

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH

Fernanda Prata Moreira Ribeiro

**A INFLUÊNCIA DA LEGÍSTICA NA CONTENÇÃO DE ANTINOMIAS:
A PROBLEMÁTICA DA SUJEIÇÃO PASSIVA DO ICMS INCIDENTE NA
IMPORTAÇÃO**

Belo Horizonte/MG

2017

Fernanda Prata Moreira Ribeiro

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4641808499936935>

**A INFLUÊNCIA DA LEGÍSTICA NA CONTENÇÃO DE ANTINOMIAS: A
PROBLEMÁTICA DA SUJEIÇÃO PASSIVA DO ICMS INCIDENTE NA
IMPORTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade FUMEC como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Linha de Pesquisa: Direito Público (Esfera pública, legitimidade e controle)

Orientador: Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coorientadora: Professora Dra. Fabiana de Menezes Soares

Belo Horizonte/MG

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R484i Ribeiro, Fernanda Prata Moreira, 1992-
A influência da logística na contenção de antinomias: a problemática da sujeição passiva do ICMS incidente na importação / Fernanda Prata Moreira Ribeiro. – Belo Horizonte, 2017.
220 f. ; 29,7 cm

Orientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coorientador: Fabiana de Menezes Soares

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - Brasil.
2. Importação - Brasil. 3. Direito constitucional - Emendas - Brasil. I. Título. II. Freitas, Sérgio Henriques Zandona. III. Soares, Fabiana de Menezes. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 336.226



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRÁCIA

AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

Prof^a. Dra. Fabiana de Menezes Soares _____

Prof. Dr. Jean Carlos Dias _____

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes _____

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____

MESTRANDA: FERNANDA PRATA MOREIRA RIBEIRO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“A INFLUÊNCIA DA LEGÍSTICA NA CONTENÇÃO DE ANTINOMIAS: A
PROBLEMÁTICA DA SUJEIÇÃO PASSIVA DO ICMS INCIDENTE NA
IMPORTAÇÃO”**

RESULTADO FINAL: APROVADA

Data da Defesa: 15/12/2017

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

Aos meus pais, João Luiz Ribeiro e Denise Prata Moreira Ribeiro e
ao meu irmão, Pedro.

AGRADECIMENTOS

Pensar na conclusão do mestrado equivale à realização de mais um dos desejos do meu coração!

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter sonhado o meu sonho e por me dar mais do que eu poderia imaginar, com planos sempre maiores que os meus! “*Você pode até tocar os céus, se crer*”.

Aos meus pais, João e Denise, aos quais dedico o meu mais incondicional amor, agradeço por tudo que fizeram por mim para que eu pudesse chegar até aqui. Ao papai, pelo constante incentivo e pela coragem em já acreditar nos planos para o doutorado. À mamãe, agradeço pela correção do trabalho, pelos lanchinhos para ajudar na inspiração e por compartilhar toda a angústia da escrita da dissertação. Obrigada por compreenderem a minha ausência nesse período. Tudo para que vocês se transbordem de orgulho, na certeza de que essa conquista é nossa!

Ao meu irmão, Pedro, agradeço pela parceria de vida! Como é bom poder contar você em todos os momentos! Estaremos sempre juntos! Eu amo vocês!

À Vovó Delisete e demais familiares, o meu agradecimento pelo carinho e por acompanharem, com entusiasmo, a minha trajetória. Em especial, à Tia Nair, por ter me auxiliado na preparação para o mestrado, com extrema dedicação para que eu pudesse alcançar os meus objetivos.

À Tia Heliana e ao Tio Fagundes, o agradecimento por estarem sempre ao meu lado, pela torcida e por comemorarem comigo todas as vitórias. Vocês são mais do que especiais para mim!

Ao Leonardo Alvim, agradeço pela amizade, coleguismo, pelas enriquecedoras discussões sobre o trabalho e por possibilitar a mim o primeiro, mágico e encantador contato com a prática tributária. Sempre lembrarei de todos os seus ensinamentos, os quais vão muito além da esfera profissional.

Aos amigos da Rabelo Alvim, agradeço por serem apoio e por compartilharem comigo todos os momentos do mestrado. Aos colegas do JASA, agradeço pela receptividade e por proporcionarem novas experiências como advogada.

Alguns professores, ao longo da vida acadêmica, são muito mais que exemplos. Ao Marcelo Sarsur, o meu agradecimento por ser grande incentivador e por ter plantado o desejo de me tornar mestre ainda na graduação em Direito. Ao Arthur Guerra, pela valiosa ajuda na docência e na vida profissional.

Ao Rodrigo Aloe e ao Paulo Vinícius, a minha eterna gratidão por abrirem as portas à primeira experiência como professora. Sempre lembrarei de vocês com carinho!

Ao Raphael Frattari, agradeço pela constante e proveitosa parceria.

Ao Sérgio Zandona, meu orientador, agradeço pela dedicação à pesquisa, por acreditar nas minhas ideias e pela disposição em me atender em todos os momentos de desânimo. Incansável Zandona, com você aprendi a ter a visão sempre além do alcance.

À Fabiana, querida coorientadora, agradeço, primeiramente, pelo acolhimento. Como foi bom poder aprender com você. Que a sua doçura continue encantando a todos e arrebatando “criaturas” para seguirem os seus passos e se inspirarem em você!

Ao André Leal, agradeço por provocar em mim a inquietação, fazendo nascer a vontade de mudar o mundo. Obrigada pela disponibilidade em ajudar e pelas importantes contribuições para o meu trabalho.

Ao Flávio Bernardes, agradeço pelo conhecimento compartilhado em Congressos e por aceitar prontamente o convite para a composição da banca.

Aos colegas da Newton Paiva e da UNA Contagem, agradeço por incentivarem o meu crescimento e por serem fonte de inspiração e aprendizado.

Aos meus queridos alunos, o agradecimento por me ensinarem todos os dias e por fazerem da sala de aula um dos melhores lugares que possa estar.

Por fim, à FUMEC e, em especial, aos amigos da Turma 13, agradeço por vivenciarem comigo a realização desse sonho! Do mestrado para a vida!

“E o Senhor te guiará continuamente, e fartará a tua alma em lugares áridos, e fortificará os teus ossos; e serás como um jardim regado, e como um manancial, cujas águas nunca faltam.”
Isaiás, 58:11

“O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele.”

Tercio Sampaio Ferraz Junior

RESUMO

A presente dissertação visa a demonstrar a ingerência da Legística na prevenção e correção de antinomias legislativas, com o enfoque voltado para a incompatibilidade existente na arrecadação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – incidente nas importações, na linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. O artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a” da Constituição da República e a Súmula 660 do Supremo Tribunal Federal disciplinam a respeito de mercadorias importadas, com a conseqüente exigência de ICMS. Todavia, tais instrumentos normativos são antagônicos, de modo que, simultaneamente, um autoriza o recolhimento do tributo e o outro revela a impossibilidade da cobrança àqueles que não são, naturalmente, contribuintes do imposto. A organização processual legislativa e o harmônico diálogo institucional promovido no Estado Democrático de Direito pelo Processo Constitucional evidenciam os antecedentes do fenômeno do Constitucionalismo e permitem insculpir as etapas elaborativas e os limites de alteração do texto da Constituição, de modo a fundamentar a sua legitimidade. O aprofundamento do Direito Sumular caracteriza a consolidada existência de atividade legiferante no âmbito do Judiciário, ainda que em desempenho de função atípica, para que, então, seja delineado o debate perpetrado entre as normatizações em comento. A Legística, amparada no estudo da Legisprudência, com o intuito de criar normas de acentuada qualidade e com resultados eficazes, também atua na contenção das inconsistências do ordenamento jurídico por meio da problematização e das avaliações, prospectiva e retrospectiva, que sua teoria propõe. As conclusões são resultado da revisão bibliográfica sobre as Teorias Processualistas, sustentadas por Oskar von Bülow, Elio Fazzalari e André Cordeiro Leal, com ênfase à Teoria Constitucionalista, difundida por José Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Sérgio Henriques Zandona Freitas. A pesquisa, de natureza compreensivo-dogmática, é complementada pelas teorias que designam a Legística como procedimentalização metódica imprescindível à qualidade das leis, idealizadas por Jeremy Bentham, Peter Noll e Gaetano Filangieri e disseminadas por Fabiana de Menezes Soares, Luzius Mader e Jean-Daniel Delley. A análise de decisões, com ênfase no tratamento jurisprudencial quanto à modificação do regramento constitucional e, também, à edição e republicação do enunciado do Supremo Tribunal, demonstrará o equívoco cometido com emenda constitucional promulgada. Justifica-se essa intervenção à medida que a insegurança jurídica provocada por normas contraditórias regularmente válidas é situação que não se coaduna ao ideal preconizado de inteligibilidade legislativa.

Palavras-chave: Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços. Importação. Não cumulatividade. Antinomia. Súmula. Emenda Constitucional. Estado Democrático de Direito. Processo Constitucional. Legística. Legisprudência. Insegurança jurídica.

ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate the Legistic's interference in the prevention and correction of legislative antinomies with focus on incompatibility in the existing collection of Tax on the Circulation of Goods and Services - ICMS - incident on imports, in the research line of the *Stricto Sensu* Post-graduation Program in Law at FUMEC University. The article 155, 2nd paragraph, item IX, subparagraph "a" of the Federative Republic of Brazil's Constitution and the Precedent 660 of the Federal Supreme Court discipline on imported good with the consequent ICMS requirement. However, such normative instruments are antagonistic, so that at the same time one authorizes the collection of the tax and the other reveals the impossibility of recovery on those who are not, naturally, taxpayers. The legislative procedural structuring and the harmonious institutional dialogue promoted between the Democratic State of Law and the Constitutional Process evidence the antecedents of the Constitutionalism phenomenon and allow to outline the elaborative stages and the change limits of the Constitution text, in order to substantiate its legitimacy. The deepening of the Precedent Law characterizes the consolidated existence of the legislative activity within the scope of the Judiciary, even though in atypical function performance, so that, the debate perpetrated between the norms in question is delineated. The Legistic, supported by the Legisprudence study, with the intention of creating rules of high quality and with effective results, also works in the containment of the inconsistencies of the legal system through the problematization and evaluations, prospective and retrospective, that its theory proposes. The conclusions are the result of the bibliographic review on the Processual Theories, supported by Oskar von Bülow, Elio Fazzalari and Andre Cordeiro Leal, with emphasis on the Constitutionalist Theory, spread by Jose Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias and Sergio Henriques Zandona Freitas. The research, of a dogmatic and comprehensive nature, is complemented by the theories that designate the Legistic as methodological procedure indispensable to the quality of the laws, idealized by Jeremy Bentham, Peter Noll and Gaetano Filangieri and disseminated by Fabiana de Menezes Soares, Luzius Mader and Jean-Daniel Delley. The decisions' analysis, with emphasis on the jurisprudential treatment regarding the constitutional rule modification and, also, the edition and republishing of the Supreme Court, will demonstrate the mistake committed with constitutional amendment promulgated. This intervention is justified to the extent that the legal uncertainty provoked by regularly valid contradictory rules is situation that does not conform to the preconized ideal of legislative intelligibility.

Keywords: Tax on the Circulation of Goods and Services. Import. Not cumulative. Antinomy. Precedent. Constitutional Amendment. Democratic constitutional state. Constitutional process. Legistic. Legisprudence. Juridical insecurity.

RESUMEN

La presente disertación objetiva demostrar la injerencia de la Legística en la prevención y corrección de antinomias legislativas, con enfoque direccionado para la incompatibilidad existente en la recaudación del Impuesto sobre la Circulación de Mercancías y Servicios – ICMS - incidente sobre las importaciones, dentro de la línea de pesquisa del Programa de Posgrado *Stricto Sensu* en Derecho de la Universidad FUMEC. El artículo 155, párrafo 2º, inciso IX, apartado “a” de la Constitución de la República Federativa del Brasil y el precedente 660 del Supremo Tribunal Federal disciplinan a respecto de mercancías importadas, con la consecuente exigencia del ICMS. No obstante, tales instrumentos normativos son antagónicos, de modo que, simultáneamente, uno autoriza a recoger el tributo y el otro revela la imposibilidad de cobro de aquellos que no son, naturalmente, contribuyentes del impuesto. La organización procesal legislativa y el armónico diálogo institucional promovido en el Estado Democrático de Derecho por el Proceso Constitucional evidencian los antecedentes del fenómeno del Constitucionalismo y permiten cincelar las etapas elaborativas y los límites de alteración en el texto de la Constitución, de manera a fundamentar su legitimidad. Al profundizarse en el Derecho Precedente se caracteriza la consolidada existencia de actividad legiferante en el ámbito del Poder Judicial, aunque en desempeño de función atípica, para que, entonces, sea delineado el debate perpetrado entre las normativas en comento. La Legística, amparada en el estudio de la Legisprudencia, con la intención de crear normas de acentuada cualidad y con resultados eficaces, también actúa para la contención de las inconsistencias del ordenamiento jurídico mediante la problematización y las evaluaciones, prospectiva y retrospectiva, que su teoría propone. Las conclusiones son resultado de la revisión bibliográfica sobre las Teorías Procesales, sustentadas por Oskar von Bülow, Elio Fazzalari y André Cordeiro Leal, con énfasis en la Teoría Constitucionalista, difundida por José Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias y Sérgio Henriques Zandona Freitas. La pesquisa, de naturaleza comprensivo-dogmática, está complementada por las teorías que designan a la Legística como procedimentalización metódica imprescindible para la cualidad de las leyes, idealizadas por Jeremy Bentham, Peter Noll y Gaetano Filangieri y diseminadas por Fabiana de Menezes Soares, Luzius Mader y Jean-Daniel Delley. El análisis de decisiones, con énfasis en el tratamiento jurisprudencial con relación a la modificación del reglamento constitucional y, también, la edición y reedición del enunciado del Supremo Tribunal, demostrará el equívoco cometido con enmienda constitucional promulgada. Se justifica esa intervención a medida que la inseguridad jurídica

provocada por normas contradictorias regularmente válidas es situación no compatible con el ideal preconizado de inteligibilidad legislativa.

Palabras clave: Impuesto sobre la Circulación de Mercancías y Servicios. Importación. No-acumulatividad. Antinomia. Precedente. Enmienda Constitucional. Estado Democrático de Derecho. Proceso Constitucional. Legística. Legisprudencia. Inseguridad jurídica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	– Artigo
CESUPA	– Centro Universitário do Estado do Pará
CR/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN	– Código Tributário Nacional
FUMEC	– Fundação Mineira de Educação e Cultura
IBPT	– Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação
ICMS	– Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços
Min.	– Ministro
MG	– Minas Gerais
n.	– Número(s)
OCDE	– Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OECD	– <i>Organization for Economic Cooperation and Development</i>
PUC	– Pontifícia Universidade Católica
RE	– Recurso Extraordinário
Resp.	– Recurso Especial
RS	– Rio Grande do Sul
SC	– Santa Catarina
SP	– São Paulo
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TJMG	– Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRS	– Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	– Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	– Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	– Tribunal Regional Federal
UE	– União Europeia
UFMG	– Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 A ORGANIZAÇÃO PROCESSUAL LEGISLATIVA.....	29
2.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO: DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA	29
2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO CONSTITUCIONAL ..	34
2.2.1 Estado Democrático de Direito e o fenômeno do Constitucionalismo.....	36
2.2.2 Poder Constituinte e as formas de alteração da Constituição da República.....	46
2.2.3 Funções do Estado	51
2.3 DIREITO SUMULAR	54
2.4 HERMENÊUTICA TRIBUTÁRIA	58
3 INFLUÊNCIA DA LEGÍSTICA NA CONTENÇÃO DE ANTINOMIAS	63
3.1 LEGÍSTICA: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS BASILARES.....	64
3.1.1 Legística Formal e Legística Material	74
3.2 A LEGÍSTICA COMO INSTRUMENTO PARA EVITAR A COEXISTÊNCIA DE REGRAMENTOS ANTINÔMICOS	77
3.2.1 Teoria do Diálogo das Fontes	79
3.2.2 Definição do problema que demanda a intervenção legislativa, avaliação prospectiva e retrospectiva.....	82
4 A PROBLEMÁTICA DA SUJEIÇÃO PASSIVA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS NAS IMPORTAÇÕES	87
4.1 O IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL, INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO	88
4.1.1 Princípio da Não Cumulatividade.....	91
4.2 O IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS INCIDENTE NAS IMPORTAÇÕES.....	94
4.2.1 Excurso histórico da sujeição passiva do ICMS Importação	97
4.2.2 A problemática do ICMS Importação sob a análise jurisprudencial	100
4.2.3 O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal	106
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS	115
ANEXO I – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9/DF	129

ANEXO II – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 191.346-1/RS	163
ANEXO III – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 202.714-6/SP	171
ANEXO IV – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 196.472-3/SP	179
ANEXO V – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7/SP	193
ANEXO VI – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.921-1/SP	207

1 INTRODUÇÃO

A legislação tributária tem o relevante objetivo de conduzir a atividade fiscal do país, visto que a arrecadação de tributos consiste em meio substancial para o custeamento das despesas públicas. Especificamente no tocante ao Direito Tributário, a Constituição Federal define a competência dos entes federados, bem como disciplina os critérios para se estabelecer as regras gerais de tributação. A prática jurídica na área fiscal ao revelar a constante reclamação de uma excessiva carga tributária, faz com que a questão seja objeto de recorrentes debates e traduz a importância de se dedicar à análise do sistema tributário brasileiro nos dias atuais.

O artigo 155, da Constituição da República Federativa do Brasil, define quais impostos poderão ser criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, em competência cumulativa. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, comumente conhecido pela sigla ICMS, dentre outras hipóteses de incidência, poderá ser cobrado face à importação de bens e mercadorias do exterior, nos termos do parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, do mencionado artigo. Simultaneamente, a Súmula nº 660, do Supremo Tribunal Federal, dispensa o recolhimento do tributo quando a finalidade na aquisição do bem ou mercadoria não for comercial. A permanência de regramentos antinômicos, indiscutivelmente, afeta a segurança jurídica, sendo este o principal motivo que sustenta a importância de se discutir o assunto em referência.

Paralelamente, a Legística, campo da ciência jurídica que se dedica ao estudo do processo elaborativo das leis, promana singular contribuição na melhoria da qualidade dos atos normativos. Seus princípios, métodos e técnicas se reúnem para o regular desenvolvimento das etapas de criação das normas, no intuito de se alcançar legislações mais eficazes. No que tange à contenção de antinomias jurídicas, a sistematização metódica proposta pela referida área do conhecimento mostra-se suficiente para, não somente identificar as inconsistências presentes no ordenamento jurídico, mas, também, para oportunizar que estas sejam regularmente sanadas. Desse modo, a Legística tem essencial atuação na consistência do sistema jurídico, o que revela a importância em se aglutinar a apreciação dos seus ensinamentos à temática desta pesquisa.

O problema enfrentado é o de demonstrar como a Legística interfere no controle de normatizações dissonantes, especificamente, nas situações em que a importação caracteriza a incidência do ICMS e possibilita a aplicação de ambos os regramentos citados. A hipótese

defendida é de que a Legística estaria habilitada, através das enunciações que propugna, a reprimir a coexistência dos preceitos divergentes que disciplinam idêntico fato tributário, tendo em vista que essa circunstância, além de gerar vulnerabilidade jurídica, abala a solidez do próprio Estado Democrático de Direito.

Para se conceber as devidas conclusões, será realizada a revisão bibliográfica das Teorias Processualistas, sustentadas por Oskar von Bülow, Elio Fazzalari e André Cordeiro Leal, com destaque à Teoria Constitucionalista difundida por José Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Sérgio Henriques Zandona Freitas. Complementa-se a pesquisa com as teorias que designam a Legística como procedimentalização metódica indispensável à melhoria da qualidade das leis, idealizadas por Jeremy Bentham, Peter Noll e Gaetano Filangieri e propaladas por Fabiana de Menezes Soares, Luzius Mader e Jean-Daniel Delley.

A pesquisa tem natureza compreensivo-dogmática (GUSTIN; DIAS, 2013 p. 28-29), visto que busca enfrentar o conflito anteriormente delineado no tocante à incidência de ICMS nas importações por não contribuintes do imposto, reservando à Legística as suas fundamentais colaborações. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e a análise de decisões, com ênfase no tratamento jurisprudencial dado pelo Poder Judiciário antes e depois da alteração do regramento constitucional e, também, quando da edição e republicação da Súmula nº 660 do Supremo Tribunal Federal. Além do fichamento bibliográfico de obras, foram utilizadas teses, dissertações e artigos jurídicos que tangenciam o tema-problema.

Como técnica, adotou-se a análise de conteúdo, pela qual se buscou a definição das condições de produção dos discursos apreciados – leis, doutrina ou decisões judiciais, bem como a identificação das unidades de informação relevantes para a presente pesquisa. Ainda na abordagem técnica, procurou-se a relação do problema proposto com as investigações realizadas, considerando que os questionamentos detectados na prática social deverão ser discutidos, tendo como parâmetro o arcabouço jurídico.

Para adentrar especificamente à temática, no primeiro capítulo será apresentada a organização processual legislativa com o diferimento entre *processo* e *procedimento*, a definição do devido processo constitucional e sua institucionalização com o Estado Democrático de Direito. Para completude da abordagem será disposta a fenomenologia do constitucionalismo mundial e brasileiro. Em fiel correspondência ao *leading case* da presente dissertação, serão evidenciadas ponderações acerca do Poder Constituinte e das funções típicas e atípicas do Estado, com observância à dinamicidade que exige o sistema político do

país. A finalização restará às peculiaridades do Direito Sumular acompanhadas, na sequência, por uma sintética interpelação sobre a hermenêutica tributária.

O capítulo segundo cuidará da Legística com a devida contextualização histórica que lhe é primordial, seguida de sua abalizada significação. Com a distinção conceitual, serão percorridas as etapas que integram a Legística Formal e Material, como elementos indispensáveis ao cumprimento do objetivo de maior qualidade na atividade legiferante. A Teoria do Diálogo das Fontes também comporá este aparte em continuidade às explicações acerca das antinomias jurídicas. O fechamento será realizado com a exposição das fases do processo de limitação do problema que requer a intervenção legislativa do Estado, juntamente com as características das avaliações prospectiva e retrospectiva que igualmente cerceiam a produção legislativa.

No terceiro capítulo serão ressaltadas as características específicas do imposto em comento, delineadas nos parágrafos do artigo 155, da Constituição. Dentre os postulados estabelecidos pela principiologia constitucional-tributária, a não cumulatividade, atributo que se impõe determinando a sistemática de aproveitamento de créditos obtidos em operações futuras, será enfatizada. Em decorrência da análise proposta, as especificidades da exação estadual incidente nas importações serão sublinhadas, com maior direcionamento à sujeição passiva do tributo. Com as argutas considerações, será esposado cauteloso exame jurisprudencial do tema controvertido, combinado com a externalização do atual posicionamento da Corte Suprema.

É imperioso, portanto, a vista do que se objetiva demonstrar com este trabalho, apontar os entendimentos acerca do ICMS incidente nas importações, bem como as lições ensinadas pela Legística. Contudo, não se pode negar que subsistem no ordenamento brasileiro duas normas completamente opostas. Em recente julgado de uma repetição de indébito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi proferida sentença confirmando a impossibilidade de recolhimento do imposto sobre operação de entrada de mercadoria no país, sem finalidade comercial (SÃO PAULO, 2014). Outrossim, não é incomum encontrar julgados que decidam pela incidência do tributo, pelo simples fato de sustentar a regularidade da hipótese de cobrança. As duas colocações encontram respaldo legal, uma pela Súmula nº 660 da Corte Suprema, outra pela Constituição da República, mas, no contexto hodierno, é difícil estabelecer qual regramento é o mais acertado. Busca-se, portanto, em aprofundada análise, evidenciar como a estruturação processual legislativa delineada e Legística se aglutinam para influenciar na contenção do exemplificado antagonismo.

A problemática ora suscitada é recorrente, visto que transações internacionais ocorrem a cada minuto, principalmente importação de bens e mercadorias por aqueles que não são contribuintes regulares do ICMS. A instabilidade jurídica entabulada por dois dispositivos conflitantes é situação não compatível com a inteligibilidade legislativa.

2 A ORGANIZAÇÃO PROCESSUAL LEGISLATIVA

A organização processual legislativa como vista hodiernamente é resultado de aprofundados estudos sobre os elementos que a integram. Desde a inserção da dicotomia terminológica existente entre processo e procedimento, proposta por Elio Fazzalari, até a atipicidade manifestada com a produção sumular, há um minucioso percurso a ser delineado.

Para a completa apreciação da situação emblemática na qual se funda a presente pesquisa, faz-se necessário definir o termo *processo* para, em seguida, ressaltar a existência do devido processo constitucional, bem como para justificar o uso dessa acepção ao se tratar de processo constitucional e processo legislativo. O diálogo institucional promovido a partir da afirmação do Estado Democrático de Direito com a Constituição também merece o devido destaque. Parte-se das influências do fenômeno do constitucionalismo por alguns países do mundo para ser possível, então, traçar a evolução das Constituições Brasileiras. Pelo fato deste trabalho atentar-se à antinomia configurada entre uma súmula do Supremo Tribunal Federal e um dispositivo constitucional é imprescindível discorrer acerca do Poder Constituinte, evidenciando as etapas que antecedem a criação da Constituição e os métodos específicos para que os seus artigos sofram quaisquer alterações. O ponto nodal da análise encontra-se na definição das funções do Estado, consubstanciada nas atribuições de cada um dos poderes que o compõe. Com essas delimitações, os comentários acerca do Direito Sumular serão apresentados para que, assim como o processo constitucional, a atividade de uniformização da jurisprudência possa ser compreendida em todos os seus aspectos. Encerra-se o capítulo com uma breve explanação sobre a hermenêutica tributária, no intuito de demonstrar a forma como devem ser interpretadas as ordens de natureza fiscal insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

2.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO: DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA

A diferenciação entre *processo* e *procedimento* foi proposta pelo italiano Elio Fazzalari, cuja teoria desenvolveu-se a partir das contribuições anteriormente traçadas por Oskar von Bülow. Ainda que seu pensamento seja objeto de críticas e reconstruções, o processualista alemão merece o devido destaque por ter inaugurado uma visão sobre o instituto processual, propondo uma autonomia deste em relação aos ideais de que o processo era apenas resultado dos litígios provenientes do Direito Privado. Assim, segundo a análise bülowiana, o processo poderia ser compreendido como uma relação jurídica, de modo a

melhor se enquadrar entre os ramos do Direito Público (LEAL, 2002, p. 81-82). Bülow defende que

[...] havia uma *relação jurídica processual* absolutamente distinta das relações privadas discutidas em juízo, porque “se trata no processo da função dos oficiais públicos e também das partes, tomando-as em consideração unicamente no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial” (BÜLOW, 1964, p. 2 – tradução livre.).

[...]

Em Bülow, o processo é, como se viu, o meio pelo qual chega-se a uma decisão vinculativa pelo poder estatal (“instrumento da jurisdição”, como diria Dinamarco), que tem os destinatários da decisão como meros *colaboradores*, *coadjuvantes*, ou mesmo embaraçadores da atividade de *dicção* do direito por juízes magnânimos, produtores de respostas, cuja legitimidade ora se remete às próprias origens de formação ou de justificação do Estado, ora à capacidade desses julgadores em captar e aplicar valores dissolvidos na linguagem social. (LEAL, 2008, p. 38 e 110).

Não obstante o valioso e reconhecido avanço estabelecido com os ensinamentos de Bülow e, embora a sua teoria encontre adeptos até os dias atuais, sobre a distinção entre processo e procedimento os estudos restaram silentes (LEAL, 2002, p. 82; FREITAS, 2015, p. 8). O caráter científico do instituto processual foi implementado por Elio Fazzalari, o qual introduziu uma diferenciação entre processo e procedimento, no desenvolvimento da teoria estruturalista (FREITAS, 2015, p. 8).

Segundo o jurista italiano, o processo seria um procedimento realizado em contraditório, caracterizando o processo como espécie do gênero procedimento¹ (LEAL, 2002, p. 84). Após a teoria desenvolvida por seus antecessores, Fazzalari expõe o pensamento do processo como uma relação jurídica para evidenciar a importância da ampla participação das partes no provimento jurisdicional, em respeito à igualdade². Dessa forma, o contraditório torna-se elemento estruturante do processo.

Nas lições de Fazzalari,

[...] o “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver

¹ André Cordeiro Leal observa que a existência do contraditório como elemento do procedimento torna possível a constatação do processo. Conclui, por decorrência lógica, que pode existir procedimento sem contraditório e, consequentemente, sem processo, mas que o contrário não se verifica, tendo em vista que não há processo sem procedimento. “O processo adquire assim, portanto, contornos de uma espécie do gênero procedimento, que possui uma importante característica autorizativa de uma classificação destacada: o contraditório. Assim, se o procedimento, ou seja, a conexão normativa preparatória de um ato estatal, estrutura-se pelo contraditório, tem-se o processo. Disso decorre que, em Fazzalari, pode haver procedimento sem processo, jamais processo sem procedimento. Nessa perspectiva, torna-se imprescindível o estudo do contraditório, já que é ele, como se demonstrou, o traço diferenciador dos institutos jurídicos a que alude Fazzalari.” (LEAL, 2002, p. 84).

² Daniel Carneiro Machado, quando da análise da Teoria Fazzalariana, esclarece: “O estudo de Fazzalari intenta superar a teoria da relação jurídica e a visão da existência de um vínculo de sujeição e submissão dos sujeitos envolvidos no processo, demonstrando a importância fundamental da plena participação das partes, em simétrica paridade, na construção do provimento jurisdicional como fator de legitimação da autoridade estatal exercida no processo.” (MACHADO, 2016, p. 170).

efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

E complementa a sua explanação com a ideia de que,

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 119-120).

Lado outro, o procedimento é entendido como uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, no qual cada norma descreve um comportamento e qualifica a sua prescrição como um direito ou uma obrigação. Pode-se influir que o procedimento restará caracterizado quando se vislumbram várias normas, cada uma definidora de uma conduta, e que, para a sua própria aplicabilidade, estarão adstritas ao cumprimento da determinação de outro instrumento normativo (FAZZALARI, 2006, p. 113-114).

Tecidas as aludidas distinções, faz-se necessária a definição de provimento. Assim como ocorreu com as demais correlações, a noção de provimento igualmente tangencia a ideia de procedimento. O procedimento seria uma atividade que precede o provimento jurisdicional, como o objetivo de preparar este ato final que se consubstancia no exercício do caráter imperativo do Estado³.

Aroldo Plínio Gonçalves, precursor dos estudos da teoria fazzalariana no Brasil, bem clarifica o conceito de procedimento e a interseção deste com a concepção de provimento.

[...] O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.

O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. (GONÇALVES, 2001, p. 102).

Considerando, nos termos retromencionados, que o contraditório se torna elemento definidor do processo, é fundamental discernir acerca das suas particularidades. O contraditório consiste em um princípio do processo, derivado do postulado maior *devido*

³ Assim como ressaltado anteriormente, que é possível existir procedimento sem processo - mas não processo sem procedimento (LEAL, 2002, p. 84) -, o provimento jurisdicional nem sempre será marcado pela presença do contraditório. Isso porque o provimento como ato decorrente do procedimento poderá acontecer mediante um processo, ou não (GONÇALVES, 2001, p. 116).

processo legal. Por ampla defesa, princípio também decorrente do devido processo legal, tem-se a necessidade de esposar argumentação reunindo todos os elementos de natureza comprobatória, bem como assegurar a possibilidade de reexame por meio da atividade recursal. O contraditório é mais amplo e ultrapassa o ideal de tão somente argumentar e, também, de refutar as alegações que forem feitas. O exercício da contradição tem por intuito garantir a paridade entre aqueles que possuem interesses conflitantes. Aroldo Plínio realça o uso do contraditório pela teoria de Fazzalari e, de forma lapidar, define que

[...] O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é a garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os “interessados e os contra-interessados” na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento [...].

[...]

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia da simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 2001, p. 127).

A partir das contribuições da teoria estruturalista, novas percepções começaram a ser delineadas. A teoria constitucionalista do processo originou-se das observações de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera⁴, processualistas italianos, e no Brasil foi mencionada pelo constitucionalista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, 1984). O reconhecido modelo constitucionalizado teria como alicerce o devido processo constitucional, este entendido como o direito de receber a prestação jurisdicional do Estado assegurando-se a ampla defesa, o contraditório, a fundamentação das decisões, a existência de defesa técnica a ser promovida por um advogado, a preservação do juiz natural, a garantia do duplo grau de jurisdição, a celeridade dos processos, a razoabilidade na duração dos pedidos formulados, entre outros. Sinteticamente, todos os meios necessários para proporcionar a efetivação dos direitos essenciais, bem como cancelar a inafastabilidade da tutela jurisdicional (FREITAS, 2015, p. 9).

⁴ Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera perceberam a necessidade de efetivação dos direitos constitucionais, uma vez que a mera positivação de tais direitos não traria qualquer garantia da sua aplicação. Os autores italianos desenvolveram um modelo constitucional de processo a partir de três características gerais – expansividade, variabilidade e perfectibilidade -, as quais não permitem a diferenciação entre um processo infraconstitucional e outro constitucional. As regulamentações processuais, como um todo, devem encontrar respaldo no mesmo modelo constitucionalizado, este pautado por princípios e garantias constitucionais. (MACHADO, 2016, p. 177-178). Para mais informações sobre os apontamentos de Andolina e Vignera, consulte-se: ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. Torino: G. Giappichelli, 1997. ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

[...] o *processo*, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária *instituição constitucionalizada* que, pela principiologia constitucional do *devido processo* que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em *direito-garantia*.

[...]

O conceito moderno de *Estado Democrático de Direito* exige que o legislador, nas sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito, submeta-se aos princípios do Processo como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade judicatória dos juízes, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte. (FREITAS, 2015, p. 9).

Em complementação, Sérgio Henrique Zandoná Freitas, quando da apreciação da teoria constitucionalista e do devido processo constitucional, destaca a mencionada importância dos pressupostos processuais.

Importante ressaltar que o devido processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos, e as formas de controle constitucional (preventivo, repressivo, direto, repressivo indireto e ocasional); que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito de prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito. (FREITAS, 2015, p. 9).

Sendo assim, depreende-se que, no processo constitucionalizado, os envolvidos se comportarão como sujeitos processuais que irão influenciar diretamente na elaboração do provimento judicial, com a sempre atenta observância aos postulados constitucionais processuais. O direito ao contraditório e a participação isonômica das partes se unificam para demonstrar que, na qualidade de elementos configuradores do processo constitucional, constituem o ponto crucial e indispensável para a afirmação do modelo constitucional de processo.

A conjectura anteriormente evidenciada se fez indispensável para que se pudesse chegar à definição do que vem a ser o processo constitucional. Com as colaborações advindas das teorias explicitadas, a nomenclatura *processo constitucional* se funda pela participação da sociedade, na vigência do Estado Democrático de Direito, seja através da eleição de representantes, ou, também, pela própria atuação que lhe é assegurada, ainda que restrita a alguns aspectos⁵, para a confirmação da democracia.

A partir do momento em que se supera tanto a concepção republicana, quanto a concepção liberal, de processo político, a Constituição, para articular-se como uma visão discursiva da Democracia, deverá ser compreendida, fundamentalmente, como

⁵ A Constituição Federal disciplina maneiras de participação popular direta - plebiscito, referendo, projetos legislativos de iniciativa popular - que sofrem limitações procedimentais, mas que não descaracterizam a ideia da população como partícipe na efetivação do princípio democrático.

a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma. Essa institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma deverá estabelecer, em termos constitucionais, as condições para um processo legislativo democrático. Em tal processo legislativo democrático, a soberania popular e os direitos humanos, concebidos, desde o início, como princípio jurídico-constitucionais, fazem valer o nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos, [...] Essa compreensão buscará também desfazer o que parece ser um paradoxo acerca dos fundamentos de legitimidade do Direito moderno, porque, para uma Teoria Discursiva do Direito, os destinatários das normas jurídicas, enquanto sujeitos privados, pelo processo democrático, enquanto cidadãos, tornam-se autores dos seus próprios direitos e deveres. O que pode ser sintetizado no sentido de que “[s]omente as condições processuais para a gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito.”. (OLIVEIRA, 2004, 295-296).

Destarte, nota-se a influência das teorias fazzalariana e constitucionalista do processo para a construção da ideia de processo constitucional. Distante de tratar a temática com toda a peculiaridade e aprofundamento que lhe seria atinente⁶, o que se pretendeu foi insculpir a evolução do pensamento processualista satisfatório à consubstanciação da ideia de *processo constitucional*, cuja legitimidade está atrelada à participação popular. Superada as citadas distinções, segue-se à análise da harmonização entre os ideais propalados pelo Estado Democrático de Direito e a deflagração de um Processo Constitucional pautado nos princípios que o regulamentam.

2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito é resultado de um paulatino movimento de transformações sociais, culturais, políticas e econômicas. Esse Estado Democrático foi concretizado com o fim da Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, como fruto da sistematização de dois postulados jurídicos. O primeiro deles, Estado de Direito, era um ideal que se desenvolvia ao longo dos anos, tendo perpassado pelas concepções liberal e social, cada uma delas com suas características bem demarcadas. O segundo princípio jurídico, a democracia, soma-se para formar o Estado Democrático de Direito e, assim,

⁶ A Teoria Neoinstitucionalista, conduzida pelo professor Rosemiro Pereira Leal, é reconhecida como um marco evolutivo nas teorias processualistas. Em brevíssima análise, o entendimento é de que simplesmente cogitar a presença do contraditório e da ampla defesa no processo não é suficiente para garantir a efetiva participação das partes envolvidas na construção da decisão final. O protagonismo na atuação processual, que antes se concentrava na figura do julgador, passa a inexistir para que seja atribuída a igualdade entre todos os integrantes. O processo, assim, não se torna legítimo tão somente pelo respeito a um procedimento anteriormente estabelecido. A democraticidade, consubstanciada na regular e isonômica participação dos sujeitos, que seria apta a caracterizá-lo. Tais considerações foram realizadas para demonstrar o constante progresso nos estudos processualistas, assunto ao qual não se aprofundará pela complexidade e, também, pelo distanciamento que a sua fiel e completa abordagem demandaria da temática principal desta dissertação.

materializar a junção dos dois pressupostos através das disposições prescritas nas Constituições (DIAS, 2017, p. 17).

Antes, porém, de se estabelecer o diálogo institucional entre o Estado Democrático e o Processo Constitucional, é prudente discorrer acerca de legitimidade (DIAS, 2017, p. 18). Na etimologia do termo, *legitimidade* deriva de *legítimo*, esboçando em qualquer aspecto o que está legitimado ou amparado pela lei. Trata-se de um atributo ou qualidade das pessoas, coisas ou atos que observará as determinações e requisitos regulamentados para que os efeitos vislumbrados sejam alcançados. Na ciência política, a legitimidade do ato ou do agente, para tornar-se válida, demandará a aprovação dos demais cidadãos que compõem a sociedade (SILVA, 2004, p. 826).

Ronaldo Brêtas, na institucionalização do vínculo existente entre o Estado Democrático de Direito e o Processo Constitucional, assevera:

As ideias-mestras do Estado Democrático de Direito partem das considerações de que a democracia, mais do que forma de governo e de Estado, tornou-se um princípio consagrado nas modernas Constituições, como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, quando se declara que “*todo o poder emana do povo*”. [...] Como povo, há de se entender a comunidade política do Estado, formada por pessoas livres, o substrato humano da sociedade política e juridicamente organizada, dotadas de direitos subjetivos umas em face das outras e perante o próprio Estado. Fazem parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo aos preceitos da Constituição, que é o estatuto maior do poder político. Ao princípio democrático, se agrega o princípio do Estado de Direito, este informado por gama variada de ideias-mestras que lhe dão contextura jurídica, acolhidas em normas expressas das Constituições contemporâneas, as quais determinam, direcionam e conformam as atividades do Estado, limitando-lhe o poder, em prol das liberdades fundamentais do povo. (DIAS, 2017, p. 19).⁷

Os apontamentos destacados são igualmente encampados por José Joaquim Gomes Canotilho. Segundo o constitucionalista português, a consolidação da democracia ao Estado de Direito fundamenta-se em dois parâmetros, quais sejam, “o Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo” (CANOTILHO, 1999, p. 227). É justamente por essa relação harmoniosa que surge entre estudiosos a expressão *democracia constitucional*, esta

⁷ Ainda sobre a interlocução entre democracia, processo constitucional e legitimidade, Jürgen Habermas evidencia: “Propomos que devemos entender o próprio regresso [*ao infinito*] como a expressão compreensível da abertura ou do caráter orientado ao futuro, da Constituição do Estado Democrático de Direito: uma Constituição que é democrática – não somente quanto ao seu conteúdo, mas também de acordo com suas fontes de legitimação – é um projeto capaz de formar uma tradição com um início claramente marcado no tempo. Todas as gerações posteriores possuem a tarefa de atualizar a inesgotável substância normativa do sistema de direitos estatuído no documento original da Constituição. De acordo com essa compreensão dinâmica da Constituição, a legislação em vigor realiza ou efetiva o sistema de direitos interpretando e adaptando direitos às circunstâncias atuais.”. (HABERMAS, 2001, p. 769).

definida pelo elo entre a democracia, como o poder político legitimado pela participação do povo, e a limitação do poder estatal por meio do Estado de Direito (DIAS, 2015, p. 70).

Nota-se, portanto, conforme fora demonstrado, que o processo constitucional encontra legitimidade pela democracia, esta, por sua vez, advinda com o Estado Democrático de Direito. Apresentada a interação entre os institutos passa-se à contextualização histórica dos Estados de Direito até a configuração do Estado Democrático, e, também, às elucidações acerca do fenômeno do Constitucionalismo.

2.2.1 Estado Democrático de Direito e o fenômeno do Constitucionalismo

Assim como exposto anteriormente, o Estado Democrático não caracteriza o primeiro ponto no espectro evolutivo. Até a sua deflagração foram conhecidos o Estado de Polícia, o Estado Liberal e o Estado Social, todos com transições marcadas por rupturas de ideias, inaugurando momentos diferentes em relação à organização dos poderes, à ingerência do Estado na vida das pessoas e, também, aos direitos que eram assegurados à população. Antes de esposar as características de cada Estado é fundamental considerar como surgiu o Estado de Direito.

O nascimento do Estado de Direito remonta, inicialmente, à origem do próprio Estado. Sem adentrar nas teorias de formação⁸, extrai-se o que há em comum: os homens, necessariamente, viviam em uma sociedade natural, de modo que a reunião em um Estado se fazia essencial para o bem comum e para a própria organização das pessoas e das relações de poder (CALEGARI, 2010).

Em decorrência disso que o Estado de Direito está intrinsecamente relacionado ao conceito de poder, considerando, também, que a garantia de direitos, de certa forma, acabava por cercear o poderio de quem estava à frente das decisões políticas. Vários foram os estudos desenvolvidos acerca do poder e do Estado de Direito, mas para preservar a coerência com o que fora retratado, valer-se-á da concepção trazida por Ronaldo Brêtas. O poder terá maior relevância no aspecto social e político, no intuito de alcançar uma estabilidade no exercício do

⁸ No que tange à formação do Estado existem algumas teorias que contemplam posicionamentos diferentes. Nos termos de uma das primeiras teorias, na concepção originária, podem ser vislumbradas duas classificações: a Teoria da Formação Natural, que defende a ideia de que o Estado formou-se naturalmente, sem qualquer provocação do homem, e a Teoria da Formação Contratual, a qual sustenta o surgimento do Estado na manifestação volitiva dos homens, em virtude das dificuldades provenientes da convivência social e dos conflitos de interesses. A segunda teoria desenvolve a ideia de Estado atrelada às relações de força e dominação de grupos sociais em atos de violência ou conquista. A terceira teorização fundamenta a origem econômica como basilar ao início de um Estado, proveniente da unificação social como forma de organizar a divisão de trabalho. Há, ainda, a teoria familiar ou patriarcal que considera o nascimento do Estado a partir da expansão das famílias que culminaram em verdadeiros complexos organizacionais. (CALEGARI, 2010).

próprio poder. As garantias de liberdade consagradas aos destinatários desse poder teriam o condão de limitar a atuação do Estado em face da sociedade. Dessa maneira, pautado nos princípios e regras constitucionais, a população passava a ser composta por sujeitos de direitos, possuidores de garantias fundamentais em oposição a qualquer ordem praticada arbitrariamente, cercada de abusos (DIAS, 2004, p. 62-63; FREITAS, 2015, p. 2).

Na idade média, a primeira manifestação da figura estatal foi definida em um governo autoritário, o Estado de Polícia, marcado pela irresponsabilidade política e cujas leis, que por vezes se misturavam ao ideário religioso, eram destinadas somente à população (FREITAS, 2015, p. 2). O constitucionalista Ronaldo Brêtas defende que essa formação de Estado sequer poderia caracterizar um Estado de Direito propriamente dito, uma vez que o poder absoluto, irrestrito e ilimitado não coaduna com os preceitos de um Estado garantidor de direitos e deveres.

A teoria do Estado de Direito surgiu em oposição à idéia do que, comumente, de forma aproximada, se traduz por *Estado de Polícia (Obrigkeitsstaat)*, também chamado de *Estado iluminista* ou de *Estado-providência*, cujas características gerais eram o predomínio da idéia de soberania centrada no monarca, a extensão do poder soberano ao âmbito religioso, assim exercendo autoridade eclesiástica, a assunção pelo Estado, no plano teórico, da promoção do bem estar e da felicidade dos súditos, missão confiada ao soberano, e a configuração do Estado desvinculada do moderno constitucionalismo, designando a expressão *polícia* a administração estatal interna. (DIAS, 2003, p. 2).

Pautando-se nesses ensinamentos, com a superação do Estado de Polícia surge o chamado Estado de Direito. A doutrina alemã, que em muito contribuiu para o estudo com a criação do termo *Estado de Direito*, não pensou neste como uma forma de governo ou como uma organização estatal especial. A ideia emergiu do que ficou definido como *Estado da Razão* ou, também, *Estado do entendimento*, no qual as imposições provenientes dos governantes deveriam observar a vontade racional geral, no intuito de assegurar o alcance do que fosse mais benéfico para os governados (DIAS, 2003, p. 3).

Dessa forma, em detrimento do absolutismo anteriormente demarcado, o Estado de Direito introduziu seus elementos basilares que puderam ser percebidos nos Estados Liberal, Social e Democrático, com os contornos específicos das influências sofridas em cada época. Uma das primeiras características é a divisão das funções do Estado em legislativa, governamental e jurisdicional. Destaca-se, igualmente, o império da lei como manifestação da vontade geral, este decorrente do exercício legislativo que demandava participação popular. Ainda, inaugurava-se a atenção à legalidade no âmbito da Administração Pública como elemento limitador da atuação estatal, que, além de estar submissa aos ditames legais, estava adstrita ao controle judicial. E, por fim, com o Estado de Direito começou a se pensar em

direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, cuja implementação e efetivação foram evoluindo a cada transformação estatal (DIAS, 2003, p. 4-5).

Não se pode olvidar que a formalização do Estado de Direito aconteceu através do fenômeno do constitucionalismo, movimento que amparava a formação desse Estado com os aspectos que lhe eram peculiares. Os países começaram a se ordenar e sistematizar pelas constituições formais, estas como verdadeiros instrumentos garantidores da vinculação do Estado ao direito (DIAS, 2003, p. 7-8; FREITAS, 2015, p.2).

Sob os avanços do Iluminismo e da Revolução Francesa, o Estado Liberal inicia o gradual reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais e, ainda, em oposição ao absolutismo, limita a atuação estatal que passava a se subordinar às normas. Com seu surgimento atrelado às revoluções burguesas, a liberdade era o ideal prevalecente, o que, de certa forma, acarretava uma conduta omissiva do Estado. Autonomia privada e liberdades individuais não exigiam dos governantes uma atuação expressiva, cabendo a estes apenas a manutenção do que fosse essencial, com a mínima interferência nas relações privadas dos indivíduos.

Essa forma de organização do Estado não ficou imune a crises. O pretense excesso de liberdade concedido às pessoas desencadeou uma tensão econômica em virtude de os bens de produção e de capital se concentrarem a uma pequena camada da população. Somado a isso, a ínfima participação estatal não era suficiente para efetivar os direitos e garantias às pessoas. Os novos valores reclamados culminaram na transformação do Estado que, a partir de então, passaria a adotar uma postura mais intervencionista.

O Estado Social de Direito, se pudesse ser definido em duas palavras, paternalismo e clientelismo poderiam ser elas. Ao contrário do Estado Liberal, nesta nova configuração estatal, havia a necessidade de maior participação dos governantes na vida dos indivíduos. Por isso, o paternalismo representava a forma como o Estado se comportava em relação aos governados, como uma figura paterna responsável para garantir-lhes mais do que o indispensável. Em contrapartida, a sociedade se tornava dependente do Estado, sendo que este deveria satisfazer todos os anseios que lhe eram demandados. Não se pode contestar que a maior interferência estatal ensejava um retorno da centralização do poder aos governados, o que culminou na sucessão de estados totalitários que ultrapassaram e agravaram o intervencionismo. O Estado Social foi criado com o escopo de solucionar os problemas apresentados na constância do Estado Liberal, mas a sua forma de sistematização possibilitou o despotismo.

Assim como aconteceu em momento anterior, a organização do Estado no contexto social não conseguiria se manter sem adequações contundentes. A começar pelo fato de que a os recursos financeiros do Estado eram escassos quando empenhados a sustentar uma política assistencialista praticada de maneira tão intensa. Lado outro, a existência de regimes totalitários deturpava o próprio Estado de Direito, visto que a sua estruturação, valores acolhidos e a associação do Estado ao direito são atributos totalmente incompatíveis com governos ditatoriais.

O Estado Democrático de Direito instaura, assim, uma nova era. Emerge como consequência da decadência dos estados totalitários, que vigoraram no Século XX, os quais ocasionaram o massacre de muitas de pessoas. A junção dos postulados jurídicos do Estado de Direito e da democracia imprimiram aos direitos fundamentais e à própria participação popular um caráter universalizante, em busca da real efetivação dessas garantias.

A fusão dos princípios do Estado de Direito e da Democracia, amalgamada pelo entrelaçamento técnico e harmonioso das normas constitucionais, é denominada legitimação democrática do Estado de Direito pela doutrina alemã e qualificada democracia constitucional pela doutrina italiana. Tais qualificações são procedentes e plenamente justificáveis, porque partem da idéia atual, cientificamente demonstrada, de que a referida junção permite criar para o Estado um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais integrantes de seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas normas voltadas à proteção dos direitos e garantias fundamentais positivadas no texto da Constituição. (DIAS, 2012, p. 175).

Depreende-se que dois aspectos são elementares para a caracterização do Estado Democrático. O primeiro deles é o respeito aos direitos fundamentais, os quais alcançaram maior certeza e efetividade ao serem positivados nos textos constitucionais. O segundo, a democracia, muito mais do que uma forma de governo, pode ser considerado como fonte legítima de poder que se origina no povo (DIAS, 2017, 19-20). Por fim, observa-se que o Estado Democrático não é fruto da articulação dos Estados Liberal e Social, tampouco surge em rompimento total com as ideias que estes difundiram. Pode-se influir que ele decorre da síntese dos momentos anteriores, esta vislumbrada como uma superação das falhas perpetradas nos contextos que o antecederam e a preservação do que foi favorável. O Estado Democrático foi uma evolução dos paradigmas Liberal e Social e está em constante transformação para assegurar os direitos que a cada dia emanam das necessidades da população.

Não é possível dissociar a análise dos Estados de Direito da ideia de dimensões de Direitos Fundamentais. Salienta-se, inicialmente, que o presente trabalho irá considerar como

mais adequada a terminologia *dimensão*, em detrimento da palavra *geração*. *Geração* remonta à ideia de ruptura, ao passo que *dimensão* enaltece o aspecto evolutivo, de um crescimento a cada mudança empregada.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de três dimensões de direitos, os quais, para Paulo Bonavides, são remetidos aos ideários da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade⁹ (BONAVIDES, 2006, p. 563). Não é incomum, todavia, que se encontre na doutrina quem defenda os direitos de quarta e, até mesmo, de quinta dimensão. Certo é que a atribuição da conotação fundamental aos direitos humanos acontece de maneira gradativa, como resultado de reivindicações por direitos contra poderes exacerbados do Estado (BOBBIO, 1992, p. 5).

Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie. (BOBBIO, 1992, p. 6).

A primeira dimensão de direitos fundamentais, desenvolvida na égide do Estado Liberal, abrange os direitos civis e políticos, compreendendo liberdades clássicas ou formais, como proteção à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. São, essencialmente, garantias de defesa dos indivíduos perante o Estado, visto que limitam a atuação estatal, ou exigem dele uma conduta omissiva, no sentido de não interferir na individualidade das pessoas – por isso são também denominadas de *liberdades negativas*.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, voltados às liberdades reais ou concretas, qualificam a segunda dimensão de direitos fundamentais. São reconhecidos como direitos sociais pela busca da realização de políticas públicas de natureza social, e não pela aceção de

⁹ É importante destacar que a expressão “gerações de direitos fundamentais” foi empregada, em primeiro momento, por Karel Vasak, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo (BONAVIDES, 2006, p. 563). Entretanto, a processualista Raquel Honesko assegura que, tempos depois, o próprio Vasak teria confessado a imprecisão da terminologia escolhida com a consequente equiparação aos ideais da Revolução Francesa. “Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: ‘Por que você formulou essa tese em 1979’. Ele respondeu: ‘Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa’ – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra ‘chavão’, pegou”. (HONESKO, 2008, p. 189).

coletividade. Assim, estão relacionados às prestações que o Estado deve executar, a fim de resguardar a igualdade social. Se antes a conduta era omissiva, nesta dimensão ela é comissiva, no sentido da postura ativa dos governantes possibilitar conquistas sociais.

Sylvio Motta e Gustavo Barchet prelecionam acerca da necessidade de criação da segunda dimensão de direitos.

Percebeu-se que não bastava o reconhecimento formal da igualdade e a garantia da liberdade individual para assegurar um pleno desenvolvimento da sociedade como um todo, já que a maioria de seus membros não dispunha de condições reais para obter condições dignas de existência. Para que tal intento fosse atingido era indispensável que o Estado assumisse um papel atuante perante a sociedade, pois apenas o ente estatal distanciado de interesses próprios, estaria apto a criar as condições para um efetivo desenvolvimento da integralidade dos membros da coletividade. Nessa nova perspectiva, impõem-se ao Estado a implementação de **políticas públicas** que criem as condições de igualdade material almejadas. Daí por que os direitos de segunda geração também são chamados de *direitos dos desamparados* ou *direitos do bem-estar*. Com a sua afirmação temos a superação do Estado Liberal pelo Estado Social, intervencionista na sociedade. (BARCHET; MOTTA, 2009, p. 95, grifo no original).

Concluem que, tal como previsto, os direitos de segunda dimensão enfrentaram uma crise de normatividade, tendo em vista que assegurá-los demandava dispendiosos recursos financeiros do Poder Público.

É de se destacar que, logo após a sua previsão nos textos constitucionais, os direitos de segunda geração passaram por uma **crise de normatividade**, pois sua concretização depende da implementação de políticas públicas pelo Estado, e isto exige a disponibilidade de vultosos recursos financeiros. (BARCHET; MOTTA, 2009, p. 95, grifo no original).

A terceira dimensão de direitos fundamentais remete à fraternidade, são os direitos pertencentes à coletividade, ou à parte dela, sempre no sentido de sociabilidade e solidariedade. A identificação desta dimensão é realizada através dos chamados direitos difusos e coletivos, demarcando a atuação moderna do Estado, com intervenção na vida dos indivíduos, de grupos indeterminados, indetermináveis ou de difícil determinação.

Em aguda observação, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164, do Estado de São Paulo, bem sintetizou as características das três primeiras dimensões de direitos fundamentais.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos,

caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (BRASIL, 1995).

Ainda que inexista um consenso acerca da divisão dos direitos fundamentais em dimensões, há o reconhecimento da quarta dimensão como direitos provenientes do avanço da globalização. Surge, assim, uma exigência normativa de universalização dos direitos fundamentais para além do âmbito interno dos Estados, conectando-os a elementos essenciais para a formação de uma sociedade aberta do futuro: direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo (BARCHET; MOTTA, 2009, p. 96).

Por fim, a quinta dimensão de direitos engloba o direito à paz, como um pressuposto indispensável para a convivência humana, inerente à vida e importante condição ao regular desenvolvimento de todas as nações (BONAVIDES, 2008, p. 83). Ainda, segundo Bonavides, a concretização do direito à paz é responsável por amenizar as relações de poder, exaltando o caráter humanístico do direito (BONAVIDES, 2008, p. 86).

Detalhados os postulados dos Estados de Direito até a formação atual brasileira de um Estado Democrático, bem como hauridas as principais observações acerca das dimensões de direitos fundamentais, para a completude da pesquisa no contexto constitucional, é importante apresentar alguns aspectos históricos do fenômeno do constitucionalismo nos países europeus e no Brasil. Objetiva-se a compreensão de que o surgimento das Constituições é resultado das acentuadas revoluções sociais e do anseio pela efetivação de direitos. Afinal, é inconcebível a ideia de que os textos constitucionais naturalmente emergiram na exata forma como postos atualmente.

O elemento inaugural para o Constitucionalismo, segundo alguns historiadores (BONAVIDES, 2000; FAORO, 2001; FAUSTO, 1996)¹⁰, foi a *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*¹¹, criada pelos ingleses no início século XIII. A lei estabelecia um acordo entre o rei e a nobreza inglesa, no qual eram feitas concessões aos nobres através da renúncia de parte dos poderes reais. O referido documento britânico apregoava princípios substanciais de institutos da democracia moderna, sendo eles o devido processo legal, a vedação ao confisco, além de dispor a respeito dos direitos dos povos do reino e das liberdades eclesiásticas. Há, ainda, o

¹⁰ O esboço histórico a que se aprofunda nos parágrafos seguintes foi elaborado com base nas exposições de Paulo Bonavides, no artigo *A evolução constitucional do Brasil*, Raymundo Faoro, na minuciosa descrição insculpida em *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, complementada, ainda, pela visão de Boris Fausto em *a História do Brasil - História do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias*.

¹¹ Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para Outorga das Liberdades da Igreja e do Reino Inglês (tradução livre).

entendimento de que a origem dos direitos fundamentais se encontra na Magna Carta. Assim sendo, reside nestes aspectos a importância destinada a este instrumento normativo, visto que serviu de referência às várias sociedades que sofriam com o poder governamental aristocrático. Esse documento é, portanto, reconhecido como o primeiro rascunho de Constituição do mundo.

Como fora demonstrado outrora, a transição da Idade Média para a Idade Moderna é marcada pelo surgimento dos Estados Modernos. Nesse momento desenvolveu-se a ideia de soberania, na qual o governante, ou soberano, possuía o direito de consolidar suas deliberações submetendo-as aos governados. Vários mecanismos foram criados com o intuito de controlar a política dos territórios. O poder militar emergiu como garantidor da ordem pública na sociedade e do poder governamental. A justiça se unificou através de uma legislação válida em todo território. O idioma também passou a ser único, o que além de valorizar a cultura, facilitava a aplicação das leis e normas e possibilitava a melhor organização da sociedade. Os tributos e impostos devidamente regulamentados tornaram-se obrigatórios e asseguraram a manutenção da Administração Pública e do governo. O Estado Moderno era, portanto, qualificado como um estado absolutista, uma vez que os reis e ministros se aproveitavam das limitações das minorias e detinham maior concentração do poder.

Os direitos fundamentais, que tinham sido idealizados pela Magna Carta *Libertatum*, ficaram encobertos diante da opressão do governo no Estado Absolutista. A *Revolução Gloriosa*, ocorrida na Inglaterra em 1688, movimento que se assemelha mais a um golpe de Estado, devido à forma pacífica dos conflitos, evidenciou ser desnecessário eliminar o rei para findar o Regime Autoritário, desde que este se submetesse às leis elaboradas pelo Parlamento.

A Revolução Gloriosa repeliu, de forma permanente, o absolutismo da Inglaterra. O *Bill of Rights*, que emerge em meio a Revolução, consistia em uma agregação de leis que previa alterações de caráter liberal ao impor mudanças na relação entre o Rei e o Parlamento. Essa revolução britânica está intrinsecamente ligada à evolução do Direito Constitucional, pois delineou o que posteriormente seriam os governos constitucionais baseados na representatividade.

Fundamentada na liberdade, a positivação dos Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão, os quais marcavam a vigência do Estado Liberal de Direitos, só aconteceu em meados do século XVIII com as declarações de direitos norte-americanas. Essas declarações representavam, essencialmente, o triunfo do Estado Liberal sobre o Estado Absolutista. A Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, foi a primeira delas e proclamou

o direito à vida, à liberdade e à propriedade, além de resguardar outros direitos humanos, como o princípio da legalidade.

Com inspiração nos ideais até então difundidos, foi elaborada, por Thomas Jefferson, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, também em 1776. Esse documento representou o ato inaugural da democracia moderna ao dispor a respeito da representação popular com limitação dos poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos – instalou-se uma nova legitimidade política, a soberania popular.

Foram criadas, nesse momento histórico, as chamadas Constituições Modernas. Caracterizadas pelo seu teor revolucionário, a Constituição Americana de 1787¹², e a Constituição Francesa, de 1791, inovaram ao apresentar as ideias de direitos fundamentais elencadas no texto constitucional e ao versar sobre os princípios fundantes das democracias contemporâneas.

Outro capítulo de extrema relevância para o Constitucionalismo Brasileiro foi a Revolução Francesa. A França, no século XVIII, era um país absolutista, onde o rei governava com poderes irrestritos. A sociedade francesa, na vigência do antigo regime, era hierarquizada e estratificada, o que ocasionava recorrentes conflitos. Na perspectiva de dirimir a desordem social, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, com a incumbência de elaborar uma Constituição para a França. O rei deixaria de ter poderes absolutos, para, a partir de então, subordinar-se aos desígnios de uma Constituição. Os revolucionários, pautados nos ideais iluministas, adotaram o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, sintetizando, assim, os desejos da classe menos favorecida.

A Assembleia Constituinte eliminou os direitos feudais e promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Dentre seus vários dispositivos e respectivas consequências, destaca-se a ruptura com o Antigo Regime, o absolutismo monárquico. Pode-se dizer que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um instrumento para legitimar a burguesia no poder. A Declaração Francesa reforçou e expandiu as liberdades abarcadas pela Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e instaurou uma nova ordem no continente Europeu.

Nos anos subsequentes à promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fundou-se em uma Monarquia Parlamentarista ou também conhecida por Monarquia

¹² A primeira das Constituições Revolucionárias, a Constituição Americana, é a mais antiga e que ainda permanece vigente. Trata-se de um texto sintético, aspecto que certamente influi na sua durabilidade. Os mentores do Direito Constitucional Norte-Americano se basearam nos clássicos gregos e romanos, o que abarcou fortes características do iluminismo europeu ao texto constitucional. Os direitos e garantias individuais dos cidadãos eram assegurados. O interesse da classe burguesa, no que tange à garantia da propriedade privada, também se fez presente. Inicialmente, manteve-se a escravidão, que foi extinta mais tarde pela Emenda XIII.

Constitucional. Iniciaram-se os rumores para a votação daquela que seria a primeira Constituição da França e, em setembro de 1791, foi promulgada a Constituição Francesa.

A Revolução Francesa foi um acontecimento de suma importância para a história da civilização e influenciou, significativamente, na independência de alguns países, bem como na Inconfidência Mineira no Brasil. Esse movimento ocorreu em Minas Gerais, no ano de 1789, durante o Ciclo do Ouro, em razão da opressão praticada pela Metrópole, Portugal, no período colonial.

A Inconfidência Mineira, um dos movimentos separatistas que visou a Independência do Brasil, almejava o desejo de implantar um sistema republicano de governo no país e satisfazer os anseios populares. Apesar de não ter obtido êxito, em face da delação de Joaquim Silvério dos Reis, considera-se a Inconfidência Mineira um movimento que representou a luta incessante dos brasileiros pela liberdade e independência do país e que, mais tarde, permitiu ao Brasil o surgimento daquela que seria a sua primeira Constituição.

A chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, foi um episódio que contribuiu sobremaneira para a emancipação brasileira. Entre o retorno da Corte para Portugal e a permanência definitiva de D. Pedro I na colônia, os indicativos eram de que o Brasil rumava à independência. Foi convocada, então, a primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa da história do país. D. Pedro I, ciente da ameaça de uma invasão militar, declarou a independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, fazendo com que fosse aberta a Assembleia que visava à elaboração de uma Constituição que certificasse a emancipação política brasileira em relação a Portugal. Contudo, o posicionamento da Assembleia no tocante à redução do poder de D. Pedro I fez com que ele se voltasse contra a Constituinte.

Com a dissolução da Assembleia Constituinte, o Imperador nomeou um Conselho de Estado que tinha por objetivo redigir a nova Constituição, cujo esboço foi publicado no início de 1824. D. Pedro I enviou uma cópia do projeto para cada Câmara Municipal. Entretanto, por não haver tempo suficiente para aguardar a resposta de todas as Câmaras, devido aos incipientes meios de comunicação, o Imperador, a Imperatriz, o Bispo e a Câmara Municipal do Rio de Janeiro outorgaram, em 25 de março de 1824, a Constituição Política do Império, a primeira Constituição Brasileira.

Buscou-se apresentar com contexto histórico do constitucionalismo mundial as primeiras Constituições criadas e os efeitos que estas disseminaram sobre a sociedade em geral. As influências inglesa, americana e, principalmente, francesa foram fundamentais para que a formação constitucional brasileira, tal como vista hoje, pudesse se consolidar. Nas palavras de José Luiz Borges Horta, o constitucionalismo é um fenômeno intelectual

complexo que constrói a própria hermenêutica constitucional, além de traçar o seu processo constituinte respectivo e atuar, de forma decisiva, no processo de mutação do texto da Constituição (HORTA, 2002, p. 104). Em decorrência disso, não há como discorrer sobre Poder Constituinte – especialmente no que se refere às formas de alteração da Constituição – e funções do Estado, lapidações indispensáveis ao estudo do problema proposto nesta pesquisa, sem antes perpassar pela origem do Estado, pela consagração dos direitos fundamentais e pela evolução do constitucionalismo. Toda a digressão delineada teve, portanto, o objetivo de subsidiar as questões às quais se dedica a seguir.

2.2.2 Poder Constituinte e as formas de alteração da Constituição da República

A temática ora apreciada na presente dissertação tangencia uma alteração realizada no dispositivo constitucional que disciplina a incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços nas importações, exação de competência dos estados. Ainda que não tenha se adentrado, especificamente, na seara tributária, partindo-se das considerações feitas no capítulo introdutório é que se justifica tratar do Poder Constituinte e, principalmente, das formas de modificação do texto da Constituição.

Em uma definição literal e preliminar, Poder Constituinte é:

Na técnica do Direito Político, designa a Assembleia Nacional Constituinte, ou o poder supraconstitucional, composto de representantes do povo, encarregado da elaboração da Carta Magna.

Poder Constituinte. É o poder de elaborar a Constituição, ou seja, o ato de organização política da sociedade. (SILVA, 2004, p. 1049, grifo no original).

Em uma visão mais ampla, Bernardo Gonçalves Fernandes, destaca que o Poder Constituinte é responsável pela criação ou elaboração de uma Constituição, bem como pela alteração ou reforma do texto constitucional (FERNANDES, 2010, p. 95). Remetendo aos ensinamentos de Emmanuel Joseph Sieyès, escritor francês que em muito contribuiu para o desenvolvimento da Teoria do Poder Constituinte, Bernardo apresenta que:

[...] o Poder Constituinte instituiu uma *nova* ordem, a Constituição, marcando nitidamente uma diferença entre o ato de criação de uma constituição, e os atos jurídicos subsequentes – subordinando esses atos à Constituição. Tinha por escopo a criação de uma nova ordem constitucional, poderia decorrer ou da elaboração em *Assembleia Constituinte* de um novo texto constitucional, ou na modalidade de *outorga* (estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente

revolucionário) e destruindo, assim, a ordem jurídica anterior. (FERNANDES, 2010, p. 95, grifos no original).¹³

Os aspectos históricos sempre influenciaram nas questões constitucionais, o que levou à contextualização anteriormente realizada. Não poderia ser diferente com o Poder Constituinte, principalmente no que se refere à titularidade deste. Na Idade Média, na prevalência dos dogmas eclesiásticos sobre quaisquer outros regramentos, a vontade divina justificava a origem das normas, sendo Deus o seu titular, ainda que não pudesse se falar em uma Constituição propriamente dita nessa época. A obediência, portanto, era uma decorrência dos desígnios divinos que, caso fossem desrespeitados, implicaria em severas punições aos transgressores. Durante o Absolutismo, a titularidade do poder estava concentrada nas mãos do monarca, de modo que as suas aspirações eram impostas à população. Com as transformações sociais, as denominadas revoluções burguesas, a titularidade passou a pertencer à nação, ideal que se desenvolveu juntamente com a noção de soberania do Estado. A Idade Moderna imprimiu uma evolução na definição do titular do Poder Constituinte e, em um conceito jurídico, condizente aos postulados da democracia, o povo tornou-se detentor da titularidade.

Alexandre de Moraes, em esclarecimento lapidar, sustenta a concentração da titularidade do Poder Constituinte no povo. Porém, ressalta a diferença entre a *titularidade* e o *exercício*, tendo em vista a ocorrência de uma delegação popular, na qual o povo participa dessas etapas, tanto elaborativa, quanto de reforma, através de seus representantes eleitos para tal finalidade.

Modernamente, porém, é predominante que a titularidade do poder constituinte pertence ao *povo*, pois o Estado decorre da soberania popular, cujo conceito é mais abrangente do que o de nação. Assim, a vontade do constituinte é a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes. Celso de Mello, corroborando com essa perspectiva, ensina que as Assembleias Constituintes “não titularizam o poder constituinte. São apenas órgãos aos quais se atribui, por delegação popular, o exercício dessa magna prerrogativa”. Necessário transcrevermos a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de que “o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao

¹³ Em complementação das ponderações acerca do Poder Constituinte, Jürgen Habermas, preleciona: “Como qualquer prática comunicativa, o processo constituinte possui um significado performativo. Ele provê uma perspectiva normativa a partir da qual as gerações posteriores podem criticamente apropriar-se da missão constitucional e de sua história [...] Minha versão do significado performativo implícito na prática da elaboração de uma Constituição é o seguinte: os membros do povo fundam uma associação voluntária de cidadãos livres e iguais, e prosseguem no exercício do autogoverno, por mutuamente acordarem, uns com os outros, certos direitos fundamentais, regulando, assim, sua vida em comum por meio do Direito positivo e coercitivo, de um modo legítimo. Graças a esse conhecimento intuitivo do que significa elaborar uma Constituição, qualquer cidadão pode se colocar, a qualquer momento, na posição de um constituinte e verificar se, e em que medida, as práticas e as regulações da deliberação e da tomada de decisão democráticas encontram no presente as condições requeridas para procedimentos que conferem legitimidade.”. (HABERMAS, 2003, p. 191).

qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite”. Assim, distingue-se a *titularidade* e o *exercício* do Poder Constituinte, sendo o *titular* o povo e o *exercente* aquele que, em nome do povo, cria o Estado, editando a nova Constituição. (MORAES, 2014, p. 24-25, grifos no original).

Para a melhor elucidação do Poder Constituinte, a Teoria da Constituição promove a sua divisão em duas espécies: originário e derivado, sendo este ramificado em duas subespécies, quais sejam, reformador e decorrente.

O Poder Constituinte Originário, também conhecido como Poder Constituinte de Primeiro Grau, consiste naquele que vai estabelecer uma nova Constituição, inaugurando uma ordem constitucional no sistema jurídico. Insta mencionar que este poder original poderá ser exercido na criação de uma primeira Constituição para determinado Estado, bem como em momentos posteriores em que forem elaboradas novas Constituições (MORAES, 2014, p. 25). Não há uma predefinição acerca das formas de expressão desse Poder. A doutrina clássica compartilha a ideia de materialização do Poder Constituinte Originário pela outorga ou pela formação de uma Assembleia Nacional Constituinte (FERNANDES, 2010, p. 101; MORAES, 2014, p. 26). Uma Constituição outorgada é proveniente de um movimento unilateral, o qual impõe as ordens constitucionais à sociedade sem qualquer participação desta. Em contrapartida, a Assembleia Nacional Constituinte revela um nascimento a partir da vontade popular, igualmente reconhecida como uma *convenção* realizada entre os representantes do povo.

As suas características são fundamentais para a perfeita compreensão do instituto. O Poder Constituinte Originário é inicial, de forma que sempre será o marco de uma nova ordem constitucional. Pelo fato de não estar adstrito a procedimentos formais previamente estipulados e não sofrer quaisquer limitações ideológicas da ordem jurídica precedente é que se pode defini-lo como incondicionado e ilimitado ou supremo. Além disso, também é autônomo, tendo em vista que somente dele partirão as novas normatizações. Pode-se influir, ainda, que o Poder Originário é indelegável, pois o povo não pode transferi-lo a ninguém, no máximo, delegá-lo a representantes para que estes o exerçam, nos termos evidenciados. Por fim, essa espécie de Poder se manifesta em situações excepcionais, o que lhe confere o caráter extraordinário.

Por outro lado, no Poder Constituinte Derivado, ou Poder Constituinte de Segundo Grau, a própria acepção do termo indica que ele eflui de algo, que na presente análise, remete ao Poder Originário. Instaurada a nova ordem político-constitucional é necessária a operacionalização do sistema, através das mudanças que lhe forem demandadas. Justamente por guardar referência com o poder inaugural, o Poder Derivado é limitado. Ademais, é

subordinado e condicionado, uma vez que são impostas restrições de aspecto formal e material – deve-se manter estrita observância às regras procedimentais da Constituição e não disciplinar sobre matérias que contrariem os ditames constitucionais.

Conforme exposto, o Poder Constituinte Derivado se subdivide em Reformador ou Decorrente. O primeiro destes é o que imprime maior relevância à temática, objeto desta pesquisa. O Poder Reformador traduz a competência de modificação do texto constitucional, o que poderá acontecer através das Emendas à Constituição ou das Revisões.

A Revisão é uma alteração que ocorrerá em virtude de uma análise panorâmica e geral. Em outras palavras, quando realizada uma revisão, todos os artigos da Constituição serão reavaliados. O artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁴, determinou a existência de apenas uma revisão no texto da Constituição da República de 1988, a qual foi realizada no ano de 1994, após cinco anos da promulgação da Constituição Brasileira.

Sendo assim, considerando o contexto brasileiro, a única forma de modificar a Constituição, atualmente, corresponde à edição de Emendas. Estas, por sua vez, recebem limitações explícitas e implícitas para que as alterações aconteçam de forma segura e legítima. As contenções expressas na Constituição Brasileira são de natureza material, formal e circunstancial¹⁵. As materiais referem-se às cláusulas pétreas¹⁶, temas que não poderão ser abolidos da norma constitucional. Os constituintes, por questões de preservação da ordem política, econômica, social, deixaram assentes matérias que sequer podem ser ameaçadas – a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. É possível que sejam emendadas, mas desde que, tão somente, para ampliar o seu alcance. Os limites formais fazem menção à maneira de tramitação e processamento das Emendas à Constituição¹⁷, como um quórum de votação

¹⁴ Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. (BRASIL, 1988).

¹⁵ Além dessas limitações, algumas Constituições podem trazer as denominadas *temporais*. Estas impedem que o texto seja modificado por um período previamente estabelecido, de forma que o texto somente poderá sofrer mudanças após, ou durante, determinado tempo da sua inserção no ordenamento. Importante notar que essa restrição não existe no ordenamento brasileiro, nem se confunde com as circunstanciais – acontecimentos em que a qualquer tempo e, sem um prazo estabelecido, o texto é imodificável.

¹⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

¹⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

extremamente qualificado, as pessoas que estão aptas a propor essas alterações, entre outros. Por fim, as restrições circunstanciais estão relacionadas a momentos especiais em que a Constituição não será emendada – intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa¹⁸. No que se refere aos limites implícitos, o que está vedada é a supressão das contenções explícitas, bem como retirada do povo da titularidade do Poder Constituinte.

Há que se destacar, ainda, que a moderna concepção de Poder Constituinte vislumbra a possibilidade de alterações informais no texto da Constituição, as quais aconteceriam por meio da interpretação dos dispositivos, sem qualquer alteração formal no texto. Essas mudanças no aspecto semântico da norma constitucional são chamadas de *mutações constitucionais* ou de Poder Constituinte difuso. Não obstante seja discutida a legitimidade dessas alterações, elas são reconhecidas e amplamente realizadas pelo Poder Judiciário, que, em se tratando de Constituição, reflete a competência do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, certo é que a **corrente majoritária** admite as mutações constitucionais (*poder constituinte difuso*). Estas, portanto, são mudanças informais da Constituição, ou seja, o texto permanece o mesmo, mas é reinterpretado (relido) à luz de novos contextos (novas realidades sociais). Devemos apenas chamar a atenção, pois a doutrina também desenvolveu um outro conceito, que é o das “mutações inconstitucionais”. Essas são modificações informais da Constituição que usurpam (deterioram) seu texto deturpando-o. (FERNANDES, 2010, p. 128, grifos no original).

Para encerrar, o Poder Constituinte Derivado Decorrente, sem maiores implicações, consiste na atribuição concedida pela Constituição da República para que as Assembleias Legislativas elaborem as Constituições Estaduais, reproduzindo os princípios constitucionais para reger os membros destes entes federados.

A importância em discorrer sobre o Poder Constituinte reside na ideia de que sobre o imposto incidente na circulação de mercadorias importadas – ICMS Importação –, previsto originalmente no texto constitucional, foram realizadas alterações de ordem formal e material. Como será detalhadamente demonstrado em capítulo destinado a este ponto, o artigo 155,

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

[...]

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. (BRASIL, 1988).

¹⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. (BRASIL, 1988).

parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição, foi, inicialmente, objeto de uma mutação constitucional, a qual trazia uma interpretação diferente do texto escrito. Depois dessa modificação, por razões de ordem econômica, tributária e financeira, nova alteração foi aplicada no mesmo dispositivo, desta vez de maneira formal, através da Emenda Constitucional nº 33, do ano de 2001, em oposição ao posicionamento exarado quando da apreciação do artigo. Contudo, na plena vigência da referida mudança, o entendimento antes manifestado pelo Supremo Tribunal, o qual seria contrário às alterações da Emenda, foi consubstanciado na edição de uma súmula da própria Corte. Dessa forma, não há como debater a temática sem antes ter evidenciado que as transformações impingidas na Constituição foram, formalmente, legítimas, restando à discussão apenas o antagonismo persistente no aspecto material.

2.2.3 Funções do Estado

Assim como esclarecido anteriormente, pelo fato da presente pesquisa tangenciar a atuação do Supremo Tribunal Federal no tocante à produção sumular, é fundamental insculpir ponderações acerca das funções do Estado.

No período das Monarquias Absolutistas, o poder estava concentrado em apenas um órgão do Estado, não se cogitava a repartição de funções, visto que o governante detinha todo o domínio político sobre a sociedade. Vislumbrou-se, então, a necessidade em conter a atuação do monarca, no objetivo de cessar a arbitrariedade das decisões que este proferia. Conforme fora traçado na digressão histórica anteriormente retratada, a introdução de pensamentos voltados aos direitos e garantias fundamentais, em supressão do excessivo poder estatal, surgiu com a criação dos Estados de Direito. O desenvolvimento da teoria de um Estado aliado aos direitos pautou-se em alguns pressupostos, dentre eles, a limitação às tarefas dos governantes e a aceitação do chamado Princípio da Divisão dos Poderes, “como distribuição de competências entre as diversas forças políticas do Estado” (DIAS, 2003, p. 3).

Pode-se afirmar que os precursores da separação dos poderes foram Aristóteles, em seu livro *A Política*, John Locke, em *Ensaio sobre o Governo Civil*, e Charles Louis de Secondat, Montesquieu, no estudo intitulado *Do Espírito das Leis*. O referido postulado defendia, com vista à própria organização do Estado, uma diferenciação na atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus *órgãos* que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os *órgãos*

do Estado são *supremos* (constitucionais) ou *dependentes* (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina *governo* ou *órgãos governamentais*.

[...]

O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional (SILVA, 2014, p. 109-110, grifos no original).

Antes, porém de se adentrar no estudo das funções exercidas pelos órgãos estatais, é imperioso lembrar que a utilização da terminologia *funções do Estado* se torna mais adequada ao se considerar a unicidade do poder. Uma vez que existe apenas um poder, o qual emana do povo, como mencionado em oportunidade anterior, seria um equívoco tratar de divisão ou repartição dos poderes estatais. Como bem alertado pelo constitucionalista Ronaldo Brêtas, “as funções legislativa, administrativa (governamental) e jurisdicional são exercidas por *órgãos* do Estado e não pelos *poderes* do Estado” (DIAS, 2003, p. 16, grifos no original).

[...] reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determinada *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos* (MORAES, 2014, p. 427).

Sérgio Zandoná, de maneira esclarecedora, conclui:

Assim é que, a moderna posição doutrinária substituiu a expressão “separação dos poderes do Estado” (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) pela locução “separação das funções do Estado” (a função executiva, a função legislativa e a função jurisdicional), vez que prevalece a unidade do Estado e a indivisibilidade do poder (FREITAS, 2014, p. 25).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encampa a tradicional tripartição das funções do Estado, nos termos do artigo 2º¹⁹. Desse modo, superado o discurso acerca da acepção correta, é importante definir quais são as atribuições destinadas a cada poder. O Legislativo tem a incumbência de legislar e fiscalizar. Significa dizer que compete a ele a elaboração de leis em geral, em respeito aos aspectos formais, conforme dispuser a Constituição. Ainda, terá um dever fiscalizatório, como as Comissões Parlamentares de Inquérito, a apreciação das contas com auxílio do Tribunal de Contas, julgamento das contas do Presidente da República e dos planos de governo por ele implantados, entre outros. Ao

¹⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988).

Executivo caberá, principalmente, a administração da coisa pública, ou seja, organizar, sistematizar e operacionalizar o funcionamento do setor administrativo com a execução de políticas públicas. Ao Judiciário, por sua vez, restará o julgamento de ações em que for manifesto um conflito de interesses, aplicando e interpretando a lei conforme o caso concreto, em caráter definitivo, com o fim de alcançar a pacificação social (FERNANDES, 2010, p. 729; MORAIS, 2014, p. 523). Ronaldo Brêtas, claramente condensa as funções de cada poder estatal.

Logo, o Estado, com lastro nas normas da Constituição, as quais estabelecem que todo poder emana do povo, em nome de quem o Estado o exerce, representando a sociedade politicamente organizada, assim o faz por meio de três funções jurídicas essenciais: (1^a.) a legislativa; (2^a.) a governamental, administrativa ou executiva; e (3^a.) a jurisdicional. Em resumidas linhas, a função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas das pessoas em sociedade. A função governamental, administrativa ou executiva compreende todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado, que visem à gestão dos interesses e negócios públicos correspondentes às necessidades coletivas protegidas nas normas do ordenamento jurídico vigente. A função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito em posição imparcial, tendo por base um processo legal previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que o Estado edita, por meio dos representantes do povo, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas. (DIAS, 2017, p. 22-23).

Como consentâneo à própria repartição de funções, não se pode convencer da existência, tão somente, do exercício absoluto dos encargos retrocitados. O pragmatismo que a realidade exige demonstra que além dessas ditas funções típicas, os órgãos estatais também desempenharão tarefas atípicas – não tradicionais e que, em regra, não seriam da competência original destes. Influi-se, dessa forma, que funções do Estado se orientam em principal e primária – as demonstradas anteriormente –, nos moldes idealizados pela teorização constitucional da divisão de atribuições. E que, igualmente, os órgãos estatais desenvolverão funções que não foram, inicialmente, pensadas para eles, em caráter extraordinário.

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas (MORAES, 2014, p. 429).

Pensando no equilíbrio essencial para o exercício das competências estatais, o Legislativo, além de legislar e fiscalizar, também irá administrar e julgar. A administração

será desenvolvida internamente com a organização das Casas Legislativas através de regulamentos próprios. O julgamento acontecerá em situações excepcionais, como o processamento do Presidente da República ou dos Ministros do Supremo Tribunal em caso de crime de responsabilidade. O Executivo, em função atípica, exercerá papel legislativo, com a edição de medidas provisórias, portarias e leis delegadas, e, jurisdicional, com o julgamento do denominado contencioso administrativo. Por fim, ao Judiciário, além da atividade judicante, caberá administrar os seus órgãos, bem como legislar com a criação de normas regimentais.

Como fora evidenciado, não se pode mensurar as funções do Estado exercidas de forma plena. A comunicação entre as esferas de poder decorre da ordem prática, pois é inviável se pensar em um órgão do governo que não reúna uma plêiade de atribuições. Quanto à função legislativa, atípica do Judiciário, faz-se necessário tecer mais algumas considerações. Além dos regimentos internos dos Tribunais, é comum a edição de súmulas como forma de consolidação da jurisprudência. A Súmula nº 660, do Tribunal Supremo, editada em interpretação da norma constitucional que rege o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços incidente nas importações, é o dispositivo que gera a contradição entre ser devido, ou não, o adimplemento do tributo. Por tal fator que se tornou fundamental analisar as funções do Estado e, assim, possibilitar a compreensão de como surge o Direito Sumular, ao qual se debruçará o subcapítulo posterior.

2.3 DIREITO SUMULAR

A temática do presente trabalho analisa a interlocução entre uma súmula do Supremo Tribunal Federal e um artigo da Constituição de República, o que se traduz na imprescindibilidade em discorrer acerca do presente instituto. O Direito Sumular emerge com uma das atribuições atípicas desempenhadas no exercício da função jurisdicional, conforme ressaltado. Por exigir peculiar aprofundamento, não serão objeto deste estudo as discussões sobre a legitimidade da edição de súmulas pelo Judiciário. Embora possa se questionar acerca da produção sumular na esfera jurisdicional, sob a alegação de que se trata de uma desrespeitosa subversão de funções, partirá do pressuposto de que súmulas são frequentemente introduzidas e amplamente utilizadas, o que enaltece a relevância da pesquisa que envolve o assunto.

O Direito Sumular remonta à origem dos precedentes judiciais, os quais puderam ser vislumbrados, inicialmente, na fase republicana do direito romano. Ainda que o direito

brasileiro tenha se erguido a partir do sistema do *civil law*, o qual encontra amparo na regra positivada, pode-se afirmar que este recebeu influências da utilização de precedentes para a solução de casos submetidos a julgamento. Contudo, não se pode negar que as súmulas foram embasadas e fortalecidas nos países que se vincularam ao sistema do *common law*.

[...] o Direito Romano, fonte da *civil law*, que direciona o sistema jurídico brasileiro, não desprezou os precedentes jurisprudenciais. Ao contrário, em sua origem foi consuetudinário e jurisprudencial, baseando-se nos costumes e nas decisões dos pontífices – sacerdotes autorizados a interpretar os hábitos e as tradições. (LOR, 2009, p. 27, grifo no original).

É necessário ressaltar que se vislumbra, ainda que de forma principiante e gradativa, uma ideia de convergência entre os sistemas de *common law* e *civil law*, principalmente em países, como o Brasil, que se esforçam na aplicação dos precedentes quando estes não são os tradicionais alicerces que sustentam a sua estruturação jurídica (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 180). Embora seja cogitada a possibilidade da lógica sumular ao contexto brasileiro, é inegável que a base no *civil law* não neutraliza as dificuldades encontradas quando da sua implementação. Pelo contrário, os fundamentos do *common law* fazem imprescindíveis algumas adaptações para que os precedentes possam ser utilizados sem distorções. Entende-se, sem desconsiderar as objeções imanentes, que é importante o desenvolvimento de uma teoria que seja capaz de compreender as particularidades da aplicação de precedentes em um sistema jurídico de *civil law* (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 205).

[...] é notável que a experiência de uso de precedentes no sistema judicial brasileiro tem se revelado acentuadamente diferente daquela dos países de tradição do *Common Law*. Tanto na doutrina, quanto na prática jurídica, percebe-se uma enorme confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de “súmulas”, “súmulas vinculantes”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”. Nesse processo não é raro que os operadores jurídicos defendam como “vinculante” jurisprudência preventiva, de modo que o precedente é criado e aplicado ao mesmo tempo.

[...]

Portanto, verifica-se urgente e extremamente necessário repensar a prática jurisdicional brasileira, aceitando a convergência entre *Common Law* e *Civil Law*, buscando a reforma não só dos institutos de lei, mas também a adoção de uma sólida teoria de precedentes adaptada à realidade brasileira, acompanhada por uma mudança de paradigma e de visão na aplicação de julgados, de modo que magistrados e advogados se comprometam com uma nova prática forense, dentro de um processo democraticamente construído, aplicando-se coerentemente os precedentes formados. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 181 e 206).

Não obstante às ponderações acerca dos obstáculos para a aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro, atualmente, o Direito Sumular é compreendido como “[...] o conjunto de regras e princípios contidos nos enunciados das Súmulas da jurisprudência dominante nos

tribunais.” (SILVA, 2004, p. 477). Em outras palavras, cuida-se do ramo do direito que estuda a produção sumular no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios que regulamentam essa atividade. O vocábulo *súmula*, na etimologia do termo,

[...] Do latim *summula* (resumo, epítome breve), tem o sentido de *sumário*, ou de *índice* de alguma coisa. É o que de modo abreviadíssimo explica o teor, ou o conteúdo integral de alguma coisa. Assim, a *súmula* de uma sentença, de um acórdão, é o *resumo*, ou a própria *ementa* da sentença ou do acórdão. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico [...]. (SILVA, 2004, p. 1346, grifos no original).

Cumprir registrar, portanto, que a *súmula* é o instrumento responsável para a uniformização da jurisprudência. Assim, para se chegar à *súmula*, é preciso antes reunir uma quantidade considerável de julgados inclinados para a mesma direção. A atenção se volta ao fato de que casos isolados, ou que apresentem resultados distintos, não são suficientes para consolidar um entendimento e adaptá-lo a uma *súmula*.

Consiste o *stare decisis* no prestígio que os julgadores emprestam às decisões anteriores, para destas tomarem um princípio, que norteará o julgamento do caso concreto. É uma homenagem ao estudo que já foi desenvolvido quando analisado caso similar, poupando os novos juízes de uma discussão bizantina, que em regra levaria ao mesmo resultado já apurado outrora pelos tribunais. Explica EDWARD D. RE, docente da St. John's University, Nova Iorque, USA que a mencionada doutrina, “cuja formulação é *stare decisis et non quæta movere* (mantenha-se a decisão e não se distúbe o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law* segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira.”. (CARVALHO, 1998, p. 4).

Várias são as críticas destinadas ao Direito Sumular no Brasil. A primeira delas está vinculada à legitimidade em se decidir situações levadas ao Judiciário com um direcionamento criado por ele próprio. Algumas opiniões são contrárias sob a alegação de que o papel dos juízes, de um modo geral, consiste em instrumentalizar a lei, extraíndo o sentido desta através da interpretação. Além disso, considera-se que, em um sistema de tripartição de funções estatais, o desprezo à produção legislativa em prevalência da criação jurisprudencial retiraria a conotação democrática vislumbrada nos instrumentos legais advindos do processo legislativo-representativo (CARVALHO, 1998, p. 5-6).

As observações são contundentes e bem fundamentadas, mas o fato de o Direito Brasileiro adotar as inspirações do *civil law*, na ideia de maior força da legislação, não significa que a lei é o único meio de se alcançar uma decisão efetiva. É importante lembrar que o sistema de precedentes e *súmulas* não descarta o uso da lei, uma vez que as fontes do

direito se complementam. O Código de Processo Civil, promulgado em 2015, introduziu significativas mudanças na lógica dos precedentes, estas inspiradas na experiência obtida nos países do *common law*. Assim, o juiz poderá decidir uma demanda judicial pautando-se em um texto sumulado. Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta a existência de uma tendencial eficácia expansiva da jurisprudência, seja ela dominante ou sumulada.

A Constituição Federal, ao fixar a norma legal como parâmetro ou primado para a avaliação e exigibilidade de condutas comissivas ou omissivas no país, e bem assim a igualdade de todos na lei e perante ela (CF/1988, art. 5º, *caput*, incs. I e II) estabeleceu um registro político-jurídico que não comporta exceções, estendendo-se sobre todas as ocorrências da vida em sociedade, espraiando-se pelos setores privado, público e ainda pelo chamado *terceiro setor*. É dizer: a lei concerne a toda experiência sócio-político-econômica-jurídica de todo o país, beneficiando ainda da presunção de ser de todos conhecida (*ignorantia legis neminem excusat*). Já o mesmo, por certo, não se pode dizer das modalidades do *direito pretoriano* – jurisprudência dominante ou sumulada – que se reordenam ao manejo dos operadores do Direito, sendo praticamente desconhecidas da população em geral. Esse último dado torna, em princípio, questionável o art. 332 e incisos do CPC/2015, prevendo uma sorte de *juízo antecipadíssimo ou sumaríssimo de mérito*, “em causas que dispensem a fase probatória [...] independentemente de citação do réu”, quando o pedido *contrariar* “súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”, ou ainda “enunciado de súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local” (incs. I e IV daquele artigo). (MANCUSO, 2016, p. 372-373, grifos no original).

Existem, ainda, debates acerca da natureza cogente das súmulas, se estas possuiriam caráter vinculativo ou, apenas, persuasivo. O próprio trecho retromencionado evidencia uma força normativa das súmulas, uma vez que determinado caso poderá ser resolvido se houver enunciado dispondo sobre a matéria vergastada. Observa-se que não se cogita o vigor legal apenas às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal, mas a todo e qualquer enunciado sumulado que disciplinar sobre a temática em análise.

Outra questão que se resgata com essas considerações é a que se refere ao processo elaborativo de uma súmula, que perpassa pela uniformização da jurisprudência, formalizando aqueles precedentes que serão sintetizados para transformar-se em um texto sumular²⁰. A partir do momento que se chancela a tese da força normativa da súmula, ou seja, que esta passa a ter eficácia como se fosse uma lei, os enunciados dos Tribunais, superiores ou

²⁰ No tocante à elaboração das súmulas, faz-se necessário um particular. Inexiste no Brasil uma padronização no processo de uniformização de jurisprudência, de modo que cada Tribunal estabelece a maneira como a criação dos enunciados irá se realizar. Esse, também, é mais um dos entraves que influi na miscelânea da produção sumular no país e que afeta, diretamente, na aplicação das súmulas e na solução das demandas. “Outro elemento problemático da uniformização é a chamada uniformização horizontal, na qual o Regimento Interno de cada Tribunal determina o procedimento para a produção de súmulas. Não obstante o esforço de uniformização dentro de um mesmo Tribunal, com fins de formação de um padrão decisório institucional, nota-se ainda um grande número de divergências dentro dos sub-órgãos dos Tribunais, de forma que, na prática, para a uniformização de decisões, são necessários anos e um enorme número de decisões a respeito do mesmo caso, antes que um Tribunal tome a iniciativa de uniformizar, via súmula, a questão jurídica repetidamente litigada”. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 198).

estaduais, igualmente enfrentarão problemas. Assim como existem leis inconstitucionais, contraditórias, as súmulas também poderão o ser. A condensação das ideias veiculadas nos precedentes para formar um enunciado é tarefa árdua, pois a redação imprecisa pode levar a julgamentos totalmente contrários dos casos que o originaram.

Certo é que a súmula possui um poder vinculativo considerável, principalmente no atual contexto processual brasileiro. É um instrumento de significativa relevância da construção jurisprudencial para implantar dinamicidade à norma jurídica. O que se percebe é a utilização das súmulas, dos precedentes e da jurisprudência como um amparo à crise de credibilidade do Judiciário na sociedade legislativa brasileira. A produção de leis não consegue acompanhar os anseios populares, tampouco as demandas que surgem diariamente. A atividade judicante, pela atuação próxima às inéditas situações do universo fenomênico jurídico, é capaz de vislumbrar e melhor se adequar às necessidades de regulamentação, trazendo uma resposta mais rápida. Essa conduta não retira a cautela na elaboração dos enunciados, que, como dito anteriormente, entabulam circunstâncias de insegurança jurídica tal como os demais instrumentos legislativos. Também não afasta a observância obrigatória de lei. Apenas evidencia que a legislação divide o protagonismo com a produção sumular.

São exatamente os cuidados inerentes à criação de uma súmula que guardam referência com o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços nas importações. A Súmula nº 660, do Supremo Tribunal, como interpretação do próprio texto constitucional, contradiz os atuais ditames da Constituição. O questionamento material é mais complexo e, por isso, será dedicada à temática a exclusividade de um capítulo no intuito de abordar toda sua completude. Portanto, ambos os regramentos estão regularmente válidos, são aplicados e possuem força cogente, de modo que o antagonismo existente se traduz em insegurança jurídica que urge por atenção.

2.4 HERMENÊUTICA TRIBUTÁRIA

Para encerrar as ponderações acerca da organização processual legislativa, é importante explicitar breves comentários acerca da interpretação dos dispositivos constitucionais que versam sobre matéria tributária.

É sabido que as leis são criadas em termos gerais e abstratos, de modo que a transição entre o texto veiculado e a situação fática pode se restringir à responsabilidade do aplicador e intérprete do direito. Para tanto, faz-se necessário extrair o verdadeiro sentido e alcance da norma, o que a dogmática denomina de *interpretação*. A *hermenêutica jurídica* será a teoria

científica da interpretação, com o estudo dos processos aplicáveis para se chegar à intenção do legislador ou do constituinte.

INTERPRETAÇÃO. Do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica, como a *tradução* do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato.

Neste conceito, a *interpretação* vem, em realidade, sondando a *intenção* ali contida, fixar a inteligência verdadeira do que se interpreta para que assim se possa cumprir o pensamento do elaborador. Mas, tendente a *esclarecer* ou *explicar*, por outras palavras, o exato sentido contido em um *escrito*, não deve a *interpretação* ir além da intenção presumidamente ali objetivada.

[...]

Interpretação, pois, seja a respeito do que for em seu sentido jurídico, exprime a *tradução*, a *revelação*, a *determinação* do pensamento ou da intenção contida em um escrito, para que se tenha a *exata aplicação*, originariamente desejada. (SILVA, 2004, p. 763, grifos no original).

HERMENÊUTICA. Do latim *hermeneutica* (que interpreta ou que explica), é empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o *exato sentido* ou o *fiel pensamento do legislador*.

Na *hermenêutica jurídica*, assim, estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto legal. (SILVA, 2004, p. 679, grifos no original).

Há quem defenda a inviabilidade em se pensar que a interpretação somente será necessária quando o texto não estiver claro, demonstrando, assim, que se recorrerá às técnicas interpretativas apenas nas situações em que houver dúvida ou obscuridade no dispositivo (MONTORO, 2000, p. 371-372). Não obstante, há de se convir que a interpretação ainda que restritamente gramatical, proveniente da mera leitura das palavras e frases, também consiste em uma forma de se retirar o real sentido da norma. Significa dizer que, por mais simples que seja a técnica empregada, todo e qualquer texto normativo depende de interpretação para ser compreendido e, conseqüentemente, aplicado (MONTORO, 2000, p. 371-372).

Em uma análise genérica, as técnicas e métodos de interpretação utilizados para os demais ramos do Direito são, igualmente, aplicados ao Direito Tributário. Contudo, pelo teor dos assuntos que regulamenta, a área fiscal demanda mais cautela em alguns aspectos. As exceções tributárias devem ser interpretadas de maneira estrita, sem possibilitar ampliações. Se acaso as permitisse, a exceção se subverteria e se transformaria em regra, o que não coaduna com a ordem do sistema. Ademais, determinados institutos da seara tributária, explícitos no artigo 111²¹, do Código Tributário Nacional, demandam uma interpretação

²¹ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. (BRASIL, 1966).

literal, sem qualquer extensão da regra. Mais uma vez limitações colimadas na segurança jurídica, em atenção aos preceitos constitucionais, principalmente àqueles que integram o enunciado máximo de justiça fiscal, para que seja mantida a regularidade e legitimidade das normas.

Ainda é preciso cogitar que o sentido de uma regra se complementa pelos sujeitos que promovem a interpretação e, nesse diapasão, reside a peculiaridade da hermenêutica tributária. As relações jurídico-tributárias comumente envolverão interesses divergentes, o que de certa forma dificulta o consenso e, também, a definição do que, de fato, o legislador queria dispor.

Há, contudo, um aspecto importante a considerar. O sentido de um texto forma-se a partir da posição dos sujeitos que o interpretam. Na relação jurídica tributária, as interpretações formam-se com base em duas posições antagônicas, a do Fisco e a do contribuinte. Num mesmo texto de lei, um e outro podem enxergar normas absolutamente distintas. E a razão é simples: a construção de sentido faz-se a partir dos interesses em disputa. De um lado, o Fisco, que se guia pelo interesse arrecadatório. De outro, o contribuinte, que vê o tributo como uma redução de seu patrimônio e, por isso, deseja evitá-lo. Os dois interesses são, imediatamente, inconciliáveis. Daí os conflitos surgem. Apresentando teses opostas, cada qual pretende oferecer a “melhor”, “mais justa” ou “mais lógica” maneira de se interpretar certo dispositivo de lei. A controvérsia existe ainda que o texto legal seja aparentemente claro. O equívoco e o dissenso são também consequências das diversas posições dos sujeitos, Fisco e contribuinte, não são apenas “defeitos” do texto da lei. Eis o primeiro ponto que se quer destacar neste tópico: as duas posições (ou sujeitos) contrapostas (os) na relação tributária. (CORREIA NETO; MEIRA, 2013, p. 60).

A interpretação do dispositivo constitucional referente ao imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços nas importações carrega entendimentos totalmente voltados aos interesses econômico-financeiros envolvidos, ainda que para a defesa do posicionamento seja válido um sutil esquecimento de regras constitucionais. O que deve ser constantemente recordado, partindo-se da Teoria do Ordenamento Jurídico (BOBBIO, 1995), é que o ordenamento deve ser analisado com um sistema dinâmico e integrado, de forma que a interligações de normas e matérias é uma característica imanente. Assim, a hermenêutica tributária, no âmbito da Constituição, auxilia com a indicação de que não se pode ir além do texto constitucional. Porém, ao interpretar deve-se ter a prudência de verificar as demais normatizações que disciplinam igual temática. Da mesma maneira, ao se elaborar uma norma, lei propriamente dita, ou, ainda que seja uma súmula na atipicidade da função jurisdicional, é imprescindível atentar aos dispositivos que tangenciam o assunto que se objetiva regulamentar. Se existem vários instrumentos que regem determinada questão, todos devem ser observados para a completude da interpretação.

A Súmula nº 660, do Supremo Tribunal Federal e o artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição da República, são antinômicos e coexistem no ordenamento jurídico como se independessem um do outro. A situação de extrema insegurança jurídica instaurada no contexto brasileiro poderia ter sido evitada se basilares pressupostos fossem percebidos, tanto na interpretação de dispositivos, quanto na elaboração e edição das normas.

A organização processual legislativa se fez relevante, portanto, para evidenciar as razões de se considerar um processo constitucional, voltando-se aos métodos de criação da Constituição, especialmente, às maneiras de modificação do texto, formal ou informalmente. Ainda sem ter sido detalhada a celeuma tributária, é válido antecipar que a contradição se funda em alterações na Constituição da República, seja através de Emenda Constitucional ou de mutação constitucional na interpretação dos seus dispositivos. Há de se mencionar, também, a importância da construção das teorias processualistas para que se pudesse conceber a ideia da atipicidade nas funções dos órgãos do Estado, bem como para subsidiar a existência de ampla produção sumular no cenário brasileiro.

Defende-se, na presente dissertação, que a Legística poderia ter influenciado positivamente na contenção do antagonismo percebido, o que será evidenciado no capítulo subsequente a partir do cotejo realizado na seara processual.

3 A INFLUÊNCIA DA LEGÍSTICA NA CONTENÇÃO DE ANTINOMIAS

A verdadeira influência da Legística para obstar a existência de antinomias jurídicas no ordenamento brasileiro é resultado da aprofundada teorização que essa disciplina propõe. Parte-se da contextualização histórica que imprimiu uma mudança na forma de se pensar a lei, racionalizando-a antes mesmo da sua promulgação, até chegar à avaliação que é realizada depois da positivação da norma.

Para se alcançar a ideia de que a adequada problematização e avaliação evitariam a coexistência de regramentos contraditórios no que tange ao imposto sobre a circulação de mercadoria e serviços incidente nas importações, faz-se necessária uma apresentação da Legística, a qual, por mais que tenha atraído a atenção de muitos estudiosos, ainda é área desconhecida para tantos outros. Iniciará a análise como uma contextualização histórica voltada aos precursores da conscientização da atividade legislativa, com atenção a princípios e métodos que resultam na criação de leis de melhor qualidade. Após a conceituação, serão traçadas as etapas que compõem a Legística Formal e Material, apresentando as fases que deverão ser idealizadas para que seja atingido o objetivo de uma legislação mais eficaz. Por tratar a presente pesquisa de normatizações antagônicas, é fundamental insculpir o conceito de antinomias jurídicas, advindo da Teoria do Ordenamento Jurídico, para ratificar a tese defendida de que a estas são insolúveis pelos critérios objetivos comumente utilizados, os quais elegem uma norma como aplicável em detrimento da outra. A Teoria do Diálogo das Fontes demonstrará a correlação existente entre os instrumentos normativos que subsidiam o Direito e a miscelânea das funções do Estado, evidenciando, assim, o gradativo declínio do império da lei com a ascendência das demais formas de se assegurar direitos. Para o encerramento da completa apreciação da temática, discorrerá especificamente sobre a definição do problema que enseja a intervenção legislativa, bem como sobre as avaliações prospectiva e retrospectiva como etapas identificadas pela pesquisa que solucionariam o ponto controvertido ora em discussão. Os referidos estágios que integram a decomposição analítica do processo de elaboração das leis, propostos pela Legística Material, somados às questões apresentadas no capítulo anterior, irão validar o entendimento de que a contradição entre a Súmula nº 660, do Supremo Tribunal Federal e a o artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição da República, poderia ter sido evitada ou, ao menos, retificada em tempo hábil.

3.1 LEGÍSTICA: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS BASILARES

Atualmente pode-se observar o predomínio de leis no universo jurídico brasileiro²², ainda que as outras fontes normativas tenham começado a se destacar para reverter esse cenário. Sabe-se que no país existem normas para quase todas as situações, até mesmo para o que sequer é cogitado no pensamento dos mais criativos. Nas Casas Legislativas, em âmbito federal, estadual ou municipal, uma plêiade de proposições de leis é apresentada diariamente. Todas submetidas a extensas e rigorosas etapas de análises e votações até a sua publicação.

Não obstante o controle realizado, o qual, incrivelmente, veta muitos projetos, inúmeras leis entram em vigor no ordenamento jurídico todos os anos. A excessiva quantidade de regras, contudo, cria mais problemas do que propriamente soluções. Distante de ser instrumentos regulatórios eficazes, grande parte das leis editadas torna-se inaplicável após pouco tempo de vigência. Outras, por sua vez, estão completamente dissonantes da realidade histórica e cultural do país. Há, ainda, as que são contrárias, com comandos totalmente divergentes de outras normatizações que estão em vigor. O próprio respeito aos ditames da Constituição da República, que deveria ser o limite máximo da atividade legiferante, é desaparecido em algumas proposições.

Em São Paulo existe o dia da joia folheada (SÃO PAULO, 2010). Em Porto Alegre, o Vereador Rodrigo Maroni acha prudente obrigar a população a adotar cães ou gatos de rua (RIO GRANDE DO SUL, 2016). No município de Sertãozinho, no Estado de São Paulo, o vereador Rogério Magrini propõe que entidades que atuam em prol da defesa dos animais criem nova versão para a tradicional cantiga infantil “atirei o pau no gato”, além de sugerir que essa canção não seja ensinada nas escolas (SÃO PAULO, 2015a). Para o deputado mineiro Roberto Andrade, o consumo de bebidas alcóolicas por jovens é tema que deve ser debatido e, assim, apresentou projeto que proíbe a realização de festas *open bar* em Minas

²² Pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT destacou que o Brasil produziu mais de 5,4 milhões de instrumentos legislativos após a promulgação da atual Constituição da República. A reportagem veiculada no sítio eletrônico do aludido instituto menciona, em especial, que, dentre as normas editadas, 363.779 referem-se à matéria tributária, o que representa mais de 1,88 normas que versam sobre tributos por hora, em um dia útil. “O Brasil que possui uma das legislações mais complexas, confusa e de difícil interpretação do mundo, já editou e publicou desde 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal mais de 5,4 milhões de normas legislativas, o que representa cerca de 769 normas por dia útil, entre leis, medidas provisórias, instruções normativas, emendas constitucionais, decretos, portarias, instruções normativas, atos declaratórios, entre outras, segundo o cálculo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT.” (ASSESSORIA DE IMPRENSA, 2017). O estudo completo, intitulado *Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988*, pode ser visualizado em: <https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628AnosCF.pdf>.

Gerais (MINAS GERAIS, 2015). Em Sorocaba, o vereador Carlos Leite defendeu a proibição do uso do termo "avenida marginal Dom Aguirre", uma vez que, segundo ele, a combinação entre o nome do primeiro bispo da cidade, Dom Aguirre, e a palavra "marginal" gerou comentários desagradáveis (SÃO PAULO, 1988).

Prescindível colacionar mais exemplos para se afirmar que estes não são os verdadeiros problemas enfrentados pelos brasileiros, tampouco para perceber que o caminho traçado, até então, precisa ser reavaliado. Somam-se à produção legislativa em caráter estrito as mutações provenientes da interpretação dos Tribunais Superiores, bem como os enunciados que estes editam, os quais, como asseverado anteriormente, possuem força imperativa também sendo capazes de ocasionar conflitos normativos.

A Legística, também conhecida como Legisprudência, é uma área do conhecimento jurídico que estuda a construção das normas, voltando-se para a qualidade dos atos normativos. Sinteticamente, consiste no bom e regular desenvolvimento de um processo elaborativo para a obtenção da melhor lei possível. Essa ciência decorre da necessidade de normas mais eficazes, principalmente pelo fato serem um instrumento capaz de provocar mudanças sociais. A Legística, dessa forma, atua como elemento fundamental de controle das leis que serão editadas, buscando a necessidade e a real eficácia dos regramentos²³.

Antes, porém, de delinear a contextualização histórica e o conceito de Legística, é fundamental destacar a importância da legislação como a expressão da vontade do Estado. As decisões estatais podem ser externalizadas de diversas maneiras, sendo a edição de leis apenas uma dessas formas de manifestação. A legislação engloba a criação das chamadas *regras de direito*, estas compreendidas como normas, de característica abstrata e generalizante, promovidas a um grupo indefinido de destinatários, que podem veicular direitos, obrigações ou, até mesmo, atribuir competências (MADER, 2007, p. 194).

No ordenamento jurídico as legislações podem desempenhar diversas funções, algumas inclinadas ao conteúdo das normas, outras ao processo decisório. A função de ordem reflete a garantia de estabilidade e de previsibilidade indispensáveis às relações sociais. A função de direção ou de comando da legislação é tratada como uma indicação ou orientação do comportamento das pessoas, ressaltando o seu caráter instrumental e não a comum acepção regulamentadora. As formas como serão exercidas as decisões emanadas do Estado e o

²³ Ainda que seja pouco convencional o uso do adjetivo *melhor* para qualificar espécies normativas, impende demonstrar que esta é uma influência da evolução do pensamento voltado à qualidade das legislações, movimento iniciado na Europa no começo da década de 90. Especificamente, em 2005, a União Europeia elaborou o Programa *Better Regulation*, em simples tradução Programa Legislar Melhor. O objetivo pretendido é o de, através da implementação de novas práticas legislativas, imprimir maior qualidade às leis, o que justifica a terminologia de uma *legislação melhor*.

resultado proveniente destas configuram a chamada função decisória. A quarta função é a de legitimação, esta compreendida como um procedimento que necessita da participação popular, direta ou indiretamente (MADER, 2007, p. 196-198). “Essa legitimação garante que essas decisões ou normas serão bem aceitas pelas pessoas a que se destinam e que elas serão seguidas ou aplicadas em conformidade com a autoridade que as editaram” (MADER, 2007, p. 197). A última função descrita chancela a tese anteriormente explicitada acerca do processo constitucional que tem como elemento definidor a democracia. As sutis e discretas considerações retromencionadas foram realizadas para enaltecer a relevância da atividade legislativa e das atribuições que as leis possuem, justificando a necessidade em se dedicar ao estudo da Legística.

No que se refere ao surgimento da Legística, inicialmente, cumpre registrar que é tarefa árdua estabelecer quando esse instituto foi introduzido. Apesar de ser inegável a intensa produção normativa, é sabido que a atenção principal dos juristas nem sempre se voltou à elaboração das normas. A atuação jurídica se iniciava depois da inserção da lei no sistema normativo. Os critérios de interpretação, as decisões que seriam prolatadas a partir das normas, as autoridades competentes sempre despertaram mais o interesse do estudo do direito, restando à atividade legislativa um papel coadjuvante. Com o passar dos anos, notou-se que muitos dos problemas revelados na prática jurídica poderiam ter sido evitados com a otimização das etapas de elaboração normativa. Ao invés de se buscar constantes soluções seria razoável uma atuação preventiva e, certamente, mais cautelosa.

As primeiras ideias de um pensamento voltado à Legística podiam ser vislumbradas desde os primórdios. Remontando-se à Antiguidade, extrai-se dos ensinamentos de Platão a necessidade de revisão das leis para que estas pudessem se atualizar ao contexto histórico, político, econômico e social. Os pesquisadores do século XVIII estavam mais concentrados na formação da lei, do que na exequibilidade das normas.

Jeremy Bentham, dessa forma, buscou desenvolver uma teoria da legislação, sendo o precursor do Princípio da Utilidade. Para o referido filósofo e jurista inglês o Direito se caracteriza como um meio através do qual a maior parte da sociedade alcançaria a sua satisfação. As normas seriam, então, introduzidas ao ordenamento jurídico sob a égide da democracia. Essa racionalização do conteúdo das leis encontra respaldo nas imperfeições – de primeira e segunda ordem – apontadas por Bentham (BENTHAM, 1843). Legislações ambíguas, obscuras, extensas, instáveis, redundantes, prolixas, confusas e, por vezes, conflitantes impediam, segundo ele, que os resultados visados, quando da criação das leis, fossem observados. Por esse motivo que a sua atenção principal voltou-se ao que usualmente

é reconhecido como a Legística Formal, cujo enfoque é a comunicação legislativa (BENTHAM, 1843, p. 231-283).

A notoriedade dada a um ato normativo está intrinsecamente ligada à repercussão social, à maneira como os efeitos são percebidos pela população. A importância da avaliação prospectiva, esta entendida como uma avaliação de efeitos e impactos antes mesmo da criação das leis, além de incentivar a criação de legislações experimentais, caracteriza-se como uma forma mais avançada de texto legislativo. Embora suas obras mais relevantes sejam datadas do século XIX, é perceptível a adequação do que a lógica benthamiana preconizava ao contexto legislativo atual, principalmente, em relação ao momento de elaboração das normas.

Em se tratando do enfoque científico, voltado às técnicas e métodos de pesquisa definidores da qualidade das normas, a contribuição é do alemão Peter Noll, em sua obra *Gesetzgebungslehre* (MADER, 2009, p. 45). Embora o estudo racional das leis, conforme fora demonstrado, pudesse ser encontrado desde Platão, que evidenciava a necessidade de revisão de um ato normativo para o seu aperfeiçoamento à realidade social, a chamada racionalidade gerencial foi impulsionada por Noll. A lei passou a ser considerada como um instrumento para atingir objetivos, além da função regulatória. Segundo essa nova acepção, a norma deve ser submetida a um controle para ter assegurada sua aplicabilidade, eficiência e eficácia. E, não se trata apenas da análise dos resultados da norma, deve ser avaliado, também, o momento da sua elaboração, de modo que a reunião desses elementos influi diretamente na qualidade das leis.

O grande progresso intencionado por Noll foi o de transpor os parâmetros de uma abordagem direcionada unicamente para a Legística Formal e, conseqüentemente, para as técnicas de redação legislativa, alterando a perspectiva para o conteúdo dos atos normativos, o que hoje é designado por Legística Material (MADER, 2009, p. 45). Bentham, apesar de ter pautado a construção da sua teoria em aspectos mais empíricos, também acrescentou no desenvolvimento dos estudos acerca do objeto das leis. Isso porque a prevalência da ideia de eficácia das normas, comum na Legística Material, é resultado do utilitarismo benthamiano (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007, p. 38).

Não se pode encerrar essa digressão sem remeter às lições de Gaetano Filangieri (FILANGIERI, 1806; SOARES, 2007, p. 21). O jurista e filósofo italiano idealizou o chamado “censor da lei”, um instrumento utilizado para inibir a multiplicidade das normas, bem como para adequá-las às constantes modificações sociais (FILANGIERI, 1806). Desse modo, a avaliação legislativa é introduzida como momento indispensável para o desenvolvimento e a racionalização da elaboração e da entrada em vigor das leis.

A teorização do processo criativo das normas se fez necessária, também, pelo fenômeno da codificação. A aglutinação de vários atos legislativos em um código pode ser vislumbrada com um dos acontecimentos que impulsionou a racionalização legislativa. Disciplinar sobre determinado conteúdo, de maneira completa, clara e estável, evitando a formação de lacunas jurídicas, atentando-se, ainda, à segurança e à acessibilidade da população ao Direito fizeram com que, ao se redigir a lei, os seus autores se empenhassem na garantia da qualidade dos instrumentos normativos. A necessidade de simplificação e organização legislativa, objetivos idealizados com a codificação, impingiram uma modificação na forma de se criar as leis (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007, p. 41).

A partir da década de 70, iniciou-se no continente europeu um movimento que identificava a fragilidade do sistema normativo. O processo legislativo passou a ser analisado em toda a sua extensão, visando à compreensão das etapas percorridas desde a concepção da norma até o cumprimento das disposições por elas apresentadas. O escopo precípua dessa mudança era a qualidade das leis, a busca por legislações melhores. O avanço dos pensamentos nessa área jurídica, através de estudos, seminários, criação de grupos de pesquisa, evidenciaram a importância de se atentar à atividade legiferante, o que evoluiu para o surgimento de uma disciplina autônoma, a Teoria da Legislação.

[...] Essa disciplina tem como objeto o estudo da lei em todas as suas dimensões, socorrendo-se dos saberes de várias disciplinas: a filosofia do direito, o direito constitucional, a ciência política, a ciência da administração, a economia, a sociologia, a metódica jurídica, a lingüística.

A Teoria da Legislação é, portanto, uma ciência interdisciplinar que tem um objeto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos. Trata-se de uma “ciência normativa”, mas também de uma “ciência de ação”, que nos permite analisar o comportamento dos órgãos legiferantes e as características dos fatos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa.

Essa compreensão do fenômeno legislativo na sua totalidade é uma *primeira e inestimável* contribuição da Teoria da Legislação para uma política legislativa (ALMEIDA, 2009, p. 85).

A crescente repercussão das investigações sobre a produção legislativa foi disseminada em vários países e por pesquisadores de diversas áreas jurídicas, a começar pelas recomendações advindas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁴, em 1995, as quais foram um marco científico por ser a primeira norma internacional a versar sobre qualidade das leis. Com a preocupação direcionada ao fenômeno da inflação legislativa, a política legislativa proposta indicava algumas medidas iniciais,

²⁴ *The 1995 Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*. Para maiores informações acerca das Recomendações veiculadas, consultar o sítio eletrônico da OCDE: www.oecd.org.

dentre elas, a importância em se realizar a avaliação legislativa para a melhoria do processo de construção das leis.

As orientações veiculadas pela OCDE serviram como inspiração para outros movimentos na União Europeia. O Conselho Europeu, reunido em Lisboa, Portugal, no ano de 2000, estabeleceu importantes metas para o desenvolvimento econômico do continente e ressaltou a necessidade de legislações de maior qualidade. Como resultado desse encontro, foi criado um grupo de pesquisas e estudos legislativos, cujos trabalhos resultaram no Relatório Mandelkern (MANDELKERN, 2000). O aludido relatório implementou significativas considerações para a chamada política legislativa, como técnicas, princípios e métodos para efetivar e sustentar as ideias difundidas de melhoria na produção normativa.

Em 2005, foi desenvolvido o Programa *Better Regulation*²⁵, o qual sustentava que a cautela na criação de normas influenciaria, inclusive, na competitividade econômica dos países membros da União Europeia. O referido Programa confirmou a importância da principiologia elencada pelo Relatório Mandelkern, aprimorou a sistematização da avaliação de impactos e sugeriu que fossem aferidos os custos administrativos, estes caracterizados pelos valores que a sociedade, de um modo geral, deve desembolsar para o cumprimento da lei. Por fim, idealizou a criação de indicadores comuns para apresentar os resultados das avaliações realizadas a fim de controlar a qualidade no cenário legislativo europeu.

Os estudos acerca da Teoria da Legislação foram aperfeiçoados na Europa, continente que mantém o interesse voltado à elaboração e aos impactos das normas. A dedicação europeia à questão influenciou sobremaneira a preocupação com a atividade legislativa no Brasil. O Congresso Nacional habitualmente tem se ocupado e investido na qualidade da legislação, o que acontece por meio da efetivação de servidores de considerável especialização na área, além do incentivo à produção científica, esta com destaque aos estudos comparados. No contexto brasileiro foram editados atos legislativos com enfoque para a produção normativa, são eles, a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que apresentou algumas diretrizes para a melhoria legislativa e o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que regulamenta a citada lei trazendo métodos de redação, de alteração do texto legal, entre outros, consubstanciando as regras gerais de elaboração. No contexto dos entes federados, o Estado de Minas Gerais também atua como incentivador de políticas legiferantes, principalmente no âmbito da Assembleia Legislativa.

²⁵ Para maiores informações sobre o acordo interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia sobre legislar melhor acessar o sítio eletrônico do Programa *Better Regulation*: <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/better-regulation/>.

Nota-se pela explanação até então realizada que na construção dos ideais da Legística muito se menciona a qualidade das leis. Importante sublinhar, portanto, quais são os elementos que imprimem qualificação a um ato normativo (ALMEIDA, 2009, p. 99-100). Deve-se, inicialmente, observar a necessidade da lei e, além de respeitar os princípios fundamentais do Direito determinados pela Constituição, é essencial que o legislador se responsabilize pelos efeitos decorrentes da norma criada. A transparência no processo legislativo é igualmente importante, fornecendo aos destinatários toda a informação que lhes for pertinente e, assim, permitir a acessibilidade. Paralelo a isso, devem ser implementados programas interdisciplinares para o desenvolvimento da Teoria da Legislação, de forma a propalar o conhecimento angariado nas várias searas científicas. Por fim, é válido identificar entidades dinamizadoras para auxiliar no controle e no crescimento da política legislativa a que se vincula determinada sociedade. São essas diretrizes traçadas que possibilitam a verificação das medidas para a qualidade das leis e que permitem cogitar a criação de leis melhores.

Perpassados os antecedentes, as características e os objetivos pretendidos com a Teoria da Legislação é fundamental conceituar Legística. Em sentido amplo, tem-se que a Legística é

[...] o ramo da Ciência da Legislação, que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinados a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controle dos efeitos normativos, a qualidade, a validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescritivo das leis. (MORAIS, 2007, p.3).

Em outras palavras, a professora da Universidade Federal de Minas Gerais, Fabiana de Menezes Soares, destaca:

[...] a Legística pode ser definida como saber jurídico que evoluiu com base em algumas das questões recorrentes na história do Direito, vale dizer, a necessidade de uma legislação mais eficaz (no sentido de estar disponível e atuante para a produção de efeitos), o desafio de compatibilizar o Direito codificado com os reclames da sociedade, o questionamento da lei como o instrumento exclusivo para a consecução de mudanças sociais e a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais em todos os níveis. (SOARES, 2007, p. 7).

Para a persecução dos objetivos pretendidos pelo estudo da Legística, a doutrina clássica descreve cinco linhas de investigação, as quais passam a ser descritas (SOARES, 2007, p. 7-8; ALMEIDA, 2009, p. 85-86). A primeira, *Teoria ou Doutrina da Legislação*, reflete a aplicação do conhecimento científico às produções legislativas. A segunda linha, *Análítica da Legislação*, trabalha com os elementos conceituais de norma, lei e legislação. A *Tática da Legislação*, terceiro campo de interesse da Legística, considera a análise de estruturas organizacionais, procedimentos e métodos no intuito de intervir e controlar a

atividade legislativa. A *Metódica da Legislação* visa ao questionamento das normas para encontrar soluções atinentes à adequação, razoabilidade e efetividade das mesmas. A última linha, *Técnica Legislativa*, estabelece disposições genéricas acerca das fases de elaboração das leis, voltando-se, principalmente, à linguagem dos atos normativos.

Em se tratando de Legística e, para que seja possível discorrer acerca da influência dessa disciplina na contenção de antinomias, é imprescindível elencar os princípios que a orientam, os quais são contribuições das Recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e do Relatório Mandelkern. Como anteriormente demonstrado, o Grupo Mandelkern foi constituído em dezembro de 2000, em Lisboa, após a reunião do Conselho de Estado Europeu, momento em que as atenções estavam concentradas na produção legislativa. O referido grupo recebeu a incumbência de apresentar métodos comuns de avaliação da qualidade das leis. O Relatório Mandelkern enunciou sete princípios, quais sejam: necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência, responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade (MANDELKERN, 2000, p. 26-28).

Pelo Princípio da Necessidade será analisado se para determinado caso é absolutamente indispensável a criação de uma nova lei, com vista à eficácia, à legitimidade e aos objetivos que se almeja alcançar. O Postulado da Proporcionalidade fundamenta-se no equilíbrio entre as disposições da legislação, de forma a se compatibilizar as restrições impostas com os benefícios concedidos. O Princípio da Subsidiariedade atua nas formas de interação das normas para que estas guardem a maior proximidade do público a que são destinadas. O Princípio da Transparência deseja promover o maior acesso e participação da sociedade através da consulta aos interessados, com o fim de coibir o confinamento da elaboração legislativa tão somente à Administração Pública. O Princípio da Responsabilidade, especificamente, está atrelado à aplicabilidade das normas, de modo a exigir uma fiscalização do cumprimento das regras criadas por todas as partes envolvidas, desde quem elaborou a lei, até aquele a quem se destina a tutela legal. O Princípio da Inteligibilidade propugna por leis que sejam não somente coerentes, mas, sobretudo, compreensíveis e acessíveis, para que seja possível a difusão a todas as pessoas. Por fim, o Princípio da Simplicidade determina que nas avaliações prospectivas e retrospectivas seja vedado o excesso de informações para que a legislação seja mais simples e tenha maior clareza.

Com a finalidade de permitir a compreensão dos mecanismos empregados pela Legística, é estabelecida a sua sistematização em duas dimensões: a Legística Material e a Legística Formal. A Legística Material busca analisar o processo de elaboração das leis, enquanto a Legística Formal atua na melhoria da comunicação legislativa, pautando-se em

critérios como a coerência, uniformidade, clareza e concisão, para a eficácia e compreensibilidade da norma editada. Por reunir elementos de significativa importância para a presente dissertação, a Legística Formal e Material serão abordadas em tópico específico.

A terminologia Legisprudência também é adotada por alguns pesquisadores (WINTGENS, 2003; MADER, 2007, 2009; ALMEIDA, 2009) para designar a ciência que tem por objeto o estudo da lei. Assim como a Legística, a Legisprudência é uma matéria abrangente e multidisciplinar que mantém a sua observação para a qualidade das normas, explorando a dimensão pragmática da atividade legislativa em face das análises de cunho essencialmente teórico (MADER, 2009, p. 45). Defende-se o uso desse vocábulo sob a alegação de que esta teoria propõe uma apreciação mais ampla, englobando tanto os aspectos teóricos, quando os elementos práticos da legislação (ALMEIDA, 2009, p. 86). O presente trabalho adotará o termo *Legística* em consonância às ponderações realizadas por Fabiana de Menezes Soares, que justifica a escolha desta acepção pelo fato da mesma transitar livremente entre os países que se regem pelo sistema do *civil law* e, também, naqueles que se orientam pelo *common law* (SOARES, 2007, p. 12).

Não obstante, é prudente delinear os princípios entabulados pela Legisprudência – Alternatividade, densidade normativa, celeridade ou temporalidade e coerência²⁶ (WINTGENS, 2007, p. 271-287, tradução livre). Pelo Princípio da Alternatividade tem-se que o legislador deve justificar o impulso legislativo quando da criação de uma norma, de forma a demonstrar que esta alternativa empregada é proveniente do desacerto da interação social. Os próprios destinatários do pretense regramento, por serem dotados de liberdade, deveriam restringi-la, ao invés designar essa tarefa ao Estado, ou seja, a fundamentação desejada pela alternatividade é a de evidenciar o porquê da liberdade do soberano prevalecer sobre a liberdade dos indivíduos.

O Princípio da Alternatividade exige que uma limitação de liberdade externa seja justificada como uma alternativa à interação social defeituosa. [...] O que deve ser justificado é por que uma limitação externa do soberano é preferível à ausência de uma limitação externa. [...] O Princípio da Alternatividade, como princípio de justificação, baseia-se na capacidade dos sujeitos de atuar dentro de concepções de liberdade. Isso implica que as práticas sociais devem ser autorreguladas. [...] O soberano pode intervir apenas na condição de argumentar que sua limitação externa é preferível a uma limitação interna da liberdade, como um motivo para a ação devido a uma falha na interação social..²⁷ (WINTGENS, 2007, p. 272-273, tradução livre).

²⁶ *Alternatividad, densidad normativa, celeridad o temporalidad e coherencia.*

²⁷ *El PA requiere que una limitación externa de la libertad esté justificada como una alternativa a la defectuosa interacción social. [...] Lo que debe ser justificado es que una limitación externa del soberano es preferible a la ausencia de una limitación externa. [...] El PA, como un principio de justificación, está basado en la capacidad de los sujetos de actuar dentro de concepciones de la libertad. Esto implica que las prácticas*

O Princípio da Densidade Normativa sustenta que a cominação de uma sanção demanda uma justificativa especial por configurar maior cerceamento da liberdade do indivíduo. Ainda que esteja apoiada na alternatividade, sob o ângulo da densidade normativa, não significa que estará regularmente fundamentada. Para Wintgens, o comando sancionatório deverá ser utilizado como última possibilidade, uma vez que existem outras formas de se alcançar o cumprimento de uma determinada regra. E, por fim, ressalta que os meios que não caracterizam punições podem ser, inclusive, mais eficazes para os efeitos vislumbrados quando da criação da norma (WINTGENS, 2007, p. 274).

O princípio da densidade normativa impõe uma limitação externa à justificativa no que se refere à densidade do impacto normativo. Brevemente, as sanções precisam de justificativa especial porque incluem uma dupla restrição da liberdade. [...] A justificativa para uma sanção inclui um argumento sobre o porquê da limitação adicional de liberdade ser necessária. Uma penalidade em termos pecuniários ou uma limitação física da liberdade são apenas uma das opções entre a grande variedade de possibilidades para cumprir um padrão de comportamento. A extensão dessas possibilidades tem um grau variável de densidade normativa, com a sanção no nível máximo. Isso inclui técnicas regulatórias, como informações, incentivos, como redução de impostos, autorregulação com base em códigos de conduta ou convenções, distinções e outros. [...] Uma variedade de possibilidades está disponível para a realização de um fim, uma meta ou o um propósito. As sanções são apenas uma entre outras. Se a conexão essencial entre uma regra e uma sanção for quebrada, deve estabelecer-se uma conexão entre o fim, o objetivo ou a finalidade, bem como os meios para realizá-la. O estabelecimento dessa conexão é sobre o que se trata a densidade normativa.²⁸ (WINTGENS, 2007, p. 273-275, tradução livre).

O terceiro princípio trazido por Wintgens, Princípio da Celeridade ou da Temporalidade defende como equivocada a ideia de imutabilidade do sistema jurídico, por considerar que a atividade legislativa está adstrita a circunstâncias históricas, culturais e sociais. Como a Legisprudência requer uma justificativa para que seja limitado o exercício da liberdade dos indivíduos, o aludido princípio destaca que a própria justificativa é igualmente influenciada pelo tempo. “O princípio da celeridade introduz a dimensão temporal no sistema

sociales son supuestas para ser autorreguladoras. [...] El soberano puede intervenir sólo a condición que se argumente que su limitación externa es preferible a una limitación interna de la libertad como una razón para la acción, debido a un fracaso de la interacción social.

²⁸ *El principio de densidad normativa (PN) somete una limitación externa a la justificación en lo referido a la densidad del impacto normativo. Puesto brevemente, las sanciones necesitan una justificación especial porque ellas incluyen una doble restricción de la libertad. [...] La justificación de una sanción incluye un argumento del por qué es necesaria la limitación suplementaria de la libertad. Una sanción en términos pecuniarios o como una limitación física de la libertad es únicamente una opción entre una gran variedad de posibilidades para cumplir un patrón de comportamiento. La extensión de estas posibilidades tiene un grado variable de densidad normativa, con la sanción como el máximo. Ello incluye técnicas regulativas como información, incentivos como reducción de impuestos, autorregulaciones basadas en códigos de conducta o convenios, distinciones y similares. [...] Para la realización de un fin, meta o propósito está disponible una variedad de posibilidades. Las sanciones son sólo una entre otras. Si la conexión esencial entre una regla y una sanción es rota, tiene que establecerse una conexión entre el fin, meta o propósito y los medios para realizarlos. El establecimiento de esta conexión es de lo que trata el PN.*

jurídico.”²⁹ (WINTGENS, 2007, p. 275, tradução livre). Dessa forma, além de preocupar-se com uma fundamentação coerente ao contexto de inserção da norma, o legislador deve estar ciente de que a explicação por ele apresentada, em virtude do tempo e da modificação das circunstâncias que a ocasionaram, não será eterna.

O Princípio da Coerência, último postulado mencionado por Wintgens, está inserido no que ele definiu como a Teoria do Nível de Coerência. Sinteticamente, nos termos expendidos pelo professor e jurista belga, para que a justificação seja coerente é fundamental a compreensão de que o sistema jurídico é complexo e dinâmico (WINTGENS, 2007, p. 277). Sendo assim, o legislador terá que esposar sua argumentação considerando a inter-relação da norma com o sistema, buscando na ideia de coerência uma lógica semântica para a justificativa colocada.

Pretendeu-se demonstrar com a contextualização história, a definição, bem como com os princípios basilares da Legística e da Legisprudência, o quão abrangente é a teorização da produção normativa, o que repercute diretamente na importância de se estudar a atividade legiferante em toda a sua completude. Faz-se necessário, assim, compreender os parâmetros estabelecidos pela Legística Formal e Material, dos quais se extrairá a tese defendida de que a Legística poderia ter evitado ou, ao menos, corrigido, a antinomia existente no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no tocante à incidência do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços nas importações realizadas por aqueles que não são contribuintes regulares da exação.

3.1.1 Legística Formal e Legística Material

A Legística Formal, conforme fora sucintamente adiantado no capítulo anterior, atua na melhoria da comunicação legislativa, reunindo critérios como a coerência, uniformidade, clareza e concisão, no intuito de alcançar a eficácia da norma editada. Pela análise do aspecto formal, a lei deve ser compreendida por todos, o que exige uma sistematização na composição das legislações, a fim de ampliar o entendimento e o acesso aos textos legais. Sinteticamente pode-se influir que o objetivo é a elaboração de um regramento popular, inteligível e que atinja toda a sociedade (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007, p. 49).

Fabiana de Menezes Soares bem preleciona sobre a dificuldade enfrentada pela sociedade quando da necessidade de se inteirar acerca do conteúdo de uma norma.

²⁹ *El principio de celeridad (PC) introduce la dimensión temporal en el sistema jurídico.*

Ressaltando que não há confiança nas instituições brasileiras, devido à fragilidade e à insegurança jurídica da produção legislativa, defende que

Uma das razões dessa desconfiança é a falta de clareza da legislação vigente. A legislação precisa se converter em um meio eficiente de comunicação entre o aparato estatal e os cidadãos. O que percebemos é uma grande dificuldade do cidadão em compreender o que a lei está dizendo. E quando digo legislação, quero dizer toda atividade de regulação operada também via administração pública. A própria administração pública, às vezes, torna a legislação contraditória e ambígua, o que dificulta a comunicação ao invés de facilitá-la. Se não há clareza, teremos problemas no plano da efetividade da legislação e, conseqüentemente, desconfiança nas instituições.

As pessoas precisam se converter em verdadeiros especialistas para compreender qual é o direito vigente, que normas estão valendo e que normas não estão. (SOARES, 2009, p. 58).

Segundo Luzius Mader, uma das partes mais difíceis da atividade legislativa é a passagem do conteúdo normativo para o formato de uma norma (MADER, 2007, p. 202). Vários elementos tornam-se de essencial análise para que a mensagem seja transmitida de maneira efetiva. Primeiro, é fundamental reconhecer claramente a matéria legislada e, sobretudo, entender o contexto no qual a norma será inserida. Saber o nível normativo mais apropriado também é importante, isto é, verificar qual o melhor meio para veicular determinado assunto, se através de lei, de decreto, de resolução, entre outros. Resta, ao final, atentar-se à estruturação da regra, bem como à linguagem empregada (MADER, 2007, p. 203).

Elenca, ainda, algumas especificidades inerentes à comunicação legislativa, as quais a diferenciam da interlocução estabelecida em outras áreas. A transmissão das disposições legais é feita de forma unilateral, uma vez que inexiste um diálogo entre o legislador e o destinatário da norma. A legislação é posta por seus autores e cabe ao intérprete a compreensão do que nela estiver disciplinado. Há de ressaltar o caráter hierarquizado da comunicação, tendo em vista que o emissor da mensagem e o receptor não ocupam a mesma posição, sendo distanciados hierarquicamente. Além disso, os interlocutores são anônimos e despersonalizados, de modo não ser possível identificar, exatamente, as partes envolvidas na interação legislativa. Ainda, por tratar-se de comunicação prescritiva, é comum a utilização de uma linguagem técnica e jurídica, por mais que seja certificado o esforço do legislador em fazer o uso de termos mais acessíveis à população em geral (MADER, 2007, p. 204-205).

