COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS — LIVRE INICIATIVA — PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE

PARECER

Comercialização de cigarros; inconstitucionalidade da restrição ao número de unidades — Interpretação da Constituição, livre iniciativa e princípio da proporcionalidade.

PHILIP MORRIS BRASIL S.A., por seu ilustre advogado dr. José Roberto Prado de Almeida, encaminhou-me a seguinte
“Consulta

A Consulente está comercializando cigarros em embalagens com 14 (quatorze) unidades. O Secretário da Receita Federal, louvando-se no decreto-lei nº 1.593/77, na Lei nº 9.532/97, na Instrução Normativa SRF nº 021, de 18 de fevereiro de 1998, no artigo 195 do antigo Regulamento do IPI, e agora no artigo 272 do novo Regulamento do IPI, aprovado pelo decreto nº 2.637/98, pretende só possam, os cigarros nacionais, ser vendidos em embalagens continentes de uma vintena.

Alega-se que a circunstância de a Consulente comercializar cigarros em embalagens com 14 (quatorze) unidades dificulta a fiscalização do IPI, comprometendo o controle do número de cigarros comercializados e propiciando a sonegação.

Parecer exarado pelo Professor Osiris de Azevedo Lopes Filho esclarece, no entanto, que o fato de o maço ou carteira conter quatorze unidades não dificulta, nem inviabiliza o controle a ser realizado pela Secretaria da Receita Federal em relação à produção e venda de cigarros pela Consulente, desde que feita a segregação, na escrituração dos livros e documentário fiscal, em relação aos maços ou carteiras contendo vintena ou quatorze unidades. Em si mesma, diz o parecer, a utilização dos maços ou carteiras portanto quatorze unidades é neutra com referência à indução ou facilitação de prática de crimes contra a ordem tributária. No que tange ao selo especial de controle aplicado aos cigarros, é instrumento eficaz para o controle da comercialização do produto, não da sua produção. Aqui também, no entanto, a segregação, na escrituração dos livros e dos documentos de venda, de maços ou carteiras contendo quatorze ou vinte unidades impede que o fato de o maço ou carteira conter quatorze unidades dificulte ou inviabilize o controle a ser realizado pela Secretaria da Receita Federal em relação à comercialização de cigarros.

Indaga-se:

1 — São compatíveis com a Constituição de 1988 disposições normativas das quais decorra proibição a que a Consulente comercialize cigarros em embalagens contendo número inferior a uma vintena?

2 — O artigo 44 da Lei nº 9.532/97 tem o condão de validar, dentro da atual ordem constitucional, a restrição ao número de cigarros por embalagem?

3 — A norma do artigo 195 do antigo Regulamento do IPI, que tinha a finalidade de regulamentar a norma do artigo 44 da Lei nº 9.532/97, ou a Instrução Normativa SRF nº 021/98, que 'Dispõe sobre a comercialização de cigarros no País', cumpriria validamente — sob o ponto de vista constitucional e legal — esse papel?

4 — A norma do artigo 272 do novo Regulamento do IPI, aprovado pelo decreto nº 2.637, de 25.6.98, cumpriria validamente — sob o ponto de vista constitucional e legal — esse papel?

5 — O parágrafo primeiro do artigo 1º da Instrução Normativa SRF nº 021/98, que prevê apreensão dos cigarros acondicionados em embalagens contendo quantidade diferente de vinte unidades, reveste-se dos pressupostos de constitucionalidade e legalidade?"

PARECER

01. — Afirmei preliminarmente, ao empreender a análise da ordem econômica na Constituição de 1988, a necessidade de prontamente estabelecermos duas premissas.

É que — dizia¹ — de um lado não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional²

1 *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, pp. 214/215.

2 Em sentido análogo, WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *A experiência brasileira de Constituição Econômica*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 102, p. 47.

De outro lado — prossegui — sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas. A admitir-se a ocorrência de contradições entre elas, por força hão de ser elas eliminadas, seja para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja as interpretando de modo adequado e suficiente à superação da contradição ou contradições. Apenas a segunda alternativa é, todavia, praticável, até porque a primeira nos conduziria ao absurdo de supormos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neo-liberal, outra intervencionista e dirigista.

Além disso, na mesma ocasião em que averbeí as observações acima reproduzidas afirmei¹ — e isso venho reiteradamente repetindo — que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela — da norma — até a Constituição.

