

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.135 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB
ADV.(A/S)	: BRUNO CAVALCANTI DE ARAUJO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: JUTAHY MAGALHAES NETO
ADV.(A/S)	: JUTAHY MAGALHÃES JUNIOR
ADV.(A/S)	: SIDNEY SÁ DAS NEVES
ADV.(A/S)	: NADJA GLEIDE SÁ DAS NEVES
ADV.(A/S)	: GEORGEA MICHELE LARANJEIRA FAISLON HUGHES
ADV.(A/S)	: FERNANDO DE OLIVEIRA HUGHES FILHO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

V O T O:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade do § 5º do art. 29 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, dispositivo que, ao tratar do regime de suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na aquisição de insumos por determinadas cadeias produtivas, restringe o direito à manutenção e utilização dos créditos do imposto ao estabelecimento industrial remetente, vedando tal prerrogativa ao adquirente dos referidos bens.

Sustenta-se, em síntese, que tal limitação violaria o princípio da não cumulatividade, consagrado no art. 153, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, ao impedir que o adquirente aproveite o crédito do IPI incidente sobre a operação de entrada, ainda que o imposto esteja suspenso.

O ponto nodal da controvérsia, portanto, reside em definir se a sistemática de suspensão do IPI, tal como disciplinada pelo legislador, dá ensejo ou não ao surgimento do direito ao crédito tributário por parte do adquirente.

Não há, contudo, inconstitucionalidade a ser proclamada, tampouco interpretação conforme a ser realizada, consoante pretende o partido que moveu a ação direta.

Em um ambiente de política fiscal, em que se entrelaçam escolhas econômicas, distributivas e estruturantes do próprio pacto federativo, é ao legislador que cabe a definição do modelo tributário adotado, inclusive no que tange às técnicas de desoneração, às hipóteses de incidência e à extensão do direito ao crédito.

Nesse cenário, ao Poder Judiciário não compete substituir, pela via hermenêutica, o arranjo institucional traçado pelo Parlamento, ainda que sob a roupagem de interpretação conforme à Constituição. O papel da jurisdição constitucional, como reiteradamente afirmado por esta Suprema Corte, é o de repudiar normas que ultrapassem os marcos constitucionais, jamais o de redesenhar modelos fiscais legítimos com base em preferências judiciais.

É que, há muito, entende a Suprema Corte, com elevada uniformidade, que a “intervenção do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade de uma escolha política deve cingir-se ao exame de legalidade e constitucionalidade, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, tendo em vista que não cabe ao juiz agir como legislador positivo”. (ARE 1307729 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 06-05-2021 PUBLIC 07-05-2021)

Portanto, qualquer juízo de inconstitucionalidade demanda, necessariamente, a demonstração de que o conteúdo normativo impugnado transborda os limites fixados pela Constituição, seja por contrariar diretamente uma norma de eficácia plena, seja por ofender de maneira evidente os princípios estruturantes do sistema constitucional tributário.

Não basta que determinada política pública — fiscal, no caso — se revele imperfeita ou mesmo ineficiente aos olhos de determinados segmentos econômicos ou de formulações doutrinárias. A jurisdição

ADI 7135 / DF

constitucional não se presta a corrigir escolhas legítimas do legislador, tampouco a promover, por via interpretativa, a redistribuição de encargos tributários ou a criação de benefícios fiscais sem lastro legal.

No caso, a parte autora busca conferir interpretação conforme à Constituição ao § 5º do art. 29 da Lei nº 10.637/2002, com o intuito de estender o direito ao crédito do IPI ao adquirente de insumos submetidos ao regime de suspensão, quando a literalidade do dispositivo claramente reserva tal prerrogativa apenas ao “estabelecimento industrial, fabricante das referidas matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem”.

Veja-se a íntegra do dispositivo:

Art. 29. As matérias-primas, os produtos intermediários e os materiais de embalagem, destinados a estabelecimento que se dedique, preponderantemente, à elaboração de produtos classificados nos Capítulos 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 (exceto códigos 2309.10.00 e 2309.90.30 e Ex-01 no código 2309.90.90), 28, 29, 30, 31 e 64, no código 2209.00.00 e 2501.00.00, e nas posições 21.01 a 21.05.00, da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, inclusive aqueles a que corresponde a notação NT (não tributados), sairão do estabelecimento industrial com suspensão do referido imposto. (Redação dada pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003)

(...)

§ 5º A suspensão do imposto não impede a manutenção e a utilização dos créditos do IPI pelo respectivo estabelecimento industrial, fabricante das referidas matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem.

A escolha legislativa é nítida: o benefício do creditamento do IPI, nas operações submetidas ao regime de suspensão, foi conferido exclusivamente ao remetente dos insumos, qual seja o “estabelecimento

industrial, fabricante". O texto normativo não contempla sequer os estabelecimentos meramente equiparados ao industrial, de modo que, a fortiori, revela-se pouco ou nada razoável que o regime seja estendido aos adquirentes.

Trata-se de uma delimitação consciente, racional e legítima por parte do legislador ordinário, que decidiu restringir o incentivo fiscal à etapa inicial da cadeia produtiva, visando controlar o alcance da desoneração e preservar os efeitos da política industrial pretendida.

Neste ponto, parece-me acertado, inclusive, o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não se pode presumir a extensão automática dos efeitos de normas tributárias relativas ao "estabelecimento industrial" para os chamados "equiparados", sem previsão expressa. Nas palavras do Ministro Mauro Campbell Marques, no julgamento do REsp 1.587.197/SP:

"(...) Não se pode presumir que todas as vezes que a legislação tributária mencione o estabelecimento industrial estaria a mencionar implicitamente também os estabelecimentos equiparados a industrial, sob pena de se tornar o sistema tributário, no que diz respeito ao IPI, imprevisível e inadministrável, mormente diante da função extrafiscal do tributo que exige intervenções calculadas e pontuais nos custos incorridos em cada etapa da cadeia econômica." (STJ, 2ª Turma, REsp 1.587.197/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19/04/2022, Info 733)

Veja-se, pois, que a pretensão do autor, se acolhida, resultaria em inequívoca atuação do Judiciário como legislador positivo, com a imposição de regime fiscal não previsto em lei, em flagrante tensionamento com o disposto no art. 150, § 6º, da Constituição, segundo o qual qualquer benefício fiscal em matéria de tributo somente pode ser concedido mediante lei específica.

Perfilho, no ponto, da densa exposição da Câmara dos Deputados

(eDOC 31), que, com base na doutrina de Carlos Ari Sundfeld, assim se manifestou:

(...) A separação de funções estatais, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, exige que o exercício da soberania se dê de forma compartilhada por meio de funções legislativas, executivas e judiciais, vinculadas organicamente a poderes correlatos, sem que haja qualquer preponderância ou dominância de uma sobre outra.

A ideia, de raiz iluminista, proveniente da ruptura com o estado absolutista, esvazia a concentração de poderes, pois, sob sua ótica, cada um desses exerce funções típicas e atípicas, sob permanente fiscalização e controle por parte dos demais, no chamado esquema de freios e contrapesos.

A propósito do tema, Carlos Ari Sundfeld² identifica os cinco eixos centrais do Estado Democrático de Direito, prestigiando a separação de poderes, conforme é possível depreender abaixo, in verbis:

19. Chegamos assim aos elementos do conceito de Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado. (...)

Ocorre que, alinhada à separação de funções estatais, deve-se reconhecer, no exercício de cada uma delas, o legítimo espaço de atuação de seus legitimados. Dito de outro modo, há, sem dúvida, uma certa liberdade de atuação por parte dos poderes legislativo, executivo e judiciário, ínsito à sua própria

autonomia e independência, de nítido perfil discricionário, que deve ser adequadamente observado. (...)

Do exposto, deve-se concluir que é devido certo espaço de conformação ao legislador, discricionariedade legislativa, desde que observada a moldura constitucional, verificando-se os limites de seus enunciados normativos e a preservação da eficácia dos direitos fundamentais nela consagrados.

Aludidos critérios hermenêuticos, por óbvio, não impedem eventual decisão em sentido contrário pela Suprema Corte, mas, estreme de dúvidas, impõe aos autores o dever de demonstração analítica e detalhada sobre o vício de constitucionalidade que macula o dispositivo.

Ocorre que a ratio da tese defendida na inicial não encontra ressonância na jurisprudência da Suprema Corte, que, em diversas oportunidades, já se pronunciou em sentido diverso.

Em se tratando de direito ao creditamento, tenho reiteradamente sustentado que todo e qualquer crédito pressupõe, imperativamente, o pagamento do valor correspondente ao tributo na operação anterior, salvo, evidentemente, escolha legislativa em sentido diverso, a qual, em todo caso, deverá ser interpretada de forma restritiva e excepcional.

Não havendo pagamento do tributo na etapa anterior, por força de isenção, alíquota zero, não incidência ou, como no caso, suspensão, não há crédito a ser apropriado pelo adquirente na etapa seguinte. Pouco importa a nomenclatura adotada, mas o resultado econômico real observado.

Foi essa lógica que culminou na decisão proferida por esta Corte no Recurso Extraordinário 398.365, com repercussão geral reconhecida (Tema 844), quando se assentou a seguinte tese: “O princípio da não cumulatividade não assegura direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados, isentos ou sujeitos à alíquota zero.”

Em idêntico sentido, tem-se a Súmula Vinculante n. 58 do STF, a qual prescreve que “inexiste direito a crédito presumido de IPI

relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade”.

Esclareço que, conquanto tais teses não tratem expressamente da hipótese de suspensão do IPI, não há como negar que a lógica subjacente à tese ali firmada se aplica integralmente ao caso ora em exame. O elemento determinante para a vedação ao creditamento não está na nomenclatura atribuída ao regime jurídico – se isenção, alíquota zero ou suspensão – mas sim na inexistência de efetiva exigência do tributo na operação antecedente.

No regime de suspensão previsto no art. 29 da Lei nº 10.637/2002, o IPI deixa de ser exigido não porque foi reduzido ou excluído, mas porque sua cobrança foi legalmente postergada, condicionando-se à ocorrência de determinados fatos ulteriores. Em grande parte das situações, verificada a destinação do insumo segundo os parâmetros legais, o crédito tributário sequer chega a se consolidar, sendo extinto por remissão, nos termos do art. 156, IV, do CTN.

A consequência prática é inequívoca: não há pagamento do tributo. E, como já assentado, sem pagamento anterior não há crédito a ser apropriado. O princípio da não cumulatividade opera com base na lógica compensatória entre débitos e créditos efetivamente realizados, não se compatibilizando com a criação judicial de créditos presumidos em hipóteses de desoneração legal.

Decerto, nada impede que, na hipótese de descumprimento das condições legais para a suspensão, o imposto venha a ser exigido do remetente ou do adquirente, ocasião em que, havendo pagamento efetivo e demonstração de repercussão econômica, possa-se cogitar o creditamento, segundo os parâmetros normativos aplicáveis.

Fora dessas situações excepcionais, contudo, não há que se falar em violação ao princípio da não cumulatividade. Como bem observa a doutrina, a estrutura desse princípio pressupõe a ocorrência de ônus tributário real na etapa anterior da cadeia produtiva, de forma que a compensação somente se viabiliza quando o montante do tributo tenha

ADI 7135 / DF

sido efetivamente cobrado e suportado pelo contribuinte.

Nesse sentido, Leandro Paulsen, ao comentar o art. 153, § 3º, II, da Constituição, destaca que o direito ao crédito do IPI exige a ocorrência concreta da cobrança do imposto nas operações antecedentes. Para o autor, em entendimento a respeito do qual me alinho, a compensação hábil à não cumulatividade pressupõe que o tributo tenha gerado um ônus tributário, não bastando a incidência teórica do fato gerador. A ausência de pagamento, portanto, afasta a configuração da cumulatividade e impede o surgimento de qualquer crédito a ser compensado. (PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2022, p. 212)

No ponto, recordo que há decisões das turmas dessa Corte nas quais foi examinado o dispositivo objeto da ADI. Veja-se:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI). AQUISIÇÃO DE INSUMOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA. CREDITAMENTO. ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA REFLEXA. APLICAÇÃO DO TEMA RG Nº 844. 1. O Tribunal de origem decidiu não ser aplicável à ora agravante o incentivo previsto no art. 29 da Lei federal nº 10.637, de 2002, afastando a possibilidade de creditamento de IPI relativo a insumos com exigibilidade suspensa. 2. Em que pesem as razões expostas neste regimental, é preciso ressaltar que, para acolher os argumentos da agravante, seria necessário reapreciar citada norma infraconstitucional, o que é vedado, pois a suscitada ofensa à Constituição da República, caso existente, seria meramente reflexa. 3. Ademais, embora o Supremo Tribunal, ao julgar o Tema RG nº 844, não tenha apreciado especificamente a questão da não cumulatividade do IPI no tocante a contribuinte adquirente de insumos com exigibilidade suspensa, ambas as Turmas desta Corte já possuem precedentes no sentido de aplicar o referido tema a esses casos, porquanto os

fundamentos jurídicos para a afastar o direito ao crédito presumido de IPI seriam os mesmos. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 1464687 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 11-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 22-04-2024 PUBLIC 23-04-2024)

Portanto, ainda que a sistemática da suspensão apresente feições distintas das hipóteses de isenção e alíquota zero, o núcleo da ratio decidendi permanece válido: a ausência de pagamento do tributo na etapa anterior inviabiliza o surgimento do crédito na etapa subsequente. Destaco, no ponto, a ementa constante no parecer da Procuradoria-Geral da República:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 29, § 5º, DA LEI 10.637/2002. IPI. SUSPENSÃO DO TRIBUTO CONCEDIDA AOS CONTRIBUINTES FORNECEDORES DE MATÉRIAS-PRIMAS, DE PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS E DE MATERIAIS DE EMBALAGEM. ISENÇÃO CONDICIONADA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE (ART. 153, § 3º, II, DA CF). AUSÊNCIA DE EXPRESSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO. SÚMULA VINCULANTE 58. 1. A dita “suspensão” conferida pelo art. 29, § 5º, da Lei 10.637/2002 configura, na verdade, isenção condicionada, que se equipara, para fins de creditamento, às hipóteses de desoneração tributária, sendo o tributo exigível somente se não satisfeitas as condições que ensejaram a “suspensão” do tributo. 2. A não cumulatividade do IPI exige que o tributo tenha expressão econômica para ser compensado, daí ser necessário que o valor correspondente seja destacado na nota fiscal expedida pelo contribuinte anterior da cadeia produtiva. Não havendo expressão econômica do tributo não há que se falar em creditamento.3. A Súmula Vinculante 58 afasta o direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis. — Parecer pela improcedência do pedido.

Outrossim, a invocação genérica de princípios constitucionais como a capacidade contributiva e a igualdade – suscitados pela autora – não se mostra suficiente, por si só, para infirmar a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Ausente qualquer demonstração concreta de desequilíbrio ou distorção sistêmica, tais princípios funcionam mais como balizas de orientação do legislador do que como comandos normativos de eficácia negativa, aptos a invalidar uma opção política dentro do marco de conformação que lhe é próprio.

Tampouco os argumentos suscitados pelas entidades que postularam ingresso na lide, na qualidade de amici curiae, infirmam a constitucionalidade do dispositivo legal impugnado. Em verdade, o que se depreende de suas manifestações é, sobretudo, a busca por uma conformação normativa – pela via judicial – que atenda a interesses econômicos específicos, notadamente vinculados à redução de encargos tributários de determinados segmentos industriais.

Por fim, friso, e o faço apenas para conferir máxima clareza à tese ora adotada, não é adequada a tentativa de distinguir o regime de suspensão em relação a outras hipóteses desonerativas (isenção, alíquota zero, não incidência), para efeitos de creditamento. Ainda que se reconheça a peculiaridade técnica do regime suspensivo, o que se discute é precisamente a mesma problemática: a compatibilidade entre a exclusão do crédito e o princípio da não cumulatividade. E, como já assentado por esta Corte em diversas oportunidades, a sistemática da não cumulatividade não autoriza, de forma irrestrita, a compensação em qualquer hipótese de desoneração tributária.

Cabe ao legislador definir os contornos do direito ao crédito, dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, o que foi observado no dispositivo examinado.

Ante o exposto, **julgo improcedente** o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a constitucionalidade do § 5º do art. 29 da Lei nº 10.637/2002, que restringe o direito à manutenção e utilização de créditos do IPI ao estabelecimento

ADI 7135 / DF

industrial remetente, e afasta a pretensão de interpretação conforme à Constituição defendida na inicial.

É como voto.