



Processo nº : 10980.008475/98-80
Recurso nº : 110.577
Acórdão nº : 203-08.314

Recorrente : PHILIP MORRIS MARKETING S.A. (atualmente PHILIP MORRIS
BRASIL S/A)
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

NORMAS PROCESSUAIS - A eleição da via judicial anterior ou posterior ao procedimento fiscal importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição *una*, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. **Recurso não conhecido, por opção pela via judicial.**

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - Não há de se declarar a nulidade da decisão singular quando revestida dos princípios norteadores do direito administrativo. **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: PHILIP MORRIS MARKETING S.A. (atualmente PHILIP MORRIS BRASIL S/A).

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso na parte em que houve opção pela via judicial e na parte conhecida em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 10 de julho de 2002

Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente

Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antônio Augusto Borges Torres, Lina Maria Vieira, Mauro Wasilewski, Maria Cristina Roza da Costa e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Iao/cf/já



Processo nº : 10980.008475/98-80
Recurso nº : 110.577
Acórdão nº : 203-08.314

Recorrente : PHILIP MORRIS MARKETING S.A. (atualmente PHILIP MORRIS BRASIL S/A)

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração, exigindo-lhe a multa do artigo 468, IV, do Decreto nº 2.637, de 25/06/1998.

Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância que: *"a exigência é decorrente de a empresa ter dado saída do estabelecimento industrializador de cigarros embalados em carteiras contendo 14 unidades, descumprindo, dessa forma, o disposto no art. 272, do Decreto nº 2.637/1998."*

Tempestivamente, por intermédio do seu representante, a interessada apresentou impugnação, instruída com os documentos, onde, em síntese, alega que:

1 - *"nos processos administrativos com pedido baseado em argumentação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, não há de se falar que o órgão decisor singular, administrativo ou judicial, mesmo em primeira ou única instância, não possa conhecer de pedido em defesa de direito ou abuso de poder baseado em argumento de inconstitucionalidade".*

2 - *"o órgão decisor administrativo singular pode e deve conhecer de defesa baseada em inconstitucionalidade e dela decidir;"*

3 - dessa forma, se conclui que o tribunal administrativo é competente para analisar a questão constitucional que envolve o presente auto de infração;

4 - o auto de infração é nulo, por não ter a fiscalização atentado aos princípios constitucionais: da livre iniciativa; da livre concorrência e do devido processo legal;

5 - ao negar à requerente o direito de comercializar seus produtos denominados cigarros LM, Malboro e Malboro Lights em embalagens com quatorze unidades, a fiscalização viola o fundamento e o princípio da livre iniciativa empresarial consubstanciado na norma do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, com consequências nefastas à concorrência empresarial;



Processo nº : 10980.008475/98-80
Recurso nº : 110.577
Acórdão nº : 203-08.314

6 - a aplicação da multa, com base nos arts. 468, IV, do Decreto nº 2.637/1998, e 19, VII, do Decreto-Lei nº 1.593/77 e no Ato Declaratório nº 79/76, em face da alegada inobservância do art. 44 da Lei nº 9.532/1997 combinado com o art. 139 do Decreto nº 2.637/1998, implica coação antijurídica;

7 - a norma indicada pela fiscalização como fonte legitimadora da ação fiscal, além de incompatível com a ordem constitucional vigente, extrapola os próprios limites da ilegalidade;

8 - o art. 139 do Decreto nº 2.637/1998, que determina aos fabricantes de cigarros que os comercializem no varejo "*por vintena*", não define qual a penalidade aplicável à indústria que violar esse dispositivo. Para a fiscalização a resposta estaria no art. 19, VII, do Decreto-Lei nº 1.593/1977, entretanto, a simples leitura deste dispositivo é suficiente para esclarecer que o mesmo cuida de situação diferente, que comina pena para o não cumprimento do enquadramento dos cigarros na classe de preço de venda;

9 - a autoridade fiscal procurou apoiar-se no Ato Declaratório nº 79, de 20/11/1997, que ampliou arbitrariamente a hipótese legal ao incluir no mencionado dispositivo o caso de venda de cigarros em embalagens diferentes de vinte (20) unidades;

