

SUMÁRIO

REVISTA DIALÉTICA
DE DIREITO TRIBUTÁRIO
(RDDT)

ISSN 1413-7097

239

(AGOSTO - 2015)

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira RochaDiretores da Editora Dialética
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
TevisanProjeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e DialéticaCapa (fundo)
Detalhe da obra "100% Azul ou Quase",
*de Marola Omartem*Ilustrações de facês dos autores
Fátima Lodo Andrade da SilvaImpressão
Edições Loyola*Indexação em base de dados nacionais:*
RVBI (Periódicos) - Senado Federal
(www.senado.gov.br/sicon)*Rede de bibliotecas depositárias:*
Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal
de Justiça, Conselho da Justiça Federal,
Tribunal Regional Federal da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª
Regiões*Dullia Ramos*
é o autor da fotografia reproduzida
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do site
www.dialeitica.com.br
quanto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque
exemplares anteriores da
Revista Dialética de Direito Tributário.

Complete sua coleção.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Rua Sera Madureira, 34

CEP 04021-000 - São Paulo - SP

e-mail: atendimento@dialeitica.com.br

Fone/fax (11) 5084-4544

www.dialeitica.com.br**Doutrina****Alberto Xavier** - Aspectos inconstitucionais da Lei nº 12.973/2014 em matéria de tributação de controladas e coligadas no exterior

1. Inconstitucionalidade de discriminações por ofensa ao princípio da igualdade em geral.
2. Inconstitucionalidade por incompatibilidade com o art. 43 do CTN.

7

Alexandre Teixeira Jorge - A concessão de benefícios relativos ao ICMS e a sua repercussão no montante partilhado com os municípios

1. Introdução.
2. A discriminação de rendas tributárias e a questão da autonomia financeira.
3. Competência tributária e a repartição de receitas.
4. A concessão de benefícios relativos ao ICMS.
5. A jurisprudência do STF.
6. Conclusões.

19

André Mendes Moreira e Thelsson Barros Motta - Seletividade do IPI e controle jurisdicional: possibilidade e limites

1. Introdução.
2. O princípio da seletividade.
3. Aplicação prática no IPI.
4. Possibilidade de controle judicial.
5. Conclusões.

39

Fabio Silva Alves - Questões jurídicas e político-econômicas do diferimento da cobrança do ICMS na importação de álcool etílico anidro por distribuidoras de combustíveis

1. Introdução.
2. Os aspectos material e temporal da regra de incidência tributária na importação de mercadorias.
3. O diferimento do recolhimento do ICMS nos casos de importação de AEAC destinado a distribuidoras de combustíveis, com base no convênio ICMS nº 110/2007, respaldado pela Lei Complementar nº 24/1975 e pela Constituição da República.
4. A aplicação do diferimento do recolhimento do ICMS nos casos de importação de AEAC destinados a distribuidoras de combustíveis inclusive quando efetuados, por sua conta e ordem, por *trading company*.
5. A não observância por Fazendas Estaduais do diferimento do recolhimento do ICMS quando da importação de AEAC por distribuidoras de combustíveis.
6. Conclusão.

52

Fernando Daniel de Moura Fonseca e Martha Toribio Leão - A decadência do direito de revisão das bases tributáveis em processos de compensação

1. Objeto.
2. A compensação em âmbito federal e o caso específico do saldo negativo de imposto de renda.
3. A equiparação da decisão de não homologação da compensação ao lançamento.
4. A aplicação do artigo 150, parágrafo 4º, do CTN: decadência e segurança jurídica.
5. A única interpretação constitucional para o artigo 74, parágrafo 5º, da Lei nº 9.430/1996.
6. Crítica à jurisprudência atual do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf.
7. Conclusões.

62

Guilherme Cezarotti - Inaplicabilidade da interpretação restritiva (CTN, art. 111) na análise dos créditos de PIS e Cofins não cumulativos: um caso de interpretação equivocada

1. Introdução.
2. A não cumulatividade na legislação do PIS e da Cofins.
3. O conceito de insumos na legislação do PIS e Cofins não cumulativos.
4. A concessão de crédito do insumo - método de apuração de base de cálculo ou benefício fiscal?
5. Conclusão.

75

Gustavo Taddeo Kurakawa Rodrigues - A extensão da imunidade tributária sobre a contribuição previdenciária incidente sobre as receitas de exportações indiretas e a necessidade de o STF se manter coerente

1. Introdução.
2. Breves considerações sobre a imunidade tributária e os métodos excepcionais adotados pelo Supremo Tribunal Federal para interpretá-la.
3. A necessidade de se estender a imunidade tributária prevista no inciso I do parágrafo 2º do artigo 149 da CF às receitas de exportações indiretas.
4. Conclusões.

86

ra dos entes federados, havendo ainda a previsão de participação no produto da arrecadação de tributos de outras unidades da federação.

Ademais, o direito à participação no produto da arrecadação não atribui ao ente beneficiado a aptidão para regular o tributo, de modo que as decisões sobre o nível de incidência do gravame continuam a figurar como prerrogativa exclusiva do ente titular da competência tributária. Por conta disso, impõe-se distinguir os incentivos de natureza tributária daqueles de caráter financeiro, pois o direito ao repasse da parcela do produto da arrecadação apenas surge com a extinção da relação jurídico-tributária e a consequente arrecadação, havendo antes disso uma mera expectativa de participação.

Com efeito, ao concederem benefícios financeiros relativos ao ICMS, os Estados devem se limitar ao percentual de receitas que lhes pertence de pleno direito (75%), visto que a Constituição Federal estabeleceu um condomínio federativo no plano das receitas, o qual veda aos entes estaduais efetuar reduções na parcela atribuída às Municipalidades depois de arrecadado o imposto. A mais desse fator, importa ressaltar, ainda, que a quota-parte do ICMS reservada aos Municípios (25%) deve lhes ser creditada assim que os recursos ingressem nos cofres públicos, não podendo os Estados reter ou condicionar a entrega dessa verba.

Por fim, registre-se que o entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 572.762/SC tem aplicabilidade restrita, podendo ser invocado tão somente quando se tratar de benefício financeiro que provoque a diminuição nos valores a serem repassados aos Municípios a título de participação no produto da arrecadação do ICMS. No caso, resta saber se a concessão de incentivos de natureza tributária pelos Estados também deve se dar com exclusão da parcela do ICMS pertencente aos Municípios, sendo o reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 705.423/SE uma ótima oportunidade para o STF pacificar essa questão.

Seletividade do IPI e Controle Jurisdicional: Possibilidade e Limites

André Mendes Moreira
Thelston Barros Motta

1. Introdução

A Constituição Brasileira, ao tratar do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), consagrou o princípio da seletividade em função da essencialidade em seu art. 153, parágrafo 3º, I, segundo o qual os produtos devem ser tributados na razão inversamente proporcional à sua indispensabilidade. Em outros termos, de acordo com o mencionado princípio, quanto mais necessário for um bem, menor deve ser a carga tributária sobre ele incidente; lado outro, quanto mais supérfluo ele for, maior deve ser o ônus da tributação.

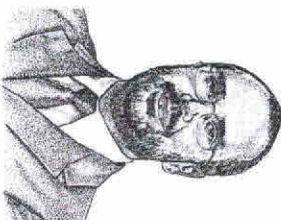
Desde logo se esclareça que tanto as necessidades básicas (relacionadas à própria sobrevivência humana) quanto as necessidades secundárias (ligadas ao bem-estar dos indivíduos) estão incluídas no conceito de essencialidade para fins da seletividade no IPI, pois ambas compõem um padrão mínimo de vida abaixo do qual nenhuma pessoa deve permanecer. Vale dizer, são essenciais não somente os bens e serviços necessários para a existência biológica, mas também os bens e serviços que, de acordo com o padrão de vida digno, não devem faltar à pessoa mais desprovida.

Não há divergência na doutrina no tocante à obrigatoriedade da observância do princípio no IPI, em virtude, aliás, do próprio texto constitucional, que revela inequivocamente a direção da União quando esta define o montante do imposto incidente sobre cada produto. Os vários obstáculos à concretização do princípio em estudo não podem servir de pretexto para uma tributação que não considere a necessidade ou superfluidade dos bens sobre os quais incide, sob pena de correção da prática pelo Poder Judiciário.

O objetivo do presente artigo é analisar, portanto:

- a existência de potencial ferimento à seletividade pela forma em que o IPI está hoje instituído, exame que se fará especialmente com base em suas alíquotas atualmente vigentes;

¹ A Constituição também estabelece o princípio da seletividade em função da essencialidade para o ICMS, em seu art. 155, parágrafo 2º, III. Contudo, aqui ainda predomina o entendimento segundo o qual a observância do princípio pelos Estados é facultativa, face à redação do dispositivo, à sua interpretação histórica e à importante função fiscal do imposto.



André Mendes
Moreira

é Professor Adjunto de
Direito Tributário da
UFMG, Doutor pela
USP e Mestre pela
UFMG em Direito
Tributário, Diretor da
Abradi e Advogado.



Thelston Barros Motta
é Advogado.

b) a possibilidade de o Poder Judiciário analisar essa questão e, sendo viável (nosso entendimento), os limites à atuação dos tribunais ao fazê-lo: seria possível a fixação de nova alíquota pela Corte ou, reconhecida a violação à seletividade, o tributo estaria irremediavelmente atingido pela inconstitucionalidade?

Para nós, se a exação viola a seletividade, o Judiciário pode tão somente declarar sua inconstitucionalidade, sendo defeso aos tribunais fixar nova alíquota do imposto, dentro dos parâmetros de razoabilidade, sob pena de se imiscuir na função do Legislativo.

É o que se pretende demonstrar a seguir.

2. O Princípio da Seletividade

A Constituição determina que os produtos sejam diferenciados conforme o grau de sua essencialidade e que se imponha o ônus tributário do IPI nos termos dessa diferenciação, mas, de pronto, surge um difícil problema: como fazer esse cortejo, aparentemente de cunho subjetivo? Um produto pode ser necessário para uma pessoa e supérfluo para a outra.

As necessidades dependem das características de cada indivíduo, como o gênero, o estado de saúde, o nível de escolaridade, a classe social, as concepções ideológicas e a crença em alguma religião. Ademais, elas também dependem do contexto histórico-cultural em que cada um está inserido, porquanto variam no tempo e no espaço.

Roberto Ferraz adverte que os conceitos de essencialidade e supérfluidade podem ser facilmente manipulados, existindo, inclusive, entidades com o fim exclusivo de elaborar argumentos para sustentar as ideias de seus clientes, quaisquer sejam elas (*think tanks*)².

Outra dificuldade reside em que o princípio da seletividade não consegue realizar de forma plena a capacidade contributiva, ou seja, ele não consegue fazer com que pessoas com maior disponibilidade financeira contribuam com maior montante para o custeio do Estado, especialmente em razão da regressividade fiscal típica das exações sobre o consumo e da inexistência de uma relação direta entre redução/aumento de alíquota do IPI e redução/aumento do preço ao consumidor final³. De fato, a regressividade é inerente à tributação sobre o consumo, categoria na qual o IPI se enquadra. Nesse tipo de exação, indivíduos com disponibilidades financeiras diversas arcam com a mesma carga fiscal em suas aquisições. Na compra de um determinado bem, é irrelevante - do ponto de vista da incidência fiscal - se os consumidores possuem muita ou pouca disponibilidade financeira, já que todos suportam idêntica carga tributária. Aliás, ainda que fosse relevante, a verificação dessa circunstância em cada compra seria bastante difícil ou, no mínimo, dispendiosa. A regressividade, desse modo, se faz presente pois uma cobrança de R\$ 20,00 de IPI,

por exemplo, atinge de maneira mais grave quem ganha R\$ 1.000,00/mensais do que quem ganha R\$ 10.000,00/mensais, conquanto se contribua, em termos nominais, com o mesmo valor.

Outrossim - e como segundo óbice para que a seletividade alcance os fins almeçados - a concretização da capacidade contributiva depende do nível de competição entre os agentes de mercado. No cenário de competição perfeita, como os tributos são custo empresarial, a sua redução culmina em um produto com preço mais baixo. Entretanto, no cenário de competição imperfeita, mesmo sendo abrangida a carga tributária, a redução no preço final não necessariamente ocorre - em tese, qualquer dos integrantes da cadeia econômica pode ser beneficiado pela minoração. Em última análise, é o próprio mercado que, de maneira instável, define os reais beneficiados com a redução dos tributos sobre os bens objeto de consumo, através da lei da oferta e da procura.

De toda sorte, fato é que, apesar das naturais barreiras existentes, a seletividade é importante princípio de justiça fiscal, que busca distribuir a carga tributária sobre bens de modo a gravar mais fortemente as vendas de supérfluos do que as de produtos necessários à vida em sociedade.

2.1. Objeção filosófica à seletividade: a escola libertária

O princípio da seletividade comporta uma objeção de jaez filosófico. Ele impõe que a tributação sobre o consumo seja graduada conforme a essencialidade dos produtos, ao passo que alguns doutrinadores defendem as alíquotas uniformes para se alcançar um sistema tributário justo. Para estes, a justiça fiscal não admite uma tributação variável para, gravando mais intensamente os produtos supérfluos, atingir as classes mais abastadas.

Tal é o caso dos pensadores filiados ao libertarismo, entre eles Robert Nozick (1938-2002). O professor da Universidade de Harvard sustenta que, embora o Estado seja inevitável, ele não pode ir além da proteção aos direitos daqueles situados em seu território, sob pena de afrontar direitos individuais⁴.

Os direitos individuais, por sua vez, estão ligados à dignidade ínsita a cada ser humano, que não pode ser sacrificada em nome do interesse coletivo, independentemente de qual seja ele. Aqui, é fácil perceber a inspiração da teoria na ideia kantiana segundo a qual o homem é um fim em si mesmo.

Enfim, a dignidade do ser humano tem como valor estrutural a liberdade. Diz-se que uma pessoa é livre se ela puder destinar, conforme seu alvedrio, a propriedade de tanto de si própria quanto de seus bens legitimamente adquiridos. Afinal, esta é corolário daquela, pois se o indivíduo é dono de si mesmo, é dono de seus talentos; se é dono de seus talentos, é dono de tudo que eles produzem.

² FERRAZ, Roberto. "Prefácio". In: ESTURILHO, Regiane Binhana. *A seletividade no IPI e no ICMS*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 12-13.

³ ESTURILHO, Regiane Binhana. *A seletividade no IPI e no ICMS*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 76.

⁴ "Nossos principais conclusões sobre o Estado são que um Estado mínimo, que se restrinja às estritas funções de proteção contra a violência, o roubo, a fraude, a coerção de contratos, e assim por diante, é justificável; que qualquer Estado mais abrangente violará os direitos de as pessoas não serem obrigadas a fazer determinadas coisas, o que não se justifica, e que o Estado mínimo é ao mesmo tempo inspirado e justo." (NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 1X)

Nesses termos, entende-se a objeção dos libertários ao princípio da seletividade. Onerando mais gravemente os produtos consumidos pelos estratos sociais superiores, ele utiliza as pessoas detentoras de maior disponibilidade financeira como meio para promover o bem-estar das desafortunadas, o que deve - sob essa ótica - ser rechaçado em virtude da dignidade existente em todos os homens⁵.

Cumprir dizer que essa escola de pensamento não se mostra contrária à igualdade, mas sim à tentativa de impô-la por meio do Estado, como pretende o princípio em tela. Para Nozick, uma relação igualitária artificialmente estabelecida só se sustenta através da intervenção constante do Estado na vida das pessoas, suprimindo-lhes a liberdade de transacionar seus bens conforme desejarem⁶.

3. Aplicação Prática no IPI

A doutrina é unânime em afirmar o caráter compulsório do princípio da seletividade no IPI, em razão do próprio texto constitucional. Com efeito, o art. 153, parágrafo 3º, I, da CF, diz que o imposto "será seletivo, em função da essencialidade do produto". Não sendo obedecido o mandamento, a cobrança do IPI será impossível, por se estar diante de inconstitucionalidade.

Cumprir, assim, analisar se e como o princípio da seletividade vem sendo aplicado pela União. Para tanto, importante lembrar que o princípio é concretizável por meio de qualquer forma hábil a diminuir a carga tributária incidente sobre o consumo de bens necessários e aumentar a incidente sobre o consumo de bens superfluos, embora a alteração de alíquotas seja costumeiramente mais utilizada⁷.

Pela análise da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Tipi)⁸, o princípio da seletividade é observado na maioria dos casos, em consonância com o mandamento constitucional. A Tabela traz os produtos onerados pelo IPI e as alíquotas em que ocorre a tributação, observando "a escala de seleção da incidência do imposto segundo a essencialidade dos produtos"⁹.

Com efeito, a Tipi estabelece alíquota zero para vários produtos imprescindíveis ao cotidiano da maior parte da população nacional; pelo mesmo fundamento, define como não tributados outros tantos. Vale registrar que o regime da alíquota zero, assim como o da isenção, é mais benéfico para o contribuinte do IPI. Naquelas dois primeiros, os créditos de IPI acumulados com a compra de insumos são aproveitados pelo contribuinte-industrial para compensar outros tributos federais devidos ou até mesmo restituídos em dinheiro pela Receita Federal, conforme art. 11 da Lei nº

9.779/1999¹⁰. Já a venda do produto não tributado gera como consequência o estorno dos créditos de IPI do contribuinte-industrial¹¹.

No campo dos gêneros alimentícios, o IPI não incide sobre diversos produtos consumidos amplamente na sociedade, entre os quais se podem citar: carnes e miudezas comestíveis, peixes em geral, leite, manteiga, ovos, batata, trigo, centeio, cevada, aveia, milho, arroz, ervilha, grão de bico, feijão, lentilha, frutas, café, massas alimentícias, óleo, azeite, sal, pão, torrada e biscoito.

Nada obstante, no campo dos gêneros alimentícios existem impropriedades, na medida em que o IPI também possui impacto reduzido sobre muitos produtos superfluos, conquanto o consumo destes ocorra predominantemente nas classes sociais superiores - são exemplos: aveia, noz, castanha, pistácio (alíquota de 0%), lagosta (alíquota de 0%) e caviar (alíquota de 5%).

Na categoria higiene e cuidados pessoais, destacuem-se os seguintes bens: produtos antissociais (0%), fio dental (0%), xampu (7%), desodorante (7%), água de colônia (12%), óculos de sol (15%), aparelho de barbear (20%), preparação para barbear (22%), produtos de maquiagem para lábios e rosto (22%) e perfume (42%).

O estudo isolado dos dados acima permite inferir que a definição das alíquotas na categoria higiene pessoal respeitou o princípio da seletividade, pois produtos ligados à saúde (e.g., preparados antissociais e fio dental) são menos tributados do que produtos ligados à estética (e.g., maquiagem para lábios e rosto e perfume).

Entretanto, comparando tais dados com os encontrados no campo dos gêneros alimentícios é possível perceber incongruências. Por exemplo: produtos como o xampu e o desodorante, ligados à própria saúde humana e consumidos pela maior parte da população, são mais gravemente onerados do que produtos como lagosta e caviar, ligados ao luxo e, portanto, consumidos, em tese, somente pelas classes afltuadas.

¹⁰ Lei nº 9.779/1999:

"Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda."

¹¹ Sobre a inexistência do direito à manutenção dos créditos de IPI pelo contribuinte que vende produtos não-tributados, já escrevemos:

"Consoante mencionado alhures, a partir da Lei nº 9.779/99 foi assegurado aos contribuintes do IPI o direito à manutenção dos créditos relativos à aquisição de insumos utilizados na fabricação de bens isentos ou sujeitos à alíquota zero do imposto. Todavia, não tratou a lei dos produtos não tributados."

Baseando-se no posicionamento do STF pertinente à isenção e à alíquota zero, pode-se concluir que, em caso de mercadorias não-tributadas pelo IPI, tampouco haveria direito à manutenção dos créditos sobre os insumos. Se, para a Suprema Corte, o direito ao credenciamento dos insumos tributados, pelo IPI exige que a etapa subsequente seja igualmente gravada pelo mesmo imposto, a inexistência de tributação - seja por força de isenção, alíquota zero ou incorrência de fato impositivo, como ocorre com os bens não-tributados - impede a manutenção dos créditos de IPI na escritura fiscal do contribuinte. Afinal, *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio* - onde há a mesma razão, deve haver também, a mesma disposição.

Resaltamos, entretanto, nosso entendimento contrário, pelas razões expostas anteriormente, que aqui sintetizamos, onde o Constituinte não distingue (não havendo, como de fato não há na Lei Maior, qualquer restrição ao credenciamento do IPI, ao contrário do que se dá com o ICMS), não cabe ao intérprete distinguir." (MOREIRA A. André Mendes. *A não-cumulatividade dos tributos*. 2ª ed. São Paulo: Nesses, 2012. pp. 160-1)

⁵ "... O que para Rawls representa um sistema institucional justo, constitui para Nozick um sistema temível; segundo Nozick, quando parte do esforço de alguma é destinada a melhorar o destino de outros, deturpa-se o princípio da autopropriedade; a tal ponto que ganha sentido falar de uma nova forma de escravidão, denominada em nome da justiça" (GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 39).

⁶ BRAGA, Raphael Brasilista. "Robert Nozick e sua teoria política: uma alternativa viável à proposta de John Rawls?" *Instituto v. 2*, nº 3. Porto Alegre, novembro de 2009, pp. 239-256, p. 13.

⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96.

⁸ Atualmente, está em vigor a Tipi aprovada pelo art. 1º do Decreto nº 7.660/2011.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. "O IPI e o princípio da seletividade". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 18. São Paulo: Dialética, março de 1997, pp. 94-102, p. 96.

Outrossim, é interessante constatar como certos produtos ligados ao cotidiano e ao lazer das pessoas mais abastadas são tributados pelo IPI: embarcações de recreio (10%), balões e dirigíveis (10%), helicópteros e aviões (10%), artefatos de joalheria (12%), esqui (20%), taco de golfe (20%) e vinho tipo champagne (20%).

Perceba-se que, embora aparentemente elevadas, tais alíquotas são, na verdade, baixas para atender plenamente o princípio da seletividade¹². Com efeito, elas se encontram no mesmo patamar das alíquotas incidentes sobre determinados produtos, sem dúvida, mais necessários - a água mineral, por exemplo, não obstante seja indispensável à própria subsistência humana, sofre com uma alíquota de 15% a título de IPI.

Além disso, considerando o caráter extrafiscal do IPI, a Tabela fixa alíquotas com o intuito de desestimular o consumo de produtos considerados antagônicos aos bons costumes ou prejudiciais à saúde humana¹³. Ilustrativamente: charuto que contenha tabaco (30%), bilhares (40%), cervejas de malte (40%), revólveres e pistolas (45%), uísque em embalagem igual ou inferior a dois litros (60%) e cigarro que contenha tabaco (300%).

Por fim, é possível dizer que também a norma contida no art. 153, parágrafo 3º, IV, da CF, relaciona-se com o princípio da seletividade. Afinal, ao dizer que o IPI "terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei", o dispositivo favorece a compra dos referidos bens, como máquinas e equipamentos, que são a base de toda cadeia produtiva e, portanto, indquestionavelmente necessários.

4. Possibilidade de Controle Judicial

Por derradeiro, resta analisar como o princípio da seletividade vem sendo tratado pelo Poder Judiciário. Desde logo, impõe-se resolver uma questão preliminar, qual seja: a possibilidade de controle judicial da aplicação do princípio da seletividade. Existem dois entendimentos sobre a matéria, um afirmativo e outro negativo, sendo este último ainda predominante na jurisprudência - que, no entanto, tende a se modificar, como veremos.

4.1. A negativa de intervenção judicial em matéria de seletividade

Parte da doutrina e a jurisprudência (ainda) majoritária defendem a impossibilidade de controle da seletividade pelo Poder Judiciário. Afirmam eles que a previsão constitucional do princípio da seletividade é mera diretriz política, direcionada

¹² "Embora na prática não se tenha uma seletividade efetivamente estabelecida em função da essencialidade dos produtos, como determina a Constituição, o imposto sobre Produtos Industrializados é, em nosso Sistema Tributário, o melhor exemplo de imposto seletivo" (MACHADO, Hugo de Brito. "O ICMS no fornecimento de energia elétrica: questões da seletividade e da demanda contratada". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 155, São Paulo: Dialética, agosto de 2008, pp. 48-56, p. 50)

¹³ "O Princípio da Seletividade, porém, além de ser manifestação da igualdade, em matéria tributária, atende também aos escopos da legislação quando ele manja o IPI extraterritorialmente. É bem verdade que, nesses casos, o fundamento do Princípio da Seletividade não será o Princípio da Isonomia. (...) Pois bem. Parece realmente haver, duns espécies de Seletividade completamente diversas. Ambas podem, entretanto, pacificamente coexistir, ao contrário do que defende parte da doutrina nacional" (VALLE, Maurício DalrTim do. "O princípio da seletividade do IPI". *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais* nº 17, Curitiba, 2012, pp. 12-13)

ao legislador no momento de definir a carga tributária incidente sobre cada produto e serviço.

Sob esse prisma, o magistrado que, arrimado na violação ao princípio em comento, elimina a tributação (por inconstitucionalidade) ou escolhe a alíquota mais adequada a ser aplicada para um produto está legislando de forma positiva. E, ao fazê-lo, o Poder Judiciário invade a competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, violando a separação que existe entre os três.

Para os adeptos dessa corrente ainda dominante, o legislador estipula as alíquotas dos impostos de maneira discricionária, mediante um juízo de conveniência e oportunidade, cujo controle é vedado ao Poder Judiciário. Afinal, nessa tarefa, levam-se em consideração diversos fatores, como de ordem política, econômica e industrial - e não só o princípio da seletividade.

4.2. A corrente pela possibilidade do controle judicial

O entendimento permissivo da intervenção do Poder Judiciário afirma que o princípio da seletividade não se destina apenas ao legislador, mas também ao contribuinte. Ele, além de diretriz política a ser observada no momento de definição das alíquotas incidentes sobre cada produto, é uma garantia.

Ademais, a efetivação do princípio da seletividade é uma obrigação do Estado brasileiro, que engloba tanto os Poderes Executivo e Legislativo quanto o Judiciário. Assim, este último possui não apenas o poder, mas sim o dever de zelar pela sua aplicação¹⁴ por meio da correção de equívocos perpetrados pelos demais Poderes na fixação das alíquotas¹⁵.

Outrossim, o controle jurisdicional é possível, sem caracterizar desrespeito às competências dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário, porque a essencialidade possui um conteúdo mínimo. Trata-se de conceito cujos parâmetros são dados pelo próprio ordenamento jurídico, notadamente pela Constituição.

Entre outros momentos, quando a Carta de 1988, em seu art. 7º, IV, estipula que o salário mínimo deva ser capaz de atender às necessidades vitais básicas "com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social", ela baliza o conteúdo mínimo do conceito de essencialidade.

Porém, também a Lei nº 4.502/1964, v.g., isentou determinados produtos do Imposto de Consumo (antecessor do hodierno IPI) pelo expresso fundamento de eles serem considerados "como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica".

O conteúdo mínimo do conceito de essencialidade limita a liberdade do legislador na estipulação das alíquotas para os diversos produtos. Embora o Parlamento

¹⁴ ESTURILHO, Regiane Binbara. *A seletividade no IPI e no ICMS*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 157.

¹⁵ "Com efeito, o Poder Judiciário - ate em função do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) - não está menos autorizado do que o Poder Legislativo a investigar qual o alcance das expressões "essencialidade dos produtos industrializados". Claro está que não estamos sustentando que o Judiciário deva legislar no lugar do Legislativo ou aplicar, ele próprio, no lugar do Executivo, o disposto no art. 153, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Simplesmente, deve averiguar se os critérios adotados por estes Poderes foram adequados e racionais" (BOTALLIO, Eduardo Domingos; e CARRAZZA, Roque Antonio. "PI, seletividade e alteração de alíquotas". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, São Paulo: Dialética, dezembro de 2008, pp. 107-114, p. 110)

possua discricionariedade para definir as alíquotas do IPI, não pode agir de forma arbitrária, tratando como essencial um produto supérfluo e vice-versa.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, quando for provocado, apreendendo o conteúdo mínimo dado pelo sistema nacional, pode verificar se o legislador dele retirou bens necessários, nele inseriu bens supérfluos ou procedeu conforme o princípio da seletividade. Nos dois primeiros casos, deve restabelecer a obediência à norma constitucional.¹⁶

Por derradeiro, registre-se que alguns autores - dos quais discordamos neste ponto - chegam inclusive a defender que o Poder Executivo deve motivar sua decisão ao alterar as alíquotas do IPI. Dessa maneira, facilitar-se-ia a verificação da observância ao princípio da seletividade e, conseqüentemente, viabilizar-se-ia com maior eficácia o controle do ato pelo Poder Judiciário.¹⁷

4.2.1. As opções do Poder Judiciário diante da alíquota não seletiva

Admitindo-se a possibilidade de controle das alíquotas pelo Poder Judiciário, surge o questionamento acerca do que deve ser feito diante da constatação de desrespeito ao princípio da seletividade. No entender de alguns, o magistrado pode definir a alíquota mais adequada para o produto cuja tributação é impugnada - ou mesmo isentá-lo.¹⁸ No sentir de outros, o magistrado deve se restringir a reconhecer a inconstitucionalidade da alíquota, o que, por conseguinte, impede a cobrança do imposto por ausência do aspecto quantitativo do conseqüente normativo.

4.3. Breve síntese dos posicionamentos existentes

Em suma, ou se nega ao Judiciário o controle da aplicação do princípio da seletividade; ou se admite a sua realização no âmbito jurisdicional. Neste último caso, duas alternativas são possíveis: (a) restringir o poder do magistrado à declaração de

¹⁶ "Embora não se negue ao legislador ordinário a faculdade de atuar dentro de uma certa liberdade de manipulação da seletividade em função da 'essencialidade do produto', o conteúdo mínimo desta expressão sempre possibilitará que se verifique, em concreto, se o princípio se faz presente, nos casos em que a Constituição Federal determina a sua obediência. Na medida em que o princípio da seletividade expressa regra de proteção do contribuinte, o Judiciário tem plena competência e legitimidade para aferir, e, quando for o caso, determinar a sua observância pelo legislador ordinário, o que se faz por meio de um processo de comparação de produtos, pots e dele que resulta, em cada caso concreto, a caracterização da essencialidade." (BOTTALLO, Eduardo Domingos apud Brasil. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. "Parcer nº 8.079/RJMB no RE 606.314/PE". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 214, São Paulo: Dialética, julho de 2013, pp. 153-157, p. 156)

¹⁷ "Portanto, qualquer ato do Poder Executivo, que venha a alterar as alíquotas do IPI, há de ser motivado. Caso não se pade por critérios fundados e pertinentes, explicitados em justificativa adequada, parecerá de manifesta inafiducialidade (...). Desta forma, um fato que logicamente não seja capaz de justificar a medida, jamais poderá ser tomado como motivo idôneo para a alteração de tais alíquotas. Além disso, os motivos que ensejaram a alteração das alíquotas devem ser comprovados. (...) Mais. Em homenagem ao princípio da seletividade, é necessário que esta modificação revele a existência de valores, benefícios ao consumidor final, capazes de sobrepor-se aos que tenham determinado, precedentemente, a fixação da alíquota do IPI objeto da alteração." (BOTTALLO, Eduardo Domingos; e CARRAZZA, Roque Antonio. "IPI, seletividade e alteração de alíquotas". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, São Paulo: Dialética, dezembro de 2008, pp. 107-114, pp. 112-114)

¹⁸ Regiane Binhará Esturillo adota esse posicionamento. Para ela, "(...) é possível aos contribuintes provocar o Poder Judiciário a anular as operações tributadas pelo IPI e/ou pelo ICMS, para verificar se os bens submetidos à tributação são ou não essenciais e diante de uma resposta afirmativa, assim o declarar e adequar a alíquota aplicável, determinando a exclusão da tributação ou a incidência da menor alíquota entre as previstas." (ESTURILLO, Regiane Binhará. *A seletividade no IPI e no ICMS*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, n. 160)

inconstitucionalidade da tributação incidente sobre determinado produto, inviabilizando a cobrança do IPI; ou (b) permitir a modulação judicial da alíquota aplicável.

4.4. A jurisprudência

O entendimento segundo o qual é de fato ao Poder Judiciário controlar as alíquotas do IPI em nome do princípio da seletividade predomina na jurisprudência. Porém, não há unanimidade nesse entendimento, sequer dentro dos mesmos tribunais.

4.4.1. Os Tribunais Regionais Federais

A seguir, colacionam-se julgados dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, com o fito de demonstrar o entendimento perfilhado por cada um deles:

a) TRF da 1ª Região:

Assentou que o controle das alíquotas do IPI não pode ser feito pelo Poder Judiciário, ao julgar diversos casos relativos à tributação do açúcar, quase todos fundamentados em precedentes do STF e do STJ, que anunciavam:

"Cabe ao Governo, de forma discricionária, escolher os rumos da política sucroalcooleira, utilizando-se, caso necessário, do IPI, tributo com função extrafiscal, não sendo possível ao Poder Judiciário imiscuir-se nesta seara sem a demonstração cabal de vícios de legalidade."¹⁹

Contudo, nesse mesmo Tribunal é possível encontrar julgados dissonantes. Porcos, de fato, como a seguir transcrito, que deu provimento ao recurso do contribuinte para afastar a incidência do imposto federal em caso no qual se considerou violada a seletividade:

"3. O art. 153, § 1º, da CF/1988 estabelece verdadeira limitação ao poder de tributar e impede que o IPI seja estabelecido de acordo com critério diferente da essencialidade do produto. Ainda que seja considerado o caráter extrafiscal, a fixação das alíquotas do IPI deve obedecer ao critério da seletividade e essencialidade do produto.

4. A fixação da alíquota no patamar de 18% não obedece ao critério determinado pela CF/1988, portanto, inegável a essencialidade do produto."²⁰

b) TRF da 2ª Região:

Também se posiciona pela impossibilidade de controle judicial das alíquotas:

"1. A Constituição da República no seu artigo 153, parágrafo 3º, inciso I, traz a necessidade de que o Imposto sobre Produtos Industrializados seja seletivo em função da essencialidade do produto.

2. Ocorre que a competência para definir o que é essencial, bem como qual a alíquota aplicável de acordo com esta essencialidade, pertence ao legislador em conjunto com o administrador e não ao Poder Judiciário. Precedentes do Supremo Tribunal Federal."²¹

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

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

²¹ Apelação em Mandado de Segurança nº 200202010339924. Apelante: Cooperativa dos Produtores de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo - Cooperucar. Apelado: União. Relator: Juiz convocado Luiz Norton Baptista de Matos. *Dele* de 1º/9/2008.

c) TRF da 3ª Região:

Filia-se ao entendimento negatório do controle judicial, afirmando que:

"(...) não pode o Judiciário substituir atribuição que a Constituição concede aos demais Poderes da União, nesse ponto em que indevidamente o Judiciário incursionaria pelos meandros das funções legislativa e administrativa, em esfera tributária, para dizer, ele Judiciário, o que deve ou não ser essencial para fins de incidência de IPI."²²

d) TRF da 4ª Região:

Não há unanimidade, mas antes, decisões em um e outro sentido. No acórdão cujo excerto é adiante transcrito, por exemplo, vigoram os seguintes termos:

"(...) o argumento de que há amplo campo para a discricionariedade do legislador, sendo vedado exercer o controle jurisdicional sobre atos de conteúdo político, implica negação ao princípio constitucional da seletividade, cuja tutela compete precipuamente ao Poder Judiciário."²³

A seu turno, encontra-se no repertório do mesmo Tribunal o seguinte julgado:

"(...) ora, de tal dispositivo [art. 153, § 3º, I, da CR] não se retira que o açúcar não pode ser tributado pelo IPI, pois a fixação das condições e limites das alíquotas do tributo e o juízo acerca da seletividade e essencialidade dos produtos que serão tributados devem ser feitos pelos órgãos competentes, quais sejam, os Poderes Legislativo e Executivo (...)."²⁴

e) TRF da 5ª Região:

É de sua lavra o seguinte aresto, que revela não estar o Poder Judiciário autorizado a controlar as alíquotas do IPI:

"3. A alíquota de cinco por cento prevista para o IPI incidente sobre o açúcar, nos termos do Decreto 2.917/98 e legislação posterior, não ofende o princípio constitucional da seletividade, tampouco a legislação federal pertinente à espécie.

4. Ao legislador é que incumbe essa avaliação acerca da carga tributária, não ao com-tribuinte e nem ao Fisco, sendo vedado ao Judiciário legislar positivamente, devendo ser respeitada a discricionariedade do legislador."²⁵

4.3.2. O STF

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal já manifestou sua posição sobre o tema em algumas oportunidades. A título de ilustração, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107/PR, a Corte afirmou que "a concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário"²⁶.

Ocorre que o STF se encontra diante da possibilidade de modificar sua jurisprudência. No Recurso Extraordinário nº 606.314/PE foi reconhecida repercussão geral quanto à "(...) possibilidade de o Judiciário estabelecer alíquota inferior àquela correspondente à classificação do produto que a autoridade fiscal entende como correta"²⁷.

Na origem, o RE nº 606.314/PE se trata de um mandado de segurança impetrado pela sociedade empresária Bisa - Biotécnica Industrial Agrícola S/A contra o Delegado da Receita Federal no Estado de Pernambuco. A impetrante produz embargens destinadas exclusivamente ao acondicionamento de água mineral, sob a forma de garrações, garrafas e tampas plásticas. O Fisco Federal classifica esses produtos, na Tipi, na categoria "garrações, garrafas, frascos e artigos semelhantes", cobrando uma alíquota de 10% - número que a empresa pretende reduzir a zero, por entender que, apesar de claramente se tratar de garrafas, estas devem se sujeitar à mesma carga tributária dos "produtos alimentícios", já que seu conteúdo é essencial à vida humana.

O juízo de primeira instância concedeu a segurança, ao considerar água mineral como um alimento essencial à sobrevivência do ser humano. O impetrado interpôs apelação, aduzindo que o alimento não pode ser confundido com a embalagem que o contém: ao recurso, no entanto, negou-se provimento de forma unânime.

Dessa feita, a Fazenda Nacional interpôs o recurso extraordinário ora explicitado. Novamente afirmou que a impetrante não produz água, mas a embalagem que a acondiciona. O correto parâmetro de incidência do IPI é o segundo produto, e não o primeiro, estando-se diante, portanto, de violação ao art. 153, parágrafo 3º, I, da CF.

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria. Em seguida, o Ministro Relator abriu vista dos autos ao Procurador Geral da República, que emitiu valioso parecer. Deste, cumpre transcrever o seguinte excerto:

"É possível o controle judicial da adequação da Tipi ao princípio insculpido no art. 153, § 3º, I, da CF, não sendo admitida, contudo, a estipulação de alíquotas do IPI pelo Poder Judiciário, sob pena de atuar como legislador positivo ou de invadir campo de política fiscal. O efeito do reconhecimento da violação do princípio da seletividade do IPI em razão da essencialidade do produto é a *extinção da alíquota* inconsistente com o ordenamento e consequente *demoneração tributária* por ausência de elemento essencial do aspecto quantitativo da hipótese de incidência."²⁸

O julgamento de outro caso em curso no STF também pode representar mudança em sua jurisprudência. Trata-se do RE nº 714.139/SC, na origem um mandado de segurança impetrado pelas Lojas Americanas S/A contra o Estado de Santa Catarina visando ao reconhecimento de que a alíquota de 25% de ICMS incidente sobre a prestação de serviços de comunicação e sobre a energia elétrica viola o princípio da seletividade em função da essencialidade dos produtos e serviços. Frente a essa suposta inconstitucionalidade, porque os demais produtos possuem alíquota de 17% de ICMS, a empresa requereu a repetição ou a compensação da diferença.

²² Agravo Legal em Apelação Cível nº 0016666-56.2001.4.03.6100. Agravante: Sindicato Interestadual da Indústria de Óptica do Estado de São Paulo. Agravado: União. Relator: Des. Johnsonson de Salvo. *DJe* de 27.8.2013.

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

²⁴ Apelação Cível nº 001759060.2013.404.9999. Apelante: Usina Alto Alegre S/A Açúcar e Alcool. Apelado: União. Relator: Des. Rômulo Pizzolatti. *DJe* de 22.5.2014.

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

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

²⁷ Repetição Geral no Recurso Extraordinário nº 606.314/PE. Recorrente: União. Recorrido: Bisa - Biotécnica Industrial Agrícola S/A. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *DJe* de 10.2.2012.

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

Impede 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 incipientes 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,

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 de fato 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 julgante 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.

²⁹ Parecer nº 1.106/2015 ASICIV/SAI/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.