



Processo nº : 11080.002436/98-76
Recurso nº : 118.178
Acórdão nº : 202-13.938

Recorrente : PHILIP MORRIS BRASIL S/A
Recorrida : DRJ em Santa Maria/RS

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA – O ajuizamento de ação judicial anterior ou concomitante ao procedimento fiscal importa renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente. **Recurso não conhecido nesta parte.**

IPI – CIGARROS - MULTA REGULAMENTAR – Expressar em quantidade de UFIR (0,13), por meio de atos declaratórios ou de instruções normativas, o valor da multa regulamentar instituída por decreto-lei e indexada por lei *stricto sensu* não viola o princípio constitucional da reserva legal. Não padece de vício de legalidade formal o lançamento de ofício que aponta na Descrição dos Fatos e no Enquadramento Legal os dispositivos legais que instituíram e indexaram a penalidade, bem como os infralegais que a expressou quantitativamente na unidade indexadora. **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PHILIP MORRIS BRASIL S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria objeto de ação judicial; e II) em negar provimento ao recurso, quanto à matéria diferenciada.

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2002.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Adolfo Montelo, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
Imp/cf



Processo nº : 11080.002436/98-76
Recurso nº : 118.178
Acórdão nº : 202-13.938

333

Recorrente : PHILIP MORRIS BRASIL S/A

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/04 para exigência de crédito tributário devido pela falta de recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, no valor de R\$444.482,49 UFIR, referente ao período de 16/03/98 a 28/03/98.

Procedeu-se à autuação em decorrência da constatação de que o estabelecimento fiscalizado comercializou cigarros acondicionados em carteira/maço contendo quantidade inferior a vinte unidades, em afronta à determinação do artigo 188 do RIPI, aprovado pelo Decreto nº 87.981/82, cuja matriz legal é o artigo 6º do Decreto-Lei nº 1.593/77.

Impugnando o feito tempestivamente (fls. 14/34), a interessada apresentou os seguintes argumentos de defesa:

- a) de acordo com o princípio do contraditório e da ampla defesa, esculpido no art. 5º, inciso LV, da CF/88, os julgadores administrativos (singular e coletivo) podem e devem conhecer, bem como apreciar, defesa baseada em inconstitucionalidade;
- b) é defeso ao administrador ou servidor público impor de forma abusiva condutas que transcendem os limites da legalidade e violam a liberdade fundamental da livre iniciativa, pondo em risco a atuação de certas empresas no mercado;
- c) a livre iniciativa é, ao mesmo tempo, fundamento da ordem constitucional brasileira e princípio fundamental da ordem econômica (artigos 1º, inciso IV, e 170 da CF), portanto, a aplicação da multa com base no art. 372, inciso VII, do RIPI/1982, no art. 19, inciso VII, do Decreto-Lei nº 1.593/77, e no Ato Declaratório nº 79/97, em face da alegada inobservância do art. 188, c/c o art. 195 do RIPI/1982, e do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593/77, implica coação antijurídica irresistível para a impugnante;
- d) não há qualquer obstáculo ao controle fiscal dos produtos vendidos em embalagem que contenham quantidade diferente da vintena, visto que a unidade-padrão dos cigarros comercializados pela impugnante é o milheiro, nos termos do art. 220 do RIPI/1982;
- e) em face da sistematização existente, os selos somente são disponibilizados pela Receita Federal para maços ou carteiras de 20 (vinte) unidades;
- f) ao impor à contribuinte a restrição de só produzir e comercializar seus produtos em embalagens com vinte unidades, o artigo 195 do RIPI, aprovado pelo Decreto nº 87.981/82, viola o princípio da livre concorrência insculpido no artigo 170, IV, da CF;
- g) a aplicação da multa cominada à impugnante viola a garantia constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF, porque atenta



Processo nº : 11080.002436/98-76
Recurso nº : 118.178
Acórdão nº : 202-13.938

contra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade das normas jurídicas;

- h) a multa aplicada foi introduzida na legislação por simples ato declaratório, violando o princípio constitucional da legalidade, em face do que dispõe o art. 97, inciso V, do CTN, e o art. 5º, inciso II, da CF;
- i) a fiscalização invoca inviabilização do controle fiscal pelo fato de ter-se dado saída aos cigarros em maços com quantidade diferente de vinte unidades, mas não comprova tal alegação; e
- j) o controle de maços está sendo perfeitamente realizado, já que foram apostos selos em todos cigarros, quer seja de 14 ou 20 unidades, e, considerando-se que a tributação se dá pelo milheiro, não há que se falar em falta de recolhimento do IPI.

À impugnação foi anexado Parecer Técnico Consultivo (fls. 65/79).

