a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes não conheceu do mesmo, por entender que a ação declaratória ajuizada pelo contribuinte prejudicaria o seguimento do processo administrativo fiscal (fls. 616-630).

Em face da decisão da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes o Contribuinte interpôs recurso especial, o qual logrou provimento pela Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. A CSRF asseverou que a causa de pedir de ambas as lides – judicial e fiscal – seria distinta.

Os autos voltam, então, a julgamento, para apreciação do mérito

É o relatório. Decido.

Voto Vencido

Conselheira Beatriz Veríssimo de Sena, Relatora

Ultrapassada a questão da possibilidade de exame de mérito por concomitância de instâncias, examino a legalidade do lançamento.

Entendo que o recurso voluntário merece provimento no mérito, na medida em que a fixação das alíquotas de cobrança da Contribuição Adicional sobre o Açúcar e o Alcool foi realizada sem amparo legal.

As contribuições ao Instituto do Açúcar e do Alcool foram instituídas pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 308/67, com a finalidade permitir a intervenção estatal na produção de cana-de-açúcar. Essa contribuição tinha por finalidade regular o preço da cana-de-açúcar e seus derivados, respeitadas as diferenças regionais, bem como custear as atividades do referido Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA. A fim de regular as oscilações do mercado, essa contribuição era lançada conforme alíquotas e bases de cálculo fixadas não em lei em sentido estrito, mas com base em resoluções periodicamente lançadas pelo Conselho Consultivo do Instituto do Açúcar e do Alcool e, posteriormente, pelo Conselho Monetário Nacional, órgão do Banco Central do Brasil.

Depreende-se, pois, que o tributo em exame consiste em uma espécie de contribuição para a intervenção no domínio econômico constituída sob a égide da Carta Constitucional de 1967. Importante observar o momento de sua criação, pois, em sua redação original, o art. 157, § 9º, da Constituição de 1967, possuía dispositivo que permitia à União fixar contribuições destinadas ao custeio dos serviços e encargos públicos, nos termos da lei. Havia amparo constitucional naquele momento, portanto, para a União Federal dispor sobre os elementos constitutivos da norma que prevê a contribuição para o IAA.

Ao regular as atribuições do Poder Executivo, a Emenda Constitucional nº 1/69 modificou as atribuições do Poder Legislativo quanto à tributação. Estabelecia o art. 43 da Emenda Constitucional nº 1/69: *“Art. 43 Cabe ao Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: I – tributos, arrecadação e distribuição de rendas;”*.

A luz do então novo texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que se encontrava sob a competência do Poder Legislativo a função de criar leis sobre “tributos”, incluindo as contribuições, consideradas subespécies desse. De acordo com a ordem constitucional então vigente, poderia o Poder Legislativo estabelecer as alíquotas mínima e máxima dos tributos, cabendo ao Poder Executivo fixar, dentro dos limites, o valor a ser recolhido. Todavia, era indispensável a regulação prévia da matéria pelo Poder Legislativo.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 8/77 emprestou nova disciplina à competência tributária, permitindo (conforme interpretação jurisprudencial da época) que as contribuições “sociais” e apenas essas poderiam ser reguladas pelo Poder Executivo. Assim o fez incluindo novo inciso ao art. 43, que passou a indicar quais contribuições permaneceriam sob a competência do Congresso Nacional¹. Por exclusão, o STF entendeu que as contribuições que ali não estavam destacadas, que eram as chamadas contribuições “sociais”, não seriam de competência do Congresso Nacional.

Nesse período, o Poder Executivo valeu-se dessa modificação constitucional para dispor sobre as alíquotas da contribuição para o IAA, por meio de decisões do Conselho Consultivo do IAA e, depois, de resoluções do Conselho Monetário Nacional. Contudo, já naquele momento, a fixação de alíquotas era eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade. Com efeito, as contribuições para o IAA jamais foram de caráter “social”, integrando a exceção do inciso X do art. 43 da Carta Constitucional anterior. Por outro lado, é certo que a contribuição para o IAA sempre teve caráter de intervenção na economia, sendo, portanto, do gênero tributo, cuja competência sempre coube ao Poder Legislativo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a competência do Poder Legislativo para regulamentar a contribuição do IAA tornou-se ainda mais patente. O art. 149 da Constituição Federal coloca sob a reserva da lei a regência da contribuição de intervenção do domínio econômico. O art. 150, I, veda à União exigir ou aumentar tributo sem lei que assim o estabeleça. Ademais, quando o texto constitucional de 1988 exceção a legalidade tributária, assim o fez somente para os impostos de importação, exportação, IPI e operações financeiras. Além disso, o constituinte vedou a qualquer dos Poderes delegar atribuições, salvo as exceções previstas no próprio texto constitucional.

