

Impende observar que, embora o caso verse sobre tributo diverso do analisado no presente estudo, o princípio constitucional discutido é o mesmo aplicável ao IPI: o da seletividade. Assim sendo, a decisão do RE nº 714.139/SC inevitavelmente produzirá efeitos na cobrança do tributo federal, porquanto onde houver o mesmo fundamento deve haver o mesmo direito.

A pretensão das Lojas Americanas S/A foi julgada improcedente na primeira e na segunda instância. Então, a empresa interpôs o mencionado recurso extraordinário, cuja repercussão geral foi reconhecida. Após, o Procurador Geral da República ofertou parecer opinando pelo provimento parcial do RE, porém com modulação dos efeitos da decisão face aos seus inerentes impactos financeiros e orçamentários. Com efeito, o órgão ministerial se manifestou nos seguintes termos:

“1. É inconstitucional o art. 19, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘c’, da Lei estadual 10.297/1996 de Santa Catarina no que prevê alíquotas do ICMS superiores à geral a incidirem sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, por incompatibilidade com o princípio da seletividade/essencialidade.

2. Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro e o contribuinte terá direito de pleitear a restituição dos valores pagos nos últimos cinco anos, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional, não havendo falar em ofensa à separação de poderes por ativismo Judicial.”²⁹

Assim é que, não obstante a jurisprudência do STF tenha se firmado no sentido de não permitir o controle judicial das alíquotas dos tributos por envolver sua fixação uma análise de conveniência e oportunidade dos outros Poderes, a Corte revela sinais de que pode mudar seu entendimento.

Sinais consistentes, na verdade. Em agosto de 2014, no julgamento do agravo regimental no RE nº 634.457/RJ, a Segunda Turma do STF, de modo unânime, afirmou:

“Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais.”³⁰

Ora, conquanto tenha negado conhecimento ao recurso (por razões processuais, diga-se), a Segunda Turma deixou consignado seu entendimento sobre o princípio da seletividade. Assim, se por um lado a fundamentação das decisões não faz coisa julgada, por outro há forte indicativo de qual será a posição do Pleno da Corte, tendo em vista que quase metade dos Ministros já se manifestou no sentido de o princípio da seletividade ser um limite à discricionariedade do Estado na fixação das alíquotas dos tributos.

5. Conclusões

O princípio da seletividade no IPI determina que a tributação sobre produtos industrializados seja inversamente proporcional à sua indispensabilidade, ou seja,

²⁹ Parecer nº 1.106/2015 ASJCV/SAJ/PGR no RE nº 714.139/SC.

³⁰ Agravo Regimental no RE nº 634.457/RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Glamour Confeitaria Ltda. e outro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe de 15.8.2014.

quanto mais necessário eles forem, menor deve ser o ônus tributário, ao passo que quanto mais supérfluos, maior deve ser o referido ônus.

A observância é obrigatória, diga-se, mesmo diante das várias críticas que podem ser feitas ao princípio, como o suposto caráter subjetivo da conceituação de “necessário” e “supérfluo” e a inaptidão para realizar a capacidade contributiva diante da regressividade inerente à tributação sobre o consumo e da inexistência de relação direta entre redução/aumento de alíquota e redução/aumento de preço ao consumidor final. Contudo, temos que, para além da força normativa da Constituição, a norma em estudo é hábil a promover uma tributação redistributiva, combatendo a pobreza e diminuindo as desigualdades sociais, sendo plenamente compatível com os objetivos da República.

A análise da Tabela de Incidência do IPI revela que a União tem observado o princípio na maioria dos casos. Os gêneros alimentícios consumidos pela maior parte da população são isentos ou não tributados, por exemplo. No entanto, existem algumas inconsistências, como produtos ligados à higiene pessoal sendo mais tributados do que iguarias consumidas apenas pelas classes sociais mais abastadas ou do mesmo modo que bens de suntuosidade inquestionável.

Predomina o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que a seletividade do IPI não pode ser controlada pelo Poder Judiciário. Entretanto, o Plenário do STF pode vir a mudar tal compreensão no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 606.314/PE e 714.139/SC, que já contam com parecer favorável da Procuradoria Geral da República no sentido de permitir o controle judicial das alíquotas para conformá-las ao princípio em tela - sendo certo que, no primeiro caso, a PGR dispõe claramente que, ao reconhecer a inobservância da seletividade, a única alternativa ao STF será a de anular a tributação, sendo defeso à Corte modificar a alíquota do produto, sob pena de interferência na função do Legislativo; já no segundo processo, a PGR segue o mesmo caminho, apenas dispondo que - por se tratar de ICMS, exação na qual existe sempre uma alíquota genérica e outras tantas específicas - o afastamento da alíquota específica, mais gravosa, fará com que a genérica passe a reger a tributação na hipótese.

Por todo o exposto, somos da opinião de que o Judiciário não apenas pode como deve analisar se a seletividade foi observada no IPI, pois neste imposto ela é obrigatória. Todavia, considerando a alíquota impugnada incompatível com o princípio, o órgão judicante não está autorizado a fixar uma nova, mas apenas a declará-la inconstitucional. Dessa maneira, faltará o aspecto quantitativo do consequente normativo, não sendo possível a cobrança da exação, com nenhuma alíquota.