

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PRETENDE ASSUMIR PODERES DE UM TÍPICO ÓRGÃO DE POLÍTICA TRIBUTÁRIA?

DOES THE FEDERAL SUPREME COURT INTEND TO
ASSUME POWERS OF A TYPICAL TAX POLICY BODY?

Marciano Seabra de Godoi¹
Efigênio de Freitas Júnior²

RESUMO: O artigo tem por problema/objeto de pesquisa a possível determinação do Supremo Tribunal Federal (STF) de exercitar – por vias indiretas – papéis típicos de um órgão de política tributária. A metodologia do artigo consiste na análise de um precedente recente do STF (RE 723.651) acerca da constitucionalidade da incidência do imposto sobre produtos industrializados sobre operações de importação de equipamentos para uso próprio por pessoas que não desempenham atividades industriais (tais como indivíduos, hospitais etc.). Analisam-se as posições, observações e fundamentações dos votos dos ministros que participaram do julgamento, de modo a verificar se o tribunal fixou seu precedente jurisprudencial de modo juridicamente coerente e se tem consciência de que pode estar avançando indevidamente sobre um campo de atuação estranho a suas atribuições e habilidades institucionais (ativismo judicial). O resultado do estudo apontou que, pelo menos no caso do julgamento analisado, o STF se mostra consciente dos riscos de sua atuação avançar sobre competências de outros poderes e tem uma compreensão equivocada sobre o que é o minimalismo judicial; insistindo numa aplicação errônea deste conceito, a Corte tende a agir como um órgão formulador de política tributária.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Política tributária. Imposto sobre Produtos Industrializados. Minimalismo judicial.

ABSTRACT: The article aims to study as its problem the possible determination of the Federal Supreme Court to exercise – indirectly – typical roles of a tax policy body. Methodology of the article consists of analyzing a recent precedent of Federal Supreme Court (RE 723.651) regarding the constitutionality of the industrialized products tax incidence on imports of equipment to be used by persons that do not perform industrial activities (like individuals, hospitals etc). Reasoning and decisions of each one of the justices are analyzed in order to investigate if the court has fixed its precedent in a juridically consistent manner, and if the court is conscious that it could be unduly advancing through a range of competence that is beyond its legal and institutional capacities (judicial activism). The article concludes that the, at least in the case examined, the Federal Supreme Court is conscious of the risks of its actuation, and has an erroneous comprehension about what judicial minimalism really is; by insisting on a wrong application of the judicial minimalism doctrine, the Court tends to act like a body that formulates tax policy.

Keywords: Federal Supreme Court. Tax policy. Industrialized Products Tax. Judicial minimalismo.

¹ Professor da Puc-Minas.

² Professor da PUC Minas. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Auditor-fiscal da Receita Federal. Conselheiro do CARF.



1 INTRODUÇÃO

No Recurso Extraordinário 723.651 (BRASIL, 2016), o Supremo Tribunal Federal (STF) examinou a controvérsia sobre a constitucionalidade ou não da incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na importação por pessoa natural de veículo automotor para uso próprio. O recorrente, pessoa natural que não desempenhava atividade empresarial de venda de automóveis, pleiteou a declaração do direito de não se sujeitar ao imposto com fundamento no princípio constitucional da não-cumulatividade e em precedentes oriundos do próprio STF.

Ao julgar a matéria em 2016, o plenário do STF decidiu, por maioria, pela constitucionalidade da incidência do imposto. Segundo a decisão do STF, o fato de o produto importado se destinar a uso próprio da pessoa natural importadora não obsta a incidência tributária.

Julgada a lide concreta, o tribunal passou a deliberar sobre a tese geral destinada a orientar o julgamento de casos semelhantes sobre incidência de IPI na importação de bens para uso próprio do importador. Neste momento, o natural seria que se afirmasse, na tese geral, a constitucionalidade da incidência do IPI na importação de qualquer produto industrializado para uso próprio do importador, visto que o fato de a importação ter sido especificamente de um automóvel em nada se mostrou relevante para a fundamentação jurídica da decisão.

Contudo, a grande maioria dos ministros preferiu firmar a tese, por eles tida como “minimalista”, segundo a qual “incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio” (BRASIL, 2016, p. 1). A adoção desta tese restritiva, que menciona numa tese geral tão somente o caso específico da importação de veículos automotores por pessoas físicas (esse tipo de importação raramente ocorre na prática) teve como objetivo, conforme admitido abertamente pelos próprios ministros durante o julgamento, propiciar que o Tribunal, em casos futuros, considerasse a possibilidade de desonerar do imposto a importação de produtos industrializados tidos por

socialmente relevantes, tais como no caso de importação por hospitais privados de equipamentos médicos.

O presente artigo tem por objeto principal investigar se essa decisão do STF no Recurso Extraordinário 723.651 (BRASIL, 2016) indica que o tribunal, conscientemente, se propôs – e está preparado para tanto – a assumir poderes típicos de um órgão de política tributária.

O artigo se organiza metodologicamente da seguinte forma: primeiramente se apresenta e analisa o julgamento do caso concreto do RE 723.651 de modo a verificar se o tribunal desenvolveu raciocínios típicos de política tributária e não de juízo de constitucionalidade; em seguida se verifica se o comportamento do tribunal pode ser considerado como uma correta aplicação da doutrina do *minimalismo judicial*, tal como afirmado por diversos ministros em referido julgamento.