Não obstante, a fixação das alíquotas da contribuição para o IAA pelo Conselho Monetário Nacional fez-se desde sua criação até depois da edição da Constituição Federal de 1988.

Falta à constituição para o IAA requisito essencial para sua cobrança: o critério material (base de cálculo e alíquota) validamente fixados. A publicidade é um dos princípios que deve nortear todo e qualquer ato administrativo, tendo sido positivado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Uma vez ausente esse requisito, o ato administrativo não pode vincular terceiros. Cumpre observar, ademais, que não foi editada lei em sentido estrito fixando a base de cálculo da CIDE em análise. Falta, *in casu*, também o requisito da estrita legalidade.

Por fim, a competência excepcional para definir alíquotas dada pela Emenda Constitucional nº 1/69 foi delegada ao chefe do Poder Executivo, e não a órgãos desse poder. Não cabia ao CMN, portanto, divulgar autonomamente alíquotas de CIDE.

Nesse sentido, faço referência a artigo publicado pelo Professor José Souto Maior Borges:

“10.8 Acresce ainda que a competência excepcional estava constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo, exercido pelo

¹ Redação do novo inciso X do art. 43, com a Emenda 8/77:

“Art. 43 - Cabe ao Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

I - tributos, arrecadação e distribuição de rendas;

(...)

X - contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, II, V, XIII, XVI e XIX, 166, par. 1, 175, par. 4 e 178.”

*Presidente da República (Emenda 1/69, art. 73). Não por subórgãos como a Comissão Executiva do IAA e o Conselho Monetário Nacional. A competência para alterar alíquotas e bases de cálculo de tributos é uma competência legislativa **ratione materiae**. Dada a sua eminência e excepcionalidade não pode ser exercida por qualquer repartição burocrática da Administração Federal, máxime se descentralizada, como Comissão Consultiva do IAA. Só o Presidente da República era para tanto competente. Com exclusão de qualquer outra autoridade da Administração Federal direta ou indireta.*

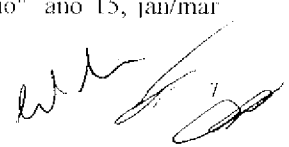
*10.9 A CF/88 introduziu, no regime das contribuições, fundas alterações que inviabilizam até mesmo a regularização **a posteriori** das contribuições do IAA e seu adicional. Não mais facultou ao Executivo, nas condições e limites legalmente estabelecidos, alterar-lhes as alíquotas e bases de cálculo, ao contrário do que sucede com os impostos sobre a importação, exportação, produtos industrializados e operações financeiras (art. 153, § 1º):*

*Deveras, com relação às contribuições de intervenção no domínio econômico impera solidário o art. 149, **caput**, que as sujeita ao disposto nos arts. 146, III (normas gerais de Direito Tributário) e 150, I e II (legalidade tributária). Nesse território normativo, já não mais é aberta a exceção constitucional para a co-participação do Executivo na feitura da lei tributária: só a lei pode então dispor sobre alíquotas e bases de cálculo das contribuições para intervenção da União no domínio econômico e pois na economia canavieira nacional.*

10.10 Com as alíquotas das contribuições do IAA não teriam sido, até a vigência da CF/88 (v. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 34), validamente fixadas, não mais poderão vir a vê-lo. Nem o Presidente da República, nem quaisquer outros órgãos da Administração Federal, e portanto nem o Conselho Monetário Nacional, nem o IAA, poderiam mais sanar a omissão. À falta de alíquotas, essas contribuições teriam a sua estruturação incompleta. Não se teriam aperfeiçoado a fim de validamente ingressar no sistema. Corresponderiam aos atos não apenas nulos, mas a rigor inexistentes, se aceitarmos as categorias de Pontes de Miranda.