Por tais considerações que a Legística Formal é dotada de peculiar importância. A clareza, precisão e concisão para a boa redação das normas, como fatores de harmonização e uniformização legislativa, têm inferência direta na qualidade dos textos normativos. A

comunicação pautada nesses critérios irá refletir na aplicabilidade das leis, principalmente, pelo fato de conseguir alcançar àqueles a quem se destinam as mensagens.

A Legística Material, por sua vez, tem como objeto de pesquisa o processo elaborativo das normas, no intuito de subsidiar o legislador no momento em que este deve decidir pela criação de um novo dispositivo legal (ALMEIDA, 2009, p. 89). Em outras palavras, pode-se aduzir que essa dimensão da Legística busca decompor de forma analítica o processo de elaboração das leis, voltando a atenção para a faticidade e a realizabilidade das normas.

A Legística Material reforça a faticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação; seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, por meio da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico ou com a utilização de técnicas como *check list*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes, que permitem tanto realizar, diagnósticos e prognósticos como verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e os resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor. (SOARES, 2007, p. 8).

Assim, para a legítima verificação da efetividade da norma é indispensável a divisão da análise em algumas etapas que compõem a denominada Avaliação Legislativa – um estudo externalizado pela Legística Material para se mensurar o impacto a ser gerado com a edição da norma. Parte-se da identificação do problema, com o apontamento dos objetivos e das prováveis soluções para a situação detectada, atentando-se às respectivas consequências de cada uma delas. Nesse momento é realizada, também, a verificação da existência de atos normativos que tangenciam o assunto retratado, justamente para se evitar a permanência de regramentos antinômicos no ordenamento jurídico. Devem ser calculados, ainda, o impacto financeiro e os possíveis efeitos a serem vislumbrados com a vigência da norma (ALMEIDA, 2009, p. 89; MADER, 2007, p. 201; SOARES, 2007, p. 8-9).

Com maior detalhamento, constata-se que a avaliação começa com a definição do problema. Neste momento inicial identifica-se uma situação que, depois de apreciada, justifica a intervenção legislativa. O questionamento feito é se realmente existe a necessidade de se elaborar uma lei para solucionar o problema, examinando as circunstâncias real e desejável, bem como elencando os demais atos normativos que disciplinam o assunto. Em seguida, passa-se à fixação de objetivos, na certeza de que um problema bem definido fornece os meios essenciais para o alcance das finalidades projetadas. A escolha dos instrumentos e a pesquisa dos cenários vão buscar o contexto de inserção da pretensa norma a ser criada, para, depois, serem listadas as alternativas e soluções. Nesse estágio é importante realizar uma avaliação prospectiva, na qual serão calculados os impactos e efeitos potenciais, uma espécie de antecipação das consequências que tem por escopo prever como serão os resultados da

legislação. Com essa fase será possível obter o grau de concretude dos objetivos. Sendo a avaliação antecipada, de um evento futuro e desconhecido, este índice permitirá aferir se o ideal esperado foi, de fato, atingido. O próximo passo será a elaboração da lei e sua entrada em vigor. O encerramento das etapas da Avaliação Legislativa acontecerá na avaliação retrospectiva, após a geração de efeitos pela norma. A partir da análise realizada com a lei vigente, será verificada a necessidade de intervenção através da adaptação da legislação para a correção de falhas e inconsistências.

Miguel Lopes Romão sintetiza a avaliação legislativa na seguinte preleção:

Por avaliação legislativa pode entender-se a análise que o legislador, ou alguém que por este encarregue, deve desenvolver no sentido de compreender se um dado problema, uma vez definido com clareza, pode ser resolvido através de uma intervenção normativa pública, e em caso de resposta afirmativa, que características e que conteúdos normativos essa intervenção deve conter, combinando assim esta análise com sua própria intervenção jurídica e com a primeira percepção que necessariamente formula quanto à intervenção necessária. (ROMÃO, 2006, p. 224).

A dimensão material da Legística propõe, portanto, a procedimentalização metódica da elaboração das normas, que pende à melhoria da qualidade e eficácia das mesmas. Nos dizeres do professor da Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, na Suíça, Jean-Daniel Delley “antes de redigir a lei, é preciso pensá-la” (DELLEY, 2004, p. 101). Conter o impulso legiferante é uma das formas de controlar a proliferação de leis, tendo em vista que, na maioria dos casos, a criação de novo elemento normativo não é melhor alternativa. Ainda, há que se cogitar que o desprezo às técnicas e etapas acima delineadas acarreta prejudiciais consequências ao sistema normativo, como o *leading case* estudado na presente dissertação. Acaso fossem, ao menos, observados os regramentos que disciplinavam a incidência do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços nas importações, certamente, a situação atual de coexistência de normas antagônicas poderia ter sido reprimida.

3.2 A LEGÍSTICA COMO INSTRUMENTO PARA EVITAR A COEXISTÊNCIA DE REGRAMENTOS ANTINÔMICOS

A definição de Legística, sua principiologia e características foram minuciosamente apresentadas no capítulo anterior, indicando, ainda que de forma tênue, como a prevalência de atos normativos contraditórios pode ser refreada. Antes, porém, de dar continuidade à temática, é fundamental explicitar o que seria uma antinomia jurídica e, assim, demonstrar que a problemática do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços incidente nas importações merece o devido destaque.

Inicialmente, cumpre registrar a existência do Princípio da Não Contradição no Direito, como um postulado que defende a inconsistência em se ter, concomitantemente, uma afirmativa verdadeira e falsa, uma proibição e obrigação (DIMOULIS, 2010, p. 202). Os teóricos do Direito reconhecem que é possível se deparar com contradições no ordenamento, ainda que se pressuponha a consistência do sistema normativo³⁰. Para alguns juristas a antinomia é caracterizada pela existência de duas ou mais normas jurídicas que apresentam três características, quais sejam: ambas devem pertencer ao mesmo ordenamento; têm que ser válidas e aplicáveis, simultaneamente, para o mesmo caso; e revelar-se incompatíveis porque uma obriga e outra proíbe, ou pelo fato de uma obrigar ou proibir, enquanto a outra permite (BOBBIO, 1995, p. 86; DIMOULIS, 2010, p. 203).

No intuito de solucionar o conflito normativo provocado por regras dissonantes, o Direito apresenta alguns critérios. Pelo critério da superioridade, também conhecido como critério hierárquico, em uma análise dos níveis das legislações, tem-se que uma norma de grau superior prevalecerá sobre a inferior³¹. Constatando-se que as regras se encontram no mesmo patamar hierárquico, passa-se à verificação de qual norma é a mais recente³², partindo-se da conjectura de que, ao elaborar o novo ato normativo, o legislador tinha conhecimento dos demais que igualmente regulavam a matéria e, conscientemente, optou pela revogação dos anteriores. Por fim, pela especialidade, em se tratando de regras que estão em igual nível na pirâmide jurídica, valer-se-á daquela específica, que regulamenta o assunto de forma particularizada (BOBBIO, 1995, p. 91-97; DIMOULIS, 2010, p. 205-210). Sendo assim, diante de preceitos divergentes, os aludidos critérios podem ser invocados, tendo em vista o que bem destacou Norberto Bobbio, “O Direito não tolera antinomias” (BOBBIO, 1995, p. 81). Sabe-se, contudo, que, nem sempre, a incompatibilidade das normas será resolvida pelos parâmetros apresentados.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, mantendo correspondência com o raciocínio anteriormente explicitado, considera que uma antinomia jurídica restará configurada quando esta for insolúvel pelos critérios apresentados, além de se adequar a outros requisitos.

Temos antinomia pragmática quando as seguintes condições são preenchidas: (1) forte relação complementar entre o emissor de uma mensagem e o seu receptor, isto é, relação fundada na diferença (superior-inferior, autoridade-sujeito, senhor-escravo, chefe-subordinado etc.); (2) nos quadros dessa relação é dada uma instrução que deve ser obedecida, mas que também deve ser obedecida, mas que também deve

³⁰ O conceito de *consistência do sistema* é veiculado por Tercio Sampaio Ferraz Junior, segundo o qual “por consistência deve ser entendida a incoerência ou a extirpação de antinomias, isto é, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente.” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 206).

³¹ Em latim, *lex superior derogat legi inferior* (a norma superior revoga a inferior).

³² Em latim, *lex posterior derogat legi priori* (a norma posterior revoga a anterior).

ser desobedecida para ser obedecida (isto é, pressupõe-se uma contradição no sentido lógico-matemático e semântico); (3) o receptor, que ocupa posição inferior, fica numa posição insustentável, isto é, não pode agir sem ferir a complementaridade nem tem meios para sair da situação. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 209).

Nos termos da primeira condição, para que seja configurada uma antinomia jurídica, as regras devem materializar comandos emanados de autoridades competentes que estejam no mesmo patamar normativo e hierárquico. O segundo requisito exige que as ordens sejam formalmente contrárias, com conteúdos opostos. Pela terceira, e última, condição, ao receber a instrução, o sujeito deve se encontrar em uma posição indefensável, sem quaisquer opções para livrar-se dela. A antinomia estaria, igualmente, caracterizada, diante de um conflito de critério ou devido à ausência deles para solucionar determinada situação. Assim, por antinomia jurídica, tem-se

[...] a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 212).

Para finalizar a presente abordagem, ainda pela teoria desenvolvida por Ferraz Junior, faz-se necessário estabelecer a distinção entre mera contradição e antinomia. O simples fato de serem as normas antagônicas não significa que se esteja diante de uma antinomia jurídica. Para que haja o reconhecimento desta é fundamental identificar a presença de todos os elementos que a compõem (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 209).

Destarte, válido registrar que a existência de normas antinômicas não está restrita ao universo legislativo e, assim como no caso apreciado neste trabalho, uma súmula do Supremo Tribunal Federal e um dispositivo da Constituição da República podem indicar uma antítese. Segue-se à análise da Teoria do Diálogo das Fontes, no objetivo de evidenciar que a Legística também pode ser pensada na produção sumular que ocorre no âmbito jurisdicional.

3.2.1 Teoria do Diálogo das Fontes

Oportunamente, ao se retratar as funções do Estado, concluiu-se que a interpretação das atribuições de cada ente estatal não pode ser feita de forma hermética. A atipicidade perpetrada nas tarefas do Legislativo, Executivo e Judiciário se justifica pela própria organização sistemática do governo. Da mesma forma, a tradicional acepção das fontes do Direito precisou ser repensada. Conceber uma teoria que não acolhe a dinamicidade do ordenamento jurídico se traduz em incompatibilidade. Por mais que seja afirmada a existência

de uma hierarquia entre os elementos que subsidiam as decisões, não é plausível concordar com a ideia de que apenas um deles é legítimo para trazer a resposta mais adequada às demandas judiciais.

É nesse contexto que surge a Teoria do Diálogo das Fontes, a qual considera que as múltiplas fontes que integram o sistema jurídico – leis, jurisprudências, doutrinas, costumes – devem ser utilizadas para se obter soluções eficazes e justas. A referida teoria foi desenvolvida pelo professor alemão, Erik Jayme, sendo difundida no Brasil pela professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Cláudia Lima Marques. Em contraposição da ideia de que as leis devem ser analisadas isoladamente, ao se fornecer novos meios para resolução dos conflitos, busca-se maior harmonização do sistema normativo, o qual deve ser compreendido como um conjunto, uno e indivisível.

O arcabouço teórico mencionado evidencia que a lei não pode ser mais entendida como elemento principal do ordenamento. Ainda que se sustente que as legislações são dotadas de imparcialidade, devido ao seu caráter generalizante, abstrato e impessoal, esta não é a última e mais adequada fonte para resposta aos debates. Cláudia Lima Marques, na menção às fundamentações filosóficas e sociais da teoria alemã de Erick Jayme, arguta as seguintes observações:

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo. Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do “*droit à la différence*” (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. [...] Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo. (MARQUES, 2004, p. 43-44).

Diante da complexidade das legislações, resta claro o objetivo vislumbrado com a interlocução das fontes, qual seja, o de conceder aos intérpretes das normas novos instrumentos para deslindar as controvérsias. Insta citar, em consonância ao que fora explanado acerca das antinomias jurídicas, que o surgimento da Teoria do Diálogo das Fontes está atrelado à insuficiência dos critérios legais e doutrinários apontados para sanar os

embates entre regras divergentes. Repisa-se, pensar em ordenamento jurídico equivale à compreensão de um sistema dinâmico, harmonizado e integrado de normatizações. Conseqüentemente, assimilado de maneira conjunta, não é incomum o encontro de regras no mesmo sentido, o que é melhor pacificado pelo consentimento de que as fontes estão interligadas, ao invés da utilização de hipóteses objetivas para situações que estão permeadas de subjetividade.

A supradita teoria, portanto, não coaduna com o ideal de predominância de uma norma em detrimento de outra, até mesmo porque inexitem leis suficientes para decifrar todas as demandas apresentadas judicialmente. A perfeita e justa percepção das fontes do Direito deve sustentar a utilização simultânea de todos os meios para se alcançar uma conclusão coerente.

Há que se cogitar nesse ínterim a omissão legislativa do Estado em diversas situações. Ainda que legislar seja a função propedêutica do Legislativo, o excesso de preocupação com matérias de questionável importância desvirtua a concentração para o que, realmente, exige uma norma como resposta. O clamor social, contudo, não é afastado por questões de ordem política, de forma que o Judiciário é compelido a manifestar-se e, até mesmo, a editar enunciados na tentativa de apresentar soluções que naturalmente não seriam de sua incumbência. A jurisprudência emerge como fonte a impulsionar a produção legislativa e, por mais que seja alvo de discussões quanto à sua legitimidade, é incontestável que o Legislativo acolhe o costume judicial.

Não bastasse a conduta omissiva, o que se vislumbra em algumas circunstâncias é a desconsideração, por parte do Estado, das demais fontes que nutrem o Direito. No caso fiscal ora em comento, ao que se passa analisar no capítulo subsequente, quando da edição da Emenda Constitucional nº 33, em 2001, não foram averiguadas as demais normas que disciplinavam o mesmo assunto. Lapso este de desatenção que culminou no surgimento da contradição jurídica, a qual a Legística visa suplantar com os métodos que delibera.

Desse modo, objetivou-se solidificar com a sucinta elucidação acerca da Teoria do Diálogo das Fontes que as formas normativas devem ser reputadas de igual força. Assim, por mais que se tenha recorrido sobre a Legística tão somente na atividade legiferante, é possível defender que a aludida sistematização do processo elaborativo das normas poderia ser, também, cogitada na produção sumular, tendo em vista ser este um procedimento de criação de instrumentos normativos de caráter vinculante, ainda que em atipicidade da função jurisdicional.

Explicitadas as devidas considerações, prossegue-se aos esclarecimentos de como algumas etapas da Legística Material poderiam ter evitado a permanência de regramentos

antinômicos no cenário normativo brasileiro, principalmente no que se refere à problemática da sujeição passiva do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços incidente nas importações.

3.2.2 Definição do problema que demanda a intervenção legislativa, avaliação prospectiva e retrospectiva

Conforme detalhadamente evidenciado em tópico anterior, no contexto da avaliação legislativa são sugeridas várias fases pela Legística Material no escopo de melhorar a qualidade dos atos normativos. Contudo, o momento de definição do problema e as avaliações prospectiva e retrospectiva são as que fazem jus a maior ênfase em consideração ao tema objeto desta dissertação. Discute-se a insegurança jurídica provocada pela permanência concomitante da Súmula nº 660, do Supremo Tribunal e do artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a” da Constituição da República, uma vez que tais dispositivos desobrigam e vinculam a retenção do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços nas importações realizadas por não contribuintes do tributo.

A demarcação do problema que demanda a intervenção legislativa também é estratificada em etapas (DELLEY, 2004, p. 103-115). Inicialmente, o Estado é interpelado por inquietações de casos concretos que reclamam uma atuação. A correta identificação e formulação do problema estão pautadas na análise de uma realidade sob a qual conclui ser necessária a regulamentação pública. Cumprido esse estágio inicial, passa-se ao reconhecimento dos motivos que cancelam a criação da norma, bem como dos objetivos que se pretende alcançar com a introdução da mesma no ordenamento. Destaque para o fato de que essa fase influencia, diretamente, na avaliação retrospectiva, que embora ainda não tenha sido detalhada, refere-se a um diagnóstico realizado após a vigência da regra. É prudente, também, detectar quais os meios serão utilizados para não ocorrer qualquer subversão e, ao contrário de resolver, gerar mais conflitos.

Em seguida, deve ser procedida uma decomposição da estrutura do problema, a qual, na visão de Delley, requer a existência de duas condições: uma insatisfação que permita perceber certa distância entre a situação atual e a futura, advinda mediante a participação legislativa do Estado, e a imputação de responsabilidade, tendo em vista ser crucial o discernimento das causas para encontrar as adequadas soluções (DELLEY, 2004, p. 109).

A principal etapa consiste no procedimento, isto é, momento no qual se aprofundará sobre o tema questionado. Em que consiste o problema, a quem ele pode ser atribuído, em

quais condições surgiu, quais são as suas causas, se é permanente ou temporário, quem são as partes afetadas, são algumas das perguntas que devem ser realizadas antes de se legislar. A chamada *análise da situação* (DELLEY, 2004, p. 111) visa à reunião de todos os elementos disponíveis através de sondagens e pesquisas de opinião para, então, condensar a gravidade do problema com a necessidade em normatizar.

Outro momento de igual importância, e que guarda profunda correspondência com o caso do ICMS nas importações, é verificar se a situação cuja intervenção é almejada encontra-se regulamentada por outras normas. Observada essa circunstância, é imprescindível uma avaliação mais cautelosa. A imprecisão ao se identificar o problema, a sua evolução no tempo, a inadequação dos meios escolhidos, ou, até mesmo, lacunas na lei anterior podem justificar a intervenção legislativa ainda que exista uma norma versando sobre a temática (DELLEY, 2004, p. 113). A preocupação nesse estágio deve se concentrar em evitar regramentos que sejam dissonantes, de modo que a decisão por normatizar seja totalmente consciente e devidamente calculada.

A técnica de definição do problema por meio de indagações é consubstanciada na chamada *modelização causal*, a qual pode ser materializada em um gráfico que em muito contribui para o fechamento do ciclo de conhecimento das situações que fomentaram a atividade legiferante.

O gráfico de modelização causal é uma técnica de representação do problema. Ele permite visualizar o problema decompondo-o em diferentes fatores, [...] A vantagem dessa modelização, puramente qualitativa, é facilitar a vista panorâmica do problema e de seus diferentes elementos sob uma perspectiva dinâmica, o que não é possível com mera verbalização do problema.

[...]

Desse modo, o legista dispõe de uma representação da realidade que lhe permitirá, eventualmente, elaborar uma estratégia de ação adequada ao problema a resolver. (DELLEY, 2004, p. 113-115).

Jean-Daniel Delley conclui ressaltando a importância em se sistematizar o problema demandado:

Definir o problema constitui o primeiro passo de uma análise sistêmica que toma a forma de um processo iterativo. A qualidade dessa etapa é de fundamental relevância, pois os resultados obtidos constituem a matéria-prima sobre a qual trabalhará o legista. (DELLEY, 2004, p. 115).

Constatado o problema e atendidas às etapas subsequentes designadas pela Legística Material, é fundamental discorrer acerca das avaliações prospectiva e retrospectiva. Um importante conceito de avaliação pode ser extraído do glossário de termos utilizados no Relatório Mandelkern.

Avaliação. O processo que consiste em analisar a eficácia dos actos e dos processos normativos. Existem dois tipos de avaliação: a avaliação *ex ante*, que assenta na utilização de instrumentos como a avaliação de impacto, a consulta e a análise do processo normativo, com vista a garantir a realização de todas as fases do processo; e a avaliação *ex post*, que analisa designadamente a eficácia do processo normativo em questão, muitas vezes com base numa lista de verificação. (MANDELKERN, 2000, p. 135-136).

A avaliação prospectiva, ou *ex ante*, tangencia a noção de causa e efeito na busca das consequências plausíveis e prováveis, sem atuar no campo das certezas. De refinada observação objetiva-se averiguar os impactos que a legislação irá produzir sobre a realidade social de uma população que, através da atuação legislativa estatal, aspira ver seus interesses satisfeitos. Por decorrência lógica, uma projeção genuinamente intuitiva não é suficiente para caracterizar a avaliação legislativa. Esta deverá se guardar de estudos científicos e sistêmicos que, imparcialmente, consigam exprimir não apenas as conclusões, mas, também, as fundamentações de cada constatação (MADER, 1991, p. 42-44).

Especificamente para a situação tributária a que se dedica a análise desta dissertação, a avaliação realizada antes do vigor da norma e, em determinados contextos, precedente, inclusive, da própria opção por legislar, seria útil para controlar o cumprimento de todas as etapas do procedimento metódico de elaboração. Não examinar os demais regramentos que disciplinam o mesmo tema equivale a se responsabilizar pela vulnerabilidade jurídica promovida por normas antagônicas.

Como fora demonstrado, a análise em caráter prospectivo, orienta-se pela probabilidade, de modo que não visualizar todos os efeitos no momento *ex ante* é plenamente razoável. Por esse motivo, e para a completude da Legística Material, que se idealiza a avaliação retrospectiva, ou *ex post*, a qual apreciará a norma depois de introduzida ao ordenamento jurídico.

Uma impecável apreciação posterior estaria alicerçada em três pilares: efetividade, eficácia e eficiência (MADER, 1991, p. 46-48). Pela efetividade será feita a verificação do comportamento dos destinatários, se estes agem em conformidade com o modelo normativo imposto. A eficácia opera no plano dos efeitos, ou seja, além de serem respeitadas, é necessário verificar se através das regras foram atingidos os objetivos imaginados. Por fim, a eficiência culminará na análise custo-benefício, na comparação dos meios utilizados com os resultados obtidos.

Realizada a avaliação *ex post*, sendo aferidas falhas na norma vigente, a oportunidade é de adaptação da legislação para as correções que forem inevitáveis. Nota-se, assim, o contínuo esforço para se alcançar legislações de maior qualidade. O que não for identificado

em momento anterior poderá ser revertido em uma avaliação mais precisa e real, sob os aspectos decorrentes da regra durante o seu vigor.

Os cuidados elencados devem ser aprendidos por todos que atuam na edição de atos normativos, incluídos o Executivo e, principalmente, o Judiciário na produção sumular. A partir do momento em que o sistema jurídico acata a criação de súmulas e considera os seus enunciados legítimos, estes se tornam de obrigatória observância durante o procedimento legislativo. Não é demasiado reiterar. A Legística pode evitar a coexistência de normas contrárias e, assim, a presente pesquisa identifica as três etapas acima retratadas como o caminho para se limitar o nascimento e a manutenção de antinomias no ordenamento.

A análise tributária traçada a seguir possibilitará a conclusão de que a Legística, juntamente com as considerações acerca da estruturação processual legislativa, acaso fosse aplicada de maneira fidedigna, poderia ter contido ou retificado a incompatibilidade existente na ordem jurídica em virtude da prevalência de regramentos contraditórios.

4 A PROBLEMÁTICA DA SUJEIÇÃO PASSIVA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS NAS IMPORTAÇÕES

A Constituição da República define a competência tributária dos entes federados. Especificamente, em se tratando dos Estados e do Distrito Federal, no seu artigo 155³³ são apresentados os impostos que poderão ser instituídos por tais unidades federativas. Na precisa sequência do texto, o imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doações de quaisquer bens ou direitos, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, bem como o imposto sobre a propriedade de veículos automotores são os que competem aos Estados e ao Distrito Federal. Cada exação apresenta as suas peculiaridades, mas, dentre as que perfazem a competência estadual, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – é o que ganha maior destaque, tanto pelo fato de ser um dos tributos de maior arrecadação do país, tanto pelas inúmeras discussões provenientes das suas hipóteses de incidência.

Uma das celeumas que envolve o ICMS tangencia a definição do sujeito passivo da relação jurídico-tributária em se tratando, especificamente, da importação de mercadorias, sendo esta a exemplificação apta a representar as teorias da presente dissertação. Contudo, antes de se aprofundar nos posicionamentos e interpretações referentes ao tema-problema, é fundamental apresentar as principais características do imposto em estudo em sua acepção geral para, em seguida, discorrer acerca da antinomia existente no ordenamento jurídico brasileiro no tocante à cobrança de ICMS sobre mercadorias importadas. Nesta análise serão discriminados os aspectos especiais do referido imposto estadual, com ênfase ao Princípio da Não Cumulatividade, além das especificidades desta tributação quando incidente sobre as importações. Realizadas as citadas observações, o exame jurisprudencial da temática, juntamente com a exposição do entendimento atual da Corte Suprema, estabelecerá o fechamento das ideias do capítulo.

³³ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III - propriedade de veículos automotores (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (BRASIL, 1988).

4.1 O IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL, INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - ICMS

Nos termos do inciso II³⁴, do artigo 155, da Constituição da República é facultada aos Estados e ao Distrito Federal a cobrança de um imposto pelo trânsito de mercadorias e execução de determinados serviços, ainda que as prestações e operações tenham se iniciado no exterior. Trata-se do chamado Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, sintetizado na sigla ICMS.

Anteriormente, pelo texto da Constituição de 1934, havia um imposto incidente sobre a venda em toda a sua cadeia de circulação, do produtor até chegar ao consumidor final. Era o chamado Imposto sobre Vendas e Consignações – IVC. Em dezembro de 1965, com a edição da Emenda Constitucional nº 18, surge um imposto no âmbito dos Estados sobre o deslocamento de mercadorias que era conhecido pela sigla ICM, Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias, o qual foi utilizado como base para a criação do ICMS. Com o advento da Constituição de 1988, foram incorporados ao tributo estadual alguns serviços, antes de competência dos Municípios e da União, o que ensejou a inserção da letra “S” à sigla.

Visando a maior uniformização dos critérios de incidência do ICMS, a Constituição, em seu artigo 146, determinou a edição de lei complementar para se delimitar as regras gerais a serem cumpridas pelos Estados, especificamente, na definição dos *respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes*³⁵. Pelo fato de o ICM ter precedido à criação do ICMS, em um momento inicial, ao novo imposto eram aplicadas as disposições do Decreto-Lei nº 406/1968, o qual regulamentava o tributo anterior. Em 13 de setembro de 1996, foi promulgada a Lei Kandir, ou Lei Complementar nº 87, disciplinando as principais questões atinentes à referida exação. Com o passar dos anos, na medida em que se faziam necessárias,

³⁴ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (BRASIL, 1988).

³⁵ Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (BRASIL, 1988).

novas leis complementares foram editadas para adequação das características do imposto às inescusáveis inovações.

O Imposto sobre as operações de Circulação de Mercadorias e sobre a prestação de Serviços é um tributo classificado como fiscal, o que significa que a sua finalidade é predominantemente arrecadatória. No tocante à materialidade do imposto, têm-se as seguintes situações de incidência: a) operações relativas à circulação de mercadorias; b) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, ainda que iniciados no exterior; e c) prestação de serviços de comunicação. O aspecto material de maior relevância é o que observa as operações de circulação de mercadorias, de forma que, para a sua correta compreensão, alguns doutrinadores apontam a necessidade de distinções conceituais do que vem a ser *operação*, *circulação* e *mercadorias*.

A terminologia *operação* possui significados diferentes de acordo com a acepção física, econômica ou jurídica. O sentido jurídico é o que importa ao tratar-se de ICMS e, em consonância ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, *operação* exprime o negócio jurídico de natureza econômica que conduz a mercadoria da produção ao consumidor final³⁶. Em referência à definição trazida por Geraldo Ataliba, deve-se concentrar a análise nas operações realizadas, sendo a circulação da mercadoria apenas a transação jurídica que no contexto tributário será o fato gerador do imposto estadual.

[...] é a operação – e apenas esta – o fato tributado pelo ICMS. A circulação e a mercadoria são consequências e meros aspectos adjetivos da operação tributada. Prestam-se, tão-só a qualificar – dentro do universo possível das operações mercantis realizáveis – aquelas que ficam sujeitas ao tributo, *ex vi* de uma eficaz qualificação legislativa. Não é qualquer operação realizada que se sujeita ao ICMS. Destas, apenas poderão ser tributadas as que digam respeito à circulação atinente a uma especial categoria de bens: as mercadorias. (ATALIBA, 1990, p. 74).

Em continuidade, o termo *circulação* é compreendido juridicamente como a *transferência da posse ou da propriedade da mercadoria*³⁷. Sem maiores repercussões práticas, para o universo jurídico a circulação implica em mudança de titularidade, o que permite não se limitar às acepções econômica ou física e criar, assim, um conceito que seja capaz de auxiliar os fatos tributários.

³⁶ O conceito de *operação* foi trazido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 74.852-SP, no qual dispôs que em operação não caberá a “incidência a circulação como simples movimentação, de um ponto a outro, sem que ato econômico algum constitua. Por outras palavras, a simples saída física de bens de estabelecimento, sem que nesse ato se vislumbre operações de natureza econômica, não se traduz em fato gerador do imposto.”. (BRASIL, 1973).

³⁷ Assim como aconteceu ao definir operação, o Supremo Tribunal Federal também conceituou circulação em sede de julgamento de um Recurso Extraordinário. (RE nº 70.613-SP). (BRASIL, 1971).

Por fim, a expressão *mercadoria* é definida em observância à destinação comercial e à natureza do objeto circulado. Este conceito sofreu algumas ampliações, como no caso da incorporação do fornecimento de energia elétrica às hipóteses de cobrança do ICMS, retirando o sentido tão somente corpóreo do termo. Na hialina conceituação expendida por Souto Maior Borges:

Mercadoria é o bem móvel, que está sujeito à mercancia, porque foi introduzido no processo circulatório econômico. Tanto que o que caracteriza, sob certos aspectos, a mercadoria é a destinação, porque aquilo que é mercadoria, no momento que se introduz no ativo fixo da empresa, perde esta característica de mercadoria, podendo ser reintroduzido no processo circulatório, voltando a adquirir, conseqüentemente, essa conotação de mercadoria. (BORGES, 1999, p. 75).

Para a configuração da finalidade comercial recorre-se às orientações explicitadas no artigo 4º, da Lei Complementar nº 87/1996, segundo o qual o contribuinte do tributo ora estudado é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize as atividades com habitualidade ou em volume que evidencie o intuito comercial³⁸. Observa-se que o caráter comercial estará presente conforme a frequência em que são feitas as operações e, também, em razão da quantidade de bens ou mercadorias em circulação, que deve ser suficiente para atestar uma atividade mercantil³⁹.

No que tange aos outros fatos geradores do ICMS, são tributados os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os de comunicação, cujo enquadramento na competência estadual se justifica pelo fato de tais serviços extrapolarem os limites dos territórios municipais. Seria impraticável delegar a competência aos Municípios, uma vez que a existência de várias regras distintas, conforme a localidade, geraria um verdadeiro inconveniente à regular cobrança do tributo.

Outras características do imposto merecem especial atenção. A seletividade – relacionada à fixação de alíquotas conforme a essencialidade do produto – é facultativa para o ICMS. Essa regra preceitua que para os gêneros declarados essenciais devem ser aplicadas alíquotas menores, enquanto para os supérfluos, alíquotas maiores. Para tal parametrização são consideradas as necessidades básicas e vitais de um ser humano normal, sendo irrelevante a circulação de mercadorias supérfluas. O que se pretende é preservar a dignidade humana e,

³⁸ Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (BRASIL, 1996).

³⁹ Inexiste um consenso legal ou doutrinário acerca de qual seria o volume capaz de configurar o intuito comercial e, assim, afirmar com exatidão quem são os verdadeiros contribuintes do ICMS. A ideia comumente compartilhada é de que o *volume* deve ser utilizado como um indicativo para definir a sujeição passiva, o que, pela razoabilidade, será aferido de forma casuística.

ainda, assegurar o cumprimento de outros princípios constitucional-tributários. O respeito à capacidade contributiva⁴⁰ e à isonomia⁴¹ deve sempre ser analisado como um ideal a alcançar. Ainda que pela natureza da prestação seja inviável a personalização, como no caso do ICMS, vale a tentativa de frear as arbitrariedades do Estado, auxiliando a população na manutenção de suas despesas notadamente substanciais.

Diferentemente da seletividade, a não cumulatividade é de caráter obrigatório. Contudo, devido à importância do indigitado princípio para o ICMS cobrado sobre mercadorias importadas, far-se-á a análise do mesmo em tópico apartado.

A base de cálculo do ICMS, ressalvadas as suas particularidades, consubstanciará no valor da operação referente à circulação da mercadoria ou, sendo um serviço, sobre o respectivo preço cobrado para a execução do mesmo. A constituição do crédito tributário perante o estado competente ocorrerá através do lançamento por homologação, visto que é o sujeito passivo quem realiza os cálculos atinentes ao montante tributado, adianta o pagamento e submete à apreciação das autoridades estatais para que verifiquem o procedimento e corrijam o que for eventualmente devido.

Por fim, distante de abarcar todas as características do imposto e considerando os objetivos da pesquisa, o que se pretendeu foi traçar os principais aspectos do tributo estadual incidente sobre a circulação de mercadorias e serviços, os quais, de alguma forma, influenciam na temática a ser detalhada.

4.1.1 Princípio da Não Cumulatividade

Assim como mencionado, o Princípio da Não Cumulatividade apresenta singular relevância ao estudo do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente nas importações. A ideia da não cumulação em impostos surgiu com o ICM, Imposto sobre Circulação de Mercadorias, desvinculando a existência somente da tributação em cascata que

⁴⁰ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 1988).

⁴¹ Os princípios da capacidade econômico-contributiva e da isonomia estão insculpidos na Constituição da República. A igualdade, em perfeita coerência à lógica aristotélica, busca destinar um tratamento igualitário àqueles que se encontram na mesma situação e diferir os que, por motivos especiais e diversos, estão em condições diferentes. A capacidade contributiva, por sua vez, é nítida decorrência do postulado da isonomia, uma vez que, especificamente no contexto tributário, ao se falar em igualdade tem-se o pensamento convergido ao montante que cada um pode contribuir.

caracteriza um imposto cumulativo. O instituto também foi reproduzido no inciso I, do parágrafo 2º, do artigo 155, da atual Constituição da República.

Art. 155 [...]

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

[...]

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; (BRASIL, 1988).

Em simples definição, a não cumulatividade é uma regra que se traduz na possibilidade de compensação, em cada operação, do imposto cobrado na etapa anterior, sendo, no contexto brasileiro, adotada a sistemática de *débitos e créditos*⁴². O constitucionalista José Afonso da Silva, em abalizada lição esclarece a operacionalização da não cumulatividade em termos pragmáticos.

[...] Na prática, isso se faz mediante um sistema de crédito, pelo qual o contribuinte se credita de todo o imposto que pagou ao adquirir os produtos (ou matéria-prima, no caso do IPI) ou mercadorias ou serviços (no caso do ICMS) em dado espaço de tempo (um mês, p. ex.) fixado em lei, ao mesmo tempo em que debita todo o imposto incidente sobre as saídas dos produtos ou mercadorias do seu estabelecimento no mesmo período é feita a compensação entre o crédito e o débito, recolhendo a diferença a mais ou continuando com o crédito para o período seguinte se o crédito for maior. Vale dizer, em cada operação o imposto incide efetivamente sobre o valor adicionado. (SILVA, 2014, p. 729-730).

O objetivo idealizado com essa técnica é o de minimizar a carga tributária que recai sobre os consumidores finais. Isso porque a prestação de serviços e a produção e circulação de mercadorias, ambas hipóteses de incidência do imposto, têm como destinatário o consumidor final, o qual ocupa a última posição na linha das operações. Quando comparados os impactos financeiros decorrentes de um imposto cumulativo e de um não cumulativo, é possível vislumbrar que este resultará em maior benefício ao contribuinte final. Assim, justifica-se o postulado ora em comento pela prevenção às distorções comumente impostas e, igualmente, para que sejam evitadas consequências danosas aos preços, ao consumo e ao sistema econômico-financeiro, de maneira geral.

Voltada ao fiel cumprimento do cânone que disciplina, a Constituição determina, ainda, que caberá à lei complementar regulamentar o regime de compensação do imposto,

⁴² Ricardo Alexandre bem preleciona que os termos *débito* e *crédito* não são utilizados na acepção contábil, uma vez que a visão jurídica é exatamente oposta. Na explicação do aludido sistema, o autor apresenta que “A cada aquisição tributada de mercadoria, o adquirente registra como crédito o valor incidente na operação. [...] A cada alienação tributada de produto, o alienante registra como **débito** o valor incidente na operação. [...] Periodicamente, faz-se uma comparação entre os débitos e créditos. Caso os débitos sejam superiores aos créditos, o contribuinte deve recolher a diferença aos cofres públicos. Caso os créditos sejam maiores, a diferença pode ser compensada posteriormente ou mesmo, cumpridos determinados requisitos, ser objeto de ressarcimento.”. (ALEXANDRE, 2013, p. 585, grifo no original).

com fundamento no artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “c”⁴³. É indispensável um aparte nesse aspecto, tendo em vista que tal disposição não autoriza quaisquer restrições ou limitações ao direito de abater os débitos com os relativos créditos. Desse modo, à legislação complementar fica reservada somente a definição dos elementos fundamentais à execução da sistemática de compensação⁴⁴.

Remetendo-se à obrigatoriedade do Princípio da Não Cumulatividade, tem-se que a observância ao mesmo abrange tanto os contribuintes, quanto os estados. Nota-se, assim, uma reciprocidade das relações. Significa dizer que não se configura apenas uma faculdade dos sujeitos passivos. Estes não devem pagar mais do que o estipulado, da mesma forma que a Fazenda Estadual não pode receber algo além do que faria jus, posto que os recursos públicos são controlados pela estrita legalidade e dependem de previsão em dotação orçamentária.

A Não Cumulatividade está intrinsecamente relacionada com outros princípios tributários consagrados pela Constituição da República. Comunica-se com o postulado de proibição do efeito confiscatório nas situações em que não se permite o abatimento dos créditos pelo contribuinte, o que caracteriza dupla incidência tributária (MELO, 2005, p. 224). No encontro com a igualdade e a capacidade contributiva, a não cumulatividade também busca a uniformização dos recolhimentos a serem efetivados, de modo a proteger os consumidores e impedir benefícios ilegítimos (MELO, 2005, p. 224). A correspondência entre os princípios revela a imprescindibilidade da não cumulatividade para a ordem econômico-financeira e tributária, reforçando a atenção ao cumprimento das suas prescrições.

Certo é que um dos elementos diferenciadores do ICMS consiste na ausência de cumulatividade na sua cadeia de transações. E, em decorrência disso, as alterações no referido instituto devem ser cautelosas. A não cumulatividade pode ser elevada à categoria de cláusula pétrea, por considerar que, assim como as interligações retrocitadas, este princípio está adstrito ao pacto federativo e ao princípio republicano.

[...] o Sistema Tributário Nacional, que regula pormenorizadamente a matéria tributária, mantém relação com a Constituição toda, em especial com os princípios formais e materiais fundamentais – independentemente de estarem expressa ou implicitamente previstos – e com os direitos fundamentais, sobretudo com as

⁴³ Art. 155 [...]

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

[...]

XII - cabe à lei complementar:

[...]

c) disciplinar o regime de compensação do imposto; (BRASIL, 1988).

⁴⁴ José Eduardo Soares de Melo claramente destaca: “No ato de disciplinar, não pode o legislador complementar, determinar ou especificar os bens, produtos, mercadorias e serviços que permitem (ou não) o crédito do imposto, nem fracionar esse direito a período de tempo ou utilização.” (MELO, 2014, p. 235).

garantias de propriedade e de liberdade; os *princípios sistematicamente fundamentais* (*systemtragenden Prinzipien*), que mantêm vinculação com o poder de tributar e atribuem significado normativo a outros princípios, são o princípio republicano, o princípio federativo, o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade. (ÁVILA, 2010, p. 21).

Depreende-se, portanto, que o postulado objeto da presente análise não poderia sofrer modificações tendentes a suprimi-lo, apenas aquelas que ampliassem o seu alcance. Pela importância do conteúdo, observa-se que o próprio texto constitucional dedica-se em blindar a mudança do que é substancial. Sob o ponto de vista prático, as consequências da alteração na não cumulatividade ultrapassariam o pretense desrespeito aos ditames constitucionais para acarretar severos impactos sobre os contribuintes. Essa é a contribuição apresentada pelo tributarista José Soares de Melo:

A não cumulatividade tem origem na evolução cultural, social, econômica e jurídica do povo. Sendo essencial, a sua supressão do texto constitucional inevitavelmente causaria um sério e enorme abalo em toda estrutura sobre o qual for organizado o Estado. Constituindo-se num sistema operacional destinado a minimizar o impacto do tributo sobre os preços dos bens e serviços de transporte e de comunicações, a sua eliminação os tornariam artificialmente mais onerosos. Caso fosse suprimida, a cumulatividade tributária geraria um custo artificial indesejável aos preços dos produtos e serviços comercializados. Esses preços estariam totalmente desvinculados da realidade, da produção e da comercialização. (MELO, 2005, p. 223).

Em que pese todas as considerações traçadas, a não cumulatividade é alvo de constantes embates jurídicos, principalmente por ser um detalhe sensível de alguns impostos. As conclusões são irrefutáveis. Considerar o ICMS não cumulativo para alguns casos e ignorar em outros equivale a torná-lo justamente o contrário, um tributo cobrado em cascata, de caráter cumulativo. E é exatamente sobre essa questão que recai uma das discussões acerca do ICMS incidente nas importações, as quais se dedica a seguir.

4.2 O IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS INCIDENTE NAS IMPORTAÇÕES

A Constituição, em seu artigo 155, delinea os impostos de competência dos Estados e do Distrito Federal. Dentre eles, no inciso II⁴⁵, é facultado aos referidos entes a cobrança de um imposto pelo trânsito de mercadorias e execução de determinados serviços. O fato gerador

⁴⁵ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (BRASIL, 1988).

do gravame é abrangente e engloba várias hipóteses de incidência voltadas às atividades que regulamenta, sendo uma delas a importação.

O ICMS Importação materializa a execução de negócios jurídicos referentes à importação de serviços, bens ou mercadorias provenientes do exterior. Além dos demais tributos recolhidos, conforme a Constituição da República, o imposto estadual deverá ser arrecadado independentemente da destinação ou da finalidade dos bens em circulação. A operação pode ser para comercialização, consumo, uso próprio, industrialização, integração de ativo ou prestação de serviços. Em qualquer destas estará caracterizado o fato gerador e, conseqüentemente, configurado o surgimento da obrigação tributária com o dever de pagamento. Inclusive, há de se ressaltar, que nos casos de admissão temporária – bens que entrarão no país para permanecer durante um período, mas sem caráter definitivo – também poderá existir o recolhimento do ICMS, exceto se a legislação infraconstitucional manifestar de forma contrária.

Quanto aos serviços objeto de tributação nas importações pelo imposto estudado, em sucinta apreciação, para gerar a cobrança da exação sobre o transporte, este deverá começar e ser concluído no exterior, inexistindo aparato constitucional que fundamente qualquer outra possibilidade, como o transporte iniciado no exterior e finalizado no Brasil. No que se refere à comunicação, a disposição da Constituição é taxativa e determina que o recolhimento somente aconteça para o serviço prestado, exclusivamente, fora das fronteiras do país.

Nessa tônica, o professor da Universidade Federal do Maranhão, Eliud José Pinto da Costa, sintetiza:

Não basta, também, que os bens ou mercadorias ingressem em território nacional para que se vislumbre a incidência do ICMS. É necessário que o ingresso decorra de importação. Desse modo, não são alcançados pelo imposto os bens que apenas transitam pelo território nacional com destino a outro país, seja pela via aérea, com as aeronaves que aterrissam em aeroportos nacionais para serem abastecidas; embarcações estrangeiras que aportam para o mesmo fim ou para captarem passageiros; transportes ferroviários ou rodoviários que cruzam o território brasileiro. Enfim, os bens ou serviços que não se destinam ao Brasil não poderão ser tributados. Simples movimentos físicos de mercadorias não satisfazem a regra de incidência do imposto. (COSTA, 2008, p. 157).

A base de cálculo do tributo deve corresponder à operação de circulação promovida ou à prestação de serviços realizada. Em outras palavras, terá de ser quantificado o montante pago pelas mercadorias ou bens e o preço do serviço. Cumpre registrar, apenas, que o ICMS demanda a existência de onerosidade⁴⁶ para a sua incidência sobre os serviços de transporte e

⁴⁶ José Eduardo Soares de Melo define a onerosidade no ICMS como um elemento revelador da capacidade contributiva. (MELO, 2014, p. 219).

de comunicação, tendo em vista que não haverá a cobrança nos serviços executados a título gratuito. É importante observar que por se tratar de importação o valor referente ao serviço, bem ou mercadoria expresso em moeda estrangeira deverá ser convertido para a moeda nacional, tendo por base a mesma taxa cambial⁴⁷ utilizada na apuração do imposto de importação⁴⁸. E se, em respeito à legislação relativa, houver arbitramento do montante pela autoridade aduaneira, este prevalecerá sobre o que tiver sido declarado.

Ainda no aspecto quantitativo, quanto às alíquotas não existem muitas reflexões jurídicas a serem prescritas. A fixação do percentual a incidir sobre a base de cálculo encontra-se em estrito cumprimento às Resoluções do Senado Federal, no intuito de dirimir a guerra fiscal entre os estados brasileiros e atuar na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

O critério temporal, definidor do momento para se adimplir o ICMS Importação, desconsiderando as discussões mais aprofundadas a respeito, será no momento do desembarço aduaneiro, visto que a lei complementar que disciplina o tributo determina a sua incidência sobre a entrada das mercadorias ou bens importados no Brasil. Acaso sejam os materiais provenientes do exterior entregues antes do desembarço, reputa-se a esse instante a ocorrência do fato gerador⁴⁹.

O território nacional (ou aduaneiro) caracterizará o aspecto espacial. Por mais que atualmente grande parte das transações internacionais, ainda que realizadas por pessoa física, sejam operacionalizadas por meios eletrônicos, é inegável que em algum lugar haverá a entrada física do bem. Não há maiores considerações sobre a localização, a não ser as referentes à sujeição ativa.

Por fim, no tocante ao critério pessoal, sujeição ativa e passiva, o ICMS Importação perpassa por frequentes questionamentos. O local correto de recolhimento do imposto não é de fácil definição. A unidade federativa à qual caberá o tributo não será aquela em que acontecer a simples entrada física do bem, com o desembarço aduaneiro. O imposto deverá

⁴⁷ Nos termos do artigo 14, da Lei Kandir – Lei Complementar nº 87/1996, uma vez estabelecida a taxa cambial, se até o pagamento do preço ocorrer variação na mesma, não haverá qualquer acréscimo ou devolução posterior.

⁴⁸ Art. 14. O preço de importação expresso em moeda estrangeira será convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada no cálculo do imposto de importação, sem qualquer acréscimo ou devolução posterior se houver variação da taxa de câmbio até o pagamento efetivo do preço. (BRASIL, 1996).

⁴⁹ A Súmula Vinculante nº 48, do Supremo Tribunal Federal disciplina acerca do momento para que seja realizada a retenção do imposto estadual incidente nas importações: “**Súmula Vinculante 48:** Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembarço aduaneiro.” (BRASIL, 2015). É válido sublinhar, contudo, que este enunciado não se confunde com a celeuma que envolve a sujeição passiva do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços cobrado nas importações. Após distinguir quem deverá adimplir com a obrigação de pagamento, divergência tema da presente dissertação, considera-se esta a oportunidade para fazê-lo.

ser adimplido para o estado em que estiver situado o sujeito passivo, quem de fato promoveu a entrada dos bens e mercadorias importadas no território nacional (MELO, 2014, p. 199). A determinação do contribuinte, por seu turno, também é cercada de incertezas. Isso ocorre devido à inconstância provocada pelas alterações no texto constitucional, bem como pelas várias mutações constitucionais, as quais trouxeram posicionamentos totalmente contraditórios para o assunto. Por essa razão, a problemática da sujeição passiva do ICMS incidente sobre a importação foi seletada como *leading case* que exemplifica as teorias demonstradas nos capítulos anteriores. Prossiga-se, então, à contextualização histórica e jurisprudencial acerca do sujeito passivo do ICMS Importação.

4.2.1 Excurso histórico da sujeição passiva do ICMS Importação

Nas exposições trazidas oportunamente, é notório que o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços materializa a ocorrência de algumas atividades, dentre elas, a importação de mercadorias, bens ou serviços. Dessa forma, na definição dos sujeitos passivos são elencados, entre outros, os importadores de bens de qualquer natureza, o que tipifica o ICMS incidente sobre a aquisição de produtos estrangeiros. A controvérsia verificada na definição do contribuinte do ICMS Importação torna necessária uma detalhada digressão histórica para que seja possível compreender a matéria em toda a sua completude.

A redação original do parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, do artigo supracitado, possibilitava a arrecadação do ICMS 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. (BRASIL, 1988).

A imprecisão deste dispositivo permitia diversas interpretações, a começar pela distinção entre as terminologias mercadoria e bem. Em razão de mencionar apenas a respeito das *mercadorias*, questionava-se a legitimidade da cobrança sobre a importação de um bem, por pessoa física, que não demonstrasse interesse comercial. Da mesma forma, pelo fato da alínea destacar a responsabilidade do *estabelecimento*, pairava a dúvida da exigência do tributo quando pessoas físicas realizassem a importação.

O Superior Tribunal de Justiça, quando conclamado a exteriorizar a sua posição sobre o assunto, editou a Súmula nº 198, a qual dispunha que “na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS.” (BRASIL, 1997). O entendimento do citado

Tribunal e os explícitos dizeres da Constituição estavam divergentes, o que tornou necessária a apreciação pela Corte Suprema.

Diante do cenário que se impunha, na adoção de um entendimento liberal, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pelo não cabimento de ICMS sobre as importações de bem com destinação própria, realizadas por pessoas físicas⁵⁰. Consequentemente, essas decisões incentivaram a abertura do mercado internacional, principalmente, no que tange à entrada de bens no Brasil. A população aproveitava a oportunidade para adquirir os mais variados produtos, como aviões, helicópteros, carros de luxo, lanchas, entre outros, sem o pagamento do imposto.

Para sanar o desfalque na arrecadação foi idealizada uma reforma constitucional suficiente para cercar a incidência do ICMS Importação. A intenção era definir, no texto da Constituição, as prováveis hipóteses de tributação, uma espécie de blindagem que abarcasse todos os bens importados. Com esse objetivo, surgiu no ordenamento a Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, que apresentou nova redação para o artigo ora analisado.

Art. 155 [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II 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. (BRASIL, 1988).

As modificações foram significativas. A introdução do vocábulo *bem*, juntamente com *mercadoria*, afastou qualquer discussão acerca dos produtos que entrariam no país. Além da terminologia *estabelecimento*, a utilização de *domicílio* e a menção às *pessoas físicas e jurídicas* retiraram a acepção, tão somente, mercantil do tributo. O fechamento do dispositivo se deu com a expressão *qualquer que seja a sua finalidade*, a qual tornou irrelevante a maneira de utilização do bem que fosse importado.

Contudo, na sessão plenária de 24 de setembro de 2003, em plena vigência da Emenda Constitucional nº 33/2001, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 660, confirmando o posicionamento que havia exarado: “Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.” (BRASIL, 2006c). Assim, os debates sobre o tema pareciam intermináveis. Todos os envolvidos na relação jurídico-tributária se

⁵⁰ Neste sentido os Recursos Extraordinários nº 20.075/DF, 178.318/SP, 182.915/PR e 193.348/SP.

consideravam aptos a proferir a correta interpretação. Uns acreditavam que o Supremo, com a criação da súmula, referia-se apenas aos casos ocorridos antes da aludida Emenda. Outros, porém, entendiam que o ICMS não deveria ser cobrado, nos exatos termos do enunciado.

Instaurado o caos normativo, a Suprema Corte se viu compelida a reavaliar a Súmula nº 660 e, através do informativo nº 331, propôs sua alteração. O acréscimo da expressão *até a vigência da EC 33/2001* alinhava as ideias acerca do ICMS Importação em um unísono.

Na sessão de julgamento de 26.11.2003, nos termos do § 1º do art. 102 do RISTF, foi submetida à apreciação do Plenário a inclusão de 16 novos enunciados na Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro exame, foram aprovados 15 enunciados e 1 foi retirado. Nessa mesma assentada, acolhendo sugestão, respectivamente, dos Ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, o Tribunal deliberou alterar a redação dos Enunciados 644 e 660, cuja aprovação foi concluída em 24.9.2003, que passarão a vigorar, à primeira vista, nos seguintes termos:

[...]

Enunciado 660: "Até a vigência da EC 33/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto."

Os novos enunciados, bem como as alterações, só passarão a integrar a Súmula do STF após numerados e publicados (por três vezes consecutivas) no Diário da Justiça, na forma prevista no § 3º do art. 102 do RISTF. (grifo nosso). (BRASIL, 2003).

As controvérsias rumavam ao fim. O Supremo ao reconhecer, aparentemente, o equívoco cometido propiciou a sensação de que tal assunto não seria motivo de qualquer polêmica. Apesar disso, em 2006, surpreendeu ao republicar a Súmula nº 660 mantendo o texto original, sem estabelecer o indigitado limite temporal para a sua aplicação. Importante observar que a proposta de alteração do postulado foi recusada pelo Tribunal.

Considerando que o Tribunal, na Sessão Plenária de 26.11.2003, **recusou a proposta de alteração da Súmula 660**, constante do Adendo 7, foi republicado o respectivo enunciado nos Diários da Justiça de 28.03.2006, 29.03.2006 e 30.03.2006, com o teor aprovado na Sessão Plenária de 24.09.2003: **"Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto"**. Fica, portanto, substituída, nesses termos, a notícia veiculada pelo Informativo 331 quanto ao referido verbete. (grifos nossos) (BRASIL, 2006a).

Hodiernamente, a problemática do ICMS sobre a importação compartilha duas visões totalmente opostas. Existe o dever de recolhimento do imposto quando configurado o fato imponible de entrada de mercadoria ou bem do exterior, independente da destinação, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual. De forma concomitante, estão desobrigadas do pagamento pessoas físicas ou jurídicas que não utilizam comercialmente o objeto importado. Ambos os argumentos possuem respaldo legal e se fundamentam em dispositivos claramente válidos. Nesse contexto, é inescusável o reflexo negativo que normas contrárias provocam no ordenamento jurídico.

4.2.2 A problemática do ICMS Importação sob a análise jurisprudencial

A celeuma do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – incidente nas importações é tema recorrente nas análises jurídico-tributárias. A ênfase dada aos estudos se justifica, assim como demonstrado no esboço histórico, pela coexistência de ordens antinômicas, que autorizam a cobrança do imposto pelo ente federado, ao mesmo tempo em que exoneram o adimplemento por parte dos contribuintes que não utilizarem comercialmente os produtos importados.

Como traçado, inicialmente o comando externalizado pelo dispositivo original da Constituição não evidenciava com clareza acerca das mercadorias importadas por não contribuintes do imposto. Pelo contrário, a imprecisão terminológica declarava que a exação somente deveria ser recolhida pelos comerciantes, os quais, conseqüentemente, poderiam aproveitar os créditos obtidos em operações futuras.

Nesse cenário, as decisões do Supremo Tribunal Federal apontavam para o mesmo sentido: a não incidência do tributo para os casos em que o comprador ocupasse a última posição na cadeia de comercialização. Em um dos primeiros Recursos Extraordinários que discorreu sobre a matéria foi demonstrado o entendimento da Corte.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que é devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam a circulação de mercadoria. (BRASIL, 1999b)⁵¹.

O indigitado acórdão, frequentemente reproduzido em decisões posteriores, tem no voto condutor do Ministro Maurício Corrêa a fixação dos critérios apresentados.

[...] Fixadas essas premissas, há que se concluir que o imposto não é devido pela pessoa física que importou o bem, visto que não exerce atos de comércio de forma constante nem possui “**estabelecimento destinatário da mercadoria**” [...] Observo, ainda, 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 cobrados nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. (BRASIL, 1999b, grifos no original).

⁵¹ O anexo I do presente trabalho consiste na íntegra do acórdão do Recurso Extraordinário nº 203.075/DF, precedente da Súmula nº 660, do Supremo Tribunal Federal.

Na apreciação de casos semelhantes o Supremo Tribunal confirmava o entendimento manifestado anteriormente. Os mais variados bens e mercadorias eram submetidos à análise dos ministros, que, harmonicamente, defendiam a ilegitimidade de retenção do ICMS. Em ocasião da importação de um veículo, o Ministro Carlos Velloso, quando do julgamento de dois Recursos Extraordinários interpostos, um do Rio Grande do Sul e outro de São Paulo, exarou:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE E NÃO EMPRESÁRIO: NÃO INCIDÊNCIA.

I. Veículo importado por pessoa física, que não é comerciante ou empresário, destinado ao uso próprio: não incidência do ICMS. Precedente do STF: RE 203.075-DF, M. Corrêa p/ acórdão, Plenário, 05.08.98. (BRASIL, 1998a) (BRASIL, 1999a)
52 53

Seguindo a mesma lógica, como fora dito, os julgamentos subsequentes da Corte Maior reproduziam igual conclusão.

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS – MERCADORIA IMPORTADA POR PESSOA FÍSICA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO.

1. O Plenário do S.T.F., no julgamento do RE nº 203.075-DF, firmou entendimento no sentido da não incidência do ICMS, na importação de mercadoria por pessoa física, para fins não comerciais. (BRASIL, 1998b).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE BEM POR SOCIEDADE CIVIL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Importação de aparelho de mamografia por sociedade civil, não contribuinte do tributo. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Inexistência de circulação de mercadoria. Não ocorrência da hipótese de incidência do ICMS. (BRASIL, 2000a).

ICMS: não incidência na importação para uso próprio, não comercial: precedentes do Plenário (RE 203.075, 5.8.98, Corrêa; RE 185.798, 3.2.2000, Corrêa, Informativo 176): matéria constitucional prequestionada, nas circunstâncias do caso. (BRASIL, 2000b).

Conforme bem delineado no excursus histórico, com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal vários produtos foram trazidos do exterior para o território brasileiro, de

⁵² No mesmo sentido, os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário nº 193348-SP; Recurso Extraordinário nº 215240-SP; Recurso Extraordinário nº 225648-SP; Recurso Extraordinário nº 183176-PR; Recurso Extraordinário nº 236779-SP; Recurso Extraordinário nº 196783-PR; Recurso Extraordinário nº 178232-SP; Recurso Extraordinário nº 182915-PR; Recurso Extraordinário nº 186967-SP; Recurso Extraordinário nº 238602-PR; Recurso Extraordinário nº 185563-SP; Recurso Extraordinário nº 216766-PR; Recurso Extraordinário nº 245055-PR; e Recurso Extraordinário nº 233272-PE.

⁵³ Os acórdãos mencionados estão anexados ao presente trabalho para maior aprofundamento da análise da temática.

modo que nessas operações não incidia o ICMS. Tal comportamento fez com que a Constituição fosse modificada para, então, abarcar todas as importações de bens ou mercadorias, por pessoas físicas e jurídicas, contribuintes, ou não, do imposto. Paralelamente, é importante lembrar que Súmula nº 660 foi editada pela Corte, após a vigência da Emenda Constitucional nº 33/2001, que alterou o texto constitucional, tendo por precedentes os acórdãos retroexpendidos.

A ambivalência do verbete e da nova redação do artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição da República, é, por si só, capaz de gerar instabilidade no ordenamento e, conseqüentemente, nas decisões. No âmbito dos Tribunais Superiores é possível vislumbrar julgamentos favoráveis ao recolhimento do tributo, pela inconstitucionalidade da cobrança, bem como pela incidência apenas aos fatos geradores ocorridos depois da referida Emenda.

O Tribunal Supremo proferiu clássica decisão nos Recursos Extraordinários nº 474.267-RS e nº 439.796-PR, a qual é invocada em todos os acórdãos seguintes como a utópica pacificação do conflito.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. “NÃO CONTRIBUINTE”. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE. REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO.

1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001.

2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição) [...]

3. Divergência entre as expressões “bem” e “mercadoria” (arts. 155, II e 155, §2, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria. Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência.

CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TRIBUTAÇÃO

4. Existência e suficiência de legislação infraconstitucional para instituição do tributo (violação dos arts. 146, II e 155, XII, § 2º, *i* da Constituição). A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar.

5. Modificações da legislação federal ou local anteriores à EC 33/2001 não foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da “constitucionalização

superveniente” no sistema jurídico brasileiro. [...] (BRASIL, 2014a) (BRASIL, 2014b, grifos no original).

Na pronúncia dos mencionados julgados, o Tribunal Pleno evidenciou que a possibilidade de cobrar o ICMS em importações por não contribuinte do imposto está chancelada, pela Constituição, a partir das mudanças inseridas com a Emenda Constitucional nº 33/2001. Indicou, ainda, que é infundada a tese de inobservância à não cumulatividade e que os reflexos da ausência de tributação pleiteada podem afetar a isonomia e a livre concorrência nas operações internas.

Válido destacar que nos julgamentos anteriores à Emenda Constitucional nº 33/2001, justificava-se a não incidência do imposto, entre outros fatores, pela impossibilidade de aplicação do princípio constitucional da não cumulatividade. Atualmente, mesmo após as alterações legislativas introduzidas na Constituição, há de se reconhecer que ser não cumulativo ainda é característica propedêutica do ICMS, de modo que não observá-la consiste em flagrante desrespeito aos ditames constitucionais. Na importação de bens ou mercadorias por não contribuintes do tributo não se pode operacionalizar a sistemática dos *débitos e créditos*, justamente por não ser dada continuidade à cadeia comercial, como fora exaustivamente demonstrado.

Por fim, ainda na apreciação dos recursos supramencionados, o Tribunal determinou que os Estados não estarão legitimados à retenção do tributo sobre as importações sem reproduzir essa hipótese de incidência na legislação estadual. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem se manifestado no sentido de que é indispensável a validação da cobrança do ICMS através de norma editada pelo ente.

[...] conforme se vê, o E. STF deixou claro não bastar a legitimar a cobrança do ICMS-importação a mera previsão constitucional, sendo imprescindível lei federal estabelecadora de norma geral (cf. arts. 146, III e 155, § 2º, XII, “f” da CRFB) – o que se deu com a **Lei Complementar Federal nº 114/2002** – bem como legislação específica no âmbito estadual, obedecidos os parâmetros dos diplomas de superior hierarquia. [...] Desta forma, **carece de respaldo legal a cobrança do ICMS *in casu*, ante a inexistência ao tempo do fato gerador, de norma estadual válida, impondo-se, por isto, a procedência do pedido da demandante.** (SÃO PAULO, 2015b, grifos no original).

Em prosseguimento às análises procedidas pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se recente julgamento, em fevereiro de 2016, em que se sustenta a incidência de ICMS Importação⁵⁴. Os demais acórdãos proferidos unificam os questionamentos na adoção do

⁵⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DESEMBARAÇO ADUANEIRO: INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. CONTRIBUINTE NÃO HABITUAL DO TRIBUTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO

entendimento de que, aos fatos geradores anteriores à Emenda Constitucional nº 33/2001, o tributo estadual não poderá ser instituído, sendo validado o recolhimento para às situações posteriores.

ICMS: não incidência, anteriormente à EC 33/01, sobre a importação de bens que se destinem ao consumo e ao ativo fixo de sociedade civil prestadora de serviços médico-hospitalares. Precedente: RE 185.789, Pl., **Maurício Correa**, DJ 19.05.00. (BRASIL, 2006b).

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS – PESSOA NATURAL – SOCIEDADE CIVIL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – IMPORTAÇÃO DE BENS – NÃO INCIDÊNCIA – PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001. No período anterior à Emenda Constitucional nº 33/2001, não havia incidência do ICMS na importação de bens por pessoa natural ou sociedade civil não contribuinte do imposto. (BRASIL, 2011).

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS – IMPORTAÇÃO – PESSOA NATURAL OU JURÍDICA NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001 – NÃO INCIDÊNCIA – MATÉRIA SUMULADA. Nos termos do Verbete nº 660 da Súmula desta Corte, não incide ICMS na importação de bens por pessoa natural ou jurídica que não seja contribuinte do imposto, considerado período anterior à Emenda Constitucional nº 33/01. (BRASIL, 2013)⁵⁵

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE BENS. NÃO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA APÓS EC Nº 33/2001. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (BRASIL, 2016a).

Ainda que existam decisões do Tribunal Supremo que prelecionam a incidência de ICMS, no Superior Tribunal de Justiça também são encontrados acórdãos que reconhecem a ilegitimidade do recolhimento, invocando, inclusive, a jurisprudência da Corte Maior.

TRIBUTÁRIO – ICMS – IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA – USO PRÓPRIO – NÃO-INCIDÊNCIA – PRECEDENTE DO STF – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 198/STJ - PRECEDENTES.

1. Nos termos do enunciado 198 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "*na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS.*" (Primeira Seção, DJ 21.10.1997.)

2. Segundo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, "*a incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.*" (RE 203.075/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.10.1999.) (BRASIL, 2009).

TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL: INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, 2016b).

⁵⁵ Importante notar que no presente julgamento foi feita menção à Súmula nº 660, do Supremo Tribunal Federal, como se ela dispusesse acerca do marco temporal de vigência. Ocorre que, como demonstrado, a proposta de alteração do precedente foi recusada, o que culminou na republicação do texto original sem qualquer ressalva.

As questões referentes ao ICMS exigido nas importações de bens e mercadorias ficam ainda mais controvertidas quando se examinam as resoluções apresentadas pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça. O Enunciado nº 660, do Supremo Tribunal, não foi cancelado, o que permite decisões baseadas no formato sumulado. Válido lembrar que a ausência de cobrança também não pode ser considerada alternativa plenamente acertada, pois a Constituição e várias jurisprudências apontam para o sentido oposto, de que sobre todos os bens importados deverá ser adimplido o tributo.

TRIBUTÁRIO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA. PERDIMENTO DE BENS. [...]

No âmbito do Excelso Pretório o entendimento firmado é no sentido de considerar que o ICMS é indevido no caso de importação feita por pessoa física ou por sociedade civil prestadora de serviços médicos. (Súmula 660/STF). (BRASIL, 2007).

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPORTAÇÃO DE BENS POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA NÃO COMERCIANTE. ICMS. EC. 33/2001. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mesmo após a Emenda Constitucional nº 33/01 persiste a não incidência sobre a entrada quando se tratar de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica não comerciante, e não destinados à mercancia, por afronta o princípio da não-cumulatividade, face à impossibilidade de compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

TRIBUTÁRIO – RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – ICMS – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – EXEGESE DO ART. 168, INCISO I, DO CTN C/C O ART. 1º, DO DECRETO FEDERAL N. 20.910/32 – IMPORTAÇÃO DE BEM POR SOCIEDADE CIVIL NÃO CONTRIBUINTE DESSE TRIBUTADO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO NO PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA EC. N. 33/2001 – MATÉRIA SUMULADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JUROS DE MORA CALCULADOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MONTANTE ADEQUADO – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO. [...]

Nos termos da Súmula 660, do Supremo Tribunal Federal, até a vigência da EC 33/2001, “não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto”.

Nos casos de repetição de indébito de ICMS, os juros de mora devem ser calculados a partir do trânsito em julgado da decisão, na forma do disposto no art. 167, do Código Tributário Nacional e na Súmula 188, do STJ. (SANTA CATARINA, 2010).

A cuidadosa análise jurisprudencial apresentada não tem por objetivo exaurir o tema. Tampouco seria suficiente para fazê-lo, tendo em vista os diferentes resultados percebidos nos julgamentos sobre o ICMS Importação. A pouca atenção voltada à discussão se fundamenta na dificuldade em inculpir um entendimento unívoco, na tentativa de minimizar os prejuízos financeiros a qualquer das partes envolvidas. Independentemente do que circunda a

permanência da Súmula nº 660 entre os enunciados válidos, desaperceber tamanha antinomia não é a solução mais adequada.

4.2.3 O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Atualmente, ao consultar a Súmula nº 660 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal é possível acessar a jurisprudência formada após a proclamação do enunciado. Por decorrência lógica, os julgamentos posteriores discutem a questão da vigência do precedente após a Emenda Constitucional nº 33, do ano de 2001. Portanto, são apresentados os posicionamentos da Corte, conforme suas últimas apreciações, quanto ao limite temporal e à aplicabilidade da súmula, bem como no que se refere à possibilidade de incidência do ICMS em importação destinada a não contribuinte.

Inicialmente, o Supremo Tribunal sustenta que a Súmula nº 660 será cabível aos casos que antecederam a supracitada Emenda Constitucional, a qual imprimiu as modificações no texto original da Constituição e ampliou a hipótese de cobrança do ICMS Importação. “ICMS: aplicação da Súmula 660-STF ('Até a vigência da EC 33/2001, não incide o ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto)”. (BRASIL, 2004). A obscuridade presente nesse entendimento da Corte reside no fato de que o julgamento paradigma utilizado aconteceu no ano de 2004 e a republicação do enunciado no teor originário, sem qualquer inclusão de marco temporal, é datada de 2006. Não obstante, a temática foi objeto de nova análise em 2013, nesta ocasião com o enfoque voltado à questão da retenção do imposto estadual quando realizadas importações por aqueles que não pagam regularmente o ICMS.

Sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, o Recurso Extraordinário nº 474.267, do Rio Grande do Sul, restou assim ementado, conforme fora apresentado no subcapítulo anterior:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. “NÃO CONTRIBUINTE”. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE. REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO.

1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001.

2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição), pois se não houver acumulação da carga tributária, nada haveria a ser compensado.

3. Divergência entre as expressões 'bem' e 'mercadoria' (arts. 155, II e 155, § 2º, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria. Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência. [...] (BRASIL, 2014b, grifos no original).

No voto do Relator a argumentação é de que as modificações implantadas pela Emenda Constitucional nº 33/2001 foram suficientes para superar os obstáculos identificados nos precedentes da súmula. Utiliza-se, firmemente, a ideia de que inexistente, nas operações de importação de bens e mercadorias promovidas por consumidores finais, qualquer acumulação que ensejasse a compensação de débitos e créditos. Justifica-se a referida ausência de acumulação por não haver ciclo produtivo subsequente.

Não se discute o fato de as operações anteriores à entrada dos bens ou mercadorias acontecerem em outros países, até mesmo porque isso teria inferência em questões de soberania dos Estados. A não existência de acumulação evidencia que igualmente não há cadeia de circulação, destacando, assim, que toda a carga tributária do ICMS Importação recai sobre o contribuinte que importou para o seu próprio consumo e que não desencadeará etapa posterior. A inversão da lógica é uma das formas de se alterar a perspectiva da análise. Acaso seja a mercadoria ou o bem importados com o escopo mercantil, o imposto adimplido poderá ser utilizado como crédito nas futuras transações.

Sem novamente adentrar nas minúcias da não cumulatividade, o que causa desconforto é simplesmente desconsiderar o mecanismo supracitado. A controvérsia atinente às importações sem destinação comercial tangencia a impossibilidade de se compensar os créditos provenientes da operação realizada. O adquirente de um produto estrangeiro, que o utilizará para fins pessoais, não poderá aproveitar os supostos créditos justamente por inexistir fase posterior de comercialização.

A fundamentação de desrespeito ao postulado constitucional da não cumulatividade é o que ampara um dos julgamentos precedentes da Súmula nº 660, da Suprema Corte.

[...] Observo, ainda, 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 cobrados nas

anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. (BRASIL, 1999b, grifos no original).

Traduz-se, desse modo, que não era, tão somente, o texto originário da Constituição o fator que impedia a retenção do imposto sobre a circulação de mercadoria e serviços sobre as importações por não contribuintes. A impossibilidade residia, também, na estrita obediência ao ditame constitucional de que o ICMS é um imposto não cumulativo. Conseqüentemente, a alteração implementada pela Emenda Constitucional nº 33/2001 não foi capaz de resolver todo o impasse, como se a introdução de novas terminologias efetivasse legitimamente a incidência do imposto para todas as hipóteses idealizadas pelos estados.

A inobservância aos dispositivos que versavam igual matéria foi recíproca. Tanto o legislador não se atentou à jurisprudência ao editar a Emenda Constitucional, quanto o Supremo Tribunal também não ponderou as reais conseqüências a serem ocasionadas com a publicação da súmula na vigência da mencionada alteração da Constituição. Ao desconsiderar os entendimentos proferidos pela Corte Suprema e, igualmente, ignorar a restrição de que o ICMS Importação sobre não contribuintes habituais do imposto desrespeita a não cumulatividade, a Emenda à Constituição, datada de 2001, torna-se instrumento normativo inconstitucional. Por assim sê-lo, torna-se premente a sua retirada do ordenamento jurídico, o que, todavia, encontra a burocracia e o descaso do sistema quanto ao saneamento das normas que não têm mais aplicabilidade.

Uma das conjecturas que transparece é a dificuldade de se competir com a qualidade e o preço dos bens e mercadorias importados, tornando o problema muito mais próximo de estratégias de ordem econômica. Porém, em determinados casos, principalmente em se tratando de pessoas jurídicas, equipamentos precisam ser trazidos do exterior pela ausência de opção no mercado brasileiro. E, ainda assim, o contribuinte, que não o comercializará, está obrigado a recolher o ICMS Importação sem aproveitamento do crédito. Destarte, compreende-se que o aludido imposto estadual recolhido nas importações não é um tributo de fácil delimitação. Contudo, restringir os julgamentos apenas ao lapso temporal, ou insistir na tese que a republicação da súmula é um erro formal do Supremo Tribunal, equivale a ignorar o mérito da questão, que deve ser analisado com a cautela e a profundidade necessárias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Imposto sobre e Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente sobre a importação tem por objetivo regular o trânsito de mercadorias adquiridas no exterior. O texto original da Constituição da República, promulgado no ano de 1988, previa a cobrança do aludido tributo atrelada ao interesse comercial. Assim, a interpretação do dispositivo possibilitava o entendimento de que pessoas físicas não estavam obrigadas ao recolhimento do imposto quando importassem bens para consumo próprio. Face à polêmica instaurada, o Supremo Tribunal Federal, no pleno cumprimento do dever de guardião constitucional, pacificou jurisprudência determinando a inaplicabilidade do ICMS nos casos de importação de bens por pessoas físicas.

O comportamento da população, diante da permissividade externalizada pelo Supremo, provocou a alteração do artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a” da Constituição. A nova redação, advinda com a Emenda Constitucional nº 33/2001, ampliou a sujeição passiva, de modo que qualquer pessoa, física ou jurídica, será responsabilizada pelo pagamento de ICMS Importação quando se caracterizar a aquisição de mercadorias ou bens estrangeiros. Com essa mudança, imposições completamente divergentes passaram a integrar o ordenamento brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, mesmo após a vigência da Emenda Constitucional, editou a Súmula nº 660, a qual confirmou o posicionamento que, até então, adotava. Hodiernamente, apesar de retraídas discussões, a temática queda-se inerte: o órgão de cúpula do Judiciário exclui a incidência do ICMS sobre bens importados por não contribuintes do imposto, enquanto o dispositivo constitucional autoriza a cobrança do tributo em igual hipótese.

A evolução das teorias processualistas consubstanciou a ideia de processo constitucional. Assim, a harmonia que se defende existir entre o Estado Democrático de Direito e o Processo Constitucional se dá pela legitimidade, conceituação que demonstrou que a validade das normas pode estar relacionada ao ideal de democracia. Com isso, foi ressaltado que a expressão *democracia constitucional* é balizada pela ligação entre o poder político legitimado pelo povo e a limitação do poder estatal com o chamado Estado de Direito.

Sabe-se, contudo, que um estado pautado na democracia não consiste o ponto inaugural da linha histórica, de modo que se tornou essencial discorrer acerca dos Estados de Polícia, Liberal e Social até a deflagração do Estado Democrático de Direito. Uma vez que a formalização do Estado teve como um dos motivadores o fenômeno do constitucionalismo, fez-se necessária a apresentação das dimensões de direitos fundamentais, bem como a

ilustração dos acontecimentos políticos e sociais que culminaram na solidificação da supremacia das Constituições no Brasil e em vários outros países do mundo.

A digressão evolutiva e histórica foi substancial para que se pudesse abordar o Poder Constituinte e as funções do Estado, refinamentos indispensáveis para auxiliar o estudo do problema proposto. Com as ponderações acerca do Poder Constituinte restou evidenciado que as supraditas alterações que ocorreram no texto da Constituição Brasileira, seja de ordem formal, pela modificação do texto, ou informal, por meio da mutação constitucional, foram regulares e legítimas, encaminhando a discussão para a análise do mérito tributário.

No tocante às funções do Estado pode-se conferir que é inimaginável o seu exercício de maneira plena e absoluta, pelo próprio pragmatismo inerente às atribuições desempenhadas pelos órgãos estatais. Desse modo, em nítida atipicidade da função jurisdicional, o Direito Sumular caracteriza a produção de enunciados normativos, cuja legitimidade, embora discutível, é amplamente aceita no sistema jurídico brasileiro. As súmulas possuem caráter vinculante e são inegáveis instrumentos da construção jurisprudencial na crise de insuficiência das legislações. Contudo, os benefícios advindos de uma normatização mais próxima das demandas jurídico-sociais não afasta a necessidade de cautela na consolidação desses precedentes.

A situação de instabilidade propagada no contexto brasileiro poderia ter sido evitada se pressupostos estruturais fossem observados na interpretação dos regramentos, bem como na elaboração e edição dos dispositivos. As considerações acerca da organização processual legislativa destacaram que ambas as normas encontram-se válidas e possuem força cogente, de modo que o antagonismo existente conclama por maior atenção.

Nesse diapasão, invocou-se a Legística na tentativa de se compreender a gênese da problemática do ICMS incidente nas importações e, ainda, para tentar extrair quais seriam as suas pretensas soluções. Também reconhecida pela terminologia Legisprudência, esta é uma área do conhecimento jurídico que se ocupa, sinteticamente, da análise do momento de elaboração das normas, voltando-se para a qualidade dos instrumentos normativos. Caracteriza-se pelo desenvolvimento de um processo criativo para a obtenção de leis de assentada qualidade, em decorrência da necessidade de normas mais eficazes.

A contextualização histórica e o detalhamento das influências sofridas levaram à apresentação das etapas elaborativas de uma lei, as quais devem ser, minuciosamente, analisadas na formação de um ato normativo. Desde o conceito do vocábulo *legislação* até se encerrar na técnica legislativa – emprego de uma linguagem adequada –, é importante considerar os métodos e procedimentos utilizados, além de certificar a razoabilidade e

efetividade do que se objetiva criar. O descrédito a estes preceitos culmina no maior desafio da Legística: conter a proliferação de leis e consolidar práticas que permitem a interpretação fiel das normas.

Para a consecução dos objetivos metodológicos da Legística, verificou-se que alguns princípios e critérios devem ser observados, os quais foram uma contribuição dos avanços implementados pelo Relatório Mandelkern, são eles: necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência, responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade. Com essas delimitações, comprovou-se que a teorização da atividade normativa é ampla e dotada de significativa importância. Em continuidade, foi exposta a divisão da Legística em duas dimensões, formal e material. A primeira tangencia a comunicação legislativa, de modo a facilitar a compreensão e o acesso às normas. A segunda, por sua vez, atua no caráter efetivo das leis, evidenciando, no processo de criação, a análise da situação, os atos normativos existentes, as soluções, os prováveis impactos e os resultados idealizados.

O tema-problema do presente trabalho demandou a conceituação de antinomias jurídicas, restando declarado que esta situação é proveniente da junção de alguns elementos, todos eles vislumbrados no caso do ICMS Importação. As normas sob as quais recai a afirmação de dissonância encontram-se no mesmo patamar hierárquico-normativo, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal é o órgão que profere a interpretação da própria Constituição. E, além disso, as ordens emanadas são contraditórias e deixam os contribuintes em uma posição indefensável.

A explanação se complementou com as ideias difundidas pela Teoria do Diálogo das Fontes, constando-se que o Direito é munido de vários meios para o alcance de uma decisão eficaz. Assim, demonstrou-se ser inescusável o pensamento de que a jurisprudência e, conseqüentemente, as súmulas, são fontes de materialização de direitos assim como as leis. E que, por assim se configurarem, também geram conflitos por apresentarem disposições divergentes.

A partir dos preceitos da Legística, apurou-se que ao idealizar a criação de um ato normativo é imprescindível problematizar o impulso legiferante, principalmente, na identificação das matérias que igualmente disciplinam a questão. Ademais, é essencial se ater a uma avaliação legislativa, contrastando os cenários existentes antes da lei e o esperado após a sua positivação, naquilo que os legistas, profissionais cuja atuação está voltada à política legislativa, definem como uma análise prospectiva e retrospectiva das regras.

Acaso fossem mais bem explorados os aludidos recursos normativos, a vulnerabilidade jurídica devido à coexistência de dispositivos antagônicos não seria uma

realidade. Ao se elaborar uma súmula devem-se buscar os mesmos subsídios utilizados na atuação legislativa. Observar os precedentes que irão culminar nessa consolidação jurisprudencial também é importante, para que não seja ementado algo diferente do que fora discutido nas várias etapas de um moroso processo judicial. É comum encontrar súmulas que não refletem com exatidão as particularidades dos casos que lhe deram origem, de modo a desenfrear a reprodução equivocada das mesmas. Consequentemente, pelo esposado, assim como na produção sumular as disposições legais devem ser consideradas, no processo legislativo os enunciados sumulares são de obrigatório exame. Todo o aparato para se evitar incompatibilidades dentro do ordenamento jurídico. Repisa-se, não se discute a legitimidade dessa comunicação entre as funções estatais, mas, diante de sistemas dinâmicos, com atribuições especiais não convencionais, na lógica da multiplicidade de fontes, não há como simplesmente ignorar essa interação e as necessidades promanadas dela.

A análise tributária apresentou as características gerais do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, dando maior enfoque ao princípio da não cumulatividade. Isso porque, na situação ora analisada, diante da importação de um produto sem destinação mercantil, não há o benefício de aproveitamento do crédito anterior. Com as demais explicações acerca das especificidades do ICMS Importação, bem como o excuro histórico da problemática da sujeição passiva, as opiniões acerca da incidência da referida tributação foram divulgadas.

Os tributaristas que defendem a não incidência do ICMS sobre as importações alegam a violação de cláusula pétrea quando da edição da Emenda Constitucional nº 33/2001. O fato de ser um tributo não cumulativo, segundo eles, só poderia ser excepcionado pelo próprio texto constitucional, não sendo possível a abrangência da atual redação do dispositivo da Constituição. Lado outro, aqueles que asseguram a prevalência da norma explícita na Constituição da República, alegam que o fato de não ter sido acrescentado o lapso temporal na Súmula nº 660, do Tribunal Supremo, ocorreu por mero descuido, sendo republicado o texto integral formulado originariamente. Logo, o enunciado perdeu seu objeto e não é aplicável na apreciação dos casos de ICMS Importação por não contribuintes do imposto. Ademais, não consideram como cláusula pétrea a característica da não cumulatividade, o que retira a observância aos critérios especiais para as alterações relativas ao assunto.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal, contrariando a validade do seu próprio Enunciado nº 660, mantém o entendimento de que o imposto estadual deverá incidir em todas as importações, independentemente da destinação que for dada aos bens ou mercadorias. Esquiva-se de voltar às razões que fundamentaram a súmula, de que a não cumulatividade

estaria drasticamente ferida ao se cobrar ICMS daquele que não é contribuinte regular da exação. A tentativa da Corte Suprema não corresponde à demanda questionada. Além disso, acatar a tese de que o Supremo Tribunal, por mero engano, republicou o texto original da Súmula nº 660 é bastante temerário, principalmente por considerar que na recusa em perpetuar a alteração o Pleno manifestou a discordância com o posicionamento de que é válida a cobrança na situação retratada. E, enquanto transcorrem os anos, resta à temática a inquietude dos pesquisadores que ainda imaginam ser possível uma atuação prudente do Poder Judiciário.

A certeza é de que ordens antagônicas não podem resistir por tão longo período no sistema jurídico brasileiro. A problematização do impulso legiferante e a avaliação prospectiva, duas etapas da Legística apontadas no presente estudo como meio para se evitar o surgimento de antinomias, foram ignoradas quando da elaboração da Emenda Constitucional nº 33/2001 e, igualmente, desconsideradas na edição da Súmula nº 660, pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que seja profusamente reconhecida a atipicidade das funções jurisdicionais, por meio da formação de jurisprudência e da edição de súmulas, e que seja admitido o diálogo das fontes, através da divisão de protagonismo entre a lei, os enunciados e os costumes, o legislador rejeitou as construções judiciais sobre a temática ao insculpir a reforma que supostamente seria capaz de deslindar o conflito. O Tribunal Supremo, por sua vez, para a criação e republicação da Súmula também optou em desaparecer o regramento constitucional, muito embora seja o responsável pela interpretação da Constituição da República. A Corte mantém o enunciado sumular e, incrivelmente, não segue o próprio entendimento.

Resta, assim, à avaliação retrospectiva a resolução do problema. Um dos dois dispositivos precisa ser retirado do ordenamento jurídico, tendo em vista que nova mutação constitucional não seria suficiente após a blindagem que se buscou implantar no texto da Constituição com a Emenda, em 2001. No tocante à sujeição passiva do ICMS Importação, o mais condizente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que anteriormente havia se atentado ao Princípio da Não Cumulatividade, seria reinstaurar a aplicação da Súmula e revogar a Emenda Constitucional nº 33/2001, uma vez caracterizada a sua inconstitucionalidade por contrariar o raciocínio que vinha sendo traçado pela cadeia de precedentes.

A solução, contudo, revela mais um entrave: o saneamento do sistema normativo. No Brasil, inexiste a preocupação com a retirada de normas do ordenamento jurídico. Se a

atenção para a elaboração de instrumentos normativos é incipiente, não se pode muito esperar da procedimentalização para tirar do sistema os dispositivos que perderam a sua utilização.

Destarte, independentemente das questões materiais que circundam a problemática em evidência, é insofismável que estão regularmente válidas ordens antinômicas. A execução do que é mais acertado em situação de importação de bens ou mercadorias é tarefa árdua. De um lado a Fazenda Pública Estadual que perde significativa arrecadação com a não incidência do ICMS nas importações. Por outro, o contribuinte, em nítida posição de desvantagem, que se vê compelido a recolhimentos que são exonerados pela súmula do Supremo Tribunal Federal. Ainda há muito para se debater. Certo é que, uma década depois, ambos os regramentos são legítimos e, frequentemente, aplicados. Não identificar a coexistência de normas que abrangem a mesma temática é ignorar a estabilidade que o ordenamento jurídico deve assegurar.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO (2007: Belo Horizonte, MG). **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 83-102. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

AMARAL, Gilberto Luiz do; AMARAL, Letícia M. Fernandes do; OLENIKE, João Eloi. YAZBEK, Cristiano Lisboa. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988**. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, 2016. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628AnosCF.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ATALIBA, Geraldo. ICMS. Incorporação ao Ativo – Empresa que loca, oferece em “Leasing” seus Produtos – Descabimento do ICMS. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, abr./jun. 1990. vol. 52.

ARAÚJO, Maria da Luz; COLAÇO, Luísa. **Regras de Legística a Observar na Elaboração de Actos Normativos da Assembleia da República**. Lisboa: Assembleia da República, 2008.

ASSESSORIA DE EMPRESA. Brasil edita cerca de 800 normas por dia, somando 5,4 milhões desde a Constituição de 1988. **Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação**. 04 jul. 2017. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2603/Brasil-edita-cerca-de-800-normas-por-dia-somando-5-4-milhoes-desde-a-Constituicao-de-1988>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARCHET, Gustavo Felkl; MOTTA, Sylvio Clemente da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

- BENTHAM, Jeremy. **Nomography**: or the art of inditing laws. The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh: John Bowring, 1843.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. Vol. 3, Porto Alegre: HS Editora, 2008. p. 82-93. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados - Revista da Universidade de São Paulo**. v. 40. n. 14. Ano de 2000. p. 153-176. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553/11122>>. Acesso em: 12 ago. 2017.
- BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária (uma introdução metodológica)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Código Tributário Nacional de 1966. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Diário Oficial da União**, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.
- BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. **Diário Oficial da União**, 1 abr. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- BRASIL. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, 16 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, 27 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 940.095-SP. Relator: Ministro Humberto Martins, 11 nov. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, 02 fev. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=836850&num_registro=200700772148&data=20090203&formato=PDF>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 198. Na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS. **Diário do Judiciário**, 08 out. 1997.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=198&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 331, de 24 a 28 de novembro de 2003. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo331.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 442, de 3 a 7 de abril de 2006a. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo422.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 435.574-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, 13 abr. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 09 maio 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622643>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 455.387-0-BA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 30 mar. 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 abr. 2004. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373751>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 318.719-8-RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 06 dez. 2005. **Diário de Justiça Eletrônico**, 03 fev. 2006b. Disponível em:

<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_318719_RJ_1279049834485.pdf?Signature=pw%2FDwhrPoleIvpHmuQGMO3Tkahk%3D&Expires=1506218684&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=420ec5d2c0ba8fdb523b5e306e962ad0>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 601.785-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, 03 set. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 set. 2013. Disponível em:

<www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=140083254&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 915.194-PR. Relator: Ministro Luiz Fux, 23 fev. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 mar. 2016a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10483341>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 915.422-SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 16 fev. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 fev. 2016b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308783323&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164-SP. Relatora: Ministro Celso de Mello, 30 out. 1995. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=17/11/1995&incidente=1606388&codCapitulo=5&numMateria=86&codMateria=1>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 185.789-7-SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa, 3 fev. 2000. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 maio 2000a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=228832>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 191.346-1-RS. Relator: Ministro Carlos Velloso, 29 set. 1998. **Diário de Justiça Eletrônico**, 20 nov. 1998a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232101>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.472-3-SP. Relator: Ministro Sydney Sanches, 11 dez. 1998. **Diário de Justiça Eletrônico**, 01 dez. 1998b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235125>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 202.714-6-SP. Relator: Ministro Carlos Velloso, 24 nov. 1998. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 dez. 1999a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=238475>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 203.075-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa, 05 ago. 1998. **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 out. 1999b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=238613>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 266.921-1-SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 16 maio 2000. **Diário de Justiça Eletrônico**, 24 nov. 2000b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259187>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 439.796-PR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 06 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 mar. 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5440021>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 474.267-RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 06 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 mar. 2014b.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5473460>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Volume 58. Tomo 2. Novembro de 1971. p. 315-624. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/058_2.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Volume 64. Tomo 2. Maio de 1973. p. 289-566. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/064_2.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 660. Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto. **Diário do Judiciário**, 30 mar. 2006c. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1638>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 48. Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro. **Diário do Judiciário**, 02 jun. 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2505>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.51.01.020490-0-RJ. Relator: Desembargador Alberto Nogueira, 20 mar. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, 04 jun. 2007. Disponível em:

<http://www10.trf2.jus.br/portal?movimento=cache&q=cache:GwI3c9BFqvsJ:trf2nas.trf.net/i teor/TXT/RJ0108410/1/33/177677.rtf+2001.51.01.020490-0&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CALEGARI, Luciano Robinson. A Formação do Estado. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF. 08 out. 2010. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29225&seo=1>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Ivan Lira de. **Decisões vinculantes**. Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Artigo). 1998. Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/carvalh1.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica legislativa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- CASSONE, Vittorio. **Interpretação do sistema tributário nacional e o STF: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e o Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência da Legislação**. n. 3. Oeiras: INA, 1992, p. 9-23.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COHEN, Sarah Amarante de Mendonça. A interpretação da lei tributária nos direitos francês e brasileiro: estudo de casos. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 9, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/2500>>. Acesso em: 03 out. 2017. p. 341-390.
- CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO (2007: Belo Horizonte, MG). Legística: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. 224 p. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.
- CORREIA NETO, Celso de Barro; MEIRA, Liziane Angelotti. Métodos de interpretação e Direito Tributário. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. Ceará, 2º semestre de 2013, v. 33.2. Disponível em: <www.periodicos.ufc.br/nomos/article/download/988/959>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- COSTA, Eliud José Pinto da. **ICMS Mercantil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: Introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v.7, n.12, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/pensar_a_lei_-_jean-daniel_delley.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017. p. 101-143.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. Ano 2003. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Estado%20de%20Direito.doc>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Legitimidade dos Atos Jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 13. n. 1. p. 17-26. 1º semestre de 2017. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15464/15464-54223-1>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil** - História do Brasil cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias. Ano de 1996. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/255903-Historia-do-brasil-boris-fausto-edusp.html>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. Título original: *Istituzioni di diritto processuale*.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILANGIERI, Gaetano; CLAYTON, Sir Richard. **The Science of Legislation**. vol. I, London. Printed for T. Ostell, by Emery and Adams, Bristol, 1806. Disponível em <<http://books.google.com/ebooks/reader?id=Qs88AAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

FLÜCKIGER, Alexander; DELLEY, Jean-Daniel. A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p. 35-58.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 211 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2017.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Devido Processo Constitucional e Institutos Jurídicos de Teoria Geral no Estado Democrático de Direito. **Cadernos Jurídicos do Instituto Mineiro de Direito Processual nº 11**. Belo Horizonte, 1º semestre de 2015. Disponível em: <<http://www.imdp.com.br/revista/detalhes.aspx?c=342-Cadernos-Juridicos-IMDP-n%C2%BA-11---1%C2%BASem--2015---DEVIDO-PROCESSO-CONSTITUCIONAL-E-INSTITUTOS-JUR--DICOS-DE-TEORIA-GERAL-NO-ESTADO-DEMOCR--TICO-DE-DIREITO>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?* **Political Theory**, Londres, v. 29, n. 6. 2001. p. 766-781.

HABERMAS, Jürgen. *On Law and disagreement: some comments on “interpretative pluralism”*. v. 6. n. 2. Londres: Ratio Juris, 2003. p. 187-194.

HACK, Érico. **Direito Tributário Brasileiro**. Curitiba: InterSaber, 2015. Disponível em: <<http://fumeec.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788544302439/pages/-2>>. Acesso em: 04 out. 2017. E-book.

HESPANHA, António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, 2009. p. 31-47.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: FACHIN, Zulmar (coord). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes Jusfilosóficos do estado de direito: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais**. 328f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96KQMD>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

KAITEL, Cristiane Silva. **A efetividade e a elaboração legislativa do direito à alimentação: política pública, educação e gestão participativa**. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-A89LDS>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

KARPEN, Ulrich. Legislação, desenvolvimento e democracia. (Painel 1) In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO (2007: Belo Horizonte, MG). **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 13-25. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Melhoramentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. 321 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional – anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. São Paulo: Atlas, 2007.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. **Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação**. Oeiras: INA, n. 1, abr./jun. 1991. p. 39-49.

MADER, Luzius. Avaliação prospectiva e análise de impacto legislativo: tornam as leis melhores? **Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação**, Oeiras, Portugal, n. 42/43, jan.-jun. 2006. p. 177-191.

MADER, Luzius. Legislação e Jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 09, n. 14, jan./dez. 2007. p. 193-206. Disponível em:
<<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/1285?mode=full>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. (Painel 2) In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO (2007: Belo Horizonte, MG). **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 43-54. Disponível em:
<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANDELKERN, Grupo. **Relatório Mandelkern sobre a Melhoria da Qualidade Legislativa**. Conselho Europeu de Lisboa, março de 2000. Disponível em: <http://www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_106.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MARIA, Thaís Campos. **Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo e a (Ir)racionalidade das decisões do Processo Administrativo Disciplinar**. 137 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE)**, n. 7, 2004. p. 15-54. Disponível em:
<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MELO, José Soares de. **ICMS – teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELO, José Soares de. **Importação e Exportação no Direito Tributário – Impostos, Taxas e Contribuições**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Tributário e Financeiro**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2016. Disponível em:
<<http://fumec.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788533937390%20/pages/-4>>. Acesso em: 04 out. 2017. E-book.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei nº 704/2015. Dispõe sobre a proibição de realização no Estado de eventos com bebidas alcoólicas liberadas - "open bar". **Diário do Legislativo**, 27 mar. 2015. Disponível em:
<https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2015&n=704&t=PL>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Verbo, 2007.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG**. Belo Horizonte, n. 2, jan./jun., 2013. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013v62p179/249>>. Acesso em 04 nov. 2017. p. 179-208.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Pinheiro Marcelino de. **Análise crítica da base de cálculo do ICMS/Importação a luz do texto constitucional**. 114 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 259-300.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo de. Evolução histórica dos precedentes nos sistema de *common law* e *civil law*. **Associação Brasileira de Direito Processual**. Set. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>>. Acesso em: 04 out. 2017.

PIRES, Maria Coeli Simões. Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis. (Painel 4) In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO (2007: Belo Horizonte, MG). **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 119-156. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Câmara Municipal de Porto Alegre. Projeto de Lei do Legislativo nº 093/16. Institui, no Município de Porto Alegre, a obrigatoriedade da adoção de cães ou gatos por unidade familiar e dá outras providências. Distribuição, 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/128384>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível em Reexame Necessário nº 0412278-41.2012.8.21.7000. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges. 1ª Câmara Cível. Julgado em: 26 jun. 2013. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 04 jul. 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70051056851&code=7244&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi

%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-
%2021.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 21 jun. 2017.

ROMÃO, Miguel Lopes. Breves notas sobre avaliação legislativa. Legislação: **Cadernos de Ciência da Legislação**, n. 42/43, p. 221-236, jan.-jun. 2006. Oeiras, Portugal. p. 221-236.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, Vol. 3. n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em:
<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2219>>. Acesso em: 09 jun. 2017. p. 229-249.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2008.027015-1. Relator: Des. Jaime Ramos. 4ª Câmara de Direito Público. Julgado em: 30 set. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 11 out. 2010. Disponível em:
<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000BREV0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7238680&pdf=true>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas** – do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Leticia Camilo dos. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito**. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em:
<<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-8MQGVU>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. Lei nº 14.109, de 28 de maio de 2010. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, 29 maio 2010. Disponível em:
<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2010/lei-14109-28.05.2010.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SÃO PAULO. Câmara Municipal de Sertãozinho. Projeto de Lei nº 0104/2015. Dispõe sobre a proibição do ensino da cantiga "ATIREI O PAU NO GATO" em Escolas da Rede Pública Municipal de Sertãozinho e dá outras providências. Distribuição, 02 jun. 2015a. Disponível em:
<<http://www.camarasertaozinho.sp.gov.br/index2.php?pag=T1RFPU9UVT1PVEk9T0dZPU9HRT1PV0k9T1RZPU9XUT0=&&idprojeto=101132>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

SÃO PAULO. Câmara Municipal de Sorocaba. Lei nº 2.782, de 01 de setembro de 1988. **Diário do Município**, 1º set. 1988. Disponível em:
<http://www.camarasorocaba.sp.gov.br/sitecamara/proposituras/verpropositura?numero_propositura=2782&tipo_propositura=1>. Acesso em: 23 jun. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0004316-77.2012.8.26.0053. Relator: Des. José Roberto de Souza Meirelles. 13ª Câmara de Direito Público. Julgado em: 11 mar. 2015. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 24 abr. 2015b. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9736692&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_604f48fa71904e22840ff8ab943ea5bf&vlCaptcha=uVqXW&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Repetição de Indébito nº: 0029103-39.2013.8.26.0053. Juíza de Direito: Dra. Cristiane Vieira. 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública. Sentença em: 09 jan. 2014. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 09 jan. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=1H0005MYU0000&cdForo=53&cdDoc=20543712&cdServico=800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5JM&ticket=K7CjMAvUreLRp1nLwIBXWso7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvLjdHDXtz5wAwg8k%2BSq66s5Elur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YRolbKx32eB2VzB6ugXZk4w0aNikS2K9B4CsyraAa3zOgzBIeAqSTFFevWxj6ptXDSj3JfVdXtDFdx6fXShzsHR3SJIgTDBQ%3D%3D>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Roque Sérgio D'Andréa Ribeiro da. **Introdução ao direito constitucional tributário**. Curitiba: InterSaberes, 2013. Disponível em: <<http://fumec.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788582127483/pages/-2>>. Acesso em: 04 out. 2017. E-book.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação: Cidadania, Direito, Estado, Município**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 09, n. 14, jan./dez. 2007. p. 7-33. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/1285?mode=full>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. (Painel 2) In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO (2007: Belo Horizonte, MG). **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 55-68. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Produção do direito e conhecimento da lei a luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação**. 511 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96WPB6>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na Idade Tecnológica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SOUZA, Fátima Fernandes de. Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações (ICMS). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). **Tratado de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 545-581.

TARELLO, Giovanni. Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 3, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/857>>. Acesso em: 03 out. 2017. p. 05-31.

UNIÃO EUROPEIA. Acordo interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia sobre Legislar Melhor (Programa *Better Regulation*). **Jornal Oficial da União Europeia**. 59. ano. L 123. 12 maio 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL&from=EN>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

WALTER, Carlos H. Processo como hermenêutica paradigmaticada (a partir de Fazzalari, Baracho, Fix-Zamudio, Andolina, Vignera e Rosemiro Leal). **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jun./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/744>>. Acesso em: 03 out. 2017. p. 179-208.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación*. Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 26. 2003. p. 261-289. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10076/1/doxa26_14.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

ANEXO I – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9/DF

05/08/98

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA
RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO: ROSANA TEIXEIRA DE CARVALHO FONSECA
RECORRIDO: MARIO TRAMPETTI
ADVOGADO: DILSON FURTADO DE ALMEIDA E OUTROS

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria.

Recurso extraordinário não conhecido.

A C O R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 05 de agosto de 1998.

Mouuo
CARLOS VELLOSO

- PRESIDENTE

Maurício Corrêa
MAURÍCIO CORRÊA

- REDATOR PARA O ACÓRDÃO



05/08/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA
RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO: ROSANA TEIXEIRA DE CARVALHO FONSECA
RECORRIDO: MARIO TRAMPETTI
ADVOGADO: DILSON FURTADO DE ALMEIDA E OUTROS

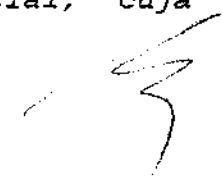
R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por Mario Trampetti, membro do Corpo Diplomático da Embaixada da Itália, contra ato do Diretor do Departamento da Receita da Secretaria da Fazenda do Governo do Distrito Federal, que recusou liberar, sem o pagamento do ICMS, veículo automotor (marca BMW), que importara para uso próprio, mas que, em face do término de sua missão no país, pretendia alienar antes de decorrido o prazo de carência a que estava sujeito.

A segurança foi concedida pela sentença de fls. 39/42. Julgando a apelação e a remessa ex-officio, o Tribunal de Justiça local manteve o decisum (fls. 99/121), lendo-se da ementa do acórdão:

VEÍCULO IMPORTADO POR PESSOA NÃO COMERCIANTE PARA USO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS.

A incidência do tributo previsto no artigo 155, I, "b", c/c o § 2º, IX, "a" da CF tem como fato gerador uma operação de natureza mercantil ou assemelhada, tal como definida pelo Direito Comercial, cuja prática



cinge-se ao produtor, ao industrial ou ao comerciante. Sem a prática de ato de comércio ou assemelhado, incorre o fato gerador do tributo em apreço.

Apelação e remessa ex-officio desprovidas. Maioria."

Donde o recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, em que se alega negativa de vigência aos arts. 155, II e § 2º, inc. IX, alínea a, da Carta Magna e art. 34, §§ 3º, 5º e 8º, do ADCT. Alude que tanto o fato gerador do ICMS quanto o sujeito passivo foram alterados pelo novo texto constitucional, passando o tributo a ser cobrado, também, de pessoa física que importa do exterior mercadoria, sendo ele devido no momento do desembaraço aduaneiro. Assevera que com base no Convênio ICMS 66/88, que regulou provisoriamente a matéria pertinente ao ICMS, nos termos do § 8º do art. 34 do ADCT/88, ante a ausência da lei complementar a que se reporta a Lei Maior, foi promulgada a Lei Distrital nº 7, de 29.12.88, dispondo sobre a incidência tributária.

Esclarece que, embora fixado o momento do desembaraço aduaneiro para a exigência do tributo, no caso dos autos, a importação estava ao abrigo de isenção em face de tratado internacional (*Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*), cujos efeitos definitivos se confirmariam após o decurso do prazo de

três anos (Decreto-Lei n° 37/66, art. 26), o que, no caso, não ocorreu.

O extraordinário foi admitido pelo despacho de fls. 266. O especial não prosperou, constando dos autos não ter havido interposição de recurso.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Vicente de Paulo Saraiva, opinou pelo conhecimento, destacando-se de sua manifestação, **verbis**:

"Merece reparo o acórdão atacado.

Primeiro, porque a CF/88, em seu art. 155, § 2º, IX, a, é clara ao admitir a incidência de ICMS, em operações de importação, ainda que o importador não seja comerciante e o bem adquirido não se destine à mercancia, caso que se enquadra nos autos: importação de bem destinado a consumo (automóvel), efetuada por simples particular, para uso próprio.

Segundo, porque, interpretando tal dispositivo constitucional, essa Colenda Suprema Corte já firmou o entendimento jurisprudencial, por decisão plenária, quanto à **legalidade da exação**, valendo agora conferir os seguintes julgados:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E
TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIA IMPORTADA. ART.
155, § 2º, IX, a, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988. SÚMULA 577.

1. O Plenário do S.T.F., no julgamento dos RREE. 193.817 e 192.711, firmou entendimento no sentido de que pode, a liberação da mercadoria importada, ser condicionada à comprovação, pelo importador, do pagamento do ICMS sobre ela incidente.

2. Interpretando a norma do art. 155, § 2º, IX, 'a', da Constituição Federal,

entendeu a Corte que sua redação permite tal exigência, ao ensejo da entrada no posto aduaneiro, antes, portanto, da entrada física da mercadoria no estabelecimento do importador, reconhecendo, assim, a constitucionalidade da legislação estadual que dispôs dessa forma, autorizada por Convênio, nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT, não mais se justificando, em tais circunstâncias, a aplicação da Súmula 577.

3. Adotada a fundamentação dos precedentes, o R.E. é conhecido e provido para o indeferimento do Mandado de Segurança." (RE nº 208.139/SP, 1ª Turma, s/d)

"Decisão: Dissente a recorrente do aresto proferido pelo Tribunal 'a quo', que entendeu pela legalidade da exigência da comprovação do prévio recolhimento do ICMS, para o desembaraço das mercadorias importadas.

2. O acórdão dirimiu a controvérsia à luz do Convênio nº 66/88, que foi editado pelos Estados à luz do disposto no art. 34, § 8º, do ADCT-CF/88, 'verbis' :

'Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 8º Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

(...)

3. Este Tribunal, ao examinar os termos do Convênio n° 66/88, pontificou que o convênio celebrado pelos Estados, na forma e para os fins do art. 34, § 8°, do ADCT, tem necessariamente, seu objeto demarcado pelas lacunas verificadas na legislação federal já existente. Trata-se, portanto, indiscutivelmente, de competência legislativa supletiva, que deveria ter sido exercida tão-somente para o preenchimento de lacunas verificadas em face da legislação recepcionada pela nova Carta (Precedente: RE 149.922-2-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. ILMAR GALVÃO, Sessão de 23.02.94).

4. O Plenário desta Corte firmou entendimento a respeito da matéria por ocasião do julgamento dos RREE. n° 192.711/SP, n° 193.817/RJ e n° 144.660/RJ, publicados no DJ de 05.11.96 quando, por maioria simples, o Tribunal declarou a legalidade da exigência da comprovação do prévio recolhimento do ICMS para o desembaraço das mercadorias importadas.

Ante o exposto, com base no art. 21, § 1°, do RISTF, nego seguimento ao agravo." (AI n° 196.524-1/RJ, in DJU 22/04/97, pág. 14.348)

Pelo conhecimento do recurso, em decorrência."

Levado a Sessão de julgamento da eg. Primeira Turma, esta afetou ao Plenário a apreciação da matéria.

É o relatório.

* * * * *



AM/emo

05/08/98

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

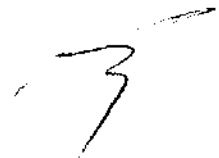
O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): A Constituição Federal, no art. 155, inc. II, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir imposto sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior."

No § 2º, inc. IX, a, da mesma disposição, dispôs que o tributo incidirá também:

"a) 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".

Reproduziu o texto, em termos gerais, dispositivo que, em forma de § 11, foi introduzido no art. 23 da EC 01/69 pela EC 23/83, deste teor:

"§ 11. O imposto a que se refere o item II (ICM) incidirá, também, sobre a entrada, em



393

estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento".

Ao fazê-lo, entretanto, ampliou o campo de incidência do tributo, que deixou de restringir-se à importação para estabelecimento comercial, industrial ou produtor ("entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada..."), para abranger toda entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo.

É certo que o dispositivo, ao apontar, em sua parte final, a unidade federada credora do tributo, utilizou o critério da situação do estabelecimento destinatário da mercadoria, o que pode suscitar dúvida sobre se as importações efetuadas por pessoas físicas, não comerciantes ou industriais, também estão sujeitas a tributação, dúvida essa que é de ser afastada por meio da interpretação ampliativa do termo "estabelecimento" para fazer abranger, na sua compreensão, a residência do importador pessoa física.

Em face da inovação introduzida, foi o dispositivo regulamentado, em conformidade com o art. 34, § 8º, do ADCT, em

caráter provisório, pelas unidades federadas, por meio de Convênio ICM 66/88, onde, a respeito, se estipulou:

"Art 1º - (...)

Parágrafo único - O imposto incide também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo..."

Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

I - na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador da mercadoria ou bem, importados do exterior."

A categoria dos contribuintes foi assim tratada:

"Art. 21 - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria..."

Parágrafo único - Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

I - o importador..."

Incluindo na competência dos Estados e do Distrito Federal a instituição do tributo, na forma prevista no art. 155, caput, da CF, fê-lo o Distrito Federal por meio da Lei nº 7, de 29.12.88, mais precisamente pela norma do art. 3º, I, onde ficou estabelecido, **verbis**:

"Art. 3º - Ocorre o fato gerador do imposto:

I - na entrada de mercadoria ou bem, importados do exterior;"

E ao tratar o contribuinte, dispôs:

"Art. 22 - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador.

Parágrafo único - Incluem-se entre os contribuintes:

I - O importador, o arrematante ou o adquirente, o produtor, o extrator, o industrial e o comerciante."

Cuida-se de norma perfeitamente compatível com os limites traçados pela Constituição.

Conseqüentemente, não há como ter-se por ilegítimo o ato impugnado que condicionou a liberação do veículo ao pagamento do tributo devido, posto que, à época do fato descrito na inicial da ação mandamental, o art. 155, IX, a, estava regulamentado pelo Convênio ICM 66/88.

Descabido o argumento do acórdão recorrido no sentido de que "a incidência, portanto, só ocorrerá, pela nítida regra constitucional, quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, sendo cabível o imposto onde estiver situado o estabelecimento destinatário do bem, o que não é, assim, quanto a hipótese em tela, tratada nesta impetração cujo destinatário é, indubitavelmente, a pessoa física que cuidou de importar o veículo para o seu uso, mesmo que se valendo, de início,

de prerrogativa de ser funcionário, com as vantagens diplomáticas, para fazer jus ao benefício da isenção." (fl. 117).

Acrescento que a Lei Complementar nº 87/96, regulamentadora da matéria, estabeleceu a respeito:

"Art. 2º - (...)

§ 1º - O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo..."

Art. 4º - (...)

Parágrafo único - É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade:

I- importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo..."

Como se verifica, o fato de a importação haver sido realizada por particular não o isenta do ônus do tributo, mesmo que para consumo próprio.

Ante as considerações expostas, meu voto conhece do recurso e lhe dá provimento, para o fim de cassar a decisão concessiva da segurança. Custas *ex lege*.

* * * * *



AM/emo

05/08/1998

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, no art. 155, inciso IX, alínea "a", lê-se:

"IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado ao 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;"

Quer dizer, sobre as mercadorias importadas do exterior, mesmo aquelas que se destinarem "ao consumo ou ativo fixo", incidiria o imposto. Essa última parte da alínea "a", quando diz: "cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço", tem como objetivo estabelecer, na guerra interestadual, a que Estado se destina o imposto.

O problema é que, em se tratando dessa regra que estabelece caber ao Estado onde está o estabelecimento, ou seja, o destinatário da mercadoria, a percepção do imposto, está omitido, não está dito a quem cabe o tributo na hipótese de importação que

não se destina ao estabelecimento. Agora, concluir-se que essa omissão está isentando o importador que não tem estabelecimento ...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Não está isentando. Cuida-se de interpretar uma expressão equívoca: consumo do estabelecimento ou incorporação "ao ativo fixo do estabelecimento". É só o consumo do estabelecimento ou é consumo de qualquer pessoa?

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Há um argumento que me parece ponderável: onde é o estabelecimento de pessoa não comerciante? É o domicílio, é a residência?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A Constituição seria outra, não teria a regra constitucional para definir, então, a que Estado caberia a importação de consumidor final.

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Teria, se dissesse, por exemplo, onde estiver o estabelecimento ou o domicílio.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A interpretação que estou pretendendo dar, na linha do Ministro Ilmar Galvão, é a de que a regra estabelecida na Constituição é a seguinte: incidirá também "sobre a entrada de mercadoria importada do exterior". Essa é a regra principal; vem uma seqüência explicitatória, diz que mesmo que uma mercadoria seja destinada a consumo do estabelecimento ou ativo fixo de incorporação - são coisas absolutamente distintas, umas são as máquinas de produção e outras são material de consumo -, diz a

Constituição: "cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço". A pergunta é a seguinte: quando a Constituição diz que este imposto cabe ao Estado em que situado o destinatário da mercadoria ou do serviço, significa que a primeira parte do dispositivo sobre a entrada de mercadoria importada do exterior só diz respeito àquelas mercadorias importadas por pessoas físicas?

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Por uma razão.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Por quê?

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Porque, se alguém tem uma residência e um domicílio, e faz encomenda ao exterior para a sua residência, sendo o seu domicílio em outro Estado, pergunta-se: qual é o Estado destinatário? com relação a essa pessoa física, nesse caso?.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas a lei resolve. O que extrair dessa regra de que o importador, o consumidor não paga imposto?

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Justamente por isso; porque só cabe ao Estado onde estiver situado o estabelecimento.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Houve uma omissão na Constituição: ela não disciplinou a quem cabe o imposto na hipótese da importação pelo consumidor.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Então não é a lei que vai determinar, porque esta cláusula final veio em função da

quebra do princípio geral de que cabe o imposto ao Estado onde ocorra o fato gerador. Como o fato gerador passou a ser a entrada no País, foi preciso criar-se, a exceção ao princípio geral. Então é uma omissão impresumível da Constituição. Encontro na Constituição uma série de incentivos fiscais, menos ao especulador intermediário de importação.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, acompanho o
eminente Relator, pelas razões expostas.

05/08/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: Sr. Presidente, o acórdão proferido pelo Tribunal "a quo" entendeu inexigível o ICMS na importação de veículo automotor por pessoa física, sob o fundamento de que "a incidência do tributo previsto no artigo 155, I, "b", c/c o § 2º, IX, "a", da Constituição Federal, tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, tal como definida pelo Direito Comercial, cuja prática cinge-se ao produtor, ao industrial ou ao comerciante." Daí haver concluído que, sem a prática de ato de comércio ou assemelhado, não ocorre o fato gerador do imposto.

2. Estabelece o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior", dispondo o seu inciso IX, alínea "a", primeira parte, que o ICMS incidirá também "sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento".

3. Do referido preceito sobressaem expressões significativas para se determinar a extensão da norma constitucional e a

exigibilidade ou não do tributo na importação de bens por pessoa física: i) **operação relativa à circulação de mercadoria**; ii) **mercadoria**; iii) **estabelecimento**.

4. Desse modo, é de fundamental importância que se busque interpretar os princípios gerais de direito privado, para pesquisar a definição, o conteúdo e o alcance dos conceitos utilizados pela Constituição Federal que, por estarem prescritos na legislação comum, não podem ser alterados pela legislação tributária (CTN, artigos 109 e 110).

5. Com efeito, são hipóteses de incidência do ICMS a operação relativa à circulação e à importação de mercadorias, ainda quando se trate de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento. No ponto, o termo **operação** exsurge na acepção de ato mercantil; o vocábulo **circulação** é empregado no sentido jurídico de mudança de titularidade e não de simples movimentação física do bem, e à expressão **mercadoria** é atribuída a designação genérica de coisa móvel que possa ser objeto de comércio por quem exerce mercancia com frequência e habitualidade.

6. Por outro lado, cumpre observar que o termo **consumo**, empregado pela Constituição Federal ao dispor que o imposto incidirá também na importação de mercadoria, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, diz respeito ao estabelecimento comercial e não à pessoa física que importa bens para seu gozo e fruição. A expressão **estabelecimento** tem o mesmo sentido do que lhe confere o Código Comercial (C. Com., artigo 1º, III, 2ª parte), de tal modo a designar o próprio local ou o edifício

em que a profissão é exercida, compreendendo todo o conjunto de instalações e aparelhamentos necessários ao desempenho do negócio ou da profissão de comerciante, componentes do fundo de comércio.

7. Fixadas essas premissas, há que se concluir que o imposto não é devido pela pessoa física que importou o bem, visto que não exerce atos de comércio de forma constante nem possui "**estabelecimento destinatário da mercadoria**", hipótese em que, a teor do disposto no artigo 155, IX, alínea "a", da Constituição Federal, o tributo seria devido ao Estado da sua localização (RE nº 144.660-RJ, Pleno, redator para o acórdão Min. ILMAR GALVÃO, DJU 21.11.97).

8. Observo, ainda, 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.

9. 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 é 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.

10. A toda evidência, pessoa física, como é o caso dos autos, de carne e osso, não é pessoa jurídica para se transformar em estabelecimento destinatário da mercadoria!

11. Por conseguinte, a mim me parece que está absolutamente consentâneo com a Carta Federal o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Com essas rápidas considerações, pedindo vênias aos eminentes Ministros Relator e Nelson Jobim, meu voto é no sentido de não conhecer do recurso.

05/08/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, creio que a regra, no tocante ao ICMS, ainda é o pagamento do tributo pelo vendedor, muito embora inclua, de forma inteligente, no próprio preço da mercadoria, o valor que ele, vendedor, deve recolher ao Estado. Essa é a regra geral. Claro que temos a exceção, relativamente ao importador, considerada a alínea "a" do inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

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, inclusive, o

instituto da não-cumulatividade. O artigo 155, inciso II, da Constituição Federal assim dispõe:

(...) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (...);

Costumo dizer que o Estado tudo pode. O Estado legisla, o Estado executa a lei, o Estado julga a aplicação da lei. Que o faça bem e, em se tratando de tributo, que se atenha ao figurino constitucional. Este figurino, para mim - e não posso atribuir ao legislador constituinte a inserção, na Carta, de termos inúteis - revela, em face do que se contém na alínea "a", inciso IX do § 2º do artigo 155 da Carta de 1988, a necessidade de ter-se, na importação, para que haja a transferência, como que em passo de mágica, da obrigação tributária do vendedor para o comprador, como quer a alínea "a" -, na ponta, destarte, importando o bem, alguém que esteja estabelecido no âmbito da mercancia. Daí a referência, no preceito, por duas vezes, à palavra "estabelecimento". Leio o dispositivo:

a) 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 quê? Onde estiver

domiciliada a pessoa natural? Não. - onde estiver situado o estabelecimento (...)

Sou daqueles que dizem que, havendo uma dúvida quanto à legitimidade constitucional de um certo tributo cobrado pelo Estado, impõe-se concluir pelo conflito dessa cobrança com a Lei Básica Maior. Não inverto a situação; não procuro encontrar uma base mínima para salvar o tributo, já que, como afirmei, o Estado tudo pode.

Por isso, peço vênias aos Senhores Ministros Relator e Nelson Jobim para, no caso, não conhecer do recurso interposto, acompanhando o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

É o meu voto.



05/08/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, firmara-se nesta Casa, no regime decaído, que na mecânica do ICMS não caberia sua incidência na entrada, **no estabelecimento**, de mercadoria importada quando se destinasse a consumo ou incorporação ao ativo fixo do estabelecimento. Sempre "do estabelecimento".

A Emenda Constitucional 23 sobreveio, e entre outras inovações, introduziu o § 11 ao art. 23 da Carta de 1969, para prescrever:

"§ 11 - O imposto a que se refere o item II incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento."

Como o fato gerador era, no caso, a entrada do bem no estabelecimento, não se precisou deixar claro a quem caberia o imposto; incidiria a regra geral: o ICM, cabe ao Estado onde ocorrer a respectiva operação, o respectivo fato gerador.

Alterou-se fundamentalmente o sistema com a redação da alínea "a", art. 155, § 2º, IX, da Constituição, ao menos ao ver da maioria mínima do Tribunal, no julgamento do RE 193.817, relator o



em.Ministro Ilmar Galvão, de 23.10.96: entendeu-se então que, aí sim, o fato gerador passou a ser a importação no momento em que ela se consumasse, vale dizer, na entrada de mercadoria no País.

Mas se criou aí a necessidade de uma opção: se o imposto caberia ao Estado em que ocorresse essa importação ou ao Estado gerador do fato econômico da importação. Decidiu-se pela segunda hipótese. Daí dizer-se, excetuando a regra geral de caber o imposto ao Estado onde ocorre o fato gerador, que o mesmo tocaria ao Estado onde situado o estabelecimento.

O que se diz quanto a "aquisição de mercadoria importada por particular para uso próprio"? Diz a alínea "a" do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal:

*"IX - incidirá também:
a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, ..."*

A expressão consumo se referiria a consumo por qualquer pessoa física ou jurídica? Ou, como era no sistema anterior, ambos - consumo ou incorporação ao ativo fixo - seriam apenas os do estabelecimento?

A expressão constitucional, se aí parasse o dispositivo, seria equívoca. Mas, não. Pela necessidade que expliquei antes, de fixar a que Estado caberia o tributo, se deixou claro, na cláusula

final, que caberá o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.

Conseqüência: ou se entende que essa cláusula final esclarece a cláusula equívoca da intercalada "consumo ou ativo fixo do estabelecimento" ou se teria uma solução absolutamente absurda e destoante do sistema. A que Estado caberia o imposto, quando o importador não fosse o comerciante e não tivesse o estabelecimento? Obviamente, não se teria aí, **data venia** do Sr. Ministro Nelson Jobim, uma outorga à lei da competência para elegê-lo, mas incidiria sim a regra geral de caber o tributo ao Estado onde ocorresse o fato gerador, vale dizer, ao Estado da importação, ao Estado do despacho aduaneiro. Como isso é impresumível, porque rompe sem motivos o sistema, só tenho a concluir que a cláusula final deixa claro, a mais não poder - com licença do Ministro Marco Aurélio -, que assim como a importação para incorporação ao ativo fixo também a destinada ao consumo só será razão de incidência do ICMS, quando se tratar do consumo do estabelecimento comercial ou industrial ou de serviço.

Por isso peço vênias ao eminente Relator para acompanhar o voto do eminente Ministro Maurício Corrêa e não conhecer do recurso.

CR/



05/08/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Nº 203.075-9 - DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Sr. Presidente. Também não encontro base para divergir da interpretação que dá o eminente Ministro Maurício Corrêa, a partir da discussão posta, ao ensejo do voto do ilustre Ministro-Relator, pelo Sr. Ministro Moreira Alves.

Se se considerar, desde logo, a matéria, embora infraconstitucional, mas significativa para a compreensão do tema, à vista do art. 21 do Convênio ICM 66/88, que regulamenta o art. 34, § 8º, do ADCT, cumpre também chegar à mesma conclusão. Estipula o art. 21:

"Art. 21 - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ..."

Esse é o contribuinte, em princípio, do ICMS. Inclui-se, entre os contribuintes do imposto, o importador, mas, "pessoa física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria".

É da própria natureza do ICMS que o contribuinte detenha essa condição. No caso, efetivamente, quem paga o ICMS? É o vendedor. Então, sempre há no cerne dessa operação, que constitui base para a incidência do ICMS, a existência da mercancia, de uma operação de comércio, de um ato de comércio ou assemelhado. Não é

J. Néri

disso que se cuida no caso concreto, em que um particular, pessoa física, não-comerciante, importa um bem para o seu consumo pessoal e fica sujeito, em razão dessa operação, à incidência do imposto de importação, mas não simultaneamente à incidência do imposto do ICMS, tal como sucede em se cogitando de entrada de mercadoria feita por quem detém a condição de comerciante.

Com essas brevíssimas considerações, peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa e, assim, não conhecer do recurso extraordinário.

J. Neri

05/08/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, desde o início, em que se travou a discussão, a minha posição ficou bastante clara no sentido de que o art. 155, IX, "a", da Constituição não abarca o destinatário da mercadoria importada do exterior, quando for ele não-comerciante.

Acompanho o eminente Ministro Maurício Corrêa, e não conheço do recurso.



XXXX

05/08/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Presidente): - Também peço licença aos Srs. Ministros Relator e Nelson Jobim para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa. O que me parece que deve ser tomado em consideração é o sistema do tributo, objeto deste recurso, o ICMS.

O contribuinte do ICMS é o vendedor, não obstante tratar-se de um imposto que repercute e acaba sendo pago pelo comprador. Todavia, esse é um fato econômico, que o Supremo Tribunal Federal entende que não tem relevância na relação jurídica contribuinte-fisco. Se o contribuinte é o vendedor, numa importação não haveria pagamento de ICMS, pelo simples motivo de o exportador estar no exterior. Foi preciso, portanto, que a Constituição estabelecesse, expressamente, a incidência desse tributo, na importação, e expressamente explicitou que o seu pagamento seria feito pelo comprador, ou seja, pelo importador. Ao estabelecer a incidência, no caso, o constituinte, entretanto, optou pelo comerciante, ou pelo industrial, é dizer, por aquele que tem um estabelecimento, certo



que o particular, que não é comerciante ou industrial, tem simplesmente domicílio ou residência. E por que procedeu assim o constituinte? Porque o importador, assim o comprador, que é comerciante ou industrial, pode, na operação seguinte, utilizar o crédito do tributo que pagou no ato do desembaraço aduaneiro. O particular, que não é comerciante ou industrial, jamais poderia fazer isso. É dizer, caberia a ele o ônus total do tributo.

Sensibilizou-me o argumento do Sr. Ministro Nelson Jobim, o argumento econômico no sentido de que a operação, nesses termos, poderia esvaziar as importadoras que comercializam o veículo. O argumento é, na verdade, relevante, que deve, entretanto, ser visualizado pelo legislador. Vale dizer, essa é uma questão **de lege ferenda**.

Com essas breves considerações, peço licença aos Srs. Ministros Relator e Nelson Jobim para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa, motivo por que não conheço do recurso.

Maurício

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.075-9

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

RECTE. : DISTRITO FEDERAL

ADV. : ROSANA TEIXEIRA DE CARVALHO FONSECA

RECDO. : MARIO TRAMPETTI

ADV. : DILSON FURTADO DE ALMEIDA E OUTROS

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Octavio Gallotti. Falou pelo recorrente o Procurador do Distrito Federal, Dr. Evaldo de Souza da Silva. 1ª. Turma, 26.05.98.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão (Relator) e Nelson Jobim, não conheceu do recurso extraordinário. Votou o Presidente. Redigirá o acórdão o Sr. Ministro Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Plenário, 05.8.98.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

ANEXO II – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 191.346-1/RS

29/09/98

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 191.346-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: MAURO CESAR REICHEMBACH
ADVOGADO: CARLOS ADEMIR MORAES
RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO: MAGDA BROSSARD IOLOVITCH

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE E NÃO EMPRESÁRIO: NÃO INCIDÊNCIA.

I. - Veículo importado por pessoa física, que não é comerciante ou empresário, destinado ao uso próprio: não incidência do ICMS. Precedente do STF: RE 203.075-DF, M. Corrêa p/acórdão, Plenário, 05.08.98.

II. - R.E. conhecido e provido.

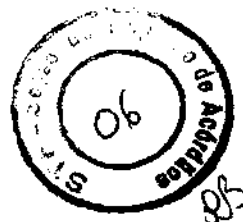
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 29 de setembro de 1998.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

Carlos Velloso
CARLOS VELLOSO - RELATOR



29/09/98

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 191.346-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: MAURO CESAR REICHEMBACH
ADVOGADO: CARLOS ADEMIR MORAES
RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO: MAGDA BROSSARD IOLOVITCH

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação de MAURO CESAR REICHEMBACH, para confirmar a sentença que denegou a segurança, impetrada contra ato do SUPERINTENDENTE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA ESTADUAL DA FAZENDA, consistente na exigência do recolhimento do ICMS, incidente na importação de veículo para uso do impetrante, que entende não haver, no caso, incidência daquele imposto. Assim está ementado o acórdão:

"ICM. IMPORTAÇÃO DE AUTOMÓVEL POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

Importador caracterizado como contribuinte, considerado estabelecimento o local privado onde a pessoa física exerce sua atividade. Constitucionalidade do Convênio ICM 66/88 e da Lei Estadual nº 8.820/89. Inaplicabilidade do acordo GATT na hipótese retratada nos autos.

MU

Sentença confirmada.

Apelação desprovida." (fl. 137)

Inconformado, o impetrante interpôs recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, alegando contrariedade ao art. 154, inciso I, da mesma Carta.

Sustentou, em síntese, que é inconstitucional o pagamento do ICMS no desembaraço aduaneiro de bem para uso próprio. É que o princípio da não-cumulatividade não se aplica a pessoa física que importou produto acabado para uso ou consumo próprio, por não ter praticado operação de importação para posterior revenda.

Admitido o recurso extraordinário pela alínea c, subiram os autos.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Fávila Ribeiro, opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Luiz

29/09/98

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 191.346-1 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - O Supremo Tribunal Federal, julgando, em 05.08.98, o RE 203.075-DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, decidiu:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria.

3. Recurso extraordinário não conhecido." (Plenário, 05.08.98).

Proferi, quando do julgamento do citado RE 203.075-DF, o seguinte voto:

"Também peço licença aos Srs. Ministros Relator e Nelson Jobim para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa. O que me parece que deve ser

mu

tomado em consideração é o sistema do tributo, objeto deste recurso, o ICMS.

O contribuinte do ICMS é o vendedor, não obstante tratar-se de um imposto que repercute e acaba sendo pago pelo comprador. Todavia, esse é um fato econômico, que o Supremo Tribunal Federal entende que não tem relevância na relação jurídica contribuinte-fisco. Se o contribuinte é o vendedor, numa importação não haveria pagamento de ICMS, pelo simples motivo de o exportador estar no exterior. Foi preciso, portanto, que a Constituição estabelecesse, expressamente, a incidência desse tributo, na importação, e expressamente explicitou que o seu pagamento seria feito pelo comprador, ou seja, pelo importador. Ao estabelecer a incidência, no caso, o constituinte, entretanto, optou pelo comerciante, ou pelo industrial, é dizer, por aquele que tem um estabelecimento, certo que o particular, que não é comerciante ou industrial, tem simplesmente domicílio ou residência. E por que procedeu assim o constituinte? Porque o importador, assim o comprador, que é comerciante ou industrial, pode, na operação seguinte, utilizar o crédito do tributo que pagou no ato do desembaraço aduaneiro. O particular, que não é comerciante ou industrial, jamais poderia fazer isso. É dizer, caberia a ele o ônus total do tributo.

Sensibilizou-me o argumento do Sr. Ministro Nelson Jobim, o argumento econômico no sentido de que a operação, nesses termos, poderia esvaziar as importadoras que comercializam o veículo. O argumento é, na verdade, relevante, que deve, entretanto, ser visualizado pelo legislador. Vale dizer, essa é uma questão **de lege ferenda**.

Com essas breves considerações, peço licença aos Srs. Ministros Relator e Nelson Jobim para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa, motivo por que não conheço do recurso."

Forte no precedente, conheço do recurso e dou-lhe provimento. *Maurício*

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 191.346-1
PROCED. : RIO GRANDE DO SUL
RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECTE. : MAURO CESAR REICHEMBACH
ADV. : CARLOS ADEMIR MORAES
RECDO. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV. : MAGDA BROSSARD IOLOVITCH

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 29.09.98.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.


Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

ANEXO III – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 202.714-6/SP

24/11/98

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 202.714-6 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: JACOB LEIBOVICIUS
ADVOGADO: DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS
RECORRIDO: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: TELESOPHORO GOMES DE ALMEIDA FILHO

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE E NÃO EMPRESÁRIO: NÃO INCIDÊNCIA.

I. - Veículo importado por pessoa física, que não é comerciante ou empresário, destinado ao uso próprio: não incidência do ICMS. Precedente do STF: RE 203.075-DF, M. Corrêa p/acórdão, Plenário, 05.8.98.

II. - R.E. conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Srs. Ministros Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

Brasília, 24 de novembro de 1998.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

Carlos Velloso
CARLOS VELLOSO - RELATOR



F

24/11/98

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 202.714-6 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CARLOS VELLOSO**
RECORRENTE: JACOB LEIBOVICIUS
ADVOGADO: DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS
RECORRIDO: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: TELESPHORO GOMES DE ALMEIDA FILHO

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: A Décima Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação de JACOB LEIBOVICIUS, para confirmar a sentença que julgou improcedente ação declaratória, em que o autor pleiteava a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária que o obrigasse a recolher ICMS, na importação de veículo para uso próprio.

Interpostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Inconformado, o autor interpôs recursos especial e extraordinário, este fundado no art. 102, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos arts. 5º, inciso XXXV; 93, inciso IX; 146, inciso III; 155, inciso I, **b**, e § 2º, IX, alínea **a**, da mesma Carta; bem como ao art. 34 do ADCT. *mu*

Sustentou, em síntese, que é inconstitucional o pagamento do ICMS no desembaraço aduaneiro, pela não-incidência do imposto, pelas seguintes razões:

a) o Eg. Tribunal de Justiça entendeu perfeitamente cabível a exigência do imposto na operação feita por pessoa física, para uso próprio, assim contrariando os dispositivos constitucionais apontados;

b) o ICMS não pode ser exigido na importação e como condição para liberação de bem na alfândega, tanto por causa da ilegalidade da Instrução Normativa nº 54/81, como da inexigibilidade daquele imposto nas importações realizadas por pessoas físicas para uso próprio;

c) a pessoa física não compra um bem para integrar o ativo fixo do estabelecimento, não havendo a habitualidade para caracterizar o conceito de mercadoria.

Admitidos ambos os recursos, subiram os autos.

A Primeira Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso especial.

É o relatório.



24/11/98

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 202.714-6 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - O Supremo Tribunal Federal, julgando, em 05.8.98, o RE 203.075-DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, decidiu:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria.

3. Recurso extraordinário não conhecido." (Plenário, 05.8.98).

Proferi, quando do julgamento do citado RE 203.075-DF, o seguinte voto:

"Também peço licença aos Srs. Ministros Relator e Nelson Jobim para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa. O que me parece que deve ser



tomado em consideração é o sistema do tributo, objeto deste recurso, o ICMS.

O contribuinte do ICMS é o vendedor, não obstante tratar-se de um imposto que repercute e acaba sendo pago pelo comprador. Todavia, esse é um fato econômico, que o Supremo Tribunal Federal entende que não tem relevância na relação jurídica contribuinte-fisco. Se o contribuinte é o vendedor, numa importação não haveria pagamento de ICMS, pelo simples motivo de o exportador estar no exterior. Foi preciso, portanto, que a Constituição estabelecesse, expressamente, a incidência desse tributo, na importação, e expressamente explicitou que o seu pagamento seria feito pelo comprador, ou seja, pelo importador. Ao estabelecer a incidência, no caso, o constituinte, entretanto, optou pelo comerciante, ou pelo industrial, é dizer, por aquele que tem um estabelecimento, certo que o particular, que não é comerciante ou industrial, tem simplesmente domicílio ou residência. E por que procedeu assim o constituinte? Porque o importador, assim o comprador, que é comerciante ou industrial, pode, na operação seguinte, utilizar o crédito do tributo que pagou no ato do desembarço aduaneiro. O particular, que não é comerciante ou industrial, jamais poderia fazer isso. É dizer, caberia a ele o ônus total do tributo.

Sensibilizou-me o argumento do Sr. Ministro Nelson Jobim, o argumento econômico no sentido de que a operação, nesses termos, poderia esvaziar as importadoras que comercializam o veículo. O argumento é, na verdade, relevante, que deve, entretanto, ser visualizado pelo legislador. Vale dizer, essa é uma questão **de lege ferenda**.

Com essas breves considerações, peço licença aos Srs. Ministros Relator e Nelson Jobim para acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa, motivo por que não conheço do recurso."

Forte no precedente, conheço do recurso e dou-lhe provimento. *Maurício*

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 202.714-6

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

RECTE. : JACOB LEIBOVICIUS

ADV. : DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS

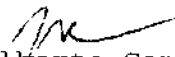
RECDO. : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. : TELESFORO GOMES DE ALMEIDA FILHO

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Maurício Corrêa. 2ª. Turma, 24.11.98.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Carlos Alberto Cantanhede

Coordenador

ANEXO IV – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 196.472-3/SP

11/12/98

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 196.472-3

SÃO PAULO

RELATOR: MIN. SYDNEY SANCHES
RECORRENTE: DANIEL DANIELIAN
ADVOGADOS: DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS
RECORRIDO: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: PGE-SP - MAURO DE MEDEIROS KELLER

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.
ICMS - MERCADORIA IMPORTADA POR PESSOA FÍSICA.
DESEMBARAÇO ADUANEIRO.

1. O Plenário do S.T.F., no julgamento do RE nº 203.075-9-DF, firmou entendimento no sentido da não incidência do ICMS, na importação de mercadoria por pessoa física, para fins não comerciais.

2. Adotados os fundamentos deduzidos nesse precedente, o R.E. é conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 11 de dezembro de 1998.

MOREIRA ALVES PRESIDENTE



SYDNEY SANCHES - RELATOR



RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 196.472-3

SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES
RECORRENTE: DANIEL DANIELIAN
ADVOGADO: DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS
RECORRIDO: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: PGE-SP - MAURO DE MEDEIROS KELLER



R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES: -

1. É este o teor do acórdão extraordinariamente recorrido (fls. 228/236):

"1. Denegada a ordem pela respeitável sentença de primeiro grau, apela o Impetrante, insistindo lhe seja concedido mandado de segurança para que não seja compelido a recolher o ICMS na importação de um automóvel BMW, modelo 325 I, para uso próprio.

O apelante alega que a sentença é nula por ter decidido além dos limites do processo e no mérito sustenta não ser devido o ICMS por se tratar de operação praticada sem habitualidade, por não ser ