

possua discricionariedade para definir as alíquotas do IPI, não pode agir de forma arbitrária, tratando como essencial um produto supérfluo e vice-versa.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, quando for provocado, apreendendo o conteúdo mínimo dado pelo sistema nacional, pode verificar se o legislador dele retirou bens necessários, nele inseriu bens supérfluos ou procedeu conforme o princípio da seletividade. Nos dois primeiros casos, deve restabelecer a obediência à norma constitucional¹⁶.

Por derradeiro, registre-se que alguns autores - dos quais discordamos neste ponto - chegam inclusive a defender que o Poder Executivo deve motivar sua decisão ao alterar as alíquotas do IPI. Dessa maneira, facilitar-se-ia a observância ao princípio da seletividade e, conseqüentemente, viabilizar-se-ia com maior eficácia o controle do ato pelo Poder Judiciário¹⁷.

4.2.1. As opções do Poder Judiciário diante da alíquota não seletiva

Admitindo-se a possibilidade de controle das alíquotas pelo Poder Judiciário, surge o questionamento acerca do que deve ser feito diante da constatação de desrespeito ao princípio da seletividade. No entender de alguns, o magistrado pode definir a alíquota mais adequada para o produto cuja tributação é impugnada - ou mesmo isentá-lo¹⁸. No sentir de outros, o magistrado deve se restringir a reconhecer a inconstitucionalidade da alíquota, o que, por conseguinte, impede a cobrança do imposto por ausência do aspecto quantitativo do consequente normativo.

4.3. Breve síntese dos posicionamentos existentes

Em suma, ou se nega ao Judiciário o controle da aplicação do princípio da seletividade; ou se admite a sua realização no âmbito jurisdicional. Neste último caso, duas alternativas são possíveis: (a) restringir o poder do magistrado à declaração de

¹⁶ “Embora não se negue ao legislador ordinário a faculdade de atuar dentro de uma certa liberdade de manipulação da seletividade em função da ‘essencialidade do produto’, o conteúdo mínimo desta expressão sempre possibilitará que se verifique, em concreto, se o princípio se faz presente, nos casos em que a Constituição Federal determina a sua obediência. Na medida em que o princípio da seletividade expressa regra de proteção do contribuinte, o Judiciário tem plena competência e legitimidade para aferir, e, quando for o caso, determinar a sua observância pelo legislador ordinário, o que se faz por meio de um processo de comparação de produtos, pois é dele que resulta, em cada caso concreto, a caracterização da essencialidade.” (BOTTALLO, Eduardo Domingos *apud* Brasil. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. “Parecer nº 8.079/RJMB no RE 606.314/PE”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 214. São Paulo: Dialética, julho de 2013, pp. 153-157, p. 156)

¹⁷ “Portanto, qualquer ato do Poder Executivo, que venha a alterar as alíquotas do IPI, há de ser motivado. Caso não se pautar por critérios fundados e pertinentes, explicitados em justificativa adequada, padecerá de manifesta injuridicidade (...). Desta forma, um fato que logicamente não seja capaz de justificar a medida, jamais poderá ser tomado como motivo idôneo para a alteração de tais alíquotas. Além disso, os motivos que ensejaram a alteração das alíquotas devem ser comprovados. (...) Mais. Em homenagem ao princípio da seletividade, é necessário que esta motivação revele a existência de valores, benefícios ao consumidor final, capazes de sobrepor-se aos que tenham determinado, precedentemente, a fixação da alíquota do IPI objeto da alteração.” (BOTTALLO, Eduardo Domingos; e CARRAZZA, Roque Antonio. “IPI, seletividade e alteração de alíquotas”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159. São Paulo: Dialética, dezembro de 2008, pp. 107-114, pp. 112-114)

¹⁸ Regiane Binhara Esturilio adota esse posicionamento. Para ela, “(...) é possível aos contribuintes provocar o Poder Judiciário a analisar as operações tributadas pelo IPI e/ou pelo ICMS, para verificar se os itens submetidos à tributação são ou não essenciais, e diante de uma resposta afirmativa, assim o declarar e adequar a alíquota aplicável, determinando a exclusão da tributação ou a incidência da menor alíquota entre as previstas.” (ESTURILIO, Regiane Binhara. *A seletividade no IPI e no ICMS*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 160)

inconstitucionalidade da tributação incidente sobre determinado produto, inviabilizando a cobrança do IPI; ou (b) permitir a modulação judicial da alíquota aplicável.

4.4. A jurisprudência

O entendimento segundo o qual é defeso ao Poder Judiciário controlar as alíquotas do IPI em nome do princípio da seletividade predomina na jurisprudência. Porém, não há unanimidade nesse entendimento, sequer dentro dos mesmos tribunais.

4.4.1. Os Tribunais Regionais Federais

A seguir, colacionam-se julgados dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, com o fito de demonstrar o entendimento perfilhado por cada um deles:

a) TRF da 1ª Região:

Assentou que o controle das alíquotas do IPI não pode ser feito pelo Poder Judiciário, ao julgar diversos casos relativos à tributação do açúcar, quase todos fundados em precedentes do STF e do STJ, que anunciavam:

“Cabe ao Governo, de forma discricionária, escolher os rumos da política sucroalcooleira, utilizando-se, caso necessário, do IPI, tributo com função extrafiscal, não sendo possível ao Poder Judiciário imiscuir-se nesta seara sem a demonstração cabal de vícios de legalidade.”¹⁹

Contudo, nesse mesmo Tribunal é possível encontrar julgados dissonantes. Poucos, de fato, como a seguir transcrito, que deu provimento ao recurso do contribuinte para afastar a incidência do imposto federal em caso no qual se considerou violada a seletividade:

“3. O art. 153, § 1º, da CF/1988 estabelece verdadeira limitação ao poder de tributar e impede que o IPI seja estabelecido de acordo com critério diferente da essencialidade do produto. Ainda que seja considerado o caráter extrafiscal, a fixação das alíquotas do IPI deve obedecer ao critério da seletividade e essencialidade do produto.

4. A fixação da alíquota no patamar de 18% não obedece ao critério determinado pela CF/1988, portanto, inegável a essencialidade do produto.”²⁰

b) TRF da 2ª Região:

Também se posiciona pela impossibilidade de controle judicial das alíquotas:

“1. A Constituição da República no seu artigo 153, parágrafo 3º, inciso I, traz a necessidade de que o Imposto sobre Produtos Industrializados seja seletivo em função da essencialidade do produto.

2. Ocorre que a competência para definir o que é essencial, bem como qual a alíquota aplicável de acordo com esta essencialidade, pertence ao legislador em conjunto com o administrador e não ao Poder Judiciário. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.”²¹

¹⁹ Trecho do REsp nº 704.917/RS. Referido, dentre outros, na Apelação Cível nº 0005372-09.1998.4.01.3500. Apelante: Jalles Machado S/A Açúcar e Alcool. Apelado: União. Relator: Juiz convocado Wilson Alves de Souza. *DJe* de 20.9.2013.

²⁰ Apelação Cível nº 0036659-55.2001.4.01.3800. Apelante: Usina Luciania Ltda. Apelado: União. Relator: Des. Maria do Carmo Cardoso. *DJe* de 24.8.2012.

²¹ Apelação em Mandado de Segurança nº 200202010339934. Apelante: Cooperativa dos Produtores de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo - Copersucar. Apelado: União. Relator: Juiz convocado Luiz Norton Baptista de Mattos. *DJe* de 1º.9.2008.

c) TRF da 3ª Região:

Filia-se ao entendimento negatório do controle judicial, afirmando que:
 “(...) não pode o Judiciário substituir atribuição que a Constituição concede aos demais Poderes da União, nesse ponto em que indevidamente o Judiciário incursionaria pelos meandros das funções legislativa e administrativa, em esfera tributária, para dizer, ele Judiciário, o que deve ou não ser essencial para fins de incidência de IPI.”²²

d) TRF da 4ª Região:

Não há unanimidade, mas antes, decisões em um e outro sentido. No acórdão cujo excerto é adiante transcrito, por exemplo, vigoram os seguintes termos:

“(...) o argumento de que há amplo campo para a discricionariedade do legislador, sendo vedado exercer o controle jurisdicional sobre atos de conteúdo político, implica negação ao princípio constitucional da seletividade, cuja tutela compete precipuamente ao Poder Judiciário.”²³

A seu turno, encontra-se no repertório do mesmo Tribunal o seguinte julgado:
 “(...) ora, de tal dispositivo [art. 153, § 3º, I, da CR] não se retira que o açúcar não pode ser tributado pelo IPI, pois a fixação das condições e limites das alíquotas do tributo e o juízo acerca da seletividade e essencialidade dos produtos que serão tributados devem ser feitos pelos órgãos competentes, quais sejam, os Poderes Legislativo e Executivo (...).”²⁴

e) TRF da 5ª Região:

É de sua lavra o seguinte aresto, que revela não estar o Poder Judiciário autorizado a controlar as alíquotas do IPI:

“3. A alíquota de cinco por cento prevista para o IPI incidente sobre o açúcar, nos termos do Decreto 2.917/98 e legislação posterior, não ofende o princípio constitucional da seletividade, tampouco a legislação federal pertinente à espécie.

4. Ao legislador é que incumbe essa avaliação acerca da carga tributária, não ao contribuinte e nem ao Fisco, sendo vedado ao Judiciário legislar positivamente, devendo ser respeitada a discricionariedade do legislador.”²⁵

4.3.2. O STF

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal já manifestou sua posição sobre o tema em algumas oportunidades. A título de ilustração, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107/PR, a Corte afirmou que “a concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário”²⁶.

²² Agravo Legal em Apelação Cível nº 0016666-56.2001.4.03.6100. Agravante: Sindicato Interestadual da Indústria de Óptica do Estado de São Paulo. Agravado: União. Relator: Des. Johansom di Salvo. *DJe* de 27.8.2013.

²³ Apelação Cível nº 0023445-69.2008.404.7000. Apelante: Abip - Associação Brasileira da Indústria de Pneu Remoldados. Apelado: União. Relator: Des. Joel Ilan Paciornik. *DJe* de 17.4.2013.

²⁴ Apelação Cível nº 001759060.2013.404.9999. Apelante: Usina Alto Alegre S/A Açúcar e Alcool. Apelado: União. Relator: Des. Rômulo Pizzolatti. *DJe* de 22.5.2014.

²⁵ Apelação em Mandado de Segurança nº 200681000135067. Apelante: Columbus Sugar Distribuidora de Alimentos Ltda. Relator: Des. Francisco Barros Dias. *DJe* de 30.3.2010.

²⁶ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107/PR. Recorrente: Paiva & Meneghel Ltda. Recorrido: União. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* de 27.3.2009.

Ocorre que o STF se encontra diante da possibilidade de modificar sua jurisprudência. No Recurso Extraordinário nº 606.314/PE foi reconhecida repercussão geral quanto à “(...) possibilidade de o Judiciário estabelecer alíquota inferior àquela correspondente à classificação do produto que a autoridade fiscal entende como correta”²⁷.

Na origem, o RE nº 606.314/PE se trata de um mandado de segurança impetrado pela sociedade empresária Bisa - Biotécnica Industrial Agrícola S/A contra o Delegado da Receita Federal no Estado de Pernambuco. A impetrante produz embalagens destinadas exclusivamente ao acondicionamento de água mineral, sob a forma de garrações, garrafas e tampas plásticas. O Fisco Federal classifica esses produtos, na Tipi, na categoria “garrações, garrafas, frascos e artigos semelhantes”, cobrando uma alíquota de 10% - número que a empresa pretende reduzir a zero, por entender que, apesar de claramente se tratar de garrafas, estas devem se sujeitar à mesma carga tributária dos “produtos alimentícios”, já que seu conteúdo é essencial à vida humana.

O juízo de primeira instância concedeu a segurança, ao considerar água mineral como um alimento essencial à sobrevivência do ser humano. O impetrado interpôs apelação, aduzindo que o alimento não pode ser confundido com a embalagem que o contém; ao recurso, no entanto, negou-se provimento de forma unânime.

Dessa feita, a Fazenda Nacional interpôs o recurso extraordinário ora explicitado. Novamente afirmou que a impetrante não produz água, mas a embalagem que a acondiciona. O correto parâmetro de incidência do IPI é o segundo produto, e não o primeiro, estando-se diante, portanto, de violação ao art. 153, parágrafo 3º, I, da CF.

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria. Em seguida, o Ministro Relator abriu vista dos autos ao Procurador Geral da República, que emitiu valioso parecer. Deste, cumpre transcrever o seguinte excerto:

“É possível o controle judicial da adequação da Tipi ao princípio insculpido no art. 153, § 3º, I, da CF, não sendo admitida, contudo, a estipulação de alíquotas do IPI pelo Poder Judiciário, sob pena de atuar como legislador positivo ou de invadir campo de política fiscal. O efeito do reconhecimento da violação do princípio da seletividade do IPI em razão da essencialidade do produto é a extirpação da alíquota inconstitucional do ordenamento e consequente desoneração tributária por ausência de elemento essencial do aspecto quantitativo da hipótese de incidência.”²⁸

O julgamento de outro caso em curso no STF também pode representar mudança em sua jurisprudência. Trata-se do RE nº 714.139/SC, na origem um mandado de segurança impetrado pelas Lojas Americanas S/A contra o Estado de Santa Catarina visando ao reconhecimento de que a alíquota de 25% de ICMS incidente sobre a prestação de serviços de comunicação e sobre a energia elétrica viola o princípio da seletividade em função da essencialidade dos produtos e serviços. Frente a essa suposta inconstitucionalidade, porque os demais produtos possuem alíquota de 17% de ICMS, a empresa requereu a repetição ou a compensação da diferença.

²⁷ Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 606.314/PE. Recorrente: União. Recorrido: Bisa - Biotécnica Industrial Agrícola S/A. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe de 10.2.2012.

²⁸ Parecer nº 8.079/RJMB no RE nº 606.314/PE, destaques nossos.