*A tese de que as contribuições do IAA poderiam ter alíquotas fixadas pelo Poder Executivo envolve essa inexorável consequência: sem a determinação em abstrato da alíquota do tributo ele estará necessariamente incompleto. Não se trata de um requisito de eficácia do ato normativo, mas de uma condição **sine qua non** para sua própria validade (existência). Primeiro a alíquota do tributo seria instituída pelo Legislativo. Depois eventualmente alterada pelo Executivo.² (destaque atual)*

² BORGES, José Souto Maior. Contribuição para o IAA. "In: Revista de Direito Tributário" ano 15, jan/mar 1991, n. 55, p. 115-135.



Vale destacar ainda que a Câmara Superior de Recursos Fiscais já se posicionou pela ineficácia dos atos do Conselho Monetário Nacional que fixam alíquotas para cobrança de contribuição para o IAA, caso não sejam publicados no Diário Oficial da União. Transcrevo ementa que bem ilustra a posição da Câmara Superior:

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Não há concomitância entre processo administrativo e judicial quando a causa de pedir dos processos for diversa

CONTRIBUIÇÃO SOBRE O AÇÚCAR E ALCOOL IAA

Inexistência de publicação dos atos do Conselho Monetário Nacional, pelo BACEN, resulta na ineficácia dos mesmos, por inexistência de obrigatoriedade de seu cumprimento. Precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Recurso especial negado

(Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 3ª Turma, Recurso 216340, processo 13828 000018/91-21, julgamento 12/11/2007, rel. Cons. Susy Gomes Hoffmann)

Assim, pelas razões acima expostas, **dou provimento ao recurso voluntário.**



Beatriz Veríssimo de Sena

Voto Vencedor

Conselheiro Celso Lopes Pereira Neto, Redator Designado

Preliminarmente, cumpre apreciar a regularidade do Auto de Infração lavrado (fls. 01/22), no qual se exige o crédito tributário relativo à Contribuição adicional sobre o açúcar e o álcool, que se discute nos autos.

Ressalte-se, que sendo o Auto de Infração um ato administrativo que gera efeitos para a Fazenda Pública e para o contribuinte, ele somente será válido se lavrado em conformidade com a lei, de acordo com o princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Carta Magna de 1988, que dispõe, *verbis*:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência..."

O Decreto nº. 70.235/1972, que disciplina o processo administrativo fiscal, dispõe no seu art. 10, *verbis*:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:



I - a qualificação do notificado,

II - o local, a data e a hora da lavratura,

III - a descrição do fato,

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias,

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”(grifei)

Verifica-se, assim, que a lei especifica os requisitos que, obrigatoriamente, deverá conter o Auto de Infração, dentre eles, a descrição dos fatos que motivaram a autuação e as disposições legais infringidas.

Cabe observar que o autuante ao descrever os fatos motivadores da lavratura do Auto de Infração deve vinculá-los à hipótese prevista na norma legal que teria sido infringida. Daí a razão de a descrição dos fatos e enquadramento legal serem tratados dentro do mesmo item no Auto de Infração (fls. 20)

Devo salientar a dificuldade encontrada por este Redator designado para entender os fatos que noticiaram a ação fiscal em epígrafe, dada a precária instrução processual que se apresenta no mesmo.

Com efeito, destaque-se desde logo que a peça principal da pendenga o Auto de Infração (fls. 01/22), encontra-se cívado de omissões que impedem o conhecimento do que foi ali lançado

No caso sob exame, consta na “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)”, às fl. 20, *verbis*:

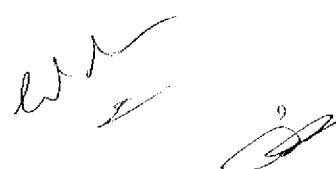
“No exercício das funções de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional e nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº 2471 de 01/09/88, lavrei o presente Auto de Infração para exigir do contribuinte acima identificado, a CONTRIBUIÇÃO E O ADICIONAL SOBRE O AÇÚCAR E O ALCOOL, não declarados e não recolhidos nos meses de maio de 1989 a novembro de 1991, conforme demonstrativos anexos.

(...)”

A descrição dos fatos para neste ponto que transcrevi. A partir daí o autuante passa a informar o enquadramento legal dos tributos, da correção monetária, dos juros de mora, da multa de ofício e da taxa referencial diária acumulada (fls. 20).

No enquadramento legal dos tributos, apesar de as alíquotas aplicáveis ao caso terem sido estabelecidas através de decisões da CMN, não consta referência a estas, no campo “enquadramento legal”.

Apesar da descrição dos fatos remeter a “demonstrativos anexos”, no demonstrativo de fls. 21, constam apenas os valores originais dos tributos sem nenhuma informação sobre as bases de cálculo ou alíquotas aplicadas, nem sobre os dispositivos legais que as estabeleceram.



Nas demais folhas do auto, encontramos, apenas, o termo de início (fls. 01), termo de encerramento (fls. 22), cópias de jornais (fls. 02/16) e relação de depósitos judiciais (fls. 17/19), em que nenhuma descrição adicional é acrescentada sobre os fatos ou dispositivos legais.

Em suma, o que se tem é uma descrição dos fatos vaga, genérica e incompleta, não havendo clareza suficiente para demonstrar o cálculo do tributo, especialmente quanto às alíquotas e bases de cálculo, bem como as normas legais aplicáveis ao caso, caracterizando o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois não foram colocados todos os elementos à disposição da Contribuinte, para a elaboração de sua plena defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, conforme garantido na Constituição Federal.

Entendo, portanto, que houve ofensa grave à Legislação processual e ao Código Tributário Nacional, em seu artigo 142, que determina o conceito e a natureza do lançamento. Por outro lado, é dever da administração anular os seus atos, quando houve preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, II do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 59 São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)”(grifei)

Por sua vez, o Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 2799, dispõe sobre a nulidade de lançamentos que contiverem vício formal e sobre o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário objeto de lançamento declarado nulo por essa razão, nos seguintes termos:

“1. os lançamentos que contiverem vício de forma - incluídos aqueles constituídos em desacordo com o disposto no art. 5o da IN SRF No 94, de 1997 - devem ser declarados nulos, de ofício, pela autoridade competente,

2. declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Nacional do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.”

Por outro lado, reza o art. 59, § 3º do Decreto 70.235/72 que, quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, esta não deverá ser pronunciada:

“Art. 59 São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade


10

julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8 748, de 1993) ”(grifei)

A i. relatora entendeu que se encontravam ausentes dois requisitos essenciais à cobrança da contribuição em comento: o da publicidade, pela inexistência de publicação dos atos do Conselho Monetário Nacional que fixaram as alíquotas do tributo; e o da estrita legalidade, pois somente o Congresso Nacional, através de lei, poderia ter fixado aquelas alíquotas. Por esta razão, votou a i. relatora por dar provimento ao recurso voluntário.

Peço vênia para discordar da i. relatora. Relativamente à publicidade, verifica-se que o Conselho Monetário Nacional- CMN tomava em plenário a decisão de fixar alíquotas da referida contribuição, o que era feito por meio de Atos Administrativos denominados Votos do CMN e que o Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA procedeu à publicação desses "Atos" mencionados, no Diário Oficial da União - D.O.U.

A publicação das decisões do CMN pelo IAA ocorria pelo fato de o Conselho não possuir secretaria executiva, porém isso em nada prejudicava a publicidade dos atos que fixavam as alíquotas.

No caso específico dos preços do açúcar e do álcool e da contribuição de intervenção no domínio econômico em comento, as decisões do Conselho Monetário Nacional eram comunicadas aos Ministérios da Fazenda, Planejamento, Indústria e Comércio e ainda, ao Banco do Brasil S.A. e ao IAA, que o publicava no D.O.U.

As atribuições do IAA quanto à publicação dos atos relativos à contribuição e à sua exigência, estão compreendidas naquelas dos arts. 6º e 7º do Decreto-Lei nº 1 952/1982, operando *ad referendum* do CMN:

Art. 6º Fica assegurado ao Instituto do Açúcar e do Alcool o exercício de todas as atribuições relacionadas com a intervenção da União no domínio econômico, na área da agroindústria canavieira do País, assim como com o apoio ao setor, em todos os seus segmentos, na forma da Legislação em vigor.

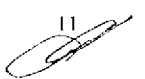
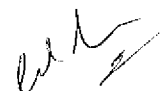
Art. 7º O exercício, pelo Instituto do Açúcar e do Alcool, das atribuições referidas no artigo anterior far-se-á de acordo com programação elaborada pela mesma Autarquia e submetida pelo Ministro da Indústria e do Comércio à aprovação do Conselho Monetário Nacional.

Parágrafo único Com a aprovação, pelo Conselho Monetário Nacional, da programação de que trata este artigo, ficam assegurados os recursos necessários à sua execução

Dessa forma, o IAA, ao publicar os atos do CMN que fixavam as alíquotas da Contribuição e ao proceder à sua cobrança não extrapolou os limites das atribuições estabelecidas na lei que instituiu as contribuições incidentes sobre açúcar e álcool.

Como bem ressaltou a decisão recorrida se “*dependesse a cobrança de publicação das deliberações do Conselho Monetário Nacional, como quer a Impugnante, nada haveria até esta data a realizar, não apenas nesta área, como também, na área do câmbio, finanças, comércio exterior, moeda, etc*”.

Quanto à legalidade, transcrevo e adoto parte do voto do relator da decisão recorrida:



A competência para a União instituir contribuições de intervenção no domínio econômico está prevista no art. 149, que realmente exige a observância de alguns requisitos.

No entanto, é necessário lembrar que a contribuição em comento já tinha sido criada sob a égide da ordem constitucional anterior quando foi promulgada a Constituição de 1988.

Trata-se então de aplicar a cediça teoria da recepção, a fim de aquilatar se as normas jurídicas instituídas sob a constituição anterior encontram fundamento de validade na nova ordem constitucional

Nesse passo, não tem razão a impugnante quando diz que a contribuição precisaria ser instituída por lei complementar

A uma, porque é cediço que não existe inconstitucionalidade formal superveniente. Se fosse verdadeira a alegação da impugnante, o próprio código tributário nacional, que foi veiculado por lei ordinária sob a égide de constituição anterior, não teria sido recepcionado pela Carta de 1988, uma vez que o atual art. 146 estabelece que as normas gerais em matéria tributária devem ser veiculadas por meio de lei complementar

A duas, porque tratando-se de contribuição de intervenção no domínio econômico não é necessária a intervenção de lei complementar, pois o art. 146, III, "a", somente faz tal exigência em relação ao impostos discriminados na Constituição.

Assim, lícito concluir que os Decretos-leis nº 308, de 28/02/1967; nº 1 712, de 14/11/1979 e nº 1.952, de 15/07/1982, foram todos recepcionados pela vigente Constituição

No tocante ao princípio da legalidade, o art. 150, I, estabelece que somente por meio de lei podem ser instituídos ou majoradas as alíquotas dos tributos. Ora, a delegação ao Conselho Monetário Nacional para disciplinar a alteração de alíquota e a destinação da contribuição decorre de lei (Decreto-lei nº 1.952, de 1982). Logo, não ocorreu nenhuma afronta ao princípio da legalidade, mesmo porque os Atos que estabeleceram os valores da contribuição e seu adicional, em momento algum extrapolaram o limite legal de 20% em relação aos preços oficiais do açúcar e do álcool.

Portanto, improcede a alegação.

O STJ já decidiu pela legalidade da contribuição e seu adicional, conforme se pode verificar na seguinte ementa

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO E ADICIONAL INCIDENTE SOBRE O ÁLCOOL E AÇÚCAR (CAA). ALTERAÇÃO DA ALÍQUOTA PELO PODER EXECUTIVO. DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA AO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. POSSIBILIDADE.

O Decreto-lei nº 308/67, no seu art. 3º, instituiu a contribuição incidente sobre o álcool e açúcar (CAA), com feição de contribuição "parafiscal", como meio de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais.

V

12

O Decreto-lei nº 1.952/82 não criou nova hipótese de incidência da contribuição CAA, mas, só lhe alterou a percentualização (alíquota).

A delegação ao Conselho Monetário Nacional para disciplinar a alteração de alíquota e a destinação da contribuição CAA decorre de lei (Decreto-lei nº 1952/82) e não afronta preceito legal de hierarquia maior.

Após o advento da Constituição Federal de 1988 não se promulgou nenhuma lei alterando a alíquota da contribuição CAA, nem esta se afigura incompatível com o novo sistema tributário instituído na Carta Constitucional em vigor.

Recurso não conhecido. Decisão unânime.

(Recurso Especial nº 23.750-0/AL, DJU 05/09/94)

Essa interpretação é definitiva pois o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 214.206-9 decidiu não tomar conhecimento do recurso.

A íntegra deste acórdão encontra-se juntado às fls. 455/486 e seu dispositivo é claríssimo: "Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer do recurso."

E o extrato da ata de julgamento que consta à fl. 486 mais uma vez repetiu que "O Tribunal, por maioria de votos, não conheceu do recurso, vencidos os Ministros Carlos Velloso (Relator), que conhecia o recurso e lhe dava provimento em parte, e do voto do Ministro Marco Aurélio, que também conhecia e dava-lhe provimento integral (...)"

Ora, se o recurso não foi conhecido e nem decidido em seu mérito, ficou mantido o entendimento do Tribunal a quo, no sentido da legalidade e da constitucionalidade da exação.

É irrelevante que na ementa do Recurso Extraordinário nº 214.206-9 tenha constado que a possibilidade da alíquota variar ou ser fixada por autoridade administrativa é incompatível com a CF/88

Em primeiro lugar, não houve julgamento de mérito e a assertiva da ementa fora feita como se o recurso tivesse sido conhecido e provido. Se não houve julgamento de mérito, nada foi decidido em relação ao pedido, ao mérito do recurso.

Em segundo lugar, é cediço que ementas e fundamentações não transitam em julgado. Somente a parte dispositiva de uma decisão, ou seja, a conclusão, aquilo que foi decidido em relação ao pedido é que faz coisa julgada (CPC, art. 468 e 469).

Nesse sentido, basta uma simples leitura no voto do Ministro Nelson Jobim (fls. 465/467, que agora leio em Sessão) para se constatar que apenas foi feito um comentário durante a fundamentação, no sentido de que a alíquota não poderia ser



fixada pela autoridade administrativa, mas que o Ministro votava por não conhecer do recurso. Acompanharam o Ministro Jobim os Ministros Maurício Corrêa (fl. 468), Ilmar Galvão (fl. 472), Sepúlveda Pertence (fl. 483) e Néri da Silveira (fl. 485).

É inequívoco que não houve julgamento de mérito porque o recurso não foi conhecido. Como o STF não decidiu com força de coisa julgada que a alíquota não poderia ser fixada por autoridade administrativa, deve prevalecer a interpretação fixada pelo STJ, não havendo que se falar em extensão administrativa dos efeitos do acórdão do STF em benefício do sujeito passivo porque absolutamente nada foi decidido pela suprema corte "

É, mesmo que se considerasse a ementa da referida decisão do STF, verifica-se que a contribuição foi recepcionada pela CF/88, o que poderia ser discutida seria a alíquota aplicável: aquela vigente à data da promulgação da CF/88 ou as alíquotas posteriormente alteradas pelo CMN. Mas a contribuição, por uma dessas alíquotas, seria devida nos anos de 1989 a 1991, período abrangido pelo presente auto de infração:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 214.206-9 ALAGOAS

EMENTA: CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ALCOOL – IAA. A CF/88 RECEPCIONOU O DL 308/67, COM AS ALTERAÇÕES DOS DECRETOS-LEIS 1712/79 E 1952/82.

Ficou afastada a ofensa ao art. 149, da CF/88, que exige lei complementar para a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico.

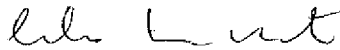
A contribuição para o IAA é compatível com o sistema tributário nacional. Não vulnera o art. 34, § 5º, do ADCT/CF/99.

É incompatível com a CF/88 a possibilidade da alíquota variar ou ser fixada por autoridade administrativa.

Recurso não conhecido "

Portanto, não vejo como se poderia dar provimento ao recurso voluntário.

Diante de todo o exposto, voto pela **ANULAÇÃO AB INITIO, por vício formal**, em razão das irregularidades apontadas no Auto de Infração e do evidente cerceamento do direito de defesa.


Celso Lopes Pereira Neto