02. — Mais ainda: procurei demonstrar ser, a de 1988, uma *Constituição diretiva* ou *programática* [doutrinal], entendidas como tais as que não se bastam em conceber-se como mero “instrumentos de governo”, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados. Elas, pois, as que se transformam em um *plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins*; não compreendem tão-somente um *estatuto jurídico do político*, mas sim um *plano global normativo* do Estado e da sociedade. A Constituição Econômica que nelas se en-

cerra compreende a enunciação dos fins da política econômica, postulando, na sua conformação, a implantação de uma *nova* ordem econômica.

Daí referirmos uma *Constituição Econômica diretiva* (ou *programática*), que define o quadro de diretrizes das políticas públicas, coerentes com determinados objetivos também por ela enunciados²

03. — Rememoro esses trechos de minha anterior exposição para deixar bem vincada — além dos fatos de a ordem econômica constitucional vigente entre nós ser expressão de uma peculiar estrutura ideológica, porém dotada de coerência interna, e de não a podermos compreender senão quando a tenhamos apreendido em sua totalidade — a circunstância de a ordem econômica na Constituição de 1988 definir opção pelo sistema capitalista, sob a égide do mercado, impondo contudo ao Estado o dever de atuar nele e sobre ele tendo em vista a realização dos *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* [vale dizer, do Brasil] e dos *fundamentos e fim* dela própria, ordem econômica.

04. — Devo, de toda sorte, insistir ainda na afirmação de que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.

Tratando do tema em outra ocasião³ — e cogitando dos princípios da *soberania nacional* e da *livre concorrência* — insisti em que a interpretação dos textos normativos⁴ exclusivamente, mediante a desconsideração do *direito*, conduz a descaminhos inconcebíveis. Por isso observei que tanto pode negar a *soberania nacional* quem apenas leia a *livre concorrência* quanto pode negar a *livre concorrência* quem apenas leia a *soberania nacional*⁵.

1 Ob. cit., p. 176.

2 Ob. cit., pp. 58-59.

3 *Contrato de obrigações — Falsa “reserva” de mercado; livre iniciativa, livre concorrência e soberania nacional; o princípio da igualdade*, in RTDP 6/104 e ss.

4 À época, ignorando a distinção entre *texto* e *norma*, mencionei, equivocadamente, “*interpretação de normas*”.

5 Ob. cit., p. 110.

E assim prossegui: é necessário que o jurista — aquele que cogita do *direito*; não das normas, umas destacadas das outras — tome consciência de que o *direito*, enquanto sistema, é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios¹.

Mas como os princípios não valem sem exceção, podem entrar em *oposição* ou em *contradição* entre si. Assim [tomado um determinado direito como e enquanto nível de determinada realidade social, produto histórico-cultural, pleno de contradições e incompletudes] cumpre distinguirmos situações de *oposição* e de *contradição* entre princípios, situações das quais, segundo se afirma, decorriam quebras no sistema.

O primeiro tipo de conflito [*oposição*] resolve-se na medida em que, a princípios que apontem em direções opostas, âmbitos distintos de aplicação sejam designados, de modo que se estabeleça um compromisso entre ambos — “*Kompromiss zwischen verschiedenen Grundgedanken*”, diz ENGISCH². As *oposições* de princípios não são estranhas a um determinado direito, mas antes, pelo contrário, a ele conterem sentido. Delas não decorre, efetivamente, nenhuma quebra no sistema.

Já a *contradição* entre princípios, diz CANARIS³, é sempre algo que não deveria existir — uma desarmonia⁴ — e que, por isso mesmo, deve, se possível, ser eliminada.

Não se verifica, na Constituição de 1988, *contradição* entre os princípios da *livre iniciativa* e da *livre concorrência*, de um lado, e da *soberania* [econômica] *nacional*, de outro. A Constituição brasileira os harmoniza no sistema, do compromisso estabelecido entre eles e os demais princípios que informam e

conformam a ordem constitucional econômica emergindo determinando sentido.

Constituição dirigente, não se a pode conceber apenas como “*instrumento de governo*”; compreende um “*plano global normativo*” do Estado e da sociedade brasileira; postula a implantação, entre nós, de uma *nova* ordem econômica — este, aquele sentido.

05. — O retorno a esse trecho de parecer ainda de abril de 1991 justifica-se na medida em que não apenas me parece sucintamente introduzir o tema da harmonia entre os princípios contemplados pela Constituição, mas também porque tem sido citado em algumas sentenças judiciais e ainda porque dele se extrai a verificação de que a circunstância de a Constituição de 1988 definir opção pelo sistema capitalista, em regime de mercado, não significa a predominância dos princípios próprios a ele — livre iniciativa e livre concorrência — sobre os demais nela contemplados.

Por isso a atuação estatal sobre o mercado deve ser função da harmônica composição de todos aqueles princípios, em cada caso, tendo em vista, sempre, a realização dos *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* [vale dizer, do *Brasil*] e dos *fundamentos* e fim dela própria, ordem econômica.

06. — Ao atuar sobre o mercado, o Estado dispõe normas de *controle* ou de *polícia econômica*, segundo a tipologia proposta por FERNANDO AGUILLAR.⁵

As primeiras, que formatam a atividade econômica, estabelecem demarcações e requisitos para certas práticas ou acrescentam variáveis estranhas ao mercado, visando à reformatá-lo segundo determinados interesses. As de *polícia econômica* reprimem práticas

1 Vide CANARIS, *pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. de A. Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 77.

2 *Einführung in das juristische Denken*, 8ª edição, Kohlhammer, Stuttgart, 1983, p. 166. Aqui, aliás ao contrário do que entende ENGISCH, não há *contradição*, porém mera *oposição* de princípios (cf. CANARIS, ob. cit., p. 205).

3 Ob. cit., pp. 205/6.

4 Cf. ENGISCH, ob. cit., p. 165.

5 *Controle social de serviços públicos*, tese, xerografado, São Paulo, 1998, p. 94.

abusivas de mercado ou sancionam comportamentos não intolerados.¹

Para que possam ser tidas como material ou substancialmente constitucionais é necessário que umas e outras não sejam incompatíveis com a Constituição — digo-o assim para, deliberadamente, dizer mais do que simplesmente diria mencionando ausência de incompatibilidade com preceito ou com o disposto em norma constitucional.

Evidentemente não pretendo, dizendo-o, sustentar seja dispensável o conflito da norma infraconstitucional com uma norma constitucional — o que é bem diferente de conflito com um preceito [*texto normativo*] determinado da Constituição — para que se verifique a inconstitucionalidade². O que desejo é afirmar a necessidade dessas normas, sobretudo as chamadas de *controle*, guardarem plena adequação à ordem constitucional para que possam ser tidas como inconstitucionais.

Tomando, para exemplificar, dos princípios mencionados no item 04, acima, teremos que determinada norma infraconstitucional que pretenda dar concreção ao princípio da *soberania nacional* apenas poderá confrontar manifestações da *livre iniciativa* e da *livre concorrência* na medida em que o faça com observância do critério da *proporcionalidade* e na implementação de política pública voltada à realização dos *objetivos fundamentais do Brasil* e dos *fundamentos* e do *fim* da ordem econômica. O inverso é também verdadeiro:

determinada norma infraconstitucional que pretenda dar concreção aos princípios da *livre iniciativa* e da *livre concorrência* apenas poderá confrontar manifestações da *soberania nacional* na medida em que o faça com observância do critério da *proporcionalidade* e na implementação de política pública voltada à realização dos *objetivos fundamentais do Brasil* e dos *fundamentos* e do *fim* da ordem econômica.

07. — A alusão ao critério da *proporcionalidade* reclama a introdução de breve consideração propedêutica.

O princípio da *proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit*) desdobra-se em três subprincípios: o de *adequação* (*Geeignetheit*), o de *necessidade* [mandamento de uso do meio mais brando] (*Erforderlichkeit* — *Gebot des mildesten Mittels*) e o de *proporcionalidade em sentido estrito* [mandamento de ponderação específica] (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* — *eigentliches Abwägungsgebot*).³

O princípio [da *proporcionalidade*] encontra sua origem mais imediata na obra do último *von JHERING* [*Der Zweck im Recht* e *Der Kampf ums Recht*]⁴ e opera primordialmente no campo dos *juízos de legalidade*, informando a *interpretação do direito*. Não obstante, porque também abrange a atividade da Administração, também a informa.

Importando a *proibição de excesso* [*Übermassverbot*], o princípio, na dicção de PIER-

1 Idem; ibidem.

2 A norma resulta, inúmeras vezes, da interpretação conjunta de mais de um preceito ou texto normativo. Para a distinção entre *texto* e *norma*, vide meus *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*, trad. de Barbara Rosenberg, M.J. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 68 e ss.; *La doppia destrutturazione del diritto*, Edizioni Unicopli, Milano, 1996, pp. 58 e ss.; *Sobre produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial* "o chamado "efeito vinculante", in RTDP 16-33. Veja-se ainda RICARDO GUASTINI, *Interprétation et description de normes*, in *interprétation et Droit*, publié sous la direction de Paul Amselek, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 325, e *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 18; tb. NEIL MacCORMICK, *La texture ouverte des règles juridiques*, in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, publié sous la direction de Paul Amselek et de Christophe Grzegorzczak, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, pp. 93-96.

3 Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, p. 100.

4 Vide PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 315 e WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Ensaio de teoria constitucional*, edição do autor, Fortaleza, 1989, p. 70.

RE MULLER¹, compele os órgãos do Estado a adaptar, em todas as suas atividades, os meios de que dispõe aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos; a proporção adequada torna-se, assim, *condição da legalidade*. Essa adequação encontra-se na conformidade dos meios com o objetivo (*Zielkonformität*) e na sua prestabilidade para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) do ato². O razoável é o veículo da idéia de proporcionalidade³.

O princípio da proporcionalidade é princípio do direito brasileiro, consubstanciando um dos princípios correlatos da licitação, a que refere o artigo 3º da Lei 8.666/93. Além disso, nosso direito — e a própria Constituição, aliás — contempla inúmeras regras que lhe conferem concreção e ela penetra o direito brasileiro através da cláusula inscrita no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988. Na medida em que *condição da legalidade*, a *proporcionalidade* a completa, de sorte que, sem a sua integração a ela, esta [a *legalidade*] não estaria plenamente contemplada no direito brasileiro.

08. — Cuida-se, no caso, de comprometimento do exercício da *livre iniciativa* da consulente, que pretende comercializar cigarros em embalagens com quatorze unidades.

O Secretário da Receita Federal, em aplicando a legislação tributária, pretende compelir a consulente a comercializá-los exclusivamente em embalagens com vinte unidades. Isso sob a alegação de que a comercialização de cigarros em embalagens com quatorze unidades dificulta a fiscalização do IPI, comprometendo o controle do número de cigarros comercializados e propiciando a sonegação.

A produção e comercialização de cigarros é atividade *lícita*. Assim, é evidente que o sacrifício da *livre iniciativa* da consulente, no impedimento a que lance mão do expediente mercadológico consistente na venda de car-

teiras com quatorze cigarros tendo em vista seu melhor posicionamento no mercado, apenas se justificaria se adequado, esse sacrifício, à ordem constitucional, com observância do critério da *proporcionalidade*.

E isso porque, se injustificada ou desproporcional a exigência de que a consulente comercialize exclusivamente carteiras de cigarros contendo vinte unidades, isso conduzirá ao comprometimento também da necessária neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes⁴.

09. — Sucede que, como observa OSIRIS DE AZEVEDO LOPES FILHO no parecer referido na consulta, o fato de o maço ou carteira conter quatorze unidades não dificulta, nem inviabiliza o controle a ser realizado pela Secretaria da Receita Federal em relação à produção e venda de cigarros pela consulente, desde que feita a segregação, na escrituração dos livros e documentário fiscal, em relação aos maços ou carteiras contendo vinte ou quatorze unidades; a utilização dos maços ou carteiras em si mesma é neutra com referência à indução ou facilitação de prática de crimes contra a ordem tributária. E no que tange ao selo especial de controle aplicado aos cigarros, é instrumento eficaz para o controle da comercialização do produto, não da sua produção; aqui também, no entanto — prossegue OSIRIS DE AZEVEDO LOPES FILHO — a segregação, na escrituração dos livros e dos documentos de venda, de maços ou carteiras contendo quatorze ou vinte unidades impede que o fato de o maço ou carteira conter quatorze unidades dificulte ou inviabilize o controle a ser realizado pela Secretaria da Receita Federal em relação à comercialização de cigarros.

Tomei conhecimento do inteiro teor do parecer do professor da Faculdade de Direito da

1 Apud PAULO BONAVIDES, cit., p. 319.

2 Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, cit., p. 75.

3 Cf. XAVIER PHILIPPE, *Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, Paris, 1990, p. 21.

4 Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 226.

Universidade de Brasília e verifiquei, mais, que a unidade-padrão para o registro quantitativo da produção de cigarros era, até o recentíssimo novo Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 2.673, de 25 de junho próximo passado, o milheiro. Esse novo regulamento não fixa desde logo essa unidade-padrão, atribuindo ao Secretário da Receita Federal tal fixação.

De toda sorte, o montante de IPI a ser recolhido aos cofres públicos é definido, a cada período de dez dias, mediante o lançamento dos créditos decorrentes de entradas de insumos já tributados no estabelecimento industrial da consulente e dos débitos correspondentes a saídas dos produtos (cigarros) desse mesmo estabelecimento. O valor a recolher no período corresponderá ao saldo devedor, se houver. Todos esses cálculos, contudo, são efetuados mediante a consideração de milheiros do produto.

Para exemplificar, a consulente exibiu-me a Planilha de Apuração do IPI, o DVI — Demonstrativo de Valores de Impostos e o Livro de Apuração do IPI, que me permitiram verificar que, no período compreendido entre 1º e 10 de junho de 1988, saíram de um dos estabelecimentos da consulente 107.556,918 (cento e sete mil, quinhentos e cinquenta e seis vírgula nove um oito) milheiros de cigarros tributados. O controle desse número, relativo a *quantidade de cigarros* — milheiro ou outra unidade que, na vigência do novíssimo regulamento do IPI, venha a ser definida pelo Secretário da Receita Federal, mas sempre relativo a *quantidade de cigarros* — é que importa. É a partir da *quantidade de cigarros* — e não de *carteiras ou maços* de cigarros — que se apura o montante de tributo devido à título de IPI.

Daí porque isso me parece inquestionável: muito ao contrário do que alega a Administração fazendária, a circunstância de a consulente comercializar maços de cigarros contendo quatorze unidades seguramente não dificulta a fiscalização do IPI, nem compromete o controle do número de cigarros comercializados, de sorte a propiciar sonegação.

De mais a mais, é a consulente quem deve adotar práticas específicas, distinguindo, na

escrituração dos seus livros e documentário fiscal, os maços ou carteiras de cigarros que contêm vinte e aqueles continentes de quatorze unidades. Ou seja: a comercialização das carteiras com quatorze cigarros não acarretará a necessidade de a Administração fazendária alterar qualquer rotina ou procedimento de controle fiscal.

Por isso a exigência de que a consulente comercialize exclusivamente maços contendo vinte unidades de cigarros sacrifica a *liberdade de iniciativa* da consulente de modo inadequado à ordem constitucional.

10. — Não há lugar portanto, no caso, para aplicação da *proporcionalidade*, dado que a circunstância de a consulente comercializar maços de cigarros contendo quatorze unidades não dificulta a fiscalização do IPI, nem compromete o controle do número de cigarros comercializados, de sorte a propiciar sonegação.

Apenas se poderia cuidar da *proporcionalidade* da exigência se ela coubesse, o que, contudo, não se dá. Não é possível questionarmos a proporcionalidade — ou razoabilidade — de exigência incompatível com a ordem constitucional.

Aliás, se a atividade empreendida pela consulente — produção de cigarros para serem comercializados em maços de quatorze unidades — tornasse mais complexo o desempenho, pela Administração, de suas funções [= *dever-poder*] de controle e fiscalização tributária, ela, Administração, é que deveria aprimorar-se para esse desempenho, sem tolher o exercício da atividade econômica *lícita* compreendida pelo agente econômico.

É verdadeiramente absurda, porque expressiva de delirante autoritarismo e desprezo pela Constituição, a pretensão de que o exercício da atividade econômica *lícita* se adapte à conveniência da Administração, em especial quando essa “conveniência” não encontra justificativa plausível e compromete a neutralidade do estado diante do fenômeno concorrencial.

11. — Ademais, aqui não cabe alusão à circunstância, autêntica, de a Constituição de 1988 afirmar não a *livre iniciativa* singelamente, como expressão individualista, porém

no quanto expressa de socialmente valioso¹, mesmo porque a exigência da comercialização exclusivamente de maços de cigarros contendo vinte unidades não aprimora ou prestigia os valores sociais da livre iniciativa, antes se prestando a comprometer a necessária neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial.

A exigência de que se cuida não instrumenta e não se insere no quadro de nenhuma política que instrumente a realização dos objetivos fundamentais do Brasil e dos fundamentos e do fim da ordem econômica.

Ao contrário, agride o princípio da livre iniciativa, contemplado no artigo 170, caput da Constituição e afronta aquele outro, da livre concorrência, no inciso IV desse mesmo artigo 170. Permitto-me neste ponto insistir em que a atividade econômica empreendida pela consulente é lícita, não podendo pois, sob pena de injustificado agravo à ordem jurídica, ser discriminada.

Por isso entendo serem incompatíveis com a Constituição de 1988 disposições normativas das quais decorra proibição a que a Consulente comercialize cigarros em embalagens contendo número inferior a uma vintena; disposições normativas como tais são inconstitucionais.

12. — Indaga-me ainda a consulente se o artigo 44 da Lei nº 9.532/97 tem o condão de validar, dentro da atual ordem constitucional, a restrição ao número de cigarros por embalagem.

Diz o preceito:

“A comercialização de cigarros no País observará o disposto em regulamento, especialmente quanto à embalagem, apresentação e outras formas de controle”.

Ora, sendo inconstitucionais, como acima demonstrei, as disposições normativas das quais decorra proibição a que a consulente comercialize cigarros em embalagens contendo número inferior a uma vintena, esse artigo 44 por certo não se presta a validar qualquer restrição ao número de cigarros por embalagem.

O preceito presta-se apenas a autorizar ao Poder Executivo a disposição, em regulamento, de preceitos atinentes àquela comercialização, mas desde que plenamente adequados à ordem constitucional e à legalidade. Daí porque dou resposta negativa à indagação proposta no quesito.

13. — Da mesma forma, nem o preceito inscrito no artigo 195 do antigo Regulamento do IPI, nem a Instrução Normativa SRF nº 021/98, nem mesmo o artigo 272 do novo Regulamento do IPI, aprovado pelo decreto nº 2.637/98 prestam-se a validar qualquer restrição ao número de cigarros por embalagem.

Cumprir notar, aliás, que o artigo 44 da Lei nº 9.532/97 era tomado como fundamento para a imposição da exigência, que a Instrução Normativa SRF nº 021/98 e o recente artigo 272 do novo regulamento do IPI explicitaram.

Essa instrução e o artigo 272 deste último — *“A comercialização de cigarros no País, inclusive a sua exposição à venda, será feita exclusivamente em maços, carteiras ou outro recipiente, [sic] que contenham vinte unidades (Lei nº 9.532, de 1997, art. 44)”* — são flagrantemente inconstitucionais, o que já não ocorre com o artigo 44 da Lei nº 9.532/97, como acima anotei.

14. — Por fim, indaga a consulente se o parágrafo 1º do artigo 1º da Instrução Normativa SRF nº 021/98, que prevê apreensão dos cigarros acondicionados em embalagens contendo quantidade diferente de vinte unidades, reveste-se dos pressupostos de constitucionalidade e legalidade.

Por certo que não, até em decorrência da inconstitucionalidade do artigo 1º dessa mesma instrução, que impõe a indevida exigência de que cuidamos.

15. — Em face de todo o exposto dou as seguintes respostas aos quesitos propostos na consulta:

1 — não; não são compatíveis com a Constituição de 1988 disposições normativas das quais decorra proibição a que a Consulente

1 A expressão encontra-se em meu A ordem econômica na Constituição de 1988, cit., p. 222.

comercialize cigarros em embalagens contendo número inferior a uma vintena;

2 — *não*; o artigo 44 da Lei nº 9.532/97 *não* tem o condão de validar, dentro da atual ordem constitucional, a restrição ao número de cigarros por embalagem;

3 — *não*; nem a norma do artigo 195 do antigo Regulamento do IPI, que tinha a finalidade de regulamentar a norma do artigo 44 da Lei nº 9.532/97, nem a Instrução Normativa SRF nº 021/98, que “Dispõe sobre a comercialização de cigarros no País”, cumprem validamente — sob o ponto de vista constitucional e legal — esse papel;

4 — *não*; a norma do artigo 272 do novo Regulamento do IPI, aprovado pelo decreto nº 2.637, de 25.6.98, *não* cumpre validamente

— sob o ponto de vista constitucional e legal — esse papel;

5 — *não*; o parágrafo 1º do artigo 1º da Instrução Normativa SRF nº 021/98, que prevê apreensão dos cigarros acondicionados em embalagens contendo quantidade diferente de vinte unidades, também *não* se reveste dos pressupostos de constitucionalidade e legalidade.

É o que me parece.

São Paulo, 2 de julho de 1988

Eros Roberto Grau

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier I (França)