10 - ao impor as empresas fabricantes de cigarros, a restrição de só produzirem e comercializarem seus produtos em embalagens de vinte unidades, o art. 272 do Decreto nº 2.637/1998 viola o princípio da livre concorrência gravado no art. 170, IV, da Constituição Federal;

11 - o ato da fiscalização, com base nos referidos dispositivos, de aplicação de multa atenta contra os princípios de proporcionalidade e razoabilidade das normas jurídicas, violando a garantia do devido processo legal gravado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal;

12 - equivocou-se a fiscalização ao afirmar, na descrição da infração, que a penalidade prevista no art. 468 do Decreto nº 2.637/1998 também consta do Ato Declaratório nº 79/1997, pois a sanção específica para o tipo de dar saída a cigarros acondicionados em embalagem com quantidade diferentes de vinte foi introduzida no sistema através de simples ato administrativo, qual seja, o referido Ato Declaratório;

13 - na medida em que a esfera restritiva ao número de cigarros por embalagem se insere no campo da legislação tributária, todas as sanções daí decorrentes também se revestirão de natureza tributária, a teor da regra inscrita no artigo 96 do Código Tributário Nacional;



Processo nº : 10980.008475/98-80

Recurso nº : 110.577

Acórdão nº : 203-08.314

14 - o artigo 44 da Lei nº 9.532/1997, combinado com o artigo 272 do Decreto nº 2.637/1998, são inconstitucionais; para o fim de estabelecer a restrição quantitativa, a respectiva sanção não observa o princípio da reserva legal, sob o aspecto formal, que exige lei ordinária, votada no Congresso Nacional, para se inserir no sistema legal; e

15- o Ato Declaratório nº 79/1997, ao estabelecer a multa padece de ilegalidade, em face do que dispõe o art. 97, V, do CTN, e de inconstitucionalidade, a teor da norma do art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, requer seja julgado improcedente o auto de infração, com o conseqüente arquivamento do feito.

Por meio da Decisão DRJ-CTA nº 785/98, a autoridade de primeira instância manifestou-se pela procedência do lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

“II – EMENTA

*IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS
PERÍODO: 30/06/1998.*

NULIDADES.

Somente as situações descritas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972 ensejam a nulidade do procedimento fiscal.

EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL.

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas (Ato Declaratório Normativo nº 3/1996 - COSIT).

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

PENALIDADES.

Aos que derem saída ao produto acondicionados em maços, carteiras ou qualquer outra forma de embalagem que contenha quantidade de unidades



Processo nº : 10980.008475/98-80
Recurso nº : 110.577
Acórdão nº : 203-08.314

diferentes de vinte, está sujeito a multa do artigo 468, IV do Decreto n.º 2.637/1998.

LANÇAMENTO PROCEDENTE."

A contribuinte inconformada com a decisão de primeira instância apresenta recurso pelo qual, além de reiterar os argumentos expostos em sua impugnação, aduz, ainda, que: (sic) "... *tem-se que é inconstitucional a restrição à comercialização de maços ou carteira de cigarros contendo quantidade inferior a 20 unidades, em face de decisão judicial exarada pelo Egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, no julgamento das apelações nºs 1998.01.0054537-9/DF (Doc 3) e 1998.01.00.0316099/DF, restando assim superada a questão da não apreciação do tema da constitucionalidade da norma pelo Tribunal administrativo.*" Que a mencionada decisão fulminou exatamente a base legal invocada pela autoridade autuante para impor a cobrança da multa. Que, ainda que a autoridade julgadora entenda incabível a análise da base constitucional e legal, a decisão judicial esvazia a discussão, afastando a aplicabilidade da sanção administrativa.

É o relatório.



Processo nº : 10980.008475/98-80
Recurso nº : 110.577
Acórdão nº : 203-08.314

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTINEZ LÓPEZ

Conforme relatado, contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração, exigindo-lhe a multa do artigo 468, IV, do Decreto nº 2.637, de 25/06/1998, por ter dado saída do estabelecimento industrializador a cigarros embalados em carteiras contendo 14 unidades, descumprindo, dessa forma, o disposto no art. 272 do Decreto nº 2.637/1998.

