

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 constitucional.<sup>16</sup>

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 verificação da observância ao princípio da seletividade e, conseqüentemente, viabilizar-se-ia com maior eficácia o controle do ato pelo Poder Judiciário.<sup>17</sup>

#### 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-lo.<sup>18</sup> 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 conseqüente 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

<sup>16</sup> "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, pots e dele que resulta, em cada caso concreto, a caracterização da essencialidade." (BOTTALLO, Eduardo Domingos apud Brasil. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. "Parcer 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)

<sup>17</sup> "Portanto, qualquer ato do Poder Executivo, que venha a alterar as alíquotas do IPI, há de ser motivado. Caso não se pade por critérios fundados e pertinentes, explicitados em justificativa adequada, parecerá de manifesta inafiducialidade (...). 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)

<sup>18</sup> Regiane Binhara Esturillo adota esse posicionamento. Para ela, "(...) é possível aos contribuintes provocar o Poder Judiciário a anular as operações tributadas pelo IPI e/ou pelo ICMS, para verificar se os bens 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." (ESTURILLO, 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 de fato 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 fundamentados 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."<sup>19</sup>

Contudo, nesse mesmo Tribunal é possível encontrar julgados dissonantes. Porcos, 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."<sup>20</sup>

###### 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."<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Trecdo do REsp nº 704.917/RJ, Relatido, dentre outros, na Apelação Cível nº 0005372-09/1998, 4.01.3500. Apelante: Jallus Machado S/A Açúcar e Alcool. Apelado: União. Relator: Juiz convocado Wilson Alves de Souza. *Dele* de 20/9/2013.

<sup>20</sup> Apelação Cível nº 0036659-55/2001 4.01.3800. Apelante: Usina Lucianita Ltda. Apelado: União. Relator: Des. Maria do Carmo Cardoso. *Dele* de 24.8.2012.

<sup>21</sup> Apelação em Mandado de Segurança nº 200202010339924. Apelante: Cooperativa dos Produtores de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo - Coperucar. Apelado: União. Relator: Juiz convocado Luiz Norton Baptista de Matos. *Dele* de 1º9/2008.



## 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."<sup>22</sup>

## d) TRF da 4ª Região:

Não há unanimidade, mas antes, decisões em um e outro sentido. No acórdão cujo excerpto 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."<sup>23</sup>

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 (...)."<sup>24</sup>

## 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 com-tribuinte e nem ao Fisco, sendo vedado ao Judiciário legislar positivamente, devendo ser respeitada a discricionariedade do legislador."<sup>25</sup>

## 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"<sup>26</sup>.

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"<sup>27</sup>.

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 embargens destinadas exclusivamente ao condicionamento 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 excerpto:

"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 *extinção da alíquota* inconsistente com o ordenamento e consequente *demoneração tributária* por ausência de elemento essencial do aspecto quantitativo da hipótese de incidência."<sup>28</sup>

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.

<sup>22</sup> 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. Johnsonson de Salvo. *DJe* de 27.8.2013.

<sup>23</sup> Apelação Cível nº 0023445-69.2008.404.7000. Apelante: Abip - Associação Brasileira de Prens Remolcadores. Apelado: União. Relator: Des. Joel Han Pachonik. *DJe* de 17.4.2013.

<sup>24</sup> 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.

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

<sup>26</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107/PR. Recorrente: Parva & Menghini Ltda. Recorrido: União. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* de 27.3.2009.

<sup>27</sup> Repetição 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.

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