2 O CASO CONCRETO JULGADO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 E O RESULTADO DO JULGAMENTO

Uma pessoa física importadora de veículo automotor impetrou mandado de segurança contra a Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de São Francisco do Sul – SC. A impetração se dirigiu contra a exigência de IPI no desembaraço aduaneiro do veículo importado.

É importante ressaltar desde logo que a ação judicial em nenhum momento se fundamentou na especificidade de a importação ter sido de um veículo automotor e não de outro tipo de bens. O pleito se fundamentou na alegação de que, quando uma pessoa não-industrial realiza importação de bens para uso próprio, é inconstitucional a cobrança do IPI, em virtude da aplicação da regra constitucional da não-cumulatividade do IPI. O impetrante alegou que, sendo o IPI um imposto não-cumulativo (art. 153, § 3.º, II da Constituição Federal – BRASIL, 1988), em que o contribuinte tem o direito de compensar o imposto pago nas entradas com o imposto devido nas saídas de produtos industrializados, a incidência do imposto ficaria inviabilizada no caso de importação por pessoa física de bens para uso próprio, visto que, neste caso, não há saída posterior de produtos

industrializados que possa permitir a compensação assegurada pela regra constitucional da não-cumulatividade.

Segundo a argumentação do impetrante, a regra do Código Tributário Nacional (CTN, Lei 5.172/1966 – BRASIL, 1966) de que o IPI tem como um de seus fatos geradores o “desembaraço aduaneiro de produtos industrializados de procedência estrangeira” (art. 46, I do CTN) não se aplicaria quando o produto importado fosse incorporado ao patrimônio do importador-pessoa física, visto que, nesse caso, não seria possível realizar-se a regra da não-cumulatividade prevista no artigo 49 do mesmo Código.

O pedido do impetrante também estava embasado em diversos precedentes de tribunais superiores sobre a mesma matéria, inclusive do Supremo Tribunal Federal. As duas turmas de julgamento do STF possuíam inúmeros julgados proferidos entre 2005 e 2013 no sentido de que não incidia o IPI na importação de veículo por pessoa física não comerciante nem empresária ao amparo do princípio da não-cumulatividade, uma vez que a pessoa física não poderia compensar o imposto devido em operações posteriores. Tal é o caso, por exemplo, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 255.682 (2.ª Turma), em cuja ementa oficial lê-se que não pode incidir IPI sobre “veículo importado destinado a uso próprio por pessoa física que não é comerciante nem empresário”, em virtude da “aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade” (BRASIL, 2005).

Na primeira instância, a ação obteve êxito e a segurança foi concedida à pessoa física importadora, adotando-se como fundamento a regra da não-cumulatividade. No julgamento da apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região (TRF-4), ocorrido em 2012, a sentença foi inteiramente reformada, denegando-se a segurança (BRASIL, 2012). Sobre a pretensa violação da regra constitucional da não-cumulatividade, o acórdão afirmou que o fato de não haver uma operação sucessiva que permita o abatimento do imposto pago na importação “não conduz à conclusão de que o tributo, nesta hipótese, será indevido, pois tal conclusão equivaleria a conceder uma isenção de tributo, ao arrepio da lei” – BRASIL, 2012. Também afirmou o TRF-4 que o pedido do impetrante desrespeita os objetivos extrafiscais do IPI (proteção da indústria nacional) e ofende o princípio da isonomia, “uma vez que o veículo produzido no mercado interno passa a concorrer em

condições desfavoráveis com os veículos importados, já que apenas o produto nacional seria tributado pelo IPI” (BRASIL, 2012).

Também com relação ao julgamento do TRF-4, ressei cristalino que a decisão levou em conta o fato de ter havido uma importação de bem destinado ao uso ou consumo de pessoa que não desempenha atividades industriais, e não a circunstância contingente de a importação ter sido de um veículo automotor.

O Recurso Extraordinário do impetrante deu entrada no STF em 2012, e teve sua repercussão geral reconhecida em 2013. O julgamento do recurso pelo plenário do STF teve início em 2014 e foi concluído em 2016. Por maioria de votos, o Recurso Extraordinário do impetrante foi desprovido, denegando-se a segurança e declarando-se a constitucionalidade da cobrança do imposto.

A maioria dos ministros acolheu o voto do relator, ministro Marco Aurélio, cujo principal fundamento foi o de que a regra constitucional da não-cumulatividade existe unicamente para evitar a bitributação (BRASIL, 2016, p. 7) ou a tributação “em cascata”, o que no caso concreto não ocorrerá em absoluto, visto que não haverá alienação posterior sujeita ao imposto sobre produtos industrializados. No voto do Relator também houve menção ao fato de que o pedido do impetrante implicaria tratamento desfavorecido à produção nacional (BRASIL, 2016, p. 10). Seguindo o padrão dos julgamentos anteriores, não há nada no voto do relator que dê relevância específica ao fato de a importação ter sido de um veículo automotor: a fundamentação levou em conta o fato de ter havido uma importação de bem destinado ao uso ou consumo de pessoa que não desempenha atividades industriais.

Os votos vencidos dos ministros Edson Fachin (BRASIL, 2016, p. 49-60) e Dias Toffoli (BRASIL, 2016, p. 75-81) acolheram a argumentação do impetrante e consideraram que a cobrança do tributo desrespeitaria a regra constitucional da não-cumulatividade e, principalmente, a jurisprudência das duas turmas do STF a respeito da matéria, que continha inúmeros julgados já transitados em julgado no sentido da inconstitucionalidade da cobrança do imposto sobre produtos industrializados na importação de bens por pessoa física para uso próprio.

O voto mais substancial no julgamento do caso foi o proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016, p. 18-44). Em seu entendimento, o voto do relator ministro Marco Aurélio estava correto quanto ao mérito (a cobrança do IPI na importação de bens para consumo final do importador que não é industrial não viola a regra constitucional da não-cumulatividade), mas representaria uma “guinada jurisprudencial” na matéria, visto que ambas as turmas do STF tinham inúmeros precedentes em sentido favorável aos contribuintes-importadores. Por isso o ministro Luís Roberto Barroso votou no sentido de aplicar o novo entendimento pela constitucionalidade da cobrança do imposto somente para casos futuros, preservando-se para os casos passados a jurisprudência de ambas as turmas do Tribunal.

Contudo, esse posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso quanto à modulação de efeitos da decisão não prevaleceu. Sete ministros³ entenderam que não estaria havendo uma verdadeira guinada jurisprudencial (visto que não havia precedentes oriundos do plenário do Tribunal) e, portanto, não aceitaram a proposta do ministro Barroso de que os efeitos da decisão proferida somente valessem para casos futuros.

Em conclusão: o plenário do Tribunal denegou a segurança e decidiu a questão no sentido da constitucionalidade da cobrança do IPI, de modo oposto ao que vinha sendo decidido até então no âmbito das duas turmas, mas não considerou ter havido guinada jurisprudencial, por isso determinou que os efeitos da decisão prevalescessem sobre os casos passados e futuros.

Como o Recurso Extraordinário 723.651 estava submetido ao rito processual da repercussão geral, segundo o qual a decisão do STF num caso concreto deve servir de referência para o julgamento de casos similares pelos demais órgãos judiciais do país⁴, era necessário que o Tribunal fixasse a tese geral a ser seguida quanto à matéria. Como se verá no item a seguir, na fixação desta tese acabou prevalecendo uma posição estranha e questionável, que indica que o Tribunal decidiu assumir um papel típico de órgãos responsáveis pela formulação da política tributária de um país.

³ Ministros Marco Aurélio (Relator), Gilmar Mendes, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Teori Zavascki, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski.

⁴ Sobre a sistemática legal da formação e do respeito aos precedentes judiciais obrigatórios no direito processual brasileiro, vide Didier Jr. (2015, p. 383-399).

3 A estranha – e inusual – formulação da tese geral (ou precedente) no RE 723.651 e o risco – especificamente considerado pelos ministros – de o tribunal estar assumindo funções de um órgão de política tributária

Nas duas instâncias judiciais inferiores, os julgamentos relativos à ação em nada se referiram à circunstância concreta de a importação ter sido de um automóvel e não de outro equipamento. Desde o início, o que foi juridicamente levado em conta pelos julgadores foi o fato de o bem importado se destinar ao uso próprio do importador, e esse importador não desempenhar atividades comerciais/industriais. Nem na sentença, nem no acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região foi dada singularidade ou relevância jurídica à circunstância de a importação ter recaído no caso concreto sobre um Cadillac conversível ano 1964 (BRASIL, 2012).

No julgamento do caso pelo STF, o voto do relator enquadró a questão em seus devidos termos, sem dar qualquer relevância específica à circunstância de a importação ter sido de um automóvel: “cabe ao Supremo decidir acerca da incidência, ou não, do aludido imposto federal nas importações de bens para consumo próprio realizadas por não contribuintes do tributo” (BRASIL, 2016, p. 6).

No mesmo sentido caminhou o voto do ministro Barroso, que percebeu claramente que o fundamento jurídico da decisão do caso não diz respeito à circunstância específica de se ter importado um automóvel e não um computador ou uma geladeira. Por isso mesmo, o ministro Barroso propôs aos demais ministros que a tese geral a ser tirada do caso concreto fosse a seguinte: “O IPI-importação pode incidir na entrada de produtos industrializados provenientes do estrangeiro, independente da destinação do bem” (BRASIL, 2016, p. 44).

No momento em que o ministro Barroso propôs a adoção dessa tese, que reflete cabalmente a *ratio decidendi*⁵ ou a fundamentação jurídica do julgado, iniciou-se uma forte movimentação entre os demais ministros no sentido de proteger ou excluir dos

⁵ Como explica Thomas Bustamante, é nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes; é na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas (BUSTAMANTE, 2012, p. 270).

efeitos da decisão a importação de alguns bens, considerados pelos ministros como de cunho estratégico ou socialmente relevantes. Os ministros afirmaram que a solução deveria ser diferente para casos em que o produto importado não tivesse similar nacional (BRASIL, 2016, p. 69) e “para outros setores completamente diversos de veículo automotor” (BRASIL, 2016, p. 67) como as clínicas e hospitais que importam equipamentos médicos (BRASIL, 2016, p. 71).

Diante de tais reações exigindo que a tese geral somente se referisse ao caso específico (e raríssimo na prática) da importação de automóveis, o ministro Barroso inicialmente resistiu e manteve seu entendimento de que (BRASIL, 2016, p. 43):

Esse, e outros problemas, são típicos do dia a dia da condução da política tributária, que não cabe ao Poder Judiciário e deve ser desenvolvida na arena própria, por quem tem voto e capacidade institucional adequada para isso. Nesse sentido, é importante lembrar que, pela feição extrafiscal que a Constituição atribuiu ao IPI, suas alíquotas podem ser zeradas por Decreto do Chefe do Executivo. Por sua vez, por não se tratar de matéria de iniciativa reservada, também o Congresso Nacional pode aprovar uma isenção para aqueles setores merecedores de um tratamento fiscal diferenciado.

Diante da resistência inicial do Ministro Barroso, fundamentada em sólidos argumentos jurídicos e na própria *ratio decidendi* do julgado, os demais ministros adentraram claramente o campo dos juízos de conveniência e oportunidade socioeconômica típicos da atividade da política tributária. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a tese do ministro Barroso tinha argumentos jurídicos “ponderáveis”, mas que seu caráter geral “traria problemas sérios em um país não desenvolvido integralmente” (BRASIL, 2016, p. 68). Veja-se como o argumento adentra o campo da projeção de efeitos macroeconômicos de possíveis medidas tributárias.

Aumentando o grau de dramaticidade da questão, diversos ministros lembraram que o país estava sob a epidemia do Zika vírus, e que a decisão do STF poderia “dificultar” a importação de equipamentos médicos para combater doenças (BRASIL, 2016, p. 72). Chegou-se mesmo a especificar o caso de um médico – Dr. Paulo Niemeyer Filho – que estaria capitaneando um hospital singular no Rio de Janeiro, que acabara de importar um equipamento de tomografia cerebral que teria custado “uma fábula em milhões de dólares” (BRASIL, 2016, p. 72).

Pressionado por essa argumentação carregada de dramaticidade, o ministro Barroso encontrou a seguinte maneira de capitular (BRASIL, 2016, p. 73):

Mas, olha, embora eu ache que a tese jurídica [de que o imposto pode incidir em todas as importações de bens para uso próprio] seja correta e valha para todas as hipóteses, eu me sensibilizo com uma tese mais restrita, se esse for o entendimento. Eu acho difícil de sustentá-lo dogmaticamente, mas acho moralmente defensável. Então, está bem!

Diante da pressão da maioria dos ministros, a tese geral adotada para o caso passou a ser a seguinte: “Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio” (BRASIL, 2016, p. 1). Contudo, quando se leva em conta a fundamentação jurídica do acórdão do STF (bem como das decisões anteriores do mesmo caso), vê-se claramente que a razão de decidir (*ratio decidendi*) não se referiu à circunstância contingente de a importação ter sido de um veículo automotor. A equação jurídica resolvida pelo Tribunal quanto ao mérito da questão levou em conta, isto sim, o fato de ter havido uma importação de um bem destinado ao consumo final de um importador que não desempenhava atividade industrial ou comercial.

O erro jurídico cometido pelo Tribunal também pode ser demonstrado a partir do conceito processual de *causa de pedir*. Na definição de José Carlos Barbosa Moreira, a *causa de pedir* é o fato ou o conjunto dos fatos a que o autor de uma ação atribui a produção do efeito jurídico por ele visado (MOREIRA, 2002, p. 15). No caso concreto ora em estudo, o efeito jurídico pretendido pelo autor (declaração da inconstitucionalidade da exigência do imposto de importação) não decorria do fato de ter sido importado um automóvel por pessoa natural, mas do fato de ter sido importado um bem destinado ao uso e consumo do importador numa situação em que não haveria uma circulação posterior de referido bem. Para a aplicação da norma constitucional que o autor da ação apontou como violada – a regra da não-cumulatividade do imposto – obviamente não era necessário que a importação tivesse sido especificamente de um automóvel, bastando que a importação tivesse sido de um bem destinado ao uso e consumo final do importador.

Por isso o correto, do ponto de vista jurídico, seria que, em se tratando de estabelecer um precedente - ou uma tese geral - a partir do julgamento do RE 723.651,

esta tese se referisse não ao aspecto circunstancial da importação de um automóvel por pessoa natural e sim ao aspecto necessário da importação de um bem destinado ao consumo final de um importador que não desempenhe atividade industrial ou comercial.

Conforme esclarecem Didier Jr., Braga e Oliveira “em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*” ou os próprios “fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 456). Para Conrado Hübner Mendes, a *ratio decidendi* corresponde aos fundamentos definitivos para decidir, à prescrição que pode ser aplicada a casos futuros (MENDES, s/d). No mesmo sentido, Thomas Bustamante afirma que a “reconstrução da *ratio decidendi* (...) deve ser uma elucidação das premissas normativas tomadas como etapas de justificação de uma decisão judicial” (BUSTAMANTE, 2012, p. 277). Apliquemos essa lógica ao caso concreto: se o voto do relator – ao qual aderiu a grande maioria dos ministros – estampou em sua própria ementa que “incide, na importação de bens para uso próprio, o Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo neutro o fato de tratar-se de consumidor final” (BRASIL, 2016, p. 1), então resta claro que o fundamento jurídico da decisão não se prendeu à circunstância de ter sido importado um automóvel. Mesmo que a importação tivesse sido de outro bem, o resultado do julgamento seria o mesmo, desde que houvesse ocorrido a importação de um bem destinado ao consumo final de um importador que não desempenhe atividade industrial ou comercial.

Há outra forte evidência de que a formulação da tese do RE 723.651, ao se prender ao dado contingencial da importação de um automóvel por pessoa natural, destoou não só da lógica jurídica, mas também da prática reiterada do Tribunal. No final da década de 90, o Tribunal julgou uma série de casos em que pessoas físicas haviam importado veículos automotores e pleitearam a invalidade da cobrança do ICMS sobre referidas operações, alegando que o imposto não poderia incidir sobre importações de bens destinados ao uso ou consumo final de importadores que não fossem comerciantes. Julgando o caso, o Tribunal decidiu pela invalidade da cobrança do tributo (BRASIL, 1998; BRASIL, 1999). Quando o Tribunal decidiu formular uma tese sobre o tema, a ser seguida obrigatoriamente pelas instâncias inferiores (Súmula 660), não colocou na tese a

circunstância contingente da importação de um veículo automotor, e sim a *ratio legis* adotada nos acórdãos: “Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto” (BRASIL, 2003). Constata-se, claramente, uma clara contradição entre o que o Tribunal fez no caso da elaboração da Súmula 660, em 2003, e no caso da elaboração da tese relativa ao tema 643 da repercussão geral (RE 723.651), em 2016.

Como conclusões parciais, tem-se o seguinte: a decisão do STF quanto ao mérito da questão posta no RE 723.651 contém, do mesmo modo que as decisões judiciais anteriores havidas no processo, um fundamento jurídico ou uma *ratio decidendi* que não parte de uma constelação fática ligada à circunstância específica da importação do automóvel por pessoa natural. Contudo, no momento em que o Tribunal estabeleceu uma tese para o tema, contrariou-se toda a lógica dos precedentes judiciais – bem como a prática adotada em 2003 na elaboração da Súmula 660 – para fazer menção tão somente à circunstância contingente da importação de um automóvel por pessoa física. Os motivos para tanto, expressamente formulados pelos ministros, foram o de evitar danos econômicos e sociais decorrentes da aplicação da tese a outras hipóteses de importação também abrangidas na *ratio decidendi* do acórdão. Ao agir assim, estaria o Tribunal assumindo típicos papéis de um órgão de política tributária? É o que se examina no próximo item.

4 O QUE É A POLÍTICA TRIBUTÁRIA E POR QUE SUA LÓGICA HEURÍSTICA E DECISÓRIA É BEM DISTINTA DA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE APLICAM O DIREITO CONSTITUCIONAL-TRIBUTÁRIO

Obras gerais (BALEEIRO, 2010; SOUSA, 1964) e tratadísticas (SÁINZ DE BUJANDA, 1977; TORRES, 2009) sobre o direito financeiro e tributário fornecem úteis definições introdutórias sobre o que seria a política fiscal e tributária.

Baleeiro afirma que a ciência das finanças, enquanto ciência social aplicada, daria vazão a uma ou mais *políticas*, entendidas no sentido de “diretrizes sociais concretizadas numa série de medidas práticas” (BALEEIRO, 2010, p. 33). A visão de Rubens Gomes de Sousa ressalta a íntima relação da política fiscal ou financeira com a política em sentido amplo e com a ciência econômica em sentido estrito: caberia à política financeira

“escolher, dentre os elementos econômicos cuja existência seja indicada pela economia financeira, aqueles que devam ser utilizados em cada caso particular”, sempre escolhendo os meios “que estejam mais de acordo com o tipo [político] particular de Estado de que se trate” (SOUSA, 1964, p. 17-18).

A mesma ideia desses clássicos autores brasileiros é explicitada pelo professor espanhol Sáinz de Bujanda, ao afirmar que os formuladores da política financeira-tributária buscam formular e aplicar as medidas que devem ser adotadas no manejo dos instrumentos financeiros e tributários para que estes “provoquem precisamente o tipo de efeitos que se reputam desejáveis, em função de certas metas previamente definidas” (SÁINZ DE BUJANDA, 1977, p. 173).

Em uma frase, o objeto central da política tributária são as perguntas – logicamente anteriores e antecedentes ao estabelecimento de um acabado sistema tributário – O que se deve tributar? Quem e como se deve tributar? Que objetivos devem ser buscados com a tributação? (MIGUEZ, 2017).

Em suma, a política fiscal e tributária utiliza-se de conceitos, modelos, doutrinas e técnicas econômico-financeiras para criar e alterar ambientes institucionais buscando atingir determinados objetivos⁶. Sendo assim, percebe-se claramente que a política fiscal e tributária encara o direito financeiro e tributário não como normas já criadas que demandam aplicação concreta, mas como instrumentos em produção ou a serem produzidos (*in fieri*), daí a sua perspectiva *de lege ferenda*, relativa a uma lei que ainda está por fazer ou por criar (TORRES, 2009, p. 169).

A realidade do juízo de constitucionalidade, que se espera de uma corte constitucional, é bem distinta. Esse juízo consiste na decisão sobre uma alegada contrariedade a uma ou mais normas constitucionais por parte de normas infraconstitucionais ou atos concretos como decisões judiciais e atos administrativos⁷. Aqui a lógica não é a de encontrar meios eficientes para atingir no futuro finalidades desejadas (como na política tributária), mas sim a lógica de aplicar normas positivas a situações

⁶ A política tributária engloba necessariamente conhecimentos específicos de diversos campos científicos, como a economia, a psicologia comportamental, a ciência política, a contabilidade e o direito (PISTONE *et al.*, 2019, p. 1).

⁷ Sobre as particularidades hermenêuticas da interpretação constitucional, vide Silva (2005). Sobre o sistema brasileiro de jurisdição constitucional, vide Barroso (2019).

concretas já realizadas. Vejamos o que fez o STF no julgamento examinado no presente artigo (RE 723.651 e formulação da tese geral do tema 643 da repercussão geral).

O juízo de constitucionalidade a ser emitido pelo STF estava claramente delineado nos autos do processo: tratava-se de decidir se a cobrança do IPI-importação, respaldada pelo acórdão do TRF-4, era constitucional ou não. A norma constitucional que, segundo o autor do recurso, teria sido desrespeitada era a norma da não-cumulatividade do IPI (art. 153, § 3.º, II da Constituição). Além disso, sempre esteve muito claro que o motivo (ou causa de pedir) da pretensa invalidade da cobrança não tinha a ver com a particularidade de ter sido importado um veículo automotor por pessoa física, e sim com a circunstância de uma pessoa que não é industrial importar um bem para uso próprio e não para revenda/industrialização.

A resposta do STF foi inicialmente precisa: emitiu-se um juízo de constitucionalidade no sentido de que a cobrança do tributo estava prevista no Código Tributário Nacional e não contrariava a norma constitucional da não-cumulatividade. A formulação desse juízo de constitucionalidade manifestou-se tanto nos votos dos ministros que formaram a maioria⁸ quanto nos votos dos ministros que formaram a minoria⁹. Até aqui, prevaleceu a lógica das decisões judiciais que aplicam normas constitucionais a situações concretas.

Mas eis que, tão logo se verificou que a tese jurídica ou a razão de decidir abrangia não a contingência da importação de um automóvel e sim a importação de bens para uso de importadores que não são comerciantes/industriais, outra lógica passou a presidir o julgamento. A partir de então, os ministros passaram não a aplicar as normas da Constituição, mas a proferir juízos sobre possíveis impactos socioeconômicos da aplicação do precedente (*ratio decidendi*):

Mas na área de pesquisa, como lembrou o Ministro Presidente, há enorme dificuldade para as universidades na importação de produtos de alta tecnologia, para o qual não há concorrência no mercado (...)

Nós estamos diante de uma epidemia de zika, agora, nós vamos ter que ter equipamentos laboratoriais específicos. (...) E aí vamos desconhecer isso? (...) O

⁸ “O acórdão formalizado pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região guarda sintonia com as normas primárias e secundárias do tributo” (voto do Ministro Marco Aurélio - BRASIL, 2016, p. 12).

⁹ “Na importação de produtos estrangeiros, inexistente autorização constitucional para a cobrança de IPI quando a importação for feita, para uso próprio, por pessoa física ou por jurídica que não ostente a qualidade de contribuinte, na condição de industrial ou comerciante” (voto do Ministro Dias Toffoli - BRASIL, 2016, p. 81)

Rio de Janeiro, agora, importou um equipamento de tomografia cerebral (...) esse equipamento foi uma fábula em milhões de dólares (BRASIL, 2016, p. 71-72).

O ministro Barroso procurou, em vão, alertar o tribunal de que há caminhos e instituições próprias para lidar com essas questões econômicas, cuja análise e projeção demandam instrumentos e conhecimentos que os ministros do STF não possuem:

Agora, o que me parece fundamental é uma questão de capacidade institucional: quem é que tem a competência para fazer a seleção desse tributo seletivo? Acho que, em linha de princípio, é o Chefe do Executivo e o Congresso Nacional (...). Então, ou temos uma tese ampla – a importação de produtos industrializados por não contribuinte, paga – ou não temos uma tese. Quer dizer: eu não acho que a gente possa fixar a tese: carro, sim; computador, não; roupa, sim; sapato, não. Esse não é o nosso papel (BRASIL, 2016, p. 69-70).

Mesmo diante dessa advertência explícita quanto ao “avanço de sinal”, quanto à assunção de competências para as quais o Tribunal não estava preparado nem autorizado, a lógica prospectiva, de projeções econômicas, continuou a prevalecer. Houve um momento em que a lógica de política econômica e tributária se impôs de modo explícito:

(...) há equipamentos importantíssimos para laboratórios físicos, químicos, para equipamentos de astronomia, etc. Realmente, se nós generalizarmos a tese, nós podemos prejudicar setores de ponta que dependem de equipamentos não fabricados no Brasil e que podem inviabilizar, inclusive, a pesquisa científica, ou dificultar sobremaneira (...) traria problemas sérios em um país não desenvolvido ainda integralmente (BRASIL, 2016, p. 68).

Os ministros do STF não levaram em conta que uma decisão estatal que pretende implementar o desenvolvimento socioeconômico de um país não deve basear-se em simples impressões ou intuições econômicas bem-intencionadas. A formulação da política tributária, daí o fato de ser necessária uma adequada institucionalização de seu processo, exige um marco teórico consistente e um complexo levantamento e análise/simulação prévios de dados e relações cruzadas de causa e efeito, tais como “a estrutura formal e funcional do sistema tributário, a distribuição setorial, social e espacial da carga tributária e os efeitos paramétricos dos tributos sobre o comportamento dos agentes econômicos”, para então utilizar – certamente passando pela lógica da tentativa e erro – esses efeitos paramétricos com vistas a interferir e provocar o processo do desenvolvimento (SILVA, 2009, p. 98).

Ao se arvorarem, sem mais, em autênticos formuladores de política econômica, os ministros foram temerários e acabaram cometendo erros primários, como supor que a cobrança de IPI vá prejudicar a importação de equipamentos por universidades e hospitais para fins de tratamento e pesquisas tecnológicas, visto que a maior parte dessas instituições (públicas ou privadas) são imunes a impostos¹⁰ ou, caso excepcionalmente não o sejam, podem obter regimes especiais de não-cobrança do imposto concedidos pelo poder executivo quando não há equipamento similar nacional. Num exemplo de como a discussão se travou sem quaisquer dados e informações fáticas seguras e confiáveis, um dos ministros afirmou que “a quantidade de importação de carros [por pessoa física] é sobejamente superior à importação de novos equipamentos médicos” (BRASIL, 2016, p. 71), enquanto outro afirmou que “a importação de carros por pessoa física é tão complexa e cara que ninguém importa, salvo colecionador” (BRASIL, 2016, p. 72).

Finalmente, é importante registrar que, durante os debates entre os ministros que acabaram levando à reformulação da tese, em nenhum momento o raciocínio foi guiado pela aplicação de alguma norma constitucional específica que pudesse fundamentar concretamente essa decisão. Tudo se guiou pela lógica da necessidade de prevenir de forma geral e intuitiva – sem as informações e levantamentos prévios necessários – desequilíbrios e dificuldades econômicas de setores de algum modo ligados ao desenvolvimento tecnológico e à saúde.

5 A RESTRIÇÃO DA TESE GERAL FORMULADA NO RE 723.651 CONFIGURA UMA APLICAÇÃO CORRETA DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DO *MINIMALISMO JUDICIAL*?

Com o intuito talvez de dar certo ar de justificativa teórica para a decisão de restringir a tese geral sobre a validade da incidência do IPI-importação ao caso específico da importação de automóveis, alguns ministros do STF se referiram a essa posição como sendo uma “postura minimalista” (BRASIL, 2016, p. 70-74). Seria tal caracterização correta e justificada à luz da doutrina do minimalismo judicial na interpretação da Constituição?

¹⁰ Vários importadores desse tipo de equipamentos são entes públicos, que atraem a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a” da Constituição, enquanto outros podem se qualificar como instituições de educação sem fins lucrativos (art. 150, VI, “c” da Constituição).

A proposta do minimalismo judicial, cuja matriz é estadunidense, caminha no sentido da autocontenção das cortes constitucionais, as quais, em casos extremamente controversos sobre direitos e liberdades fundamentais, deveriam buscar “dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido” (MENDES, 2011, p. 119). O minimalismo valoriza as “virtudes passivas” de uma corte constitucional, que se preocupa com a democracia deliberativa e procura garantir uma ampla margem de atuação para o poder legislativo interpretar ele mesmo os valores e princípios constitucionais.

No caso do julgamento do STF analisado no presente artigo, a postura do tribunal foi, na verdade, o oposto da autocontenção e das virtudes passivas. Em vez de se limitar a decidir quanto à possível cobrança de um imposto à luz da causa de pedir e das normas constitucionais discutidas no processo, o tribunal avançou sobre uma discussão dos possíveis efeitos econômicos de incidências tributárias sobre as quais não dispunha de suficiente informação empírica. Mesmo diante de advertências de que o tribunal não detinha a necessária “capacidade institucional” para avaliar essas questões econômicas e deveria deixar para os poderes legislativo e executivo a regulação das possíveis desonerações fiscais (BRASIL, 2016, 43, p. 70), a grande maioria dos ministros considerou que o tribunal deveria ele mesmo exercer os poderes de definir, em casos futuros, que tipo de importação deveria e que tipo de importação não deveria sofrer a incidência do imposto. Ao optar por tal solução, o STF acumula poderes institucionais a serem exercidos discricionariamente ao longo do tempo, num típico comportamento de ativismo judicial, em sua faceta negativa de extrapolação das funções inerentes ao poder judiciário (CONTINENTINO, 2012, p. 145), com recusa de reconhecimento das restrições epistêmicas de juízes e cortes e autoexpansão do papel político-institucional desses atores em detrimento de outras instituições relevantes de uma dada ordem constitucional (CAMPOS, 2014, p. 347-350¹¹).

¹¹ Segundo a pesquisa desse autor, que atuou por muitos anos como assessor no gabinete do Ministro Marco Aurélio no Supremo Tribunal Federal, “à medida que no novo milênio se aproximava, teve início a era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal” (CAMPOS, 2014, p. 353), sendo que atualmente “o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é uma realidade incontestável” (CAMPOS, 2014, p. 341).

Há outra questão digna de nota. É o próprio estadunidense Cass Sunstein, um dos principais expoentes e sistematizadores da doutrina do minimalismo judicial, quem afirma que (SUNSTEIN, 2001, p. 263) o ideal da decisão o mais restritiva possível não se deve aplicar para casos de áreas do direito em que há grande necessidade de previsibilidade, como os direitos reais, os contratos e – adicione-se com ainda mais razão – naturalmente o direito tributário. Veja-se o que a decisão do STF acabou provocando em termos de falta de previsibilidade e segurança jurídica numa área tão sensível como a do direito tributário: mesmo que a *ratio decidendi* do julgamento tenha indicado que o IPI pode incidir nas importações de bens para uso final por pessoas não industriais ou comerciantes, caberá ao STF, em casos futuros, deliberar em que situações concretas (importação de equipamentos médicos, de equipamentos para pesquisa tecnológica etc.) essa incidência está autorizada, e em que casos ela não está. Percebe-se claramente que a postura do tribunal foi o oposto da autocontenção, e na verdade procurou concentrar poderes para si mesmo em vez de dividi-los com os poderes legislativo e executivo.

A conclusão deste item do estudo é que se mostra equivocada a tentativa de justificar a decisão do STF ora analisada como uma “postura minimalista”, mesmo porque a virtude passiva do minimalismo é típica de julgamentos com alta carga de controvérsia sobre temas sensíveis de moralidade política (SUNSTEIN, 2009, p. 42) como liberdade de expressão, liberdade religiosa, aborto, eutanásia etc., algo totalmente estranho a um julgamento sobre uma incidência tributária específica sobre importações.

6 CONCLUSÃO

No julgamento analisado no presente artigo (BRASIL, 2016), o STF se mostrou resolutamente disposto a ir muito além do que se espera de uma corte responsável por juízos de constitucionalidade e formação de precedentes com base na *ratio decidendi* de seus julgados. Após configurada a exata extensão do precedente a partir da causa de pedir e da fundamentação decisória adotada em todas as esferas judiciais, os ministros do STF consideraram-se autorizados, mesmo contra fortes advertências de um dos integrantes da corte, a realizar juízos prospectivos sobre diversos efeitos econômicos possivelmente advindos da aplicação do precedente.

Em vez de deixar raciocínios e avaliações típicos de política fiscal e tributária a cargo das instituições representativas e que dispõem de recursos heurísticos e epistêmicos para tanto, o tribunal avançou leviana e canhestramente sobre esse terreno. Ainda reputou sua postura como “minimalista”, olvidando-se de que a doutrina do minimalismo judicial parte de uma visão de autocontenção e virtudes passivas, bem como é própria dos chamados casos difíceis a envolver acesas e polarizadas controvérsias morais, contexto muito distinto de um caso (como o estudado) relativo a incidências tributárias sobre importações.

Com as conclusões e reflexões acima, o presente artigo busca estimular o desenvolvimento de novos estudos sociojurídicos que possam alargar progressivamente o raio de visão sobre as estratégias argumentativas do STF em matéria fiscal e tributária, a fim de construir um conhecimento mais profundo – e um controle social mais eficaz – sobre os caminhos e descaminhos da jurisdição constitucional em nosso país.



REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. **Apelação 5005354-77.2012.404.7201/SC**. Relator: Des. Otávio Roberto Pamplona, 03 de setembro de 2012. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5262578.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 255.682/RS**. Relator: Min. Carlos Velloso, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365060>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 191.346/RS. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 nov. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 203.075/DF. Pleno, Redator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 out.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 723.651/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio, 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310065038&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 660. **Diário de Justiça**, Brasília, 9 out. 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial** – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial. Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In*: Fredie Didier Jr. *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 383-399.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2016. v. 2.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Lendo uma decisão: obiter dictum e *ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão. **Sociedade Brasileira de Direito Público**, s.d. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf.

MIGUEZ, Santiago Díaz de Sarralde. **Política Tributaria: ¿qué gravar, cómo gravar, qué objetivos debe procurar el sistema tributario?** Panamá: CIAT, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PISTONE, Pasquale *et al.* **Fundamentals of taxation** – An introduction to tax policy, tax law and tax administration. Amsterdam: IBFD, 2019.

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. **Sistema de derecho financeiro**. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977. v. 1.

SILVA, Gerson Augusto da. **A Política Tributária como instrumento do desenvolvimento**. 2. ed. Brasília: ESAF, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária** – parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1964.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **A constitution of many minds.** Princeton: Princeton University Press, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário** – constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

GODOI, Marciano Seabra de; FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. A Sociologia do Direito de Marx: trajetória teórica de sua construção. **RBSD** – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 2, p. 137-156, maio/ago. 2020.

Recebido em: 15/02/2020

Aprovado em: 06/04/2020