As matérias submetidas à apreciação deste Colegiado podem ser assim discriminadas: da nulidade da decisão singular e do conhecimento de matéria submetida à discussão judicial.

Passo à apreciação dos itens discriminados.

I. Da nulidade da decisão singular.

Em primeiro lugar, observa-se que a questão levantada pela recorrente prende-se, tão-somente, à matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário. Não se trata do exame de se o órgão administrativo pode ou não conhecer de defesa baseada em inconstitucionalidade de lei e dela decidir, e sim da análise conjunta de matéria colocada em discussão também na esfera judiciária. Nesse sentido, entendo prejudicada a questão levantada pela recorrente, em face da análise do segundo item.

Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro (22ª ed. - p. 101), assim se posiciona:

“ Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo - a lei - confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto. Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à



Processo nº : 10980.008475/98-80

Recurso nº : 110.577

Acórdão nº : 203-08.314

enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão. O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas o de praticar com todas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido."

Em face da aplicação do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, e do Ato Declaratório Normativo nº 03/96, bem como da própria análise à decisão proferida pela autoridade singular, como um todo, nego provimento ao pedido.

II. Da matéria submetida à discussão judicial.

A matéria submetida à apreciação deste Colegiado decorre do trânsito em julgado da ação judicial interposta com o intuito de discutir a inconstitucionalidade da restrição à comercialização de maços de cigarros contendo quantidade inferior a 20 unidades. Claro está que, em obtendo êxito na demanda judicial, nenhuma multa poderá ser imposta à recorrente, tornando insubsistente o auto de infração.

Seguindo a jurisprudência já firmada nesta Câmara, a discussão na via judicial implica em renúncia à esfera administrativa (aplicação do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, e do Ato Declaratório Normativo nº 03/96).

A opção da recorrente em submeter o mérito da questão ao Poder Judiciário, ou dela decorrente, como é o caso dos autos, tornou inócua qualquer discussão posterior da matéria no âmbito administrativo, por força da soberania do Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional ao controle jurisdicional dos atos administrativos. Acrescente-se que o não impedimento da realização do lançamento tem sua razão de ser para que a Fazenda Nacional não fique posteriormente impedida de lançar o imposto/penalidade, pela superveniência da "decadência", decorrente da demora prolongada na solução de questão judicial.

Nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. O contencioso administrativo tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder



Processo nº : 10980.008475/98-80
Recurso nº : 110.577
Acórdão nº : 203-08.314

Executivo. Nesta situação, a Fazenda possui, ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária chegarem a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando, basicamente, evitar o posterior ingresso em juízo.¹

E, nesse sentido, o Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, através do Ato Declaratório (Normativo) nº 03, de 14.02.96, declara que *"a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto"*. Ainda, acrescenta, neste caso, que a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do Código Tributário Nacional, procedendo à inscrição em Dívida Ativa, deixando de fazê-lo, tão-somente, no caso das hipóteses previstas nos incisos II e IV do artigo 151 do mesmo diploma legal.

E mais, o Judiciário, através do STJ,² em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial)."

Destarte, verifica-se que a decisão foi proferida com absoluta observância aos princípios norteadores do direito administrativo, razão pela qual voto no sentido de negar o

¹esse entendimento foi muito bem defendido na Declaração de Voto do ilustre Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, nos Acórdãos de nºs 202-09.261; 202-09.262 e 202-09.533, cujas razões de decidir adotei e transcrevi em parte.

²(REsp nº 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91). Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – n.º 23/95 – página 422.



Processo nº : 10980.008475/98-80

Recurso nº : 110.577

Acórdão nº : 203-08.314

pedido de nulidade e, no mais, de não conhecer da matéria submetida ao crivo judicial, devendo tornar-se o auto de infração insubsistente em caso de decisão judicial favorável à recorrente.

Sala das Sessões, em 10 de julho de 2002


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