Da análise dos elementos constitutivos dos autos, a autoridade monocrática julgou procedente a ação fiscal, nos termos da Decisão de fls. 85/88, cuja ementa se transcreve:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 16/03/1998 a 28/03/1998

Ementa: PRELIMINAR. CONSTITUCIONALIDADE.

Compete privativamente ao Poder Judiciário apreciar questões relacionadas com a constitucionalidade e a legalidade de dispositivos legais e regulamentares.

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 16/03/1998 a 28/03/1998

Ementa: CIGARROS. CLASSES DE PREÇOS. MULTA.

Dar saída a cigarros em embalagem com conteúdo diferente de vinte unidades caracteriza o descumprimento do enquadramento dos cigarros na respectiva classe de preço de venda e determina a aplicação da multa correspondente.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 92/114), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória. Aduz, ainda, que:

- a) o órgão julgador se utiliza de princípio constitucional quando lhe é conveniente, porém, não o faz quando determinado princípio reflete o direito da recorrente;
- b) há recentes decisões do Primeiro Conselho de Contribuintes (Recursos n.ºs 15.544 e 124.038), apreciando questões de ordem constitucional ou legal;
- c) o "Setor de Julgamento Administrativo" é competente para analisar a questão constitucional que envolve o auto de infração em epígrafe; //



Processo nº : 11080.002436/98-76
Recurso nº : 118.178
Acórdão nº : 202-13.938

- d) existem decisões judiciais (Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 1319-1 [Distrito Federal] e Apelação em Mandados de Segurança nºs 1998.01.00.054537-9 e 1998.01.00.031609-9), autorizando hoje a comercialização da venda de cigarros abaixo de vinte unidades, independente de a recorrente não estar mais praticando tal tipo de venda;
- e) há parecer favorável do Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo afirmando ser *“inconveniente com a Constituição Federal a regulamentação que estabelece a venda de cigarros somente em vintena, porquanto interfere invalidamente com a livre iniciativa e a livre concorrência”*;
- f) conforme parecer do Dr. Osiris de Azevedo Lopes Filho, o maço ou carteira, contendo 14 unidades, não dificulta nem inviabiliza o controle a ser realizado pela Secretaria da Receita Federal, bem como não acarreta prejuízos na arrecadação de tributos; e
- g) o recolhimento do IPI é realizado por milheiro de cigarros, não importando, portanto, se os maços contêm 14 ou 20 unidades. Ademais é possível ter um controle do quanto de IPI é devido pelos livros de estoque da recorrente, que em nenhum momento foram questionados. Deste modo, não se pode, pois, falar em falta de controle da tributação.

A recorrente procedeu ao arrolamento de bens e direitos para seguimento do recurso voluntário interposto (fls. 200/220).

É o relatório. /



Processo nº : 11080.002436/98-76
Recurso nº : 118.178
Acórdão nº : 202-13.938

336

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Versa o presente processo sobre lançamento de ofício efetuado para constituir crédito tributário referente à multa regulamentar de IPI infringida ao sujeito passivo em razão deste haver comercializado cigarros acondicionados em embalagens contendo menos de vinte unidades, caracterizando a infração consubstanciada na saída de produto sem o seu enquadramento na respectiva classe de preço de venda a varejo, o que sujeita o infrator à multa prevista no inciso VII do art. 19 do Decreto-Lei nº 1.593/1977, reproduzido no inciso VII do art. 372 do RIPI 1982.

Em sua defesa, a reclamante noticia que a controvérsia referente à comercialização de cigarros carteiras contendo quantidade diferenciada de vinte unidades está com o seu mérito sendo discutido no Judiciário, onde, segundo afirma a reclamante, existem 03 decisões judiciais a ela favoráveis. Ora, a coincidência do teor das matérias discutidas em juízo e na esfera administrativa impede sua análise nessa instância não jurisdicional.

Outro entendimento não caberia, pois a ordem constitucional vigente ingressou o Brasil na jurisdição una, como se pode perceber do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito"*. Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o "dizer o direito" e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais. Por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses podem ser submetidos ao crivo judicial a qualquer momento, independentemente da apreciação de instâncias "julgadoras" administrativas.

A tripartição dos poderes confere ao Judiciário exercer o controle supremo e autônomo dos atos administrativos; supremo porque pode revê-los para cassá-los ou anulá-lo; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.

De fato, não existe no ordenamento jurídico nacional princípios ou dispositivos legais que permitam a discussão paralela, em instâncias diversas (administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza), de questões idênticas.

Diante disso, a conclusão lógica é que a opção pela via judicial, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito administrativo. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão nº 202-09.648), *"tal opção acarreta em renúncia ao direito subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação a mesma matéria sub judice."*

Por oportuno, cabe citar o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/1979, que, ao disciplinar os depósitos de interesse da Administração Pública efetuados na Caixa Econômica Federal, assim estabelece:

"Art. 1º omissis....."

§ 2º A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."



Processo nº : 11080.002436/98-76
Recurso nº : 118.178
Acórdão nº : 202-13.938

239

Ao seu turno, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980, que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prevê expressamente que a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia à esfera administrativa, *verbis*:

“Art. 38. Omissis

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”

A norma expressa nesses dispositivos legais é exatamente no sentido de vedar-se a discussão paralela, de mesma matéria, nas duas instâncias, até porque, como a Judicial prepondera sobre a administrativa, o ingresso em juízo importa em desistência da discussão nessa esfera. Esse é o entendimento dado pela Exposição de Motivo nº 223 da Lei nº 6.830/1980, assim explicitado: *“Portanto, desde que a parte ingressa em juízo contra o mérito da decisão administrativa – contra o título materializado da obrigação – essa opção pela via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior.”*

Por essas razões é que a controvertida comercialização de cigarros em embalagens contendo menos de vinte unidades objeto do presente processo e, também, de ação judicial, tornou-se definitiva na esfera administrativa, nos termos postos no lançamento fiscal, já que a opção pelo Poder Judiciário importa em renúncia à esfera administrativa.

Por derradeiro, cabe analisar a matéria diferencia pertinente à questão do suposto equívoco da Fiscalização de fixar em 0,13 UFIR o valor da multa por unidade tributada saída do estabelecimento.

Segundo a reclamante, o Fisco, ao aplicar a sanção pertinente à infração apontada na denúncia fiscal, teria deixado de *“observar o princípio da reserva legal, sob o aspecto forma, que exige lei ordinária, votada no Congresso Nacional para se inserir validamente no sistema legal”*, já que o ato declaratório que teria estabelecido a multa padeceria de ilegalidade, em face do disposto no inciso V do art. 97 do Código Tributário Nacional, e de inconstitucionalidade, a teor da norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Razão assistiria à reclamante se, de fato, predito ato declaratório houvesse fixado a penalidade apontada no auto de infração. Na verdade, o valor da multa fora fixado por lei, mas, como é de todo sabido, em passado próximo, a moeda brasileira era constantemente desvalorizada. Para atenuar o efeito da corrosão inflacionária, adotou-se ao longo do tempo vários indexadores, dentre eles a ORTN, OTN, BTN, BTNF e, mais recentemente, a UFIR. Todos esses índices de correção, como não poderia deixar de ser, foram instituídos por lei, a qual determinava os parâmetros a serem utilizados na conversão de valores em moeda vigente para o indexador e, na data de pagamento, a reconversão deste em moeda do dia.

No caso de indexação pela UFIR, o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.383/1991 determinou que os valores das penalidades expressos em cruzeiros seriam convertidos em quantidade de UFIR utilizando-se como divisor o valor de Cr\$215,6656. Todavia, para se chegar ao valor em UFIR, precisa-se primeiro encontrar o valor da penalidade em cruzeiro, o que, diante da parafernália de índices e das várias moedas por quais já passou o País, não é tarefa fácil. Daí a Administração Tributária editar Atos Normativos para facilitar o trabalho dos administrados e,



Processo nº : 11080.002436/98-76
Recurso nº : 118.178
Acórdão nº : 202-13.938

porque não, dos administradores. No caso em tela, editou-se a Instrução Normativa nº 14/1992, do então Departamento da Receita Federal, para explicitar os valores em UFIR de cada penalidade expressa na unidade monetária em que foram criadas. Isso não quer dizer que essa instrução normativa tenha criado qualquer penalidade. Na verdade, apenas efetuou o cálculo da atualização monetária determinada por lei.

Para exemplificar, a pena ora em análise foi corrigida, por força de lei, pelos seguintes índices: a partir de 01/03/1987, OTN; a partir de 01/07/1989, BTNF; a partir de fevereiro de 1981, BTN; e a partir de 01/01/1992 UFIR. A partir 01/01/1996 o valor expresso em UFIR (0,13) deve ser convertido em reais pelo valor de R\$0,8287.

Como se pode ver, o valor da multa foi fixado por lei, mais precisamente por Decreto-Lei, e atualizado, também por lei e não por atos infra-legais. Estes apenas explicitaram os valores resultantes da atualização monetária determinada por lei *stricto sensu*. Veja-se que o valor de 0,13 UFIR que a reclamante alega haver sido fixado pelo Ato Declaratório nº 079/1997 já constava da citada IN nº 14/1992. Enfatize-se, entretanto, que nem a IN nem esse ato declaratório criaram a penalidade ora em análise.

Dessa forma, não há como imputar ao lançamento fiscal o vício da ilegalidade formal aduzida pela reclamante.

Com essas considerações, deixo de conhecer do apelo voluntário interposto pela reclamante.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2002.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES