

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	: LUIZ GERALDO BERTOLINI FILHO
ADV.(A/S)	: ULISSES BITENCOURT ALANO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IMPORTAÇÃO DE BENS PARA USO PRÓPRIO – CONSUMIDOR FINAL. Incide, na importação de bens para uso próprio, o Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo neutro o fato de tratar-se de consumidor final.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, consignando a seguinte tese: “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”. Quanto à modulação, o julgamento foi suspenso. Na assentada seguinte, não se alcançou o quórum para a modulação dos efeitos da mencionada decisão, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 4 de fevereiro de 2016.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **LUIZ GERALDO BERTOLINI FILHO**
ADV.(A/S) : **ULISSES BITENCOURT ALANO E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão mediante o qual a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou sentença do Juízo, para assentar a legitimidade constitucional da exigência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI relativamente à importação de veículo automotor, mesmo que para uso próprio de importador pessoa natural. Segundo fez ver, a destinação final do bem é irrelevante para a definição da incidência do tributo, pouco interessando tratar-se, o adquirente, de pessoa natural consumidora definitiva do produto. Entendeu inexistir ofensa ao princípio da não cumulatividade, porquanto, nas operações de importação de bens para utilização própria, o importador atua como substituto tributário do exportador não tributado pelas leis brasileiras, ficando descaracterizado o IPI como um imposto indireto. Eis a síntese do entendimento adotado:

TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. INCIDÊNCIA.

1. É legítima a incidência do IPI na importação de veículo para uso próprio, por pessoa física, uma vez que a destinação final do bem não é relevante para a definição da incidência do tributo em questão. De qualquer sorte, a destinação do bem, no campo do direito tributário, deve ser aferida a partir da ótica do alienante e não do adquirente, sob pena de reconhecer-se forçosamente a inexigibilidade de todo e qualquer tributo incidente sobre produto adquirido por consumidor final, o que não guarda razoabilidade.

2. O fato de pessoa física possuir domicílio ou residência, e

RE 723651 / PR

não estabelecimento, também não guarda nenhuma relevância para desqualificar a pessoa física importadora como contribuinte do IPI, nem mesmo como contribuinte do ICMS, na redação anterior à EC 33/2001, já que tal critério foi utilizado pela Constituição Federal em sua redação anterior à referida EC tão somente para definir o ente federado destinatário da arrecadação, num contexto de guerra fiscal, e não para excluir a incidência dos impostos incidentes na importação.

3. Não há falar em ofensa ao princípio da não cumulatividade. O fato de não haver uma operação sucessiva que permita o abatimento do valor 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. Nas importações para uso próprio, o importador age como substituto tributário do exportador que não pode ser alcançado pelas leis brasileiras, descaracterizando o IPI como tributo indireto, em tais hipóteses.

4. O *'IPI tem caráter fortemente extrafiscal, constituindo instrumento de política econômica; logo, a tributação no caso em tela surge como mecanismo de proteção ao fisco contra fraudes e instrumento de preservação da isonomia e equidade no comércio internacional'* (STJ, REsp nº 794.352/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. 17-12-2009, Dje 10-02-2010). A pura e simples exoneração do tributo, sob equivocada invocação do princípio da não cumulatividade, além de operar contrariamente à finalidade extrafiscal do tributo, acarreta ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que o veículo produzido no mercado interno passa a concorrer em condições desfavoráveis com os veículos importados, pois, neste caso, apenas o produto nacional seria tributado pelo IPI.

5. Entendimento que se harmoniza com a redação dada pela EC nº 33/2001 ao art. 155, § 2º, IX, 'a' da Constituição Federal, o qual, relativamente ao ICMS, tributo da mesma espécie do IPI, dispôs que *'incidirá também sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja*

RE 723651 / PR

a sua finalidade'. Superveniência de Emenda Constitucional que tornou superado o entendimento antes consolidado na Súmula nº 660 do STF e com base no qual aquela Suprema Corte em alguns julgados não submetidos à sistemática da repercussão geral excluiu a incidência do IPI na importação de veículo por pessoa física para uso próprio.

6. Sentença reformada.

No extraordinário, o recorrente sustenta, como pessoa natural que não desempenha atividade empresarial de venda de automóveis, o direito de não se sujeitar ao Imposto sobre Produtos Industrializados exigido em razão de importação de veículo automotor para uso próprio. Apontando haver o acórdão recorrido implicado afronta ao princípio da não cumulatividade, evoca precedentes nos quais a Segunda Turma do Supremo concluiu pela inconstitucionalidade da incidência tributária discutida – Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários nº 255.090, relator ministro Ayres Britto, nº 501.773, relator ministro Eros Grau, e nº 255.682, relator ministro Carlos Velloso.

Nas contrarrazões, a União afirma, em preliminar, que o recurso não deve ser conhecido, ante o Verbete nº 279 da Súmula deste Tribunal, a falta de repercussão geral da questão aduzida e a inexistência de afronta direta à Carta da República. Quanto ao mérito, destaca a ausência de pronunciamentos do Supremo, com eficácia vinculante, sobre o tema, assim como a necessidade de a matéria ser debatida também sob o ângulo das definições do fato gerador e do contribuinte do imposto pelo Código Tributário Nacional.

O denominado Plenário Virtual reconheceu estar configurada a repercussão geral. Eis a ementa elaborada:

IPI – IMPORTAÇÃO – PESSOA NATURAL – AUTOMÓVEL – AUSÊNCIA DE ATIVIDADE EMPRESARIAL DE VENDA – AFASTAMENTO PELO JUÍZO – INCIDÊNCIA DO TRIBUTO RECONHECIDA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO –

RE 723651 / PR

REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI na importação de veículo automotor, quando o importador for pessoa natural e o fizer para uso próprio, considerados ainda os limites da lei complementar na definição do sujeito passivo.

O Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do recurso. Afirma não haver incidência do imposto sobre a importação de veículo automotor, para uso próprio, por pessoa natural, sob pena de violação ao princípio constitucional da não cumulatividade. Cita decisões de ambas as Turmas do Supremo nesse sentido.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia devidamente habilitado, foi protocolada no prazo legal. Consigno que, liberado o processo para julgamento em 28 de agosto de 2014, veio a ser publicada a pauta no Diário Oficial de 5 de setembro seguinte.

Está em jogo definir se há sujeição de pessoa natural, que não desempenha atividade empresarial de venda de automóveis, ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI em virtude de importação de veículo automotor para uso próprio. Em outras palavras, 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.

Consoante consignei no pronunciamento em favor da repercussão geral da matéria, existem julgamentos da Primeira e da Segunda Turmas, atinentes a agravos regimentais, declarando a inexigibilidade do imposto. Persiste, todavia, a necessidade de apreciação pelo Plenário, inclusive sob o ângulo do Código Tributário Nacional – artigos 46, inciso I, e 51, inciso I –, considerada a disciplina linear e abrangente do desembaraço aduaneiro como fato gerador e do importador como sujeito passivo, não tendo sido distinguida a situação envolvendo importação de bens para uso próprio por não contribuinte.

Tenham presente a regência constitucional. O Imposto sobre Produtos Industrializados o é como tal, não podendo ser transmutado em imposto sobre produção. Isso quer dizer que incide em produtos os quais possam ser enquadrados como industrializados, ou seja, decorrentes da produção. Óptica diversa implicaria imiscuir-se o Brasil na situação tributária de outros países, com flagrante violação ao princípio que é fundamento das relações internacionais, versado no artigo 4º da Carta de 1988, a encerrar a autodeterminação dos povos, a independência

RE 723651 / PR

nacional.

Segue-se a previsão da competência para instituir o Imposto sobre Produtos Industrializados, balizamento próprio, conforme consta no § 3º do artigo 153 do Diploma Maior. É seletivo, em função da essencialidade do produto. A cláusula enseja a consideração, consoante o produto e a utilidade que apresente, de alíquotas distintas. É um tributo não cumulativo. A definição desse instituto está no inciso II do referido parágrafo. Resulta na compensação do que devido em cada operação subsequente, quando cobrado – é de evidência solar –, com o montante exigido nas operações anteriores – inciso II. Não incide sobre produtos destinados ao exterior.

Já nesse ponto se nota que a recíproca, em termos de normatização constitucional, não é verdadeira. A imunidade, porque o benefício está preconizado na Carta da República e não em outra legislação, apenas alcança os produtos industrializados que sejam exportados.

Sob o ângulo da não cumulatividade, trata-se de disciplina que acarreta a redução do impacto relativamente à aquisição de bens de capital pelo contribuinte, remetendo o texto constitucional à disciplina por lei.

A Lei Maior não distingue aquele que se mostra como contribuinte do imposto e, ante a natureza, pode ser um nacional, pessoa natural ou pessoa jurídica brasileira, sendo neutros o fato de não estar no âmbito do comércio e a circunstância de adquirir o produto para uso próprio.

Percebe-se, mais, a impossibilidade de o tributo ser confundido com o de importação. Aliás, ainda que se entenda idêntica a base de incidência, vê-se que a prática somente foi afastada quanto às taxas, no que o § 2º do artigo 145 preceitua que não poderão ter base de cálculo própria de impostos. O mesmo raciocínio é observável quanto aos impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores imobiliários.

Ainda sob o ângulo da não cumulatividade, há de ter-se presente que visa efeito único: afastar a bitributação. Vale dizer que, segundo a jurisprudência do Supremo – cito casos a envolverem a controvérsia

RE 723651 / PR

acerca do creditamento do IPI quando da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero: Recursos Extraordinários nº 353.657/PR, de minha relatoria, e nº 370.682/SC, relator ministro Ilmar Galvão, acórdão redigido pelo ministro Gilmar Mendes –, apenas cabe acionar o princípio se ocorrer a incidência sequencial do mesmo tributo. Ora, tratando-se de importação de bem para uso pessoal por pessoa natural ou para uso de pessoa jurídica, como ocorre com equipamentos estrangeiros, não há que se cogitar de alienação posterior sujeita à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados.

Na situação concreta, o recorrente importou veículo automotor para uso próprio. Vindo a aliená-lo, a conjugação da Constituição Federal com o Código Tributário Nacional revela não incidir o tributo. O princípio da não cumulatividade não pode ser articulado para lograr-se, de forma indireta, imunidade quanto à incidência tributária. Repito: pressupõe, sempre e sempre, a existência de operações sequenciais passíveis de tributação.

O alcance do princípio foi bem elucidado quando o Plenário julgou o Recurso Extraordinário nº 566.819, sob a minha relatoria. Na oportunidade, fiz ver:

A respeito da definição técnico-constitucional do princípio da não-cumulatividade, valho-me do que consignei quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 353.657-5/PR:

Relembre-se que, de acordo com a previsão constitucional, a compensação se faz considerado o que efetivamente exigido e na proporção que o foi. Assim, se a hipótese é de não-tributação ou de prática de alíquota zero, inexistente parâmetro normativo para, à luz do texto constitucional, definir-se, até mesmo, a quantia a ser compensada.

A equação, segundo a qual a não-tributação e a alíquota zero viabilizam creditamento pela alíquota da

RE 723651 / PR

operação final conflita com a letra do inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, que versa sobre a compensação do “montante cobrado nas anteriores”, diga-se, nas operações anteriores. Não tendo sido cobrado nada, absolutamente nada, nada há a ser compensado, mesmo porque inexistente a alíquota que, incidindo, por exemplo, sobre o valor do insumo, revelaria a quantia a ser considerada.

...

O raciocínio desenvolvido no tocante ao que se denomina crédito do IPI presumido, já condenado sob o ângulo da alíquota zero ou da não-tributação - e, por coerência, também deve sê-lo da isenção -, considerada a entrada de insumo, resulta em subversão do sistema nacional de cobrança do tributo, partindo-se para a adoção do critério referente ao valor agregado. Potencializa-se, além do que estabelecido em lei, a seletividade. Esta acabaria gerando vantagem, à margem da previsão, para o contribuinte.

Mais do que isso, deságua em duplicidade de vantagem. O contribuinte passaria a contar com o crédito inicial, presente a entrada do insumo tributado, e, posteriormente, haveria a apuração do que agregado para estipular-se valor que não seria o do produto final.

Pois bem, o raciocínio, além de revelar desprezo pelo sistema pátrio de cobrança do tributo, discrepa das balizas próprias à preservação do princípio da não-cumulatividade. Estas direcionam sempre, quanto ao produto final, à aplicação da alíquota levando-se em conta o valor respectivo, porquanto já escriturado o crédito decorrente da satisfação do tributo no tocante ao insumo. Em última análise, ante o critério seletivo, com tributo final menor, passar-se-ia a ter jus à diferença considerado o que recolhido a maior anteriormente e já objeto do creditamento.

RE 723651 / PR

O Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar pela Carta de 1988, no que não se mostre com esta incompatível, prevê, em atendimento ao disposto no artigo 146 nela contido, os parâmetros necessários a ter-se como legítima, como regular, a incidência do IPI em bens importados presente a definição do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte. Lê-se, no artigo 46 do Código, que o imposto, de competência da União, recai em produtos (resultado da produção) industrializados e, no caso, tem como fato gerador o desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira – inciso I. O parágrafo único do citado artigo define produto industrializado, considerada, até mesmo, a ordem natural das coisas, como aquele submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para consumo.

Sob o ângulo da base de cálculo, dispõe o artigo 47 que, se o produto advém do estrangeiro, o preço normal é o versado no inciso II do artigo 20 do mesmo Código, acrescido do montante do Imposto sobre a Importação, das taxas exigidas para entrada do produto no país, dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis. Para documentação, incumbe consignar que a remessa, no artigo 47, ao inciso II do artigo 20 do Código Tributário leva a observar-se, quando a alíquota seja *ad valorem*, o preço normal que o produto, ou o similar, alcançaria, ao tempo da importação, em uma venda em condições de livre concorrência, para entrega no porto ou no lugar de entrada do produto no país.

Surgem, ainda, questões afetas ao almejado tratamento igualitário e à harmonia de valores. Em primeiro lugar, considere-se que, ocorrendo a produção em território nacional, há a incidência do tributo. Políticas de mercado, visando a isonomia, devem ser conducentes a homenagear, tanto quanto possível, a circulação dos produtos nacionais, sem prejuízo, evidentemente, do fenômeno no tocante aos estrangeiros. A situação estaria invertida se, simplesmente, desprezando-se a regência constitucional e legal, fosse assentado que não incide o imposto em produtos industrializados de origem estrangeira, fabricados fora do país

RE 723651 / PR

e neste introduzido via importação.

Esse aspecto foi ressaltado por Roque Antonio Carrazza e Eduardo Domingos Bottallo, no que citaram Misabel Derzi:

Não vemos, em tese, maiores obstáculos jurídicos, a que venha submetido à tributação por meio de *IPI* o mero importador de produtos industrializados.

Sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário, estamos convencidos de que o importador de produtos industrializados realiza o *fato imponible do IPI*.

De fato, considerando-se que o *IPI*, em última análise, onera o consumo, a não-exigência do tributo nas importações de produtos industrializados acarretaria um desequilíbrio no mercado interno, prejudicial à economia do País. Melhor dizendo, quem importasse produtos industrializados levaria vantagens econômicas em relação a quem os adquirisse no mercado interno, já que, apenas nesta hipótese, suportaria o ônus fiscal.

Fazendo coro a estas ideias, temos a voz abalizada de Misabel Derzi, *verbis*:

“... a incidência de tributos como o imposto sobre produtos industrializados (*IPI*) e o imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços (*ICMS*) na importação não tem nenhum objetivo protecionista, mas é fenômeno necessário de isonomia e de equidade. É que, já vimos, a norma adotada no mercado internacional é aquela da desoneração das exportações, de tal modo que os produtos e serviços importados chegam ao país do destino livres de todo imposto. Seria agressivo à regra da livre concorrência e aos interesses nacionais pôr imposição desfavorável à produção nacional, que sofre a incidência do *IPI* e do *ICMS*.

[...]

A tributação da importação por meio do *IPI* (e do *ICMS*), é regra geral, quer estejamos falando de mercados

RE 723651 / PR

abertos ou fechados.”

O que a ilustre jurista está querendo significar é que a eventual não-tributação, por meio de *IPI*, das operações de importação de produtos industrializados, constituir-se-ia em sério fator de desequilíbrio da *livre concorrência*.

Ora, a *livre concorrência*, ao lado da *livre iniciativa*, é uma das diretrizes de nosso sistema jurídico-econômico. O assunto foi minudentemente disciplinado na Constituição Federal. Com efeito, ela, em seu art. 170, consagra a “livre concorrência” (inc. IV) como *princípio geral da atividade econômica*.

Em suma, a Constituição Federal não veda a tributação, por meio de *IPI*, das operações ora consideradas. (CARRAZZA, Roque Antonio; BOTTALLO, Eduardo Domingos. A Não-incidência do IPI nas Operações Internas com Mercadorias Importadas por Comerciantes (um Falso Caso de Equiparação Legal). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2007, p. 100).

Em segundo lugar, sob o ângulo da confusão entre as figuras de contribuinte de fato e de direito, cumpre ter presente o que acontece, no mercado interno, relativamente ao ICMS. O adquirente de mercadoria para uso próprio não tem direito ao crédito desse imposto sem que se possa cogitar de violação ao princípio da não cumulatividade. O acórdão formalizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região guarda sintonia com as normas primárias e secundárias do tributo.

Frise-se que descabe presumir o recolhimento anterior do Imposto sobre Produto Industrializado, já que não se pode afirmar peremptoriamente que, no país em que o foi, incidiu idêntico tributo. Mesmo que haja tributo semelhante, concorre, afastando a duplicidade de cobrança, a distinção entre os sujeitos ativos. Em síntese, o valor dispendido com o produto importado surge como próprio à tributação, sem distinção dos elementos que, porventura, o tenham norteados.

Especificamente sobre a matéria, escreveu Leandro Paulsen, em crítica a precedentes deste Tribunal formalizados no julgamento

RE 723651 / PR

dinâmico, sumário, de agravos regimentais, o que implica dizer que o tema jamais foi objeto de discussão maior:

O STF tem entendido que a não cumulatividade impedirá a própria incidência do IPI na importação quando o importador não ostentar-se à condição de contribuinte de imposto (industrial ou equiparado), não podendo dele creditar-se, tão pouco repassá-lo em operação futura. É o caso da importação por particular. Entendemos que o fundamento da decisão está equivocado. A não cumulatividade é instrumento que visa a evitar os efeitos demasiadamente onerosos da cumulação de incidências sucessivas sobre valores continentes das anteriores. De modo algum, impede uma primeira e única incidência. Note-se que o IPI deve ser não cumulativo também nas operações internas e que, aqui, incide na saída de produto industrializado mesmo quando o adquirente é consumidor final (PAULSEN, Leandro. *Impostos*. 7ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 87).

Então, a toda evidência, a cobrança do tributo, pela vez primeira, não implica o que vedado pelo princípio da não cumulatividade, ou seja, a cobrança em cascata.

Nesse sentido decidiu também o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão da lavra da Juíza Letícia Mello, na Apelação no Mandado de Segurança nº 2003.51.01.011530-3:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IMPORTAÇÃO DE BENS PARA USO PRÓPRIO PELO CONSUMIDOR FINAL - PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

1 - Não há que se falar em violação do princípio da não-cumulatividade nos casos de incidência do IPI na importação de produto industrializado pelo consumidor final, pois se trata de hipótese em que incidência é isolada e única, o que torna

RE 723651 / PR

logicamente impossível a cumulação.

2 - O importador, mesmo quando seja consumidor final, é sujeito passivo do IPI, nos termos do art. 51, I do CTN.

3 - De acordo com o art. 153, II, da Constituição, o tributo incide sobre operações com produtos industrializados e não sobre a industrialização propriamente dita. Sendo assim, é irrelevante se a industrialização ocorreu dentro ou fora do território nacional.

4 - Tendo em vista que as exportações são, em geral, livres de tributos, a incidência de IPI nas importações é medida que assegura a isonomia entre os produtores nacionais e estrangeiros.

5 - O fato de o importador-consumidor conjugar as figuras de contribuinte de fato e de direito apenas o equipara ao consumidor que adquire produtos industrializados importados no mercado interno, o que é contribuinte de fato. Ambos arcam, como consumidores finais, com o custo econômico do IPI.

6 - Apelação à qual se nega provimento.

Ante o exposto, conheço e desprovejo o recurso, mantendo o acórdão recorrido, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para assentar a exigibilidade do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI relativo à importação, praticada por pessoa natural não contribuinte, de veículo automotor para uso próprio.

20/11/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ****VISTA**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, ouvi com muita atenção o voto do Ministro Marco Aurélio, como havia ouvido as sustentações dos Doutores Ulisses Jung e Fabrício Sarmanho.

Estou entendendo que, de certa forma, a posição defendida pelo Ministro Marco Aurélio, cuja lógica econômica e de justiça fiscal me pareceu extremamente convincente, é, em alguma medida, uma modificação, pelo menos tal como eu entendia a jurisprudência do Tribunal. Em matéria de ICMS, por exemplo, foi necessária, como destacado da tribuna, uma mudança, por via de emenda constitucional, para permitir a sua cobrança.

Não considero, tal como pensa o Ministro Marco Aurélio, que a não cumulatividade seja uma premissa de incidência do IPI. E, por essa razão, acho perfeitamente possível que uma emenda constitucional preveja a sua incidência, mesmo em operações que se dê entre partes que não sejam ambas contribuintes do IPI.

E devo dizer, a bem da verdade, que me inclinava pela manutenção do que interpreto como sendo a jurisprudência do Tribunal. Porém, diante dos argumentos trazidos pelo Ministro Marco Aurélio, vou pedir vista para examinar o processo com mais cuidado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Faço apenas uma observação, Presidente. A Constituição Federal exclui a incidência do IPI, mas o faz quanto a produtos exportados. Indaga-se: a recíproca é verdadeira? É possível aditar essa imunidade?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A lógica que, eu penso, movia, Ministro Marco Aurélio, a jurisprudência pretérita - inclusive Vossa Excelência fez menção a um precedente...

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Jamais discutimos, com profundidade, a matéria.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Exatamente. Era, um pouco, a lógica da não cumulatividade. E se você cobra o IPI de um indivíduo que não é contribuinte habitual do IPI, ele, evidentemente, não tem condições de fazer essa compensação na saída. De modo que eu teria dúvida, e por isso me parecia razoável a jurisprudência anterior, por essa razão, mas a questão da competitividade destacada pelo Doutor Fabrício, da tribuna, e, agora pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, trazem-me um elemento que eu gostaria de considerar, porque considero que acompanhar o Ministro Marco Aurélio seja uma superação de jurisprudência existente, o que eu só gostaria de fazer com maior cuidado.

Por essa razão, estou pedindo vista, Presidente.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : LUIZ GERALDO BERTOLINI FILHO

ADV.(A/S) : ULISSES BITENCOURT ALANO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que conhecia e desprovia o recurso, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli e, nesta assentada, o Ministro Luiz Fux. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Ulisses Jung, OAB/RS 44.059, e, pela União, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.11.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS. OPERAÇÕES REALIZADAS POR PESSOAS FÍSICAS E PESSOAS JURÍDICAS NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. INCIDÊNCIA. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS RETROATIVOS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.

1. A materialidade constitucional do IPI prevista no artigo 153, IV da CF autoriza a incidência de IPI sobre produtos industrializados, o que deve ser aferido sob a ótica do alienante. Desde a sua gênese, que decorre do antigo *imposto de consumo*, o IPI incide quando o bem industrializado de procedência estrangeira é nacionalizado ou quando ele “sai” do estabelecimento industrial nas operações internas. Relativamente ao IPI-importação, basta que o bem objeto da importação seja industrializado, mostrando-se irrelevante o fato de vir a ser comercializado ou industrializado posteriormente.

2. A não-cumulatividade é uma regra que constitucionaliza técnica de tributação específica para os tributos plurifásicos e, portanto, tem aplicação restrita às hipóteses em que se verificam múltiplas incidências em uma mesma cadeia econômica. Quando o comerciante no exterior vende para o destinatário final situado no território nacional, a incidência é única, logo, não ocorre a sucessiva tributação da mesma base econômica que a regra objetiva evitar. Mostra-se imprecisa, portanto, a jurisprudência anterior que aponta ser a regra da não-

RE 723651 / PR

cumulatividade um óbice à incidência na espécie.

3.A interpretação constitucionalmente adequada do art. 153, IV da CF, realizada à luz dos princípios constitucionais da igualdade tributária (150, II) e da livre concorrência (art. 170, IV), conduz à possibilidade de tributação na espécie. Impedir a tributação no caso colocaria os adquirentes finais de produtos no mercado interno em posição de desvantagem em relação àqueles que comprem no estrangeiro, desigualando situações equivalentes e sujeitando o mercado interno a uma concorrência desequilibrada.

4. Entretanto, a mudança de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal equipara-se à criação de direito novo e, por conseguinte, não pode ser aplicada de forma retroativa.

5. Recurso provido. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “O IPI-importação pode incidir na entrada de produtos industrializados provenientes do estrangeiro, independentemente da destinação do bem. Contudo, ante a mudança de jurisprudência do Supremo na hipótese, esse novo entendimento não poderá retroagir para atingir fatos geradores anteriores à presente decisão”.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu a incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na operação de importação de veículo automotor, mesmo que a operação tenha sido realizada pelo destinatário final. O acórdão recorrido assentou ser irrelevante a condição jurídica do importador. Sob tal perspectiva, a materialidade estaria configurada diante da importação de produto industrializado, não havendo que se fazer distinção entre o destinatário final e as sociedades que importam o bem com a finalidade

RE 723651 / PR

de proceder a posterior atividade de industrialização. A Corte regional afastou a ofensa ao princípio da não-cumulatividade, ressaltando que “a destinação do bem, no campo do direito tributário, deve ser aferida a partir da ótica do alienante e não do adquirente, sob pena de reconhecer-se forçosamente a inexigibilidade de todo e qualquer tributo incidente sobre produto adquirido por consumidor final, o que não guarda razoabilidade”.

2. O Eminent Relator acompanhou o entendimento lançado no acórdão recorrido, acrescentando robustos fundamentos. Confirmou a inexistência de violação ao princípio da não-cumulatividade, que não pode ser interpretado como uma forma de conferir imunidade ao importador destinatário final. Assentou que a não-cumulatividade, portanto, é técnica de tributação aplicada às hipóteses de incidência plurifásica do imposto, o que não ocorreria na espécie. Ademais, nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “A Lei Maior não distingue aquele que se mostra como contribuinte do imposto e, ante a natureza, pode ser um nacional, pessoa natural ou pessoa jurídica brasileira, sendo neutro o fato de não estar no âmbito do comércio e a circunstância de adquirir o produto para uso próprio”.

3. Observei, preliminarmente, que o posicionamento tradicional da Corte seria justamente o oposto daquele proclamado pelo Relator. Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a matéria se pacificou no sentido da não-incidência, com menções expressas aos julgados do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema. De tal modo que o Recurso Especial nº 1.396.488, de relatoria do Min. Humberto Martins, consagrou a tese da impossibilidade de cobrança do imposto na importação de veículos promovida por pessoas físicas, em decisão submetida à sistemática dos recursos repetitivos. Ocorre que o voto substancial proferido pelo Eminent Relator e a competente sustentação oral da Fazenda Nacional me chamaram a atenção para detalhes ainda não refletidos sobre o assunto.

RE 723651 / PR

4. Notadamente porque a importação de carros por pessoas físicas é apenas uma pequena parte de uma controvérsia tributária que alcança dimensões maiores, capaz de causar reflexos em todas as importações feitas por aqueles sujeitos que não sejam contribuintes do IPI. Certo da repercussão expressiva do caso, principalmente no que diz com aspectos ligados à política industrial e ao comércio exterior, bem como as implicações que uma mudança do cenário jurisprudencial acarreta, optei por pedir vista dos autos para uma reflexão mais detida sobre o assunto. De modo que trago de volta o caso a julgamento e antecipo que, para organizar melhor as ideias, a fundamentação do voto está dividida em duas partes. Na primeira delas, divida em quatro itens, eu primeiramente busco os contornos da materialidade constitucional do IPI, inclusive com recursos à história do tributo nas Constituições anteriores. Em seguida, faço uma análise do principal precedente da Corte sobre o ICMS na importação por pessoa física, discutindo sua relação com o presente caso. Prosseguindo, proponho uma revisão da forma como o Tribunal vem interpretando a regra da não-cumulatividade do IPI na importação. E, por fim, teço considerações sobre outros princípios constitucionais que desempenham um papel relevante para a solução do presente caso. Na segunda parte do voto, dividida em três tópicos, eu cuido das questões relativas aos efeitos da decisão que proponho.

PARTE I – CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO IPI-IMPORTAÇÃO NAS OPERAÇÕES EFETUADAS POR NÃO CONTRIBUENTES DO IMPOSTO

I – O IPI-IMPORTAÇÃO: DEFINIÇÃO E ALCANCE DA MATERIALIDADE CONSTITUCIONAL

5. O IPI surgiu, originariamente, sob a denominação de Imposto de Consumo. Sua gênese remonta à Lei nº 25, de 03 de Dezembro de 1891. O fato imponível previsto em lei seria a saída de produtos do

RE 723651 / PR

estabelecimento fabril. Cumpre consignar, entretanto, que ao longo de todo o período que precede a ordem constitucional de 1934 o imposto não tinha sua matriz definida na Constituição Federal. O modelo de federalismo fiscal baseado na partilha do poder de tributar entre as esferas federativas surgiu com a Constituição Federal de 1934, quando então foi delineada constitucionalmente pela primeira vez a competência para a União instituir imposto sobre o “consumo de quaisquer mercadorias” (Constituição de 1934, art. 6º, I, “b”) e sobre a “importação de mercadorias de procedência estrangeira” (Constituição de 1934, art. 6º, I, “a”).

6. A configuração estabelecida pela Carta de 1934 foi mantida, com algumas singelas modificações textuais, até o advento da Emenda Constitucional nº 18/1965, que alterou a Carta de 1946 para atribuir à União competência para instituir o “imposto sobre importação de produtos estrangeiros” (Emenda Constitucional nº 18 à Constituição Federal de 1946, art. 7º, I) e o “imposto sobre produtos industrializados” (Emenda Constitucional nº 18 à Constituição Federal de 1946, art.11). Cabe observar que sob a égide da Carta de 1946 o IPI passou a receber a definição que vem sendo adotada até os dias atuais. As Constituições seguintes (1967 e 1969) mantiveram a estrutura descrita pela alteração promovida na Carta de 1946. Esse quadro foi igualmente mantido pela Constituição Federal de 1988, que outorgou competência em favor da União para instituir imposto “sobre importação de produtos estrangeiros” (Constituição Federal de 1988, art. 153, inciso I) e sobre “produtos industrializados” (Constituição Federal de 1988, art. 153, inciso IV).

7. Relativamente ao evento importação, a Carta de 1988 inovou ao prever uma nova materialidade para o ICMS (art. 155, § 2º, IX, “a”). No que se refere ao IPI, contudo, é preciso dizer que já à luz da Emenda nº 18/1965 e das Constituições de 1967 e da Emenda nº 1/1969 o seu raio de incidência alcançava indiscriminadamente bens industrializados, fossem

RE 723651 / PR

eles de origem nacional ou estrangeira. Aliás, essa é a regra expressa no art. 46 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, que determina a cobrança do IPI em relação aos produtos importados no momento do desembaraço aduaneiro, em redação que nunca sofreu qualquer alteração. Ou seja: desde a Emenda nº 18/1965 o IPI passou a ter a feição atual, qual seja, a de imposto que se valida constitucionalmente por uma materialidade baseada na natureza do produto (industrializado), abandonando a anterior validação como imposto de consumo, ainda que mantido, num primeiro momento, o fato gerador anterior. Nesse sentido, é a precisa lição do saudoso ministro e professor Aliomar Baleeiro:

“Depois da Emenda nº 18, de 1965, o tributo foi designado pela coisa tributada – os produtos industrializados, provenham eles dos estabelecimentos produtores nacionais, ou tenha penetrado no país pela mão de comerciantes, ou importadores, por via de importação, ou até de viajante, ressalvadas as exceções ou isenções legais. Mas o fato gerador do IPI é o mesmo do imposto de consumo.” (BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, p. 470.)

8. Assim, conclui-se que, mesmo sem uma previsão autônoma, a versão aduaneira do IPI foi disciplinada no Código Tributário Nacional, de modo a confirmar uma realidade que já estava posta na legislação anterior: a existência de dois fatos geradores de IPI distintos e autônomos. Isso porque as duas incidências estão associadas a fatos imponíveis que não guardam relação entre si. Conforme o que ficara assentado anteriormente, o IPI é o sucessor do imposto sobre consumo. Na sequência, transcrevo a norma de incidência do imposto de consumo na forma do art. 2º da Lei nº 4.502/1964, precursor do IPI antes da reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 18/1965, e a redação atual do art. 46 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966), que já trata do IPI no seu formato atual:

RE 723651 / PR

“Art. 2º Constitui fato gerador do imposto:

I – Quanto aos produtos de procedência estrangeira o respectivo desembaraço aduaneiro;

II – quanto aos de produção nacional, a saída do respectivo estabelecimento produtor.”

“Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.”

9. A reconstrução histórica do imposto permite que se chegue à seguinte conclusão: o IPI pode incidir em uma aquisição ou pode incidir em uma venda. É o que se extrai da análise do Código Tributário Nacional, que reproduziu as incidências previstas para o imposto de consumo. Desde a sua origem, o imposto incide na aquisição do bem industrializado, quando vem do exterior, ou na saída do estabelecimento, nas operações internas. Sob a ótica constitucional, para fins de incidência, produto industrializado pode ser interpretado sob duas perspectivas distintas. Relativamente ao IPI-importação, basta que o bem adquirido seja industrializado. Por outro lado, quanto ao IPI que incide em operações internas, é preciso que o sujeito passivo submeta o bem a processo de industrialização. Sobre a existência de múltiplas facetas do imposto, cumpre consignar elucidativa lição da doutrina especializada:

“O art. 46 do CTN, sob a denominação de ‘imposto sobre produtos industrializados’, alberga três impostos distintos, dos

RE 723651 / PR

quais apenas um pode ser considerado IPI em sentido estrito: aquele cujo aspecto material da hipótese de incidência é 'industrializar produto e celebrar operação jurídica que promova a transferência de sua propriedade ou posse. A segunda modalidade tributária, contemplada no citado art. 46, é a de adicional do imposto de importação, a cargo de quem traz do exterior produtos industrializados, e a terceira, de imposto compreendido na competência residual da união, tendo como hipótese de incidência a arrematação de produtos industrializados apreendidos ou abandonados e levados a leilão."(E. Domingos Botallo. *IPI - Princípios e Estrutura*, 2009, p. 32)

10. Percebe-se, por conseguinte, a diversidade de hipóteses de incidência que cabem dentro da materialidade constitucional do IPI, constante da regra do art. 153, inciso IV da Constituição. Dentro desse espaço de livre conformação reservado ao legislador infraconstitucional, foram estabelecidos diversos fatos geradores, de modo que para o que importa ao presente caso, existe um imposto associado à aquisição e outro relacionado à venda. Esta é a estrutura do imposto desde sua gênese. A rigor, na modalidade aduaneira, pouco importa quem pratica a industrialização, o foco é o objeto industrializado. Considerando que o fato impositivo está associado ao verbo adquirir, o imposto pode ser monofásico, na medida em que o adquirente pode vir a fazê-lo na condição de destinatário final. Evidente que tal hipótese privilegia o objeto de industrialização e não o ato de industrializar, o que de forma alguma desborda do que prevê o art. 153, inciso IV, da Constituição Federal. Ao contrário, entender que a regra de competência não autoriza a incidência sobre um produto industrializado vindo do exterior é descolar do texto constitucional, que é expresso nesse sentido. Ou, então, pretender um nível de detalhamento na definição da materialidade do imposto que não é de se esperar do legislador Constituinte, por ser matéria que claramente cabe à legislação infraconstitucional.

RE 723651 / PR**II – ICMS NA IMPORTAÇÃO: O RE 203.075 E OS SEUS EFEITOS SOBRE O CASO**

11. Atualmente, o Poder Judiciário tem concedido decisões favoráveis aos contribuintes no sentido de garantir o direito de importar mercadorias para consumo próprio sem a incidência do IPI-importação. O pleito busca amparo no princípio da não-cumulatividade e tem como fundamento a impossibilidade de aproveitamento de créditos por parte dos destinatários finais, o que impediria a incidência do tributo. Após detida leitura de diversos julgados que contribuíram para a consolidação deste entendimento, constatei o seguinte: existe um precedente matriz do Plenário que decidiu questão relativa ao ICMS, do qual decorrem todos os demais acórdãos proferidos pelas Turmas para o caso do IPI. Ou seja: não há um julgado do Pleno desta Corte que tenha tratado especificamente do IPI-importação, matéria sob exame.

12. Há sim um julgado que dirimiu a questão à luz de uma determinada compreensão sobre o ICMS na importação e uma sequência de julgados que, amparados neste primeiro caso, aplicou entendimento semelhante ao IPI-importação. Ao longo do meu estudo sobre o tema, trilhei o caminho perfilhado pela jurisprudência do Tribunal, no intuito de melhor compreender como se consolidou a orientação até então vigente. Com isso cheguei aos dois primeiros precedentes que afirmaram a não incidência do IPI na operação de importação celebrada pelo destinatário final, proferidos pela Segunda Turma. Reporto-me aos RE's 255.682 e 272.230, ambos julgados sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso. Os acórdãos citados são praticamente idênticos. Confira-se, a propósito, a ementa do primeiro eles:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE OU EMPRESÁRIO: PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: CF, art. 153, § 3º, II. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPI. I. - Veículo importado por pessoa física que não é comerciante nem empresário, destinado ao uso

RE 723651 / PR

próprio: não-incidência do IPI: aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade: CF, art. 153, § 3º, II. Precedentes do STF relativamente ao ICMS, anteriormente à EC 33/2001: RE 203.075/DF, Min. Maurício Corrêa, Plenário, "DJ" de 29.10.1999; RE 191.346/RS, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, "DJ" de 20.11.1998; RE 298.630/SP, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, "DJ" de 09.11.2001. II. - RE conhecido e provido. Agravo não provido." (RE 255682-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 10/02/2006)

13. Após descobrir a fonte da qual emanara a sequência de precedentes que vem compondo a jurisprudência da Corte sobre o assunto desde então, passei a investigar a razão de decidir desses julgados. Verifiquei que a orientação firmada no sentido de que o IPI não deveria incidir sobre a pessoa física é uma adaptação do entendimento proferido pelo Plenário no julgamento do RE 203.075, Rel. Min. Maurício Corrêa, que tratou do ICMS. Tanto é assim que no julgamento do RE 255.682-AgR, cuja ementa foi acima transcrita, o Min. Carlos Velloso, após menção ao RE 203.075, afirma textualmente no único parágrafo que fundamenta o seu voto o seguinte: "Aplicou-se, no caso, a jurisprudência atinente ao ICMS, no que toca ao princípio da não-cumulatividade. (...) Ora, onde existe a mesma razão, prevalece a mesma regra de Direito: *"ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo"*.

14. Assim, pela importância do julgamento do RE 203.075 para a hipótese, peço vênias para propor uma análise mais cuidadosa desse julgado, já que estou convencido que através dela ficarão claros dois pontos que considero fundamentais e que serão aprofundados a seguir. Primeiro, em que pese a menção na ementa do RE 203.075 à não-cumulatividade, esse argumento não foi decisivo para o julgamento da demanda e, sendo assim, não tem a força persuasiva que dele se extraiu para influir nos julgamentos relativos ao IPI-importação que se seguiram. Em segundo lugar, e diretamente ligado ao primeiro ponto, considero que autorizar a incidência do IPI-importação para não contribuintes do

RE 723651 / PR

imposto não supera o entendimento adotado por esta Corte em relação ao ICMS à época, em especial, o que consta do verbete nº 660/STF e dos demais precedentes que impulsionaram a alteração da redação do art. 155, II, §2^a, IX, “a”, da CF, promovida pela Emenda Constitucional nº 33/01, com o nítido objetivo de superar a jurisprudência contrária da Corte.

(a) *A ratio decidendi* do RE 203.075 (ICMS-importação pessoa física)

15. Quanto à primeira questão, conforme já mencionado, o Plenário desta Corte decidiu naquela oportunidade controvérsia semelhante à presente, mas sob a perspectiva do ICMS que tem materialidade constitucional distinta do IPI. Essa diferença na regra de competência foi determinante para o entendimento firmado naquele momento. Vale lembrar que a redação da Constituição antes da edição da Emenda Constitucional nº 33/2001 autorizava a incidência do ICMS na importação “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço”.

16. Por isso, é correto afirmar que a menção à regra da não-cumulatividade apareceu a *latere* no julgamento do RE 203.075. Oito Ministros compuseram a maioria: Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves, Carlos Velloso, Sidney Sanches e Octávio Galloti. Ficou vencido o relator inicial do caso, Ministro Ilmar Galvão, além do Ministro Nelson Jobim, que entenderam, em síntese, que a condição jurídica do importador e a destinação posterior da mercadoria eram irrelevantes para fins de incidência do ICMS na importação. No total, há registro de cinco votos escritos entre os que formaram a maioria, acompanhando a divergência inaugurada pelo Min. Maurício Corrêa. Além do Ministro relator do voto vencedor, apenas

RE 723651 / PR

os Ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Velloso mencionam expressamente a não-cumulatividade. Porém os três o fizeram brevemente e em *obiter dictum*, utilizando-a como claro argumento de reforço, após discorrerem de forma detida sobre a violação à regra de competência do ICMS que representava a cobrança do imposto nas importações promovidas por pessoas físicas e por não contribuintes.

17. Por outro lado, segundo consta da íntegra do acórdão e do extrato do julgamento, o argumento comum aos seis ministros que compuseram a maioria e apresentaram razões expressas de voto foi o fato de as pessoas físicas importadoras não serem comerciantes e, portanto, não revenderem posteriormente os bens. Por esse raciocínio, entenderam que os bens importados não se enquadrariam no conceito de mercadoria previsto na Constituição. E, ademais, mesmo nas operações de importação, o ICMS não prescindiria de verdadeiras operações de circulação de mercadorias para incidir, o que pressupunha a existência de ato de comércio, nos termos do que a Carta determinava à época. Destaco que esse argumento, traçado naquela oportunidade, é válido tanto para as importações efetuadas por pessoas físicas, quanto por pessoas jurídicas que não sejam contribuintes do imposto, o que, aliás, posteriormente ficou consagrado no enunciado nº 660/STF, que tem como raiz o acórdão aqui tratado.

18. Outro argumento central para o desfecho do julgamento e presente em outros 5 votos, embora aplicável apenas às pessoas físicas, foi a necessidade do importador possuir estabelecimento, o que é próprio apenas das pessoas jurídicas. De tal modo que, apegando-se ao aspecto literal do texto constitucional, os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Moreira Alves e Carlos Velloso entenderam que pessoas físicas têm apenas domicílio e, assim, estariam fora do alcance da regra de competência constitucional do ICMS na importação. Isso porque, a redação à época do art. 155, II, §2º, IX, “a”, da CF, falava na incidência sobre: “a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda

RE 723651 / PR

quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento". Para esses cinco Ministros, a menção a estabelecimento no dispositivo então em vigor referia-se tanto a ativo fixo, quanto a bem destinado a consumo.

19. Da análise dos votos proferidos no RE 203.075, percebe-se, portanto, que a aplicação da não-cumulatividade na hipótese não foi um argumento relevante para a decisão. Corretamente, as discussões se concentraram na investigação da abrangência da regra de competência que permitia, à época, a cobrança do ICMS na importação, analisando se da materialidade escolhida pela Constituição era possível extrair autorização para tributação de pessoas físicas e não contribuintes. A Corte respondeu de maneira negativa a essa indagação, forte na razão mencionada, mas o relator para acórdão fez constar da ementa de forma textual registro à não-cumulatividade. Esse julgamento teve vigorosa influência sobre a jurisprudência do Tribunal dali em diante, culminando com a edição da Súmula nº 660/STF, que pacificou o tema, e com a alteração do texto constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, para superar o entendimento do Supremo para tais casos. Consultando-se os precedentes que informam o verbete sumular citado, verifiquei que eles se limitaram a aplicar o que consta da ementa do *leading case*, contribuindo para que o argumento da não-cumulatividade assumisse um papel maior do que aquele que de fato teve na solução do caso.

(b) Decidir diferente o presente caso não importa em superação dos precedentes sobre ICMS-importação

20. Nessa ordem de ideias, considerando o que o Tribunal realmente decidiu no RE 203.075, fico tranquilo em afirmar que considerar que o IPI-importação pode incidir nas operações efetuadas por não contribuintes não vai contra o que o Pleno do Tribunal decidiu naquela oportunidade. Todavia, reconheço que com base nesse julgado as duas

RE 723651 / PR

Turmas desta Corte, sem considerar as especificidades da materialidade constitucional do IPI, entenderam que o precedente deveria ser aplicado *tout court* à hipótese, em decorrência da aplicação da não-cumulatividade. Por essa razão, como muito bem salientado pelo voto do eminente Relator, que, aliás, compôs a maioria no julgamento do RE 203.075, acho que a jurisprudência da Corte merece avançar no tratamento da não-cumulatividade e decidir diferente em relação ao IPI. Esse julgamento é uma ótima oportunidade.

III – PROPOSTA DE REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL DA CORTE: IPI-IMPORTAÇÃO E O “PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE”

21. A supervalorização da não-cumulatividade para o desate do caso pode levar ao seguinte raciocínio que desde já adianto que considero equivocados. Tendo em conta a redação original da Carta, o Plenário do Supremo Tribunal Federal afirmou que o ICMS não alcança o consumidor final. A Constituição foi alterada para que o ICMS pudesse alcançar o destinatário final da mercadoria. Não houve alteração semelhante com relação ao IPI. Logo, até que sobrevenha tal modificação, o que se tem é a conformação original da Constituição Federal, que não comporta a tributação da pessoa física na condição de importador. Se o problema com relação ao ICMS, em meados de 1999, seria a violação ao princípio da não-cumulatividade, a conclusão da Corte seria extensível ao IPI. Isso porque ambos se submetem ao regime que é próprio aos tributos indiretos. Sem embargo, não acho que essa seja a melhor solução para o caso.

22. Primeiro, devo afirmar que não me parece correto falar em “princípio” da não-cumulatividade. Até porque não há no art. 153, §3º, II da CF um conteúdo axiológico próprio, uma dimensão de peso ou um estado de coisas a ser promovido. Ao contrário, a não-cumulatividade é uma regra que constitucionaliza uma técnica específica de tributação. Um método aplicável aos impostos sobre o consumo, ditos indiretos, que

RE 723651 / PR

objetiva expurgar o imposto pago nas operações antecedentes, apresentando inegável estrutura normativa de regra. O contribuinte suporta o valor do tributo no preço, apropria-se daquele montante na sua contabilidade e compensa o crédito apurado com o valor devido na saída. A não-cumulatividade faz parte de uma dinâmica de apuração que pretende fazer com que a tributação incida somente sobre o valor agregado em cada operação.

23. Em razão disso, não se trata de norma que tenha o condão de alterar a materialidade constitucional do imposto. Como decorrência da sua estrutura própria de regra, a não-cumulatividade tem a pretensão de definir de forma exclusiva e abarcante apenas a questão tratada, e nada mais. É dizer, para as hipóteses de incidência em cadeia, garantir a compensação do imposto pago nas operações anteriores, somente isso. Portanto, sua aplicação pressupõe a existência de uma incidência plurifásica, sem o que não estará presente o pressuposto material que lhe autoriza a produção de efeitos. Em tais circunstâncias, ausente essa premissa, não considero legítimo limitar o espaço de conformação do legislador infraconstitucional com base na não-cumulatividade, mesmo porque o efeito indesejado que a regra constitucional pretendeu evitar não se apresenta.

24. Por isso, não é sempre que a não-cumulatividade terá aplicação, mesmo nos impostos indiretos por natureza, casos do IPI e do ICMS. Isso porque nem toda cadeia é necessariamente plurifásica. Portanto, se a função é expurgar imposto pago antes, é porque há mais de uma incidência. Por outro lado, se a operação é única, não existe imposto pago antes e tampouco risco de múltipla tributação sobre a mesma base econômica. A primeira incidência será a única. Logo, em operações monofásicas, não há utilidade para a não-cumulatividade porque a situação encontra-se simplesmente fora do campo de aplicação da regra constitucional. O imposto devido não passa por compensação escritural. O tributo será calculado levando-se em consideração tão somente o valor

RE 723651 / PR

daquela operação. De modo que, com a devida vênia, a tese contrária, que busca interditar *a priori* a incidência, parece avançar indevidamente num espaço de atuação que cabe apenas ao legislador ordinário, especialmente num campo em que a *expertise* e a adequação a novos cenários desempenham um papel crucial, como a tributação no mercado internacional.

25. Com efeito, a jurisprudência firmada na ocasião do julgamento do *leading case* do IPI-importação, RE 255.682-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, sem embargo, merece revisão e não deve ser utilizada como fundamento para o julgamento da presente controvérsia. Uma descontinuidade do ciclo de não-cumulatividade significa apenas que o tributo será pago onde a cadeia termina, o que não obsta a viabilidade da incidência na espécie. É equivocado afirmar que o tributo não incide porque o importador não apropria créditos. O correto é afirmar que o tributo incide e o importador destinatário final é o contribuinte de direito e de fato neste caso. Ou, sob outra perspectiva, funciona como substituto do alienante estrangeiro, que seria o verdadeiro contribuinte do imposto, mas não pode ser atingido pelo ordenamento brasileiro. Nesse sentido, é esclarecedora a lição do professor e magistrado Leandro Paulsen:

“O STF tem precedentes apontando que a não cumulatividade impediria a própria incidência do IPI na importação quando o importador não ostentasse a condição e contribuinte do imposto (industrial ou equiparado), não podendo dele creditar-se tampouco repassá-lo em operação futura. É o caso da importação por particular. Entendemos que tais decisões estão equivocadas, porquanto seus fundamentos não se sustentam. A não-cumulatividade é instrumento que visa a evitar os efeitos demasiadamente onerosos da cumulação de incidências sucessivas sobre valores continentais nas anteriores. De modo algum impede numa primeira e única incidência. Note-se que o IPI deve ser não cumulativo também nas operações internas e que, aqui, incide na saída de produto industrializado mesmo quando o adquirente é consumidor

RE 723651 / PR

final. (L. Paulsen, J. E. Soares de Melo. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais* - 9ª ed. revista e atualizada, 2015, p. 120)

26. Em face das considerações expostas, não é possível articular com a técnica da não-cumulatividade para construir uma não incidência na hipótese, como bem já destacou o Ministro Marco Aurélio. É evidente que só haverá creditamento se houver pelo menos duas operações. Quando o comerciante no exterior vende para o destinatário final situado no território nacional, a incidência é única. Nesse caso, o IPI incide não por ser mais uma etapa da cadeia, mas por ser a única etapa da operação.

IV – IGUALDADE, LIVRE CONCORRÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO ART. 153, IV DA CF

27. Sob outro ponto de observação, o resultado da interpretação levada a efeito pela jurisprudência tradicional desta Corte conduz a um resultado que, em minha opinião, viola a isonomia tributária, princípio previsto no art. 150, II, da Constituição. Isso porque tal dispositivo expressamente veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. A permanecer a posição até aqui sustentada por este Tribunal em julgamentos pretéritos, haverá uma clara diferenciação entre aqueles não contribuintes do imposto que adquirem produtos industrializados do exterior e os que o fazem no mercado nacional, em flagrante prejuízo aos últimos. Ressalto que, nas duas hipóteses, ambos manifestam a mesma capacidade econômica ao adquirirem produtos industrializados. Possivelmente, em verdade, aqueles que promovem a importação demonstram capacidade ainda maior, tendo em vista todos os demais custos envolvidos em operações dessa natureza. Não obstante tal fato, a interpretação prevista na linha da jurisprudência tradicional do Supremo os coloca em situação mais favorável em relação aos que adquirem produtos no mercado interno. Também é assim em relação à posição dos alienantes nacionais e estrangeiros, que ficam em posição de desigualdade face ao custo tributário da operação, com clara vantagem para os últimos. O que

RE 723651 / PR

caminha também em sentido diametralmente oposto ao caráter extrafiscal que marcadamente o IPI possui, como mecanismo de proteção do mercado interno.

28. Diante disso, havendo dúvida na interpretação da extensão da regra de competência do imposto, como o caso parece indicar, entendo que a aplicação do princípio da igualdade é fundamental e deve conduzir a um resultado que privilegie o estado de coisas que o postulado busca atingir, qual seja o de igualdade entre contribuintes e alienantes que se encontrem em situação equivalente, e não o contrário. Vale dizer, uma interpretação que autorize a tributação de ambos na medida da capacidade econômica exteriorizada em operações semelhantes, o que somente ocorre considerando ser possível a incidência também nas importações efetuados por pessoas físicas e não contribuintes. Registro que não se trata aqui de nenhuma proposta de tributação direta com base na igualdade, mas, apenas, do reconhecimento do papel interpretativo que esse princípio desempenha no delineamento do Sistema Tributário Nacional. Nesse sentido é o pensamento de André Mendes Moreira em obra específica sobre a não-cumulatividade, para quem:

“De fato, porque razão os empresários de outras plagas, quando na venda direta a cidadãos brasileiros, gozam da não-incidência de ICMS e IPI sobre seus produtos, contrariamente ao que deve ser observado – sob pena de pesadas autuações – pelas empresas aqui estabelecidas? (...) A nosso sentir, seja na importação por pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não do IPI ou do ICMS, o direito da União e dos Estados de tributar decorre diretamente da isonomia plasmada na Constituição, bastando apenas que a legislação infraconstitucional assim predique.” (A. Mendes Moreira. *A não-cumulatividade dos tributos* – 2ª edição Revista e atualizada, 2012, p. 208.)

29. Outro aspecto que considero merecer destaque é a preservação do equilíbrio da concorrência entre os mercados interno e externo. Parece

RE 723651 / PR

claro que toda a estrutura constitucional montada para o Imposto de Importação-II, Imposto sobre Produtos Industrializados-IPI e o Imposto de Exportação-IE aponta para sua dimensão extrafiscal. Por essa razão, são impostos que excepcionam os princípios da legalidade e da anterioridade para majoração e diminuição de alíquotas, exceção feita ao IPI, que se submete à anterioridade nonagesimal. Nesse modelo de tributação do comércio exterior, baseado na tributação de mercadorias e produtos sempre no país de destino, a incidência do IPI objetiva equalizar as aquisições feitas no mercado interno e as operações de importação. Com isso, permite-se que o II desempenhe o seu papel de instrumento extrafiscal de regulação da balança comercial. Retirar o IPI dessa equação anula os efeitos do II nas importações de produtos industrializados, reduz o espaço legítimo para o Executivo regular o comércio exterior e causa uma importante distorção na livre concorrência entre os vendedores nacionais e estrangeiros. Sobre a relação entre tributação e livre concorrência, é esclarecedora a seguinte passagem do professor Paulo Caliendo:

“O conceito de livre concorrência em matéria tributária pode ser entendido em dois aspectos principais: *interno* e *externo*. Em sentido interno, a neutralidade fiscal significa que produtos em condições similares devem estar submetidos à mesma carga fiscal, sob pena de proteção indevida de um determinado setor ou empresário. A livre concorrência em matéria tributária em sentido *externo* relacionasse com a ideia de que a tributação deve combinar dois elementos aparentemente contraditórios: a proteção da livre iniciativa e a promoção de direitos sociais. A livre concorrência deve ser utilizada como forma de solução de conflitos aos casos de concessão de incentivos e benefícios fiscais e outras formas de proteção social, verificando quando estes na verdade prejudicam a ordem econômica e social.” (P. Caliendo. *Princípio da livre concorrência em matéria tributária: para uma superação do conceito de neutralidade fiscal*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, pp. 205-227, maio/jun. 2011.

RE 723651 / PR

30. Registro, ainda, que em termos de comércio internacional, se adota o princípio da tributação do país de destino como regra, o que importa na desoneração das exportações e, conseqüentemente, na concentração da tributação na importação (destino). Em relação ao IPI, a adoção desse princípio fica muito clara quando se observa que há norma expressa na Constituição desonerando as exportações (art. 153, IV, §3º, III, CF). Essa desoneração não significa que para ser permitida a incidência na importação por pessoas físicas e não contribuintes deveria existir regra expressa. Pelo contrário, em verdade, essa regra implicitamente constitucionaliza o princípio do país de destino, reforçando a necessidade de tributação na entrada desses bens industrializados no país, independente da destinação. Sobre o tema o professor Ricardo Lobo Torres ressalta a importância dos impostos de consumo na tributação do comércio internacional, destacando o caráter compensatório que possuem por incidirem no momento terminal de um ciclo de incidência internacional sobre a circulação de tais produtos¹. Confira-se nas palavras do professor:

“Os impostos indiretos incidentes sobre o comércio internacional são meramente compensatórios ou equalizadores. Os alemães chamam-nos de *Ausgleichsteuern* e os ingleses de *border tax adjustments*. Esses impostos equalizadores visam, sobretudo: a igualar o preço das mercadorias nacionais com as importadas, para que se obtenha o equilíbrio internacional; a atender ao ideal de justiça, inspirado no princípio do país de destino, transferindo-se a imposição de que o país de origem abriu mão.” (R. Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. IV – *Os tributos na Constituição*, 2007, p. 268.)

31. Em reforço a tudo que já foi dito neste tópico, acho importante

1 R. Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. IV – *Os tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 268.

RE 723651 / PR

destacar que a mudança do entendimento do Supremo sobre a matéria cumpre ainda a função de atualizar a interpretação constitucional ao novo momento do comércio internacional, potencializado pela aproximação entre vendedor e adquirente promovida pelo crescimento e desenvolvimento da rede mundial de computadores. Se no passado a discussão se restringia em larga medida à importação de carros de luxo, hoje é possível comprar, sem maiores burocracias, praticamente tudo pelo internet em sites estrangeiros que entregam em domicílio, muitas vezes com preços muito menores que os similares nacionais². Essa necessidade de adequar a interpretação constitucional a um novo cenário foi muito bem percebida pela Desembargadora Federal do TRF da 2ª Região Leticia de Santis Mello, que assim concluiu em julgado de sua relatoria:

“Neste ponto, volto à questão do sujeito passivo nas importações para uso próprio. Conforme foi dito, a origem do estranhamento em relação à cobrança do IPI nessa situação está na circunstância de que o contribuinte de fato e o contribuinte de direito são a mesma pessoa, o que gera a situação atípica de o contribuinte do IPI não ter para quem repassar o tributo.

Quando se observa essa situação sob o prisma do consumidor, vê-se que não há qualquer injustiça. O IPI é um imposto que, por sua própria natureza econômica, é destinado a ser custeado pelo consumidor final (tributo indireto).

A cobrança do IPI dos consumidores-importadores, portanto, é medida que simplesmente os equipara aos consumidores de produtos estrangeiros que os adquiram no mercado interno.

Recorde-se, por fim, que, nos últimos anos, estamos assistindo a uma mudança significativa do mercado internacional no que se refere à realização das importações pelos próprios consumidores. Se há alguns anos essa circunstância era rara e praticamente só vista no caso de importação de automóveis de luxo, atualmente o cenário é

2 . <http://oglobo.globo.com/economia/sites-de-produtos-chineses-fazem-sucesso-mas-trazem-risco-para-consumidor-5626284>

RE 723651 / PR

outro. Com a emergência de diversos *sites* especializados, é cada vez mais comum que pessoas físicas realizem importações dos mais diversos bens de consumo, realidade que tende a se ampliar em um futuro próximo.

Portanto, manter o entendimento de que a importação de produtos industrializados para uso próprio não se sujeita à incidência do IPI pode ter reflexos mais profundos dos que os observados até o presente momento, servindo o princípio da isonomia com um importante vetor para equacionar essa nova tendência.” (TRF2, Rel. Desembargadora Federal Letícia de Santis Mello, Quarta Turma Especializada, AMS nº 0011530-27.2003.4.02.5101). Grifos nossos.

32. Concluindo esse ponto, estou convencido de que a legitimidade da incidência do IPI nas importações realizadas por não contribuintes é a interpretação constitucionalmente adequada da materialidade do imposto prevista na Constituição, em razão da eficácia interpretativa dos princípios da igualdade tributária (art. 150, II da CF) e da livre concorrência (art. 170, IV). Tal conclusão não desborda do texto constitucional, que não fez qualquer distinção em relação à natureza do adquirente, como já destacado. Também não equivale dizer que a incidência decorra tão somente da aplicação de princípios. Pelo contrário, apenas me parece que a interpretação constitucionalmente adequada do art. 153, IV, da CF, deve ser construída considerando a eficácia normativa de tais princípios, como, aliás, muito bem destacado pelo eminente relator. E, nesse sentido, a interpretação que melhor realiza o estado de coisas almejado pela igualdade tributária e pela livre concorrência é aquela que autoriza a cobrança do IPI na espécie e conserva espaço para o Executivo e o Legislativo deliberarem sobre a incidência ou não nesses casos.

PARTE II – DOS EFEITOS DA DECISÃO**I – MODULAÇÃO**

RE 723651 / PR

33. Firmado o entendimento pela possibilidade de incidência do IPI nas operações de importação efetuadas por não contribuintes, é preciso relembrar que há pelo menos oito decisões colegiadas das duas Turmas deste Tribunal em sentido contrário, todas já transitadas em julgado³. Essa interpretação influenciou diretamente o Superior Tribunal de Justiça a adotar essa tese em sede de recurso repetitivo⁴, com expressa menção aos precedentes do Supremo. Dessa forma, embora seja absolutamente legítima a mudança de opinião do Tribunal sempre que considerar constitucionalmente mais acertado, é preciso resguardar as expectativas daqueles que confiaram e, portanto, pautaram as suas vidas e os seus negócios segundo os parâmetros previamente estabelecidos pelas decisões do Supremo. Em tais situações, tenho defendido que a mudança da jurisprudência da Corte equivale verdadeiramente à criação de direito novo e, por tal razão, não pode operar efeitos retroativos⁵.

34. Nessa ordem de ideias, em respeito à segurança jurídica e, mais especificamente, a sua dimensão subjetiva, representada pela proteção da confiança legítima, entendo que é fundamental resguardar os direitos daqueles que se fiaram na interpretação consolidada na jurisprudência reiterada desta Corte. Isso porque, o princípio da proteção da confiança serve para garantir ao particular que sua expectativa seja levada em

3 Nesse sentido, cito os RE 255682 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 10.02.2006; RE 412045 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJ 17.11.2006; RE 501773 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14.08; RE 255090 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 07.10.2010; RE 550170 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 03.08.2011; RE 615595 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 04.05.2011; RE 643525 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma DJe 26.04.2013; RE 627844 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12.11.2012.

4 REsp 1396488/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 25/02/2015, DJe 17/03/2015

5 L. R. Barroso. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. Parecer RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 261.

RE 723651 / PR

consideração em uma prévia ponderação com a eventual necessidade de uma correção de rumo por parte do Poder Judiciário⁶. É dizer, a partir do momento que existe uma expectativa digna de proteção, tal fato deve ser levado em conta previamente pelo Estado, antes de incorrer em qualquer ato com potencial de piorar a situação jurídica de um particular com efeitos retroativos.

35. Assim, em casos como o que se apresenta para julgamento, onde ocorreu uma mudança de uma interpretação consolidada da Corte, a solução constitucionalmente adequada é a modulação dos efeitos da decisão, como decorrência direta da aplicação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da irretroatividade tributária e da boa-fé. Considero que o novo entendimento que ora proponho equivale a uma norma jurídica nova e, portanto, somente deverá atingir fatos geradores (operações de importação) ocorridos após a presente decisão. Por sua vez, as importações realizadas por não contribuintes antes desse precedente permanecem afastadas da incidência do IPI, tal qual previsto na jurisprudência anterior desta Corte.

II – A DECISÃO PARA O CASO CONCRETO

36. O caso concreto cuida, na origem, de mandado de segurança impetrado por pessoa física objetivando provimento judicial que determinasse à autoridade impetrada que se abstivesse de exigir o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI em uma operação de importação específica. Reformando a sentença, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou devida a incidência do IPI na espécie, a despeito do entendimento até então em vigor no Supremo Tribunal Federal. Portanto, o recurso em julgamento é do contribuinte e pede a reforma do acórdão, de modo a considerar como inconstitucional a cobrança de IPI na importação de veículo por pessoa física para uso pessoal.

6 V. Schuenquener de Araújo. O Princípio da Proteção da Confiança. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pp.62-63.

RE 723651 / PR

37. Pois bem. Conforme já dito, concordo com o entendimento defendido pelo Eminentíssimo Relator em seu voto. Porém, acho que em razão da virada jurisprudencial que se está promovendo, essa mudança somente pode ser aplicada de forma prospectiva, para as operações de importação ocorridas após a presente decisão. Dessa forma, para ser coerente com a premissa da modulação dos efeitos da decisão lançadas no voto, que compõe a tese jurídica que estou propondo, o novo entendimento firmado não pode se aplicar ao presente caso concreto, e o recurso extraordinário do contribuinte precisa ser provido.

38. Solução idêntica a que aqui se propõe foi tomada em julgamento recente do Plenário no ARE 709.212, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Naquela oportunidade, o Tribunal alterou a jurisprudência até então pacífica quanto ao prazo trintenário de prescrição da cobrança do FGTS. Assim, não obstante tenha firmado tese jurídica a princípio coincidente com a fundamentação trazida pelo recorrente, que defendia a superação da prescrição trintenária, o Plenário negou provimento do recurso extraordinário, tendo em vista a modulação dos efeitos da decisão. Concluiu o Tribunal, nos termos do voto de relator, que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos com eficácia *ex nunc* impedia a decretação da prescrição no caso concreto, conforme sustentado no recurso. Sem prejuízo, definiu que o prazo quinquenal será aplicado a todos os casos em que o termo inicial da prescrição se dê após a data do julgamento da repercussão geral. Confira-se a ementa:

“Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999.

RE 723651 / PR

Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (ARE 709212, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno).

III – DOS POSSÍVEIS IMPACTOS DA DECISÃO

39. Por fim, uma palavra final. Recebi representantes de setores que dependem de bens e materiais importados e que, portanto, são diretamente atingidos por essa mudança de entendimento. Causou-me especial preocupação o impacto sobre o setor de medicina diagnóstica, que ainda hoje é altamente dependente da importação de aparelhos de elevadíssimo custo e que desempenham um papel fundamental na prevenção e tratamento de doenças graves. Parte dessa preocupação foi aplacada pela modulação dos efeitos da decisão, que confere segurança em relação ao passado, afastando o risco de aplicação desse novo entendimento às operações já realizadas.

40. Quanto ao futuro, embora seja sensível a todas as preocupações e me compadeça especialmente com elas, entendo que cabe aos Poderes eleitos elaborar a política fiscal mais adequada e consentânea com seu projeto político de tempos em tempos. Isso está na raiz do meu voto. Por mais relevante que seja o papel desempenhado por esse setor, e grave as consequências que ele possa vir a suportar, não é possível racionalizar essa questão a ponto de reconduzi-la de maneira sólida à Constituição, criando um argumento jurídico suficientemente forte para alterar a regra constitucional de incidência do imposto, com impactos sobre toda a economia nacional.

41. 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

RE 723651 / PR

vez, por não se tratar de matéria de iniciativa reservada, também o Congresso Nacional pode aprovar uma isenção para aqueles setores que considerem merecedores de um tratamento fiscal diferenciado. Nos dois casos o impacto da tributação pelo IPI na importação seria anulado, resolvendo-se o problema de forma pontual e sem comprometer a competitividade da indústria brasileira como um todo.

CONCLUSÃO

42. Por todo exposto, com as devidas vênias, divergindo do eminente Min. Rel. Marco Aurélio, conheço e dou provimento ao recurso, para reformar o acórdão recorrido, assentando, ainda, a seguinte tese de repercussão geral: “O IPI-importação pode incidir na entrada de produtos industrializados provenientes do estrangeiro, independentemente da destinação do bem. Contudo, ante a mudança de jurisprudência do Supremo na hipótese, esse novo entendimento não poderá retroagir para atingir fatos geradores anteriores à presente decisão.”

43. É como voto.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Roberto Barroso, eu queria fazer uma indagação a Vossa Excelência, em razão de uma súmula do Supremo que veda a discussão do princípio da legalidade se isso levar a uma incursão à legislação infraconstitucional.

Então, tenho uma premissa - queria só um esclarecimento da origem da ação que Vossa Excelência já mencionou, deve ser de uma unidade federada -, e até agora, ao que me consta, não há norma jurídica instituidora do tributo que ora se discute.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Existe o Código Tributário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, o IPI sobre importação... As soluções que o tribunal deu em relação ao ICMS eram, à luz do princípio da não cumulatividade, de que a pessoa física não tinha como repassar, isso feriria por via oblíqua a não cumulatividade. Mas eu ainda não encontrei, quer dizer, eu acho que a sua solução, ela revela, em parte, uma justiça fiscal, porque ela apregoa a isonomia. Porém, por outro lado, eu não estou encontrando substrato da legalidade para a instituição desse tributo. Não vejo, não se pode criar tributo por analogia.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não; ele está no Código Tributário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Estou tomando a cola, considerado o memorial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: uma lei de 1964 dispôs sobre a incidência. O preceito revela devido o IPI, sejam quais forem as

RE 723651 / PR

finalidades a que se destine o produto ou o título jurídico a que se faça a importação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É porque a discussão ficou muito gravitante em torno de tese ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Que decorra a saída do estabelecimento produtor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Barroso, se compreendi a extensão de seu voto...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quer dizer, surpresa não há, a não ser quanto à jurisprudência.

SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ele se baseia no princípio da isonomia, exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é que eu não vejo lugar para aplicar um princípio, se não houver uma regra basilar, em respeito ao princípio da legalidade, de que não se pode instituir tributos sem lei ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, Ministro, ele está no Código Tributário Nacional. Veja, art. 46:

Imposto sobre Produtos Industrializados:

"Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;"

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, existe essa previsão expressa no Código Tributário Nacional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É cobrado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ele é cobrado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ele só não é cobrado neste caso de pessoa física.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não era cobrado por força da nossa jurisprudência. É cobrado nas outras hipóteses.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E da pessoa física que importe diretamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Como Vossa Excelência destacou no início, ele não teve a mesma solução constitucional do ICMS para virada jurisprudencial do Supremo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é porque o Supremo excepcionava o ICMS, na importação, por quem não fosse contribuinte habitual do imposto. E, aí, o Supremo estendeu essa lógica para o IPI na importação.

Portanto, quem é contribuinte habitual do imposto, paga.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para quem não fosse comerciante ou empresário. Ou seja, esta pessoa física, como neste caso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso. E o

RE 723651 / PR

que nós estamos dizendo é que vale para todo mundo, senão você cria uma situação competitiva de desigualdade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Desigualdade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E nisso estou concordando com o Relator, nós não temos divergência; o que estou propondo, no entanto, é esta modulação. Não apenas o Supremo tinha decisões transitadas em julgado, mas mais me impressionou o fato de que o STJ mudou a sua jurisprudência em recurso repetitivo, e, portanto, todos os contribuintes se condicionaram ao direito vigente ditado pelo Supremo e pelo STJ.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a minha observação é exatamente decorrente disso, porque eu fui o Relator do repetitivo.

Por isso eu fiz essa indagação a Vossa Excelência.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: De saída, acompanho o bem lançado relatório do eminente Ministro Marco Aurélio, com as sempre pertinentes achegas do Ministro Vistor Luís Roberto Barroso.

Trata-se, aqui, de saber se incide o Imposto sobre Produtos Industrializados nas operações de importação de veículos automotores por pessoa natural para uso próprio, ante a normatividade constitucional.

Nada obstante se perceba que a manifestação de repercussão geral do ilustre Relator tenha se concentrado no princípio da não-cumulatividade, certo é que também na repercussão geral, para fins de fixação de tese, a *causa petendi* é aberta, de modo que me permito analisar a incidência do tributo em questão, à luz de todo o complexo normativo de estatura constitucional.

De qualquer modo, aponto como norte de minha argumentação a seguinte proposição: **“Não incide o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sobre o importado por pessoa natural, para uso próprio, tendo em vista (i) a inobservância do princípio da não-cumulatividade, porquanto é impossível ao importador não habitual se creditar do tributo ou recuperar o ônus tributário em posterior venda; (ii) a ocorrência de *bis in idem*, dada a imposição tributária de dois impostos instituídos pelo mesmo ente político com a mesma e única materialidade; e (iii) a impossibilidade de se imputar ao contribuinte de fato a qualidade de substituto tributário do alienante, que, por sua vez, não é alcançado pela soberania tributária do Brasil”.**

Dito isso, permito-me tecer breves considerações sobre o princípio da segurança jurídica e sua correlação ao presente caso. O aspecto material da norma-princípio segurança jurídica corresponde a um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade legitimamente esperado pelo cidadão em relação aos atos do Poder Público.

RE 723651 / PR

Ademais, de acordo com o professor Humberto Ávila, tem-se que “o princípio da segurança jurídica implica processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação que viabilizem a controlabilidade semântico-argumentativa da atuação estatal, de um lado, e a respeitabilidade da ação do contribuinte fundada no Direito, de outro, bem como, por via reflexa, da argumentação referente a essa ação”¹.

Nesse sentido, convém explicitar os capítulos anteriores do “romance em cadeia” que substancializa o direito como prática argumentativa, para tomar de empréstimo a expressão do saudoso jusfilósofo Ronald Dworkin. A temática de importação de produtos industrializados já foi por diversas vezes enfrentada por esta Corte e pelos demais tribunais brasileiros em que litiga a União.

No âmbito infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça assentou no REsp 1.396.488, de relatoria do ministro Humberto Martins, julgado em 25 de fevereiro do presente ano e submetido ao regime dos recursos repetitivos, pela não incidência do IPI na importação realizada por pessoa física, importador não habitual e que destine o produto industrializado para consumo próprio.

Quanto ao recurso paradigma, aponta-se a razão de decidir do precedente: “É firme o entendimento no sentido de que não incide IPI sobre veículo importado para uso próprio, tendo em vista que o fato gerador do referido tributo é a operação de natureza mercantil ou assemelhada e, ainda, por aplicação do princípio da não cumulatividade”.

De fato, trata-se de jurisprudência pacífica na ambiência da 1ª Seção do Tribunal da Cidadania, desde os tempos em que os ora Ministros do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux e Teori Zavascki honravam a composição do órgão fracionário precitado.

Na espacialidade constitucional, verifica-se que na Constituição Federal de 1967, em seu artigo 22, §4º, já constava que “O imposto sobre produto industrializado será seletivo, em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores”. Aliás, mesma redação constou na Emenda Constitucional 1/69,

1 Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2 ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 285.

RE 723651 / PR

especificamente no art. 21, §3º.

No bojo da Constituição Federal de 1988, o princípio da não-cumulatividade também foi prestigiado, em nível constitucional, quanto ao IPI, literalmente:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

IV - produtos industrializados;

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;”

Nesse quadro normativo, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que não incide IPI na importação de veículo automotor por pessoa física, que seja importador não habitual, para consumo próprio, ante a limitação constitucional ao poder de tributar imposta pelo princípio da não-cumulatividade.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO PARA USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – Não incide o IPI em importação de veículo automotor, por pessoa física, para uso próprio. Aplicabilidade do princípio da não cumulatividade. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (RE 550170 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe 04.08.2011)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO. NÃO-INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. 1. Não incide o IPI

RE 723651 / PR

sobre a importação, por pessoa física, de veículo automotor destinado ao uso próprio. Precedentes: REs 255.682-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; 412.045, da minha relatoria; e 501.773-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau. 2. Agravo regimental desprovido.”(RE 255090 AgR, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 08.10.2010)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. 1. Não incide o IPI em importação de veículo automotor, para uso próprio, por pessoa física. Aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(RE 501773 AgR, Rel.Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 15.08.2008)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE OU EMPRESÁRIO: PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: CF, art. 153, § 3º, II. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPI. I. - Veículo importado por pessoa física que não é comerciante nem empresário, destinado ao uso próprio: não-incidência do IPI: aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade: CF, art. 153, § 3º, II. Precedentes do STF relativamente ao ICMS, anteriormente à EC 33/2001: RE 203.075/DF, Min. Maurício Corrêa, Plenário, "DJ" de 29.10.1999; RE 191.346/RS, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, "DJ" de 20.11.1998; RE 298.630/SP, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, "DJ" de 09.11.2001. II. - RE conhecido e provido. Agravo não provido.”

(RE 255682 AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 10.02.2006)

Cito também os seguintes julgados transitados em julgado: RE 750.871, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe 20.08.2013; ARE 718.413, de relatoria da Ministra Rosa Weber, DJe 13.02.2013; ARE

RE 723651 / PR

710.559, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, DJe 16.11.2012; e ARE 714.983, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 09.10.2012.

Nesse sentido, o presente feito se reveste de grande responsabilidade jurídico-política, à luz da legítima confiança que os cidadãos depositam no Poder judicante, principalmente no mister de construir precedentes.

Sobre a função contemporânea das Supremas Cortes e o problema do julgamento colegiado, assim escola Luiz Guilherme Marinoni:

“Espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos partícipes da Corte. Quem firma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará diante dos novos casos, mas adquire uma grande responsabilidade em relação ao futuro” (*Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28).

Nesses termos, revela-se importante refletir sobre o papel do Poder Judiciário na promoção da segurança jurídica, como se depreende das multicitadas lições de Humberto Ávila:

“(...) também a jurisdição tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimento anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição de seus direitos fundamentais; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela

RE 723651 / PR

ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico”. (*Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2 ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 166).

Em suma, caso este Plenário, em decisão colegiada e soberana, decida por alterar sua jurisprudência, necessariamente, deve levar em conta o dever de fundamentação, encartado no art. 93, IX, do Texto Constitucional, na medida em que não houve alteração formal na ordem constitucional.

Essa providência torna-se ainda mais imperativa, diante da constatação que as mesmas razões de decidir que valerão para os veículos automotor, os quais representam uma parcela de um dígito percentual das declarações de importação nas aduanas brasileiras², devem também ser adotadas em relação a quaisquer produtos industrializados, o que justifica as manifestações de preocupação de diversos ramos da economia, para além do automotivo, como, por exemplo, o setor hospitalar, cuja manifestação formal da Federação Brasileira de Hospitais informou que o valor das importações de equipamentos médicos chega a USD 204 milhões, assim como apresentou detalhado estudo do impacto econômico que a incidência do tributo provocaria.

Visto isso, passa-se propriamente à discussão acerca da aplicação do princípio da não-cumulatividade em relação ao IPI. Conforme o supracitado artigo 153, IV, da Constituição Federal, o tributo incide sobre as operações jurídicas praticadas com produtos industrializados, isto é, sua hipótese de incidência seria o fato de uma pessoa industrializar produto e celebrar negócio jurídico translativo de sua posse ou propriedade.

Segundo Eduardo Domingos Bottallo, da leitura conjunta do art. 153, IV, da Carta Constitucional c/c 46, parágrafo único, do CTN, extrai-se que se considera um produto industrializado *“sempre que um bem in natura é*

2 Dados disponibilizados pela Secretaria da Receita Federal no projeto “Dados abertos”. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/resultados/comercio-exterior>>. Acesso em 24.11.2015.

RE 723651 / PR

submetido a um processo industrial do qual resulte alteração de sua natureza ou finalidade ou que possibilite sua melhor utilização, para satisfazer uma necessidade humana”³.

Busca-se, na hipótese, ao fato-signo da riqueza do consumidor do produto industrializado manifestada mediante o consumo, pois é desse que se exige suportar o respectivo encargo econômico. Por isso, a tributação é indireta, porquanto não é o sujeito passivo da obrigação tributária quem arca com o ônus econômico do tributo.

Nas lições do professor Valcir Gassen, pode-se definir um tributo não-cumulativo da seguinte forma:

“Tributo não-cumulativo é aquele que incide em várias fases do processo produtivo apenas sobre o valor que naquela se agregou, isso significa que se pode também gravar todo o valor acumulado do bem, desde que se desconte, se deduza o valor que gravou as fases anteriores. São exemplos de tributos multifásicos não-cumulativos no direito tributário brasileiro o IPI e o ICMS”. (*A Tributação do Consumo: o princípio de origem e de destino em processos de integração econômica*. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 82)

Assim, dá-se a devida importância ao princípio da não-cumulatividade, segundo o qual se compensa o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. De novo, de acordo com Bottallo, *“ao instituir tal sistema, o legislador constituinte teve em mira favorecer o contribuinte (de direito) deste tributo, aliviando a pressão sobre seus custos de produção, o que, em última análise, reverte em prol do consumidor final (contribuinte de fato), mediante a determinação de preços menos onerados pela carga fiscal”⁴.*

Desse quadro, resta bem colocada a argumentação constante no parecer do *Parquet*:

3 Fundamentos do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

4 *Ibid.*, p. 45.

RE 723651 / PR

“Diante do exposto, resta clara a inadequação da técnica de não-cumulatividade prevista na legislação brasileira à situação da pessoa natural que adquire veículo automotivo para uso próprio. Nesse caso, o importador fica impossibilitada de lançar o crédito, por não ser contribuinte habitual da exação. O próprio princípio da não-cumulatividade resta inobservado, obstando, portanto, a imposição da exação.

(...)

Desse modo, tal exigência não implica em indevida isenção fiscal. Ao contrário: decorre da necessidade da legislação tributária adequar-se ao comando magno sobre a exação, não lhe sendo permitido desconsiderar a estrita moldura constitucional do imposto, criando exceção ao princípio não prevista na Lei Fundamental.”

No mesmo sentido, colhe-se o seguinte excerto do escólio doutrinário do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná Octavio Campos Fischer:

“É dizer, a Constituição impede que o IPI seja, de alguma forma, cumulativo. Será, sempre, não cumulativo. Mas, para tanto, deverá ser compensado ‘o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores’.

Assim, basta um simples e superficial exame da questão para se concluir que, quando uma pessoa física realiza a importação, não haverá como creditar-se do IPI, acaso pudesse ser admissível a sua incidência em tal situação.

Aliás, não se aceitando isto, o IPI/importação estaria subvertendo a sua própria lógica, já que nas operações internas somente é devido por pessoas jurídicas contribuintes e não por pessoas físicas não contribuintes. Assim, por contradição insuperável, teríamos um IPI nas operações internas a ser pago por contribuintes e um IPI nas operações de importação a ser pago por contribuintes e não contribuintes” (IPI e ICMS na Importação por Pessoa Física e Direitos Fundamentais. In:

RE 723651 / PR

Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 100, set./out. 2011, pp. 267-283)

Em suma, não é cabível confundir, na espécie, os contribuintes de direito e de fato, atribuindo responsabilidade tributária a consumidor final, o qual não pode atuar na qualidade de substituto tributário do alienante, que por sua vez, não é alcançado pela soberania tributária do Estado brasileiro.

Tal problemática deve ser solucionada na ambiência da harmonização tributária entre entes soberanos em dinâmica de comércio exterior, para que não haja pluritributação, isto é, sobre o mesmo fato incida uma pluralidade de normas de ordenamentos jurídicos diversos.

Sabe-se que a regra no comércio internacional em casos de tributação sobre o consumo é a aplicação do princípio do destino, segundo o qual o Estado destinatário, é dizer, em que se dará o consumo do produto que sofreu industrialização na territorialidade de outro ente soberano, deve recolher o tributo sobre a manifestação de riqueza. Em suma, a finalidade é desonerar, em termos tributários, as exportações e onerar as importações, favorecendo a balança comercial do país.

Caso aplicável essa lógica à pessoa física que importa produtos, de forma não habitual e para consumo próprio, o resultado será a impossibilidade empírica da neutralidade tributária, que por sua vez, deveria ser atingível em uma economia integrada às cadeias globais de produção no momento do desembarço aduaneiro, por meio de ajustamentos fiscais.

Em relação ao princípio do destino e aos tributos plurifásicos não-cumulativos, como é o caso do IPI, o professor da UnB Valcir Gassen bem explica os pressupostos de aplicação desse princípio na importação:

“Salienta-se que com o princípio de destino o Estado importador poderá adotar no tributo sobre o consumo plurifásico não-cumulativo o sistema de suspensão ou de créditos de tributos – método indireto subtrativo. Na suspensão, a importação não será tributada na aduana e a

RE 723651 / PR

receita tributária será ‘recuperada’ quando o importador transacionar com o consumidor final. No sistema de crédito de tributos exigir-se-á o pagamento do imposto de importação no ato do desembaraço aduaneiro, concedendo-se crédito ao importador do tributo suportado.” (*A Tributação do Consumo: o princípio de origem e de destino em processos de integração econômica*. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 172)

Na presente hipótese, não seria possível adotar o sistema de suspensão, na medida em que não haveria recuperação na venda, pois o importador é o consumidor final. Por outro lado, é nítida a impossibilidade do sistema de compensação de créditos, uma vez as etapas anteriores se deram fora da territorialidade brasileira e não existe etapa posterior.

Há, igualmente, um problema de *bis in idem*, consistente na imposição de dois tributos por um mesmo ente político sobre o mesmo fato gerador ou base de cálculo. Perceba-se que é constitucionalmente vedada tal prática no tocante a imposto com imposto (art. 154, I, da Constituição Federal) ou a imposto com taxa (art. 145, §2º, do Texto Constitucional).

Na doutrina de José Eduardo Soares de Melo, fica claro que a mesma materialidade tributária é onerada duplamente pela União na situação da parte Recorrente:

“Não há fundamento jurídica na incidência do IPI na importação, face ao princípio da territorialidade, porque (a) somente os fatos, atos e negócios realizados no País é que poderia ser objeto de tributação; (b) inexistente industrialização no território nacional; e (c) a CF contempla, excepcionalmente, os tributos que podem incidir sobre situações ocorridas fora do País”. (*IPI: teoria e prática*. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 128)

Na verdade, constata-se que o Poder Constituinte quando pretendeu excepcionar o comando do *ne bis in idem* e fazer valer uma dupla incidência tributária o fez expressamente, como não poderia deixar de

RE 723651 / PR

ser, dado que o modelo de competências tributárias é analítico e exauriente, por decisão constituinte manifestamente deliberada na ambiência da Assembleia Constituinte de 1987/1988.

Veja-se o exemplo do ICMS e da CIDE, em que o constituinte derivado expressamente positivou sua vontade nos arts. 149, §3º, e 155, §2º, IX, “a”, ambos da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

Art. 155 (*omissis*)

§ 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;”

Conclui-se, por conseguinte, que não decorre do sistema constitucional tributário uma regra implícita que afaste a aplicação do princípio da não-cumulatividade em relação ao IPI no caso em comento.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se dá

RE 723651 / PR

provimento, para reformar o acórdão recorrido, concedendo a ordem de segurança, para fins de afirmar a não incidência de IPI em importação de veículo automotor, por pessoa física e para uso próprio.

Fica exonerada a parte vencida do pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do STF.

Custas *ex lege*.

É como voto.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, vou pedir vênia para acompanhar o eminente Relator que, no meu entender, esgotou a matéria, assim como o fez o Ministro Barroso na primeira parte do seu voto. Vou acompanhar o Relator, sem me manifestar, neste momento, sobre a modulação que importaria o provimento do recurso.

Penso que o Tribunal tem que ter muito cuidado, em questão de modulação, em casos em que não está em questão, propriamente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei. No exemplo citado, do Fundo de Garantia, o caso era de recepção de uma lei antiga pela Constituição.

Nesse caso específico, o cuidado tem que ser redobrado porque, se é verdade que o Supremo tem cinco precedentes - eu não contei quantos, mas o Ministro Barroso disse que são cinco precedentes das Turmas, - em certo sentido, também é verdade que, no âmbito dos tribunais, essa jurisprudência nunca foi pacífica.

O próprio precedente do STJ, no recurso repetitivo não transitou em julgado, pois foi objeto de um recurso extraordinário que está sustado, aguardando julgamento dessa repercussão geral, e no STJ houve uma grande divergência. A matéria foi decidida por maioria. No âmbito dos tribunais federais, o próprio caso concreto mostra que os tribunais votavam em sentido diferente dos precedentes do Supremo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Teori, aqui temos uma divergência filosófica que eu gostaria de explicitar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Permita-me completar.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu considero que cinco decisões do Supremo Tribunal Federal, transitadas em julgado, formam jurisprudência, divergindo de Vossa Excelência, no particular.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Em agravo regimental, no qual o julgamento é muito célere.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, como disse, não estou me pronunciando sobre a modulação, agora. Só estou registrando que o Tribunal tem que meditar melhor, especialmente sobre o alcance dessa modulação.

O Ministro Barroso está sugerindo o seguinte: os fatos geradores anteriores à decisão de hoje não estão sujeitos à tributação. Isso tem uma consequência enorme. Por exemplo, a de afirmar que aqueles que pagaram, e a maioria das pessoas pagou, teriam direito à restituição.

Penso que sobre essa modulação é preciso meditar bem, especialmente, como eu disse...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, o Supremo entendia que não era devido, as pessoas não pagavam.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, o Supremo entendia, mas a decisão do Supremo não era observada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas a consequência é que, se retroagir, elas vão ter que pagar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, eu estou falando daquelas que pagaram.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas há os que

RE 723651 / PR

pagaram. É isso que o Ministro Teori disse, porque isso não era pacífico. Tanto não era que pessoas, como essa, vieram discutindo até aqui.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A maioria das pessoas pagou. Nós não podemos pensar nos casos judicializados. Talvez se devesse modular em relação aos casos judicializados. Mas o Ministro Barroso está propondo que, em relação aos fatos geradores anteriores, não haja tributação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, Vossa Excelência me permite? E o Fisco sempre se opôs a essa liberação. Como começou a ação que deu origem a este recurso extraordinário? O contribuinte ingressou em Juízo para se eximir da satisfação de tributo disciplinado no próprio Código Tributário e na lei de 1964 a que me referi.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - As pessoas, de um modo geral, pagavam o tributo, porque o Fisco sempre exigiu. A jurisprudência do Supremo, das Turmas, não era observada, não tinha efeito vinculante. A modulação, no modo proposto - não sou contra a modulação, eu só penso que nós temos que meditar para dar certos limites -, cria uma não incidência e, portanto, permite, entre outras consequências, até o pedido de restituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – De qualquer forma, o exercício da pretensão fiscal fica sujeito à prescrição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Isso significaria dar a esses precedentes do Supremo - das Turmas - um efeito vinculante. Se nós modularmos para afirmar que até hoje o tributo não incidia, por força da jurisprudência do Supremo, nós estamos dando a essa jurisprudência das Turmas um efeito vinculante, em relação ao passado, um efeito que ela nunca teve. Enfim, eu ficaria, no momento, com o resultado proposto pelo

RE 723651 / PR

Ministro-Relator e, apenas num segundo momento, analisaria a modulação e seus limites. De qualquer modo, a modulação teria que ter o **quorum** qualificado que se exige.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, vou deixar para defender a minha posição da modulação depois que nós tomarmos os votos, porque pode até não vencer a tese minha e do Relator.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu sempre tenho a preocupação de manter a jurisprudência da Suprema Corte. Acho que o princípio da segurança jurídica impõe este cuidado.

Como muito bem destacado, o que temos basicamente sobre o tema são decisões de Turma, uma inclusive da minha lavra. Houve, naquele caso, o manejo de agravo regimental contra decisão monocrática, da Ministra Ellen Gracie - no final de 2012 -, que levei à Turma, e em que dito com todas as letras: o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito do Supremo. E, registrados os precedentes, neguei provimento ao agravo regimental e fui acompanhada pelos demais integrantes da Turma.

Trata-se então de jurisprudência que se formou, pelo menos da minha parte, com o meu voto, mas sem uma maior reflexão. Eu, com todo o respeito, pedindo vênias ao eminente Ministro Fachin, acompanho na íntegra os fundamentos do voto do Ministro Marco Aurélio.

Tenho anotações escritas também com alguma doutrina na linha do voto de Sua Excelência e vou me dispensar da leitura, porque já foi muitíssimo bem defendida a posição. Assim como o Ministro Teori, por ora, fico acompanhando o Relator. Não vou me manifestar ainda com relação à possibilidade de dar efeitos prospectivos à decisão.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu originariamente trouxe observações que iriam exatamente convergir para a conclusão a que chegou o Ministro Luís Roberto Barroso.

Mas, pesquisando aqui os nossos arestos já citados pelo Ministro Edson Fachin, eu verifiquei o seguinte: a decisão do Ministro Barroso encerra a justiça fiscal em se tratando de veículo automotor. Mas encerra, no meu modo de ver, consequentemente, involuntariamente, uma severa e drástica situação para aqueles importadores de equipamentos médicos, que foi exatamente onde eu busquei a solução dessa questão, à época, no Superior Tribunal de Justiça. Existem equipamentos que não têm similar no Brasil.

Então, se houvesse uma adstrição a uma tese minimalista de veículo automotor, até que isso encerraria a justiça fiscal, porque o adquirente aqui figuraria, mais ou menos, como substituto tributário do exportador, já que o exportador não vai poder pagar imposto aqui no Brasil.

Mas ocorre que, na minha judicatura, eu sempre tive em mente que o magistrado primeiro deve construir uma solução justa e depois dar a ela uma roupagem jurídica. Quer dizer, não pode ser uma solução justa à luz dos princípios, se há regras jurídicas.

Então, em razão de entender que, sob vários outros aspectos, essa solução será extremamente danosa, eu tenho que fazer uma opção por uma solução que, no meu modo de ver, é mais justa do que essa generalizada impondo o IPI em toda e qualquer hipótese abstratamente considerada de incidência.

E a roupagem jurídica é fácil de encontrar - digamos assim - no vestuário normativo. Já na Constituição de 1967, o IPI era instituído em função da essencialidade do produto e não cumulativo. Dizia a Constituição:

"Art. 22, § 4º (...) abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores".

RE 723651 / PR

A Constituição de 88 repete a mesma coisa:

"Art. 153, § 3º, II (...) será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores" - o que pressupõe essa conta de crédito e débito inferida da própria Constituição.

Então, no meu modo de ver, essa "inferição" que se extrai do art. 153, a ausência de uma emenda constitucional específica sobre IPI - tal como ocorreu com o ICMS - e as consequências danosas que isso trará para outros setores completamente diversos de veículo automotor, me conduzem a pedir todas as vênias possíveis e acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Presidente, conversava com a ministra Cármen Lúcia e dizia da tese que não foge às balizas objetivas deste processo.

Ficaria, na tese, cogitando da incidência quanto à importação de veículos, mesmo porque o tributo é seletivo. Ou seja, podemos ter fixação de alíquotas variando segundo o interesse nacional, até mesmo na importação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aí, eu confesso que acompanharia essa proposição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E aí, Ministro Marco Aurélio, quando o Ministro Fux estava se pronunciando, eu me lembrei - e também estou extremamente preocupado - da questão dos equipamentos médicos.

Mas, na área acadêmica também, 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.

Eu estou balançando com relação a essa tese, inclusive porque eu já tenho precedentes no sentido contrário à tese defendida pelo Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Barroso, mas que trazem argumentos muito ponderáveis. Mas uma abertura, uma tese muito "dilargada", a meu ver, traria problemas sérios em um país não desenvolvido ainda integralmente.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, mas temos o campo da política normativa, porque, segundo a Constituição, o tributo é seletivo. Ou seja, podemos ter a diferença de tratamento, conforme a base de incidência, o que estará sendo tributado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu concordo, Presidente, com as observações de Vossa Excelência inteiramente e com as do Ministro Fux, e vivi essa aflição também.

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. Por isso, eu quase fiz a exceção para os equipamentos médicos, mas achei que era um avanço de sinal pelo Judiciário, porque, na verdade, nós estamos estabelecendo uma tese. Qual é a tese? Paga-se IPI na importação por não contribuinte, essa é a nossa tese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, não, quanto a veículo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, quanto a veículo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Quanto a veículos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas, Ministro Barroso, será que nós não poderíamos, em sede jurisprudencial, avançar no sentido de dizer que o IPI caberia quando houvesse similar nacional. Quer dizer, eu acho que isso nós poderíamos perfeitamente dizer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que isso é política normativa.

Mas, Ministro Marco Aurélio, então se for computador, não?

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque o caso subjacente trata de veículo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, se, amanhã ou depois, me transferir para o Palácio do Legislativo, aí, me pronunciarei quanto a isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, porque a tese jurídica - não há como fugir de uma tese jurídica -, a tese jurídica que nós estamos fixando é: a importação de produto industrializado por não contribuinte paga IPI. Agora, nós não estamos... não tem como nós distinguirmos carro, de computador, de máquina de escrever - se ainda existir - ou de vestuário. Entende? Não há como.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O grande problema é esquecer que o processo é subjetivo e querer solucionar todas as questões do país.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - 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. Nós temos que ter uma tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não proponho a adição, eu proponho uma postura afirmativa: Incide IPI na importação de veículo automotor por não contribuinte, por pessoa física.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E minimalista.

RE 723651 / PR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O que o Ministro Barroso dizia antes, aqui de uma maneira muito bem seccionada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Diferente, não precisa criar exceção.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ou seja, o precedente é algo que pode ser repetido, porque foi examinado e concluído.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não tenho problema com essa tese, é que nós vamos ter que decidir isso depois de amanhã.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, o caso diz respeito a carro...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

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.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Área de pesquisa, então. O precedente se referiu a algo que é especificamente o carro. Se resolvermos isso, julgamos um caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a grande verdade é que a quantidade de importação de carros é sobejamente superior à importação de novos equipamentos médicos, que são caros.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Fux, a verdade é que não é, porque a importação de carros por pessoa

RE 723651 / PR

física é tão complexa e tão cara que ninguém importa, salvo colecionador. É muito mais barato você comprar o carro na concessionária, eu pesquisei isso.

De modo que, para o carro, é totalmente irrelevante, salvo para os colecionadores.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Então, com muito mais razão, vai pegar os equipamentos científicos, médicos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nós estamos diante de uma epidemia de zika, agora, nós vamos ter que ter equipamentos laboratoriais específicos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Lembrei disso, Presidente, nós estamos...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós, no STJ, nos deparamos ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Uma pandemia... exata.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E aí vamos desconhecer isso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vamos dificultar a importação desse...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O Rio de Janeiro, agora, importou um equipamento de tomografia cerebral, inaugurou um hospital, digamos assim, singular em termos de América Latina, que é capitaneado pelo professor Paulo Niemeyer Filho; esse equipamento foi uma fábula em milhões de dólares.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É, se for do SUS, tem um tratamento diferenciado. O problema dos equipamentos médicos é para as clínicas privadas; os hospitais universitários e as entidades filantrópicas em geral, portanto, quem trabalha para o SUS, não enfrenta esse problema. Eu também me interessei por isso.

Mas, olha, embora eu ache que a tese jurídica 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!

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

CONTINUAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, dou provimento no sentido de que há incidência de IPI na importação de veículo automotor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Desprovê? Porque o recurso é do contribuinte.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nega provimento?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Neste sentido. Mas adstringindo a essa tese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas fica com a tese minimalista, que nós só estamos examinando o caso de importação de veículos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É a tese do Relator.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu vou pedir vênia ao Relator, ao Ministro Roberto **Barroso** e ao Ministro **Teori** para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Luiz **Edson Fachin**, sem subscrever todos os fundamentos de Sua Excelência, por isso farei a juntada de voto escrito.

Acompanho a divergência pelos fundamentos que farei juntar em voto escrito.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O Tribunal de origem concluiu pela incidência do IPI sobre a importação de veículo para uso próprio por pessoa física. Na resolução da matéria, portanto, deve-se ter em mira o art. 153 da Constituição e os arts. 46 e 51 do Código Tributário Nacional.

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV - produtos industrializados;

(...)

§ 3º - O imposto previsto no inciso IV:

(...)

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.”

A materialidade do IPI consta do art. 46 do CTN.

“Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.”

RE 723651 / PR

Os contribuintes do imposto são definidos no art. 51, CTN.

“Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.”

Como se vê, o art.153, IV, da Constituição autoriza a União a instituir impostos sobre “produtos industrializados”. Por sua vez, o Código Tributário Nacional, no parágrafo único de seu art. 46, já dispunha, antes mesmo da própria Constituição, que, “para os efeitos deste imposto, considera-se **industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo**. Portanto, a leitura que faço do art. 51, inciso I, do CTN, é que o citado dispositivo, ao definir como contribuinte do IPI “**o importador ou quem a lei a ele equiparar**”, exige um liame mínimo entre a **atividade efetivamente desenvolvida pelo sujeito passivo** com a atividade de industrialização. Devemos levar em conta, assim, que o consumidor final, na importação, não se enquadra na qualidade de pessoa física ou jurídica que exerça, com habitualidade, comércio ou atividade negocial com bens produzidos no exterior. Tampouco pode ser enquadrado na condição de substituto tributário do alienante, o qual não é alcançado pela legislação tributária do Brasil.

Dessa forma, com as vênias devidas ao Relator, as premissas firmadas no julgamento do Plenário consubstanciado no RE nº 203.075/DF, Relator para o acórdão o Ministro **Carlos Velloso**, quanto ao ICMS (período anterior à EC nº 33/2001), aplica-se inteiramente ao IPI. Naqueles autos, que geraram a orientação da Corte para o ICMS, o

RE 723651 / PR

Ministro **Carlos Velloso** afirmou que o contribuinte do imposto era o vendedor e, sendo assim, **“na importação não haveria pagamento de ICMS, pelo simples motivo de o exportador estar no exterior”**.

Pontuou, ainda, o Ministro **Carlos Velloso**

“a impossibilidade de se exigir o pagamento do ICMS na importação de bem por pessoa física, dado que, não havendo circulação de mercadoria, não há como se lhe aplicar o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, pois somente ao comerciante é assegurada a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Assim sendo, creio não poder afastar-me do que penso ser a melhor exegese para o cabal entendimento da regra constante da letra a, do inciso IX, do artigo 155 da Carta da República. De fato, se lido de um só fôlego o texto, poder-se-á extrair que o imposto devido por se tratar de bem destinado a consumo, hipótese em que, a meu ver, se desfaz essa afirmação ao concluir o preceito com peremptória negativa desse primeiro enunciado, tanto mais que o imposto só é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Na ocasião, o Ministro **Marco Aurélio** se pronunciou nos seguintes termos:

“Indaga-se, e vou desprezar esse vocábulo criado pela Receita Federal, **“pessoa física”**: uma importação de qualquer bem – hoje mesmo estou aqui trajando uma roupa importada -, de mercadoria importada por uma pessoa natural, à luz do disposto na alínea ‘a’ a que me referi, fica sujeita, para ser desembaraçada na aduana, ao recolhimento do ICMS? A meu ver, a resposta é desenganadamente negativa. **O devedor do tributo, ao implementar uma operação, deve estar ligado à mercancia**, como anunciado pelo Senhor Ministro Ilmar Galvão, já que se trata de um tributo que tem na nomenclatura o vocábulo ‘operações’, no plural – **e aí faz-se presente**,

RE 723651 / PR

inclusive, o instituto da não cumulatividade.”

Ora, os sólidos fundamentos consolidados na Súmula 660/STF, aplicam-se, por completo, à discussão sobre a incidência do IPI nas operações com importação de bens para uso ou consumo feitas por pessoas físicas ou jurídicas não industriais ou comerciantes. Ambas as Turmas da Corte firmaram jurisprudência nesse sentido.

O RE nº 255.682/RS-AgR Relator o Ministro **Carlos Velloso** é exemplo de precedente sólido da Segunda Turma da Corte:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE OU EMPRESÁRIO: PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: CF, art. 153, § 3º, II. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPI. I. - **Veículo importado por pessoa física que não é comerciante nem empresário, destinado ao uso próprio: não-incidência do IPI: aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade: CF, art. 153, § 3º, II. Precedentes do STF relativamente ao ICMS, anteriormente à EC 33/2001: RE 203.075/DF, Min. Maurício Corrêa, Plenário, "DJ" de 29.10.1999; RE 191.346/RS, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, 'DJ' de 20.11.1998; RE 298.630/SP, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, 'DJ' de 09.11.2001. II. - RE conhecido e provido. Agravo não provido” (RE nº 255.682/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 10/2/06).**

O precedente da Primeira Turma, consubstanciado no RE nº 643.525/RS, de minha relatoria, também demonstra a solidez dos fundamentos construídos para o IPI, como se vê na ementa que segue:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Incidência do IPI na importação de produtos por sociedade civil prestadora de serviços. Impossibilidade. Operação dissociada da base econômica constitucionalmente definida. 1. **A jurisprudência vem evoluindo para entender que o critério material de incidência na importação não pode decorrer da**

RE 723651 / PR

mera entrada de um produto no país, na medida em que o IPI não é um imposto próprio do comércio exterior. 2. A base econômica do IPI é única, devendo ser analisada à luz do art. 153, inciso IV e § 3º, inciso II, da Constituição Federal. 3. **Não há previsão constitucional expressa que ampare a incidência do IPI na importação, diferentemente do que ocorre com o ICMS,** a que se refere o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea a, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 33/01. 4. Agravo regimental não provido” (DJe de 26/4/13).

Continuo convicto de que a técnica da não cumulatividade é de extrema relevância na análise da matéria. Segundo o art. 153, repetido no art. 49 do CTN, o valor do IPI pago na operação imediatamente anterior deve ser abatido do mesmo imposto em operação posterior. Ocorre que, no caso, por se tratar de consumidor final, tal abatimento não poderia ser realizado. Caso se interprete o art. 51, I, do CTN no sentido de que o importador, pessoa física ou jurídica que adquire bens no mercado externo para uso próprio, é sujeito passivo da obrigação tributária, ele **sofrerá o impacto da tributação, como contribuinte de direito e contribuinte de fato (consumidor final), sem qualquer possibilidade de creditamento ou de repasse do imposto pago.** Já o importador industrial ou comerciante, ao importar bens destinados ao comércio, poderá se utilizar da técnica da não cumulatividade, acumulando o crédito do IPI pago no desembaraço para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto e ainda, **repassar os custos para o consumidor final.** O mesmo não ocorre com o importador pessoa física ou pessoa jurídica não industrial, que arcará com o IPI pago no desembaraço aduaneiro na qualidade de contribuinte de direito e de fato, sem qualquer possibilidade de se ressarcir dos custos, uma vez que o bem importado não se sujeitará a uma cadeia de circulação no território nacional.

Entendo que, na operação de importação, o adquirente de produtos industrializados é mero consumidor final, tal qual o é na aquisição de produtos no mercado interno. Em ambas as hipóteses, esse suporta o

RE 723651 / PR

ônus da repercussão econômica. Deve, portanto, ocupar a posição de simples contribuinte de fato, pois arcará com o ônus financeiro dos tributos e outros custos incluídos no preço pelo alienante estrangeiro. Consumidor não é contribuinte.

Realmente, deve ser aplicado para o IPI a mesma orientação consagrada na Corte relativamente ao ICMS. No período anterior à EC nº 33/2001, a questão era absolutamente pacífica (Súmula 660/STF), tanto que foi necessária a edição da referida emenda constitucional para viabilizar a cobrança do ICMS na importação de produtos estrangeiros, independentemente da finalidade. Na importação de produtos estrangeiros, **inexiste 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.

Sobre a alegada quebra de isonomia entre as indústrias nacionais e estrangeiras, uma vez que a aquisição de um veículo em território nacional estaria sujeito à incidência do IPI, enquanto o mesmo negócio jurídico realizado com a importação do bem afastaria a incidência de referido tributo, conferindo vantagem econômica às empresas estrangeiras, em detrimento da economia nacional, entendo que o caso escolhido para julgamento sob o rito da repercussão geral não é o melhor, na medida em que o objeto importado foi um veículo automotor. Nessa medida, à luz de cada caso concreto é que se deve analisar esse argumento, pois há muitos bens importados que não tem similar nacional. Os principais prejudicados com a mudança brusca de jurisprudência que ora se propõe são as clínicas e hospitais, que dependem, sobremaneira, da importação de equipamentos médicos cuja tecnologia não tem similar nacional. Portanto, a suscitada tese da quebra de isonomia não me convence a alterar as convicções até aqui firmadas.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, para declarar a não incidência do IPI na importação de produtos estrangeiros por pessoa física ou jurídica não contribuinte habitual do imposto.

É como voto.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, pedindo vênia ao Ministro Edson Fachin e agora ao Ministro Toffoli também, estou acompanhando o Ministro Relator, nesta tese específica, de incidência do objeto que é questionado nesta ação, vale dizer, da importação de carros, de veículos. Portanto, quanto à modulação, deixo de me pronunciar, até porque, agora, talvez tenha alguma modificação.

Nego provimento, portanto, ao recurso com os argumentos que foram apresentados, especialmente a quebra do princípio da isonomia.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, pedindo vênia ao ministro Fachin e também ao ministro Barroso, eu vou inicialmente acompanhar o voto do Relator, agora explicitado pelo ministro Teori Zavascki. Portanto, estou desprovendo na linha do voto do Relator.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho o eminente Relator, **em razão** dos fundamentos expostos em seu douto voto **e tendo em consideração** os próprios limites temáticos **delineados** nesta sede recursal extraordinária.

Caso **prevaleça** a tese sustentada pelo eminente Relator, manifestar-me-ei no sentido de estabelecer a modulação, *no tempo*, dos efeitos resultantes do presente julgamento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se vencer a tese do Ministro Marco Aurélio, como se afigura, eu gostaria de defender a modulação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sem dúvida...

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também vou pedir vênia à divergência. Entendo que é hora de mudarmos a jurisprudência, que de fato não era uma jurisprudência tão sólida, porque era uma jurisprudência baseada em agravos regimentais. Eu mesmo fui Relator de vários deles. A discussão é precária, como salientou o Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Marco Aurélio traz um denso voto, inclusive Sua Excelência salienta um aspecto importante: que o IPI não pode ser transmutado num imposto sobre a produção. E traz outros argumentos com os quais eu concordo e peço vênia para concordar e divergir daqueles que trilharam a senda contrária. Mas também eu vou adotar uma tese extremamente restritiva, dizendo que esse entendimento aplica-se apenas aos veículos automotores, até porque existem outras opções no mercado. Portanto, eu também desprovejo.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, gostaria de encaminhar, então, no sentido da modulação.

Eu preciso dizer que eu fiquei feliz com a tese que venceu. Eu pessoalmente acho que ela é dogmaticamente complicada. Mas fiquei feliz com a tese minimalista porque evitam-se, no momento imediato, certas discussões, que vão reaparecer. Evidentemente, nós vamos ter que produzir uma decisão de caráter geral sobre a tributação de produtos industrializados que são importados por não contribuintes, porque senão nós vamos criar um mercado imenso de importação por não contribuintes, se nós não tivermos uma regra geral. Porém fico feliz que tenha prevalecido esse entendimento até que se possa equacionar, ou quem sabe que venha um ato normativo já dando as isenções aos setores que merecem isenção.

Mas eu gostaria de retomar a questão da modulação, Presidente, porque considero muito importante.

Nós temos, no Brasil, nos últimos muitos anos, procurado valorizar os precedentes, e o novo Código de Processo Civil vem com este propósito de valorização dos precedentes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E de modulação também. Modulação da virada jurisprudencial.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O respeito à jurisprudência, o respeito aos precedentes e o uso dos precedentes, têm três papéis muito importantes, eu penso, num sistema jurídico.

O primeiro é dar isonomia, respeitar precedentes significa aplicar a todos a mesma norma. Em segundo lugar, ele dá segurança jurídica. Fica-se sabendo qual é o direito, e não cada juiz decide ou cada tribunal decide de acordo com a sua vontade. Em terceiro lugar, o respeito aos precedentes e seguir a jurisprudência dá eficiência à Justiça. Quando eu decido um caso em relação ao qual tem jurisprudência solidificada, o meu

RE 723651 / PR

papel é minimizado, o nosso todo na nossa jurisdição. Há precedente nessa matéria, acompanho o precedente e nego provimento ou dou provimento.

Portanto, a jurisprudência e os precedentes têm um papel importante e assumiram, no Direito brasileiro, um papel quase normativo. E nós temos o propósito crescente - o Ministro Gilmar tentou isso naquela hipótese da reclamação, eu acho que havia um problema normativo na Constituição que dificultava efeito vinculante -, mas eu acho que decisões do Supremo Tribunal Federal, como regra, existem para ser cumpridas mesmo. Elas devem ter um efeito vinculante geral, não tecnicamente vinculante, mas persuasivamente vinculante. O Supremo Tribunal Federal decidiu, essa é a norma.

Portanto, se nós queremos criar um sistema fundado em precedentes e de respeito à jurisprudência, nós temos que ter duas preocupações. A primeira, não mudar a jurisprudência toda hora. Esse é o primeiro ponto. E o segundo ponto é, quando nos convenceremos que é preciso mudar a jurisprudência, nós temos que dar ao jurisdicionado o respeito que nós queremos que ele tenha pela nossa jurisprudência. Eu não posso dizer para o jurisdicionado - e não são cinco, são oito decisões o meu Gabinete me informa agora: "Nós temos oito decisões transitadas em julgado, mas é porque isso foi em agravo regimental, e o agravo regimental, sabe como é que é". Não pode ser assim, uma decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado. Não é uma, são oito.

Então, se nós queremos criar um sistema baseado em precedentes, de respeito a precedentes, nós temos que ser os primeiros a valorizá-los. Portanto, se nós estivermos modificando os nossos próprios precedentes, eu acho que nós temos o dever para com a sociedade de modificá-los para frente.

Agora, num caso como esse, em que a jurisprudência do Supremo era pacífica, no Supremo não tem uma decisão divergente, tem oito decisões convergentes, e o Superior Tribunal de Justiça produz uma decisão em recurso repetitivo, dizendo que não precisa pagar. E nós decidimos agora, sem modular, de modo que o contribuinte vai ter que

RE 723651 / PR

pagar cinco anos para atrás esse tributo? Eu acho que isto é, com todo o respeito, talvez não seja a palavra feliz, não quero usar deslealdade, mas eu acho que é uma desconsideração com a nossa própria jurisprudência, e acho que é uma burla à confiança legítima do jurisdicionado no nosso trabalho.

Portanto, se nós estamos mudando uma jurisprudência, e aqui, Ministro Teori, com todo o respeito, se o Tribunal Regional da 4ª Região ou da 5ª ou da 2ª não segue a jurisprudência do Supremo, então, nós estamos passando para o jurisdicionado a mensagem de que: se o Supremo tiver decidido pacificamente, mas o juiz de Quixeramobim não respeita, você acompanha o juiz de Quixeramobim e não a jurisprudência do Supremo? Eu não consigo entender isso.

De modo que, se há jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, que vige há muitos anos, e nós a estamos mudando, eu acho que há um dever moral do Tribunal de modular. Acho que é um desrespeito ao contribuinte nós mudarmos uma jurisprudência, depois de muitos anos, e cobrarmos retroativamente.

De modo que, pedindo todas as vênias a quem pense diferentemente, eu acho que nós não podemos deixar de modular neste caso, porque houve, por muitos anos, jurisprudência pacífica do Supremo, jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, e nós vamos criar um sistema em que nós não somos confiáveis. E isso é muito ruim.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro, há uma dúvida que foi levantada pelo Ministro Teori Zavascki, que é a seguinte.

O Ministro Teori levantou um ponto que me parece relevante. Uma modulação estrita, nesse sentido proposto por Vossa Excelência, permitiria eventualmente até ações de restituição de indébito por aqueles que recolheram, porque nós estamos dizendo que, até o momento da virada da jurisprudência, que se deu hoje, esse imposto não incidia. Mas ocorre que muitos pagaram eventualmente ou alguns pagaram, pelo menos. E como é que fica?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que, respeitado o prazo prescricional, é isso mesmo. Mas eu tenho dúvida se, havendo jurisprudência pacífica do Supremo e do STJ, muita gente pagou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, aqui, no Supremo, nós já modulamos para aplicar só àqueles que já propuseram ações. Então, afasta essa preocupação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Talvez possamos cogitar de uma alternativa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Barroso, quem já estava em juízo não tinha aquiescido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se esse for um consenso, eu me curvo a ele.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Então, tem-se a quebra da isonomia. Aqueles que realmente observaram o figurino constitucional e legal não vão ter a repetição do indébito.

Um fator de discriminação, o ingresso em juízo, ele é capaz de levar a essa consequência?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas há um vetusto provérbio latino, *dormientibus non succurrit jus*, ou seja, aqueles que acreditaram na jurisprudência do Supremo, ainda que precária, eles ingressaram em juízo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas o que vale mais em termos de observância? A jurisprudência do Supremo ou a própria Carta da República?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas não era precária. Era transitada em julgado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Precária tendo em vista - digamos assim - o tipo da natureza da ação, que é um agravo regimental.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Ricardo Lewandowski, desculpe-me. Não há jurisprudência do Supremo precária. Jurisprudência do Supremo é jurisprudência do Supremo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, precária no sentido de que a afirmação que tomo por válida do Ministro Teori é que ela não era observada, porque não era vinculante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Julgamento sumário.

RE 723651 / PR

Vamos falar em julgamento sumário, porque eu próprio nunca enfrentei essa matéria, muito menos no Plenário. Estamos julgando agravos, ante a avalanche de processo – e os jurisdicionados, os profissionais da advocacia nos levaram a isso –, mediante listas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR REPRESENTANTE DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - Senhor Presidente, em nome da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e no intuito de contribuir com o julgamento, tão judicioso, a PGFN quer trazer duas questões de fato. A primeira é que a pretensão é pela inconstitucionalidade, e o efeito prospectivo proposto é pela constitucionalidade. E o segundo ponto, levantado pelo Ministro Marco Aurélio, é que não há precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria, apenas das Turmas.

É isso, Presidente. Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Das duas Turmas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência então?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Encaminho pela modulação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - No sentido amplo.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Em sentido amplo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Quer dizer, dentro do prazo prescricional, quinquenal, é possível, então, que haja eventualmente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas pronto para o reajuste se a maioria entender de restringir aos que tenham ações propostas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Perdão, Ministro Lewandowski. Desculpe.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Estamos mudando a jurisprudência e dizendo que, a partir de agora, pode cobrar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O que eu gostaria de dizer é que não pode cobrar retroativamente. E quem já pagou poderia, em tese, restituir, e a tese que a Ministra Cármen suscitou é: poderia se já estiver em juízo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, eu disse que há precedentes nossos no sentido de modular, considerando que quem já

RE 723651 / PR

estivesse em juízo... Exatamente dentro da linha que Vossa Excelência expôs.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Está certo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ou seja, todos os juízes brasileiros têm de respeitar a jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Estou votando pela modulação ampla. Apenas pronto para o diálogo se alguém tiver uma solução intermediária.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Barroso, aproveitando que Vossa Excelência está com a palavra, quer dizer, a tese que Vossa Excelência propôs ficou um pouco então mais restrita. O IPI, importação, pode incidir na entrada de produtos industrializados provindos do estrangeiro, independentemente da destinação do bem. Então, Vossa Excelência, aparentemente - pelo menos até o ponto que entendi -, acatando o sentimento do plenário, diz que o IPI, na importação, pode incidir na entrada de veículos automotores.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, vou votar vencido nesta parte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, o Ministro Marco Aurélio tem uma tese específica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Presidente, como Relator, votei em 2014, e hoje votou o Ministro Luís Roberto Barroso. Então, a essa altura, principalmente aqueles que não acompanham muito de perto o dia a dia do Supremo, devem estar entendendo que Sua Excelência é o Relator.

RE 723651 / PR

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(PRESIDENTE) - Perfeito.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Então, Presidente, cheguei a minutar o que seria uma proposta de tese: "Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículos por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio".

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO SOBRE MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, estou acompanhando o Ministro Barroso na modulação. Aliás, se Vossa Excelência me permite assentar: a dificuldade na formulação da reflexão sobre a modulação conforta a divergência vencida.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas, em primeiro lugar, se Vossa Excelência me permite, eu estou colhendo o voto com relação à tese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A essa altura, o voto do Relator é um voto presumido, não é?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A tese de Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio é a seguinte: Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Como votei vencido, permaneço vencido.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Continuo, Presidente, percebendo a Lei das leis como um documento rígido. Tenho presente que o instituto da modulação foi engendrado para atender a situações de relevo social. Não me consta – porque não estamos a versar a importação pelos menos afortunados – que haja questão social em jogo, e mesmo assim, peço o testemunho do ministro Gilmar Mendes, considerados os processos objetivos.

Conclusão, se chegarmos à modulação: reconhecemos a constitucionalidade da incidência do tributo, o acerto do que decidido pelo Regional Federal da 4ª Região, mas reformamos o acórdão para dar o dito pelo não dito, e assim se conta a história do País, não se avançando culturalmente. É o famoso "jeitinho brasileiro".

Há precedentes do Supremo? Sim. Mas a Constituição Federal submete, inclusive, o Supremo. Há precedentes, como ressaltei, relativos a julgamentos sumários. Por que não se trouxe ao Plenário a tese, se a tese se mostrava importante e se se tinha a contrariedade à Carta no enfoque que prevaleceu no âmbito das Turmas nos julgamentos dos agravos regimentais? Receio muito – vou utilizar expressão, e o autor, o Ministro Francisco Rezek, está presente – que se venha a baratear, sobremaneira, o instituto da modulação.

Por isso, como Relator, Presidente, voto no sentido de observar-se a Constituição Federal.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Roberto Barroso, agora quanto à modulação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eu votei pela modulação. Ministro Fachin e eu já votamos pela modulação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão! Por uma modulação ampla...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ampla.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Que seja, ampla. Ou seja, a decisão vale a partir deste momento, apenas, e não é possível, então, a Fazenda acionar o devedor retroativamente, mas também, em compensação, com base na isonomia, Vossa Excelência admite a possibilidade de uma eventual restituição de débito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E é deste momento, Presidente, mas não vale para o caso concreto. É interessante: a incongruência salta aos olhos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não! Modula amplamente.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ**VOTO S/ MODULAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, como disse, tenho fundadas dúvidas a respeito dos critérios como se deve modular um caso como esse de modificação da jurisprudência; num caso que não tem precedente do Plenário; não se trata de uma jurisprudência que tenha tido efeito vinculante, em matéria que nunca teve uma aceitação pacífica. No próprio STJ, a questão sempre foi controvertida. O Ministro Barroso lembrou que a afirmação do recurso repetitivo foi com base nos precedentes do Supremo. Isso já aconteceu outras vezes, que se muda a jurisprudência, com base na jurisprudência do Supremo. Mesmo assim houve vários votos vencidos. O recurso repetitivo do STJ sequer transitou em julgado. Houve recurso extraordinário, está pendente de julgamento.

Essa não é uma matéria pacífica. Claro que se deve, sim, pensar em hipótese de modulação, em função da modificação da jurisprudência, mas não em qualquer caso. E, aqui, principalmente, considerando que ficou restrito o caso à importação de automóveis, não vejo razão nenhuma para, nesse caso específico, com essas limitações, modular os efeitos para dizer que a importação de automóvel até agora, por força da jurisprudência anterior, não se sujeitava a tributo. Vamos dar a essa jurisprudência anterior um efeito vinculante, em relação ao passado, um efeito que nunca teve.

De modo que, pedindo todas as vênias, quero dizer que, no mesmo precedente da Reclamação nº 4.335, em que discutimos a questão do efeito vinculante ou não da declaração de inconstitucionalidade incidental, eu fiz um longo arrazoado, defendendo a força expansiva das decisões do Supremo. E eu acho eles que tem que ter essa força. Todavia, não força vinculante, como se pretende dar aqui, para conferir uma espécie de não incidência num caso que, constitucionalmente, nós estamos dizendo que havia incidência.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Teori, o digno Procurador-Geral da República faz uma observação.

O SENHOR RODRIGO JANOT (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Consta que a Repercussão Geral nº 1.643 determinou a suspensão de 358 casos sobrestados no Brasil todo. Portanto, parece-me que a grande maioria dos contribuintes efetivamente pagou o tributo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não há dúvida que, em geral, as pessoas pagam o tributo. As pessoas que vão a juízo contestar o tributo, todos nós sabemos, são poucas pessoas, e normalmente pessoas abastadas, provavelmente como deve ser o caso, uma pessoa que importou um automóvel.

Com toda as vênias, nesse caso específico, votarei contra a modulação.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

**VOTO
(S/ MODULAÇÃO)**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Da mesma forma, pedindo vênua aos que entendem de forma diversa, neste caso, acompanho o Ministro Marco Aurélio, inclusive quanto à não modulação.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, consta que há processos pendentes. Nesses processos pendentes, os juízes levaram em consideração as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Foram deferidas liminares. Então, não me ressoa justo que a parte tenha confiado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tenha confiado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e se veja surpreendida agora.

Por outro lado, os que pagaram, pagaram; os que não pagaram, também não há possibilidade de cobrar, porque é um imposto que incide instantaneamente. Isso não é de trato sucessivo. Pagou há anos, não tem como superar o prazo prescricional para pedir nem restituição. De sorte que, em respeito à jurisprudência do Supremo e aos juízes que a respeitaram, nos processos pendentes, eu modulo no sentido de não se aplicar esse novo entendimento aos processos pendentes.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, votei pelo provimento. Portanto, **a fortiori**, com muito mais razão, sou favorável à modulação.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO S/ MODULAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, nesse caso, peço vênia à divergência, que apresentou argumentos muito ponderáveis, porém, acompanho o Ministro Marco Aurélio às inteiras, no sentido de negar a modulação no caso.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, tenho defendido a possibilidade de modulação nesses casos em que há, de fato, mudança da jurisprudência de forma bastante clara. Mas, aqui, o que me pareceu é que se controverte, exatamente, sobre essa mudança, a despeito de termos casos, na Turma, em sede de agravo, que sinalizavam a orientação e esse entendimento. De fato, acho que não houve essa consolidação de entendimento, de molde a justificar a aplicação da modulação.

Entendo corretas as razões trazidas pelo ministro Luís Roberto Barroso....

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, permite-me só um comentário? Não veio a Plenário, porque as Turmas entenderam que era a mesma regra do ICMS, que tinha sido decidida pelo Plenário. Por isso que não veio a Plenário. E tratou-se como uma coisa banal e óbvia.

O que me preocupa um pouco é nós hierarquizarmos nossas decisões assim: se veio da Turma, transitou em julgado, vale menos do que se veio no Plenário. A gente vai criar um problema. Obrigado pelo aparte.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E há outro aspecto: as duas Turmas são o somatório, praticamente, do Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não tem como hierarquizar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - (PRESIDENTE) - Adotar a tese. É como se fosse o Plenário.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É verdade. É verdade. Agora, nós também temos decisões, às vezes, contraditórias ou com fundamentos, nesses agravos, não exatamente simétricos ou coerentes.

Eu vou me lembrar de um episódio que acompanhei como Advogado da União, que era a questão - o ministro Celso também há de se lembrar e outros - do direito adquirido. Nós tínhamos precedentes vários, a discussão sobre o direito adquirido em matéria de índices de correção. Nós tínhamos precedentes vários, especialmente em decisões monocráticas, depois referendadas em agravos, que diziam que o tema do direito adquirido era infraconstitucional. E tínhamos carrada de jurisprudência. Chegou o momento que havia até dificuldade de encontrar um caso em que a matéria estivesse devidamente pré questionada. Não fosse o trabalho do ministro Teori Zavascki que, no Rio Grande do Sul, aplicava esse entendimento, sustentando que era matéria constitucional, e sequer teria uma base para discutir o tema no Plenário.

Então, a rigor, nós temos esse tipo de situação. Tem razão o ministro Barroso. Eu acho que precisamos, agora, especialmente diante da possibilidade de diminuição de feitos e aplicação da repercussão geral, valorar a jurisprudência que dimana das duas turmas que, de fato, são também órgãos - claro - são o Supremo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, permita-me interrompê-lo novamente. Precisamos julgar menos, porque parte da oscilação jurisprudencial é que a gente julga demais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, de fato, nesses agravos regimentais, como há argumentos adicionais, significativos, invoca-se algum argumento de substância e, também, fala-se no não cabimento do recurso, na não possibilidade de investigação de fatos. E, aí, lança-se, também, o argumento de matéria infraconstitucional; em suma, há aí um somatório de considerações. Dificulta enormemente formar uma jurisprudência com alguma coerência.

RE 723651 / PR

E, por isso, inclusive, que também, como demonstrou o ministro Teori Zavascki, a rigor, esse tema nunca foi pacificado. Os recursos se sucederam e a Fazenda nunca deixou de exigir. Daí, inclusive, a polêmica que está aqui hoje.

Então, eu concordaria na substância, em tese, com a modulação. Até já propus isso num caso do TSE, acho que em matéria de prefeito itinerante, em que admiti, diante da mudança da jurisprudência, que nós... E, aí, nem me impressiona o argumento que trouxe o ministro Marco Aurélio, eu acho que, diante do caso com repercussão geral, nós temos que assumir a possibilidade, sim, como fez o ministro Barroso de poder modular, porque...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Temos isso, num caso de Vossa Excelência, recente, sobre prescrição trintenária da cobrança do FGTS.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. E também estou falando desse caso do prefeito itinerante, em que havia jurisprudência pacífica do TSE e que nós entendemos de mudar diante da prática de mudança de domicílio eleitoral continuada no âmbito eleitoral.

De modo que eu vou pedir vênias ao ministro Barroso, subscreveria as razões, mas não vejo aqui o contexto fático adequado para aplicar a modulação.

Voto em sentido contrário, portanto, Presidente.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

V O T O**(s/ modulação temporal)**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O tema hoje debatido, que motivou ampla discussão neste Plenário, evidencia, Senhor Presidente, a necessidade de esta Suprema Corte conferir modulação ao presente julgamento, porque os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade jurisdicional dos Tribunais, circunstância essa que afeta o postulado da confiança e que compromete, gravemente, a exigência de segurança jurídica, que se qualifica como subprincípio do Estado Democrático de Direito.

Não constitui demasia relembrar, Senhor Presidente, que a prática jurisprudencial dos Tribunais assume importante função político-jurídica no âmbito das formações sociais, pois, como se sabe, a jurisprudência reveste-se de várias e significativas funções, eis que (a) confere maior estabilidade à orientação decisória das Cortes judiciais e dos magistrados em geral, (b) atua como instrumento de referência norteador da atividade jurisdicional do Poder Judiciário, (c) acelera o julgamento das causas e (d) evita julgados contraditórios.

Daí o alto significado jurídico e social que resulta da formulação de uma jurisprudência estável, pois, além de encerrar resultados paradigmáticos pertinentes a decisões judiciais futuras em torno da mesma controvérsia, dá concreção às múltiplas funções que são inerentes à atividade jurisdicional do Poder Judiciário: função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, como esta Corte já teve o ensejo de proclamar (RTJ 195/281-282, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

RE 723651 / PR

O fato, Senhor Presidente, é que esta Suprema Corte, **considerando os precedentes** por ela própria firmados, **analisados** sob a perspectiva **das virtualidades** que lhes são inerentes – **tais como conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias **abrangidas** por esses mesmos precedentes, **atribuir estabilidade** às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, **gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo** com esses mesmos precedentes e **preservar**, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado –, **tem reconhecido** a possibilidade, *mesmo em temas de índole constitucional* (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **de determinar, nas hipóteses de conflito pretoriano na interpretação do Direito, a modulação temporal** dos efeitos do julgamento com que o Supremo Tribunal Federal **uniformiza** o entendimento jurisprudencial sobre determinada matéria.

Cabe destacar, no ponto, entre os vários precedentes firmados em processos **de perfil subjetivo nos quais** esta Corte **valeu-se** da técnica da modulação temporal, o julgamento proferido **no Conflito de Competência nº 7.204/MG**, Rel. Min. AYRES BRITTO, **ocasião** em que o Supremo Tribunal **deixou assinalado** que “A nova orientação **alcança** os processos **em trâmite** pela Justiça comum estadual, **desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer:** as ações que tramitam **perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam** até o trânsito em julgado e correspondente execução. **Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, não de ser remetidas** à Justiça do Trabalho, **no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então**” (grifei).

Essa **mesma** técnica – **vale lembrar** – foi igualmente utilizada **em outro processo de índole subjetiva. Refiro-me** ao conhecido julgamento, em 23/02/2006, **pelo Plenário** desta Corte, **do HC 82.959/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.

RE 723651 / PR

É de destacar-se, também, o julgamento plenário, em 25/08/99, do Inq 687-QO/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES.

Desejo acentuar, na linha do que venho discorrendo, que o postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais a que o Supremo Tribunal Federal, em contexto como o que ora se apresenta, não pode permanecer indiferente.

É importante referir, neste ponto, em face de sua extrema pertinência, a aguda observação de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 250, 1998, Almedina):

“Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ – legislativo, executivo e judicial.” (grifei)

A proposta de modulação feita pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO objetiva preservar esses dois grandes postulados constitucionais, inspirando-se, para tanto, em um legítimo critério de política judiciária que

RE 723651 / PR

deve animar a orientação desta Corte **quando** utiliza, *como na espécie*, a técnica da modulação dos efeitos.

Na realidade, **os postulados** da segurança jurídica **e** da proteção da confiança, **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social **e** jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **inclusive** as de direito público, **sempre** que se registre alteração **substancial** de diretrizes hermenêuticas **ou**, *como no caso*, **que se verifique** grave dissídio interpretativo em tema de índole constitucional, **impondo-se** à observância **de qualquer** dos Poderes do Estado, **em ordem** a **permitir**, *desse modo*, a **preservação** de situações **já consolidadas** no passado **e anteriores** aos marcos temporais **definidos** por este próprio Tribunal.

Cabe ter presente, *ainda*, Senhor Presidente, **que a técnica da modulação temporal**, a ser utilizada **mediante ponderação concreta** dos valores em conflito, **representa**, *até mesmo*, **atenuação** da doutrina clássica da nulidade, **com efeito “ex tunc”**, dos atos inconstitucionais.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, como já anteriormente observado nos debates realizados, **acaba de rever**, *no presente julgamento*, a sua **anterior** orientação jurisprudencial **a propósito** da matéria em exame, **vindo a reconhecer a plena legitimidade constitucional** da incidência do IPI sobre a importação de bens *para uso pessoal*, **independentemente** de tratar-se de consumidor final.

Vê-se, portanto, **que se registra, neste caso, clara ruptura de paradigma** resultante **de substancial** revisão de padrão jurisprudencial consolidado, **circunstância essa que impõe**, em respeito à exigência de segurança jurídica **e** ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, **notadamente** dos contribuintes, **que se defina o momento a partir do qual** terá aplicabilidade **a nova** diretriz hermenêutica.

RE 723651 / PR

Ainda que de todo dispensável a referência que a seguir farei, vale assinalar, por oportuno, que também a prática jurisprudencial da Suprema Corte americana tem respeitado esses mesmos critérios e idênticos princípios, fazendo-os incidir naquelas hipóteses em que sobrevém alteração substancial de diretrizes que, até então, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas.

Refiro-me não só ao conhecido caso “Linkletter” – Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, como, ainda, a muitas outras decisões daquele Alto Tribunal, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do “prospective overruling”, a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado, cabendo lembrar, entre vários julgados, os seguintes: Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U.S. 97, 1971; Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 1968; Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13, 1964; England v. State Bd. of Medical Examiners, 375 U.S. 411, 1964; City of Phoenix v. Kolodziejski, 399 U.S. 204, 1970; Cipriano v. City of Houma, 395 U.S. 701, 1969; Allen v. State Bd. of Educ., 393 U.S. 544, 1969, *v.g.*.

Sendo assim, e pedindo vênica, acompanho a proposta de modulação formulada pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO.

É o meu voto.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Indago** ao eminente Ministro ROBERTO BARROSO **sobre se reafirma anterior posição que sustentou**, nesta Corte, como Advogado, **no sentido de que não se revela exigível** a maioria qualificada de 2/3 (**oito Ministros, portanto**), **sempre** que a modulação **ocorra fora das situações** que envolvam declaração de inconstitucionalidade, **bastando, para esse efeito, maioria absoluta.**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Exatamente, porque, no caso do art. 27, há uma declaração de inconstitucionalidade. Portanto, não dar efeitos retroativos é uma situação excepcional, porque, tendo declarado a inconstitucionalidade, o Tribunal vai admitir que o ato inconstitucional produza efeitos válidos; é tão excepcional que o art. 27 exige o quórum de 2/3. Porém, quando a modulação se dê fora de situações de declaração de inconstitucionalidade, eu acho que aplica-se a regra da maioria absoluta.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa é a proposta que Vossa Excelência faz.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nesse momento também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Também eu partilho** dessa posição, **pois entendo** que, **fora das hipóteses de declaração de inconstitucionalidade**, a **eficácia prospectiva** poderá ser determinada **por maioria absoluta.**

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Talvez essa seja uma questão preliminar na qual se deva ouvir até mesmo os que votaram contra a modulação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu quero dizer que, a propósito desse tema, há um precedente do Plenário, não sei se o Ministro Celso se recorda.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência **tem** razão. **O Plenário** desta Corte, **ao resolver** *questão de ordem* suscitada **no RE 586.453/SE**, **firmou** orientação no sentido de entender *sempre exigível* o **quórum** de 2/3 **para modular** os efeitos de decisão **proferida** em sede de recurso extraordinário com repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Nós votamos aqui no sentido de que, o art. 27 exige 2/3, e esse quorum é aplicável a outros casos de modulação, fora do art. 27. Temos um precedente do Plenário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não conheço.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É, Vossa Excelência, penso, não estava aqui, mas nós temos um precedente. Eu mesmo participei do julgamento e votei nesse sentido também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Fiquei vencido** no precedente mencionado, na honrosa companhia dos eminentes Ministros GILMAR MENDES, LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI. **Voltei a insistir**, *no entanto*, **no exame** do tema **pelo fato** de o presente julgamento realizar-se **no Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **o que**, *segundo penso*, **autorizaria** a reabertura do debate **em torno** de referida matéria.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Portanto, se mudarmos essa jurisprudência, temos que pensar em dar efeito prospectivo para ela.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Claro.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia a ambas as correntes e acompanhar o Ministro Luiz Fux. E para modular, apenas, relativamente àqueles que já ingressaram em juízo, acreditaram na jurisprudência da Suprema Corte, e certamente invocaram os precedentes, todos eles, pelo menos os que eu pude verificar aqui.

03/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - De qualquer maneira, nós não alcançamos o quórum necessário para a modulação.

Nós temos, aqui, no sentido da não modulação, os votos do Ministro Marco Aurélio, Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes; no sentido da modulação parcial, temos o meu voto e o voto do eminente Ministro Luiz Fux; e no sentido da modulação integral, sem quaisquer restrições, o voto do Ministro Barroso, do Ministro Celso de Mello e do Ministro Luiz Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - O Ministro Toffoli, também, acredito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E do Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Quantos votos pela modulação?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pela modulação integral, Ministro Fachin, Ministro Barroso, Ministro Toffoli e Ministro Celso; quatro.

Pela modulação com restrições, apenas relativamente àqueles que ingressaram em juízo, o meu voto e o voto do Ministro Luiz Fux.

Pela não modulação, votaram o Ministro Marco Aurélio, Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há, *portanto*, seis votos favoráveis à modulação, *sendo quatro pela modulação integral e dois pela modulação com restrição*.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu proporia, Presidente, eu não participei dessa discussão, e não me lembro de ter lido,

RE 723651 / PR

às vezes, pode ter me escapado, mas eu gostaria de submeter essa matéria ao Plenário completo, essa questão da modulação, porque eu acho que ela é muito importante, ela não é uma questão trivial.

Quer dizer, é possível proclamar o resultado parcialmente?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É, nós sobrestamos a questão ao julgamento da modulação e voltamos a ela amanhã, se todos estiverem de acordo.

Eu pronuncio apenas o resultado quanto ao mérito da questão dizendo que, por maioria, negaram provimento ao recurso. Davam provimento ao recurso o Ministro Roberto Barroso, mas, evidentemente, com aquelas características que todos nós agora ficamos conhecendo, ou seja, ele nega, mas afirma a tese, que era a tese do Relator, aliás, Vossa Excelência dava provimento, mas concordava com a tese do Relator. Davam provimento, também, o Ministro Fachin e o Ministro Dias Toffoli.

Portanto, o desprovimento venceu.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Perdão, Ministro Lewandowski, quando o Ministro Marco Aurélio explicitou que a tese dele valeria apenas para a importação de veículos, eu não reajuste. De modo que, por fundamento diferente, ficamos vencidos eu e o Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas o nosso fundamento é, na essência, distinto.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Por fundamentos diferentes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Porque Vossa Excelência admite a incidência do IPI. O meu voto e o do Ministro Toffoli é no sentido contrário.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *De qualquer maneira, ainda que com dispersão de fundamentos, a parte dispositiva de tais votos é comum, pois todos eles dão provimento.*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

RE 723651 / PR

(PRESIDENTE) - Dando provimento. É que Vossas Excelências deram provimento.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : LUIZ GERALDO BERTOLINI FILHO

ADV.(A/S) : ULISSES BITENCOURT ALANO E OUTRO(A/S)

RECD.O.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que conhecia e desprovia o recurso, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli e, nesta assentada, o Ministro Luiz Fux. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Ulisses Jung, OAB/RS 44.059, e, pela União, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.11.2014.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 643 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Dias Toffoli. Em seguida, por maioria, o Tribunal fixou a seguinte tese: "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", vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Dias Toffoli. Quanto à modulação, o julgamento foi suspenso, após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que não modulavam os efeitos da decisão; os votos dos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli e Celso de Mello, que modulavam a decisão para que tenha efeitos a partir deste momento, não podendo a Fazenda acionar o devedor retroativamente, mas admitindo a possibilidade de uma eventual restituição de indébito; e os votos dos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (Presidente), que modulavam os efeitos da decisão em menor extensão, no sentido de não se aplicar a tese adotada aos casos em que a cobrança já esteja sendo questionada na Justiça. Plenário, 03.02.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, nós reabrimos hoje a sessão com o Recurso Extraordinário 723.651, decidido ontem, em que o Plenário assentou, por maioria, que cabe a incidência do IPI na importação de veículos importados. Houve uma tentativa de modulação e o escore ficou sendo o seguinte: não modulavam o Ministro Marco Aurélio - Relator, o Ministro Teori Zavascki, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes; modulavam integralmente o Ministro Roberto Barroso; o Ministro Edson Fachin, o Ministro Dias Tofolli e o Ministro Celso de Mello; o Ministro Luiz Fux e eu modulávamos parcialmente, dizendo que só não incidiria o IPI para aqueles que já haviam ingressado em juízo. Portanto, cinco não modulavam, quatro modulavam integralmente e dois modulavam parcialmente. Nós vamos distribuir a Vossas Excelências o extrato da ata de um julgamento ocorrido num passado relativamente recente, que era o Recurso Extraordinário 586.453, de Sergipe, sendo relatora a Ministra Ellen Gracie.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Esse recurso extraordinário foi julgado em 20/02/2013...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Em 20 de fevereiro de 2013, em que se discutiu se o quórum para modulação de recursos extraordinários com repercussão geral seria o mesmo daquele exigido para as ações de caráter objetivo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Naquele caso, **não** houve declaração de inconstitucionalidade, **mas** *revisão substancial* de uma jurisprudência **até então** consolidada. **Foi por tal razão** que entendi **inaplicável** o critério **consagrado** no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ainda que não houvesse declaração de inconstitucionalidade. Então, ontem ficamos com uma certa perplexidade, alguns juízes da Corte entendiam que seria necessária a maioria de dois terços, outros entendiam que haveria necessidade apenas de maioria simples.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, na qualidade de relator – e precisamos resgatar a valia da atuação do relator no processo –, desejo fazer algumas ponderações, simplesmente ponderações. A partir delas chegarei à conclusão quanto à minha postura.

A atuação do Supremo, como a atuação da Administração gênero, é vinculada, vinculada ao ordenamento jurídico. Não temos sistema que discrepe do sistema *Civil Law*, ou seja, a lei e, especialmente, a Constituição devem ser, necessariamente, observadas.

Começo dizendo que, para mim pelo menos, é altamente desagradável, para utilizar expressão muito a gosto do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, nos Diários da Presidência 1995-1996 – já estou na metade desse tijolo, porque é um livro de cerca de novecentas folhas e que deveria ser lido por todos os brasileiros que desejem conhecer um pouco melhor a política nacional, e só mudaria o rótulo do livro, não o lançaria "Diários", mas sim "Os bastidores da política brasileira" –, é desagradável, em cima de um caso concreto, em cima de um caso em que se concluiu a votação relativamente ao instituto da modulação, chegando-se a escore que não agasalha o instituto, cinco votos contrários à modulação – e não somos treze no Colegiado, somos onze, não se tendo, portanto, a observância dos dois terços –, ante esse resultado, negando a modulação, vir a discutir, gerando insegurança, após haver decidido em outros casos de forma diversa, critério sobre o instituto. Por que iniciei minha fala aludindo à atuação como vinculada? Porque, em termos de modulação, e estamos vinculados ao Direito positivo, apenas existe uma espécie de modulação, que é a modulação versada no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e que tem sido, devo reconhecer, empolgada mesmo em processos subjetivos.

O que nos vem, em bom português, em bom vernáculo, da Lei nº 9.868/99? Que:

RE 723651 / PR

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica" – e vem a disjuntiva ou – "ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal," – e temos a exigência desse quórum – "por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Em última análise, o instituto da modulação é único, é o que está versado no artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Para mim, é desagradável, ante um resultado e visando chegar a uma conclusão diversa – vamos admitir com muita clareza, com desassombro –, ter-se a mudança do critério, abandonando-se os dois terços exigidos normativamente para adotar-se, num caso que não envolve questão social relevante, escore menor. Inicialmente, entendi de forma diversa, mas o ministro Luís Roberto Barroso está certíssimo no que, ao invés de desprover o recurso, ante a modulação, porque tem-se que alterar o que decidido no acórdão impugnado mediante o extraordinário, no que assenta o provimento. A mudança de critério, a esta altura, implicará a transmutação, Presidente, do desprovimento em provimento parcial do recurso. Por isso, que aguardemos um outro recurso extraordinário com repercussão geral e, como questão incidental, antes de votar-se a modulação, antes de sabermos a compreensão de cada qual dos integrantes do Supremo, decidamos sobre o critério que vamos adotar: se será o da lei – dois terços – ou o da maioria simples.

É o ponto de vista que tenho sobre o tema, assentado na almejada segurança jurídica: não é possível a mudança do número de votos – vou repetir com todas as letras – após conclusão do julgamento afastando a modulação, já se tendo, portanto, seis votos pela modulação e cinco votos contrários a ela. Bastariam três.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

**RETIFICAÇÃO DE VOTO
S/ MODULAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, a questão é rápida. Ontem, o Ministro Luís Roberto Barroso, no seu detalhado voto, ressaltou que são raros os casos desses importadores de carro. Então, o que se tem, num quadro fático, é que muitos pagaram e outros promoveram ações judiciais. A minha proposta, que Vossa Excelência também acompanhava, era no sentido de preservarmos as liminares e as decisões já proferidas - o que transitou em julgado nem se discute. Sucede que há um outro argumento. O que nós temos que tentar, no Supremo, é chegar a uma solução mais efetiva possível, mais rápida possível e que esteja de acordo, pelo menos, com a grande parte daqueles que já se pronunciaram. E eu verifiquei o seguinte: como são raros os casos, raras também são as ações. Então os efeitos da nossa - minha e de Vossa Excelência - modulação trazem mais malefícios do que benefícios. Por quê? Porque a partir do momento - esta causa acabou assumindo um relevo maior, pelo debate - em que nós estabelecemos que a modulação não atinge os processos em curso, essa postura judicial do Supremo vai levar os contribuintes, por via das dúvidas, a judicializarem as questões, exatamente na contramão da direção da história do processo, que visa não mais abarrotar os tribunais com essa questão.

Portanto, eu quero pedir todas as vênias possíveis para reajustar o meu voto, que já havia acompanhado o Ministro Marco Aurélio na essência, mas também na modulação.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

**RETIFICAÇÃO DE VOTO
SOBRE MODULAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, diante do argumento de Vossa Excelência, que eu acho muito bem fundamentado, eu peço vênica também aos colegas para reformular e acompanhar, agora, o voto de Vossa Excelência e o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido da não modulação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, a questão é muito séria, no que, na modulação, se passaria a distinguir aqueles que ingressaram em Juízo dos que não ingressaram. O Tribunal acabará, se é que se pode considerar ambígua a incidência ou não do tributo, apenando os pagadores do imposto.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Presidente, eu compreendo a posição do Ministro Marco Aurélio, inclusive porque, no tocante ao provimento ou não provimento do recurso, o resultado já tinha sido proclamado. De modo que eu acho que interferir com a decisão de provimento ou improvimento seria voltar atrás no que nós já concluímos.

Em relação à modulação, eu penso que não, não haveria esse problema, mas, diante da retratação do Ministro Fux, essa questão deixa de subsistir.

Mas eu gostaria de consignar a minha posição - e penso que aqui no Plenário é acompanhada pelo Ministro Gilmar, pelo Ministro Toffoli, pelo Ministro Celso e pelo Ministro Fux -, para valer para uma próxima situação, de que a exigência do quórum de dois terços para a modulação somente se aplica na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, porque a excepcionalidade de se darem efeitos válidos a uma lei declarada inconstitucional é tão grande que para tal se exige um quórum qualificado, porém, quando se trate apenas de mudança de jurisprudência, sem declaração de inconstitucionalidade, a modulação pode e deve ser feita, a meu ver, apenas por maioria absoluta do Tribunal.

Como esta questão pode reaparecer no futuro e, como bem observou o Ministro Marco Aurélio, é ruim nós discutirmos isso **ad hoc** no caso concreto, já estou deixando consignada a minha posição fora do caso concreto e, dependendo da posição do Ministro Luiz Edson Fachin e da posição da Ministra Rosa Weber, esse passa a ser o entendimento majoritário do Tribunal. Portanto, acho importante nós deixarmos consignado, fora de uma situação concreta, para não parecer jurisprudência **ad hoc**, que um número substancial de Ministros, quicá a maioria, entende que é possível modular.

Ministro Marco Aurélio, eu acho que Vossa Excelência tem razão,

RE 723651 / PR

conheço a posição histórica de Vossa Excelência contra a modulação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, Ministro. Estou defendendo a modulação tal como definida no artigo 27.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Certo. Nós temos uma posição divergente, mas eu concordo com Vossa Excelência que é ruim mudar um critério diante de um caso concreto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E após conhecido um resultado, o que é pior, no que agrava mais a situação jurídica.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Exatamente. Por esta razão, superado este caso concreto, eu estou fazendo a minha declaração de posição, que é a que adotarei nos próximos casos, para não parecer que há uma mudança **ad hoc** diante de um caso concreto.

De modo que eu me alinho à posição dos Ministros que entendem que basta a maioria absoluta para modular nas hipóteses de mera modificação de jurisprudência. Era a posição que gostaria de deixar consignada, Presidente.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

CONFIRMAÇÃO DE VOTO
SOBRE MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Tendo em vista que são apenas seis (06) os votos favoráveis à modulação, torna-se prejudicada, no caso, a discussão em torno do quórum pertinente à utilização dessa técnica de julgamento.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mais confortado, porque já não se cogita de maioria simples!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *De qualquer maneira, cabe observar que os eminentes Ministros ROSA WEBER e EDSON FACHIN ainda não se pronunciaram sobre a questão pertinente ao quórum de 2/3 ou de maioria absoluta...*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também não estava presente. Se Vossa Excelência examinar a ata, eu estava ausente justificadamente, talvez em viagem. Peço licença para intervir, eu me reservo também para me pronunciar oportunamente depois de ouvir os argumentos dos eminentes Pares acerca do assunto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Será importante conhecer a posição de Vossa Excelência, Senhor Presidente.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

**CONFIRMAÇÃO DE VOTO
S/ MODULAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, também eu gostaria de fazer a mesma anotação agora feita pelo ministro Barroso e também pelo ministro Celso de Mello.

Nós acompanhamos, o ministro Barroso e eu, a feitura do anteprojeto de lei que resultou na Lei nº 9.868 e tínhamos a consciência de que, tendo em vista a mudança que se desenhava na própria tradição brasileira da nulidade com eficácia *ex tunc*, era preciso admiti-la excepcionalmente. Daí, termos tomado como parâmetro o texto da Constituição portuguesa no que dizia respeito a sua redação, mas entendemos também de colocar uma proposta de caráter procedimental, que foi exatamente essa reserva quanto ao quórum, o quórum mais elevado que se tem para uma declaração do Tribunal.

Hoje, talvez, já se tenha afastado o temor em relação a esse tipo de prática, ou a qualquer abuso em torno da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, a limitação de efeitos, e vemos que até mesmo em sede de controle incidental isso já ocorre. À época, nós tratávamos apenas do tema no âmbito do controle abstrato de normas. Por isso, quando discutimos esse tema no precedente referido agora pelo ministro Celso, pareceu-me que era de se encaminhar a solução neste sentido de ficar com a restrição legal aplicável tão somente aos casos de declaração de inconstitucionalidade. E, claro, nós estamos a perceber que inclusive essa modulação de efeitos terá sempre a possibilidade de ser aplicada nos casos de mudança de uma jurisprudência vetusta, de uma jurisprudência pacificada.

De modo que eu também gostaria de reafirmar a posição que ali proferi. Eu acho até que o legislador não faria nenhum mal se, em algum momento, no futuro, viesse a atualizar o artigo 27, acredito que considerando a pacificação do entendimento quanto à possibilidade de

RE 723651 / PR

modulação de efeitos, hoje já se percebe que é algo conatural à jurisdição constitucional. Acho que o legislador - estou falando agora *de lege ferenda* - não faria nenhum mal em atualizar o texto nesse passo para permitir a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, eventualmente com modulação de efeitos, pelo mesmo quórum que se exige para a própria declaração de inconstitucionalidade.

Mas estou fazendo apenas uma consideração em suporte ao posicionamento já aqui trazido pelo ministro Barroso e agora pelo ministro Celso de Mello.

04/02/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651 PARANÁ

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, apenas para fazer um contraponto para não parecer que a questão seja assim tão simples.

O problema reside justamente no artigo 27 da Lei. Bem ou mal, ele estabeleceu um quórum. A posição do Tribunal nesse precedente que agora estamos rememorando se deveu a uma circunstância especial: é que também é novidade no nosso sistema, a partir da Emenda 45, conferir às decisões na repercussão geral uma eficácia de sentença objetiva. Ou seja, temos que fazer a distinção entre modular no caso concreto - que o Supremo modula há muitos anos, sem necessidade de quórum especial - e modular com efeitos expansivos, para fora do caso concreto, que é o que acontece na repercussão geral. Foi por isso que, na época, se entendeu que, dado esse efeito expansivo da modulação na repercussão geral, se deveria, enquanto vigorar o artigo 27, estabelecer um quórum semelhante. E há outras questões. Veja-se, por exemplo, o caso concreto que julgamos ontem. A modulação, na verdade, importava, de certo modo, em considerar inconstitucional a legislação que vigia, ou seja, o regulamento do IPI que exigia o tributo. Ontem, por maioria, afirmamos a legitimidade da incidência desse regulamento. A modulação implicaria, portanto, afirmar que esse regulamento não se aplicava aos fatos geradores passados. É uma situação muito semelhante à da declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma observação que foi feita agora pelo ministro Fux? Ele até inicialmente tinha esboçado esse juízo numa conversa prévia que tivemos. E já fizemos isso em outros casos. Vossa Excelência tem toda razão, se adotássemos a modulação na linha sustentada pelo ministro Barroso em relação a todos os casos já subsistentes...

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Por isso mesmo Vossa Excelência sinaliza uma mudança normativa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro. Mas estou dizendo que, em relação à modulação, já tivemos alguns casos. Lembro-me do caso da prescrição e decadência em matéria previdenciária, em que entendemos, tendo em vista a controvérsia que se lavrou por muitos anos, de fazer uma ressalva quanto aos processos ou às questões que tinham sido judicializadas - acho que foi o tema que o ministro Fux feriu, numa conversa prévia. Portanto, a modulação também seria suscetível - vamos chamar assim, desculpem-me a tautologia - de uma certa modulação. Não precisaríamos chegar ao ponto de excepcionar, quer dizer, assegurar a aplicação da lei no passado, mas só naqueles casos em que tivesse havido uma judicialização e uma expectativa, portanto, de confirmação de liminares que se...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O que quero dizer, se Vossa Excelência me permite, é que a questão não é tão simples assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Claro que não.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Mas eu gostaria de dizer que...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Só um minutinho, Ministro Barroso. Penso que, se a lei exige modulação para estabelecer efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, admitindo para o futuro, não vejo razão lógica para se dizer que, por maioria absoluta ou por maioria simples, se possa declarar uma lei inconstitucional para o passado, que é o que ia acontecer. Esse é o problema. Então, não é uma questão tão simples.

Só para fazer o contraponto, Presidente.

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de pontuar a minha divergência, Min. Teori. A minha decisão não declara nenhuma norma inconstitucional. O que havia era uma interpretação constitucional anterior professada pelo Supremo, portanto, uma norma jurídica no sentido de que o IPI não poderia incidir nas operações de importação efetuadas por quem não era contribuinte. Alterando esse entendimento a partir do mesmo enunciado normativo, o Tribunal chegou a uma nova conclusão e, por consequência, cunhou uma norma jurídica nova para o caso, de sentido diametralmente oposto à anterior. Portanto, não há declaração de inconstitucionalidade. O que há é uma mudança de jurisprudência. Se alguém quiser entender isso como mutação constitucional, também é dogmaticamente possível. O Tribunal entendia a Constituição de uma determinada forma e passou a entender o sentido e o alcance da Constituição de uma outra forma, mas sem declarar nada inconstitucional, não houve nenhum dispositivo invalidado. Pelo contrário, a norma de incidência foi considerada constitucional na parte em que diz ser devido o IPI-importação para aqueles que não são contribuintes do imposto, impondo uma obrigação tributária que era até então considerada indevida.

Entendo que a solução constitucionalmente adequada para tais casos é a modulação dos efeitos da decisão, como decorrência direta da aplicação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da irretroatividade tributária e da boa-fé. Isso não se confunde com a hipótese do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que pressupõe a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que de maneira alguma ocorreu no presente caso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Evidente que não houve.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Se houver declaração de inconstitucionalidade...

RE 723651 / PR

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Só o que faltava, ter havido declaração de inconstitucionalidade, por um tempo determinado, para o passado, em modulação. Aí seria um horror. Eu não estou dizendo que houve.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Mas então não houve declaração.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu estou dizendo que existe uma norma de incidência, e o efeito prático da modulação seria a suspensão da incidência dessa norma para o passado. É isso que Vossa Excelência estava propondo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Mas sempre que se muda uma interpretação constitucional, e não é incomum que isso aconteça, é exatamente isso que se passa. Daqui pra frente, a Constituição passa a ser interpretada dessa forma. De modo que o argumento de que mudança de jurisprudência equipara-se à declaração de inconstitucionalidade eu acho que, dogmaticamente, não está correto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 723.651

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : LUIZ GERALDO BERTOLINI FILHO

ADV.(A/S) : ULISSES BITENCOURT ALANO E OUTRO(A/S)

RECD0.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que conhecia e desprovia o recurso, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli e, nesta assentada, o Ministro Luiz Fux. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Ulisses Jung, OAB/RS 44.059, e, pela União, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.11.2014.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 643 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Dias Toffoli. Em seguida, por maioria, o Tribunal fixou a seguinte tese: "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", vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Dias Toffoli. Quanto à modulação, o julgamento foi suspenso, após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que não modulavam os efeitos da decisão; os votos dos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli e Celso de Mello, que modulavam a decisão para que tenha efeitos a partir deste momento, não podendo a Fazenda acionar o devedor retroativamente, mas admitindo a possibilidade de uma eventual restituição de indébito; e os votos dos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (Presidente), que modulavam os efeitos da decisão em menor extensão, no sentido de não se aplicar a tese adotada aos casos em que a cobrança já esteja sendo questionada na Justiça. Plenário, 03.02.2016.

Decisão: Após os votos ora reajustados dos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (Presidente), não foi alcançado o *quorum* para a modulação dos efeitos da decisão proferida. Os Ministros Roberto Barroso, Celso de Mello e Gilmar Mendes assinalaram o entendimento de que nos casos em que há mudança de jurisprudência, sem declaração de inconstitucionalidade, a modulação pode ser feita por maioria absoluta do Tribunal. Presidiu o julgamento o

Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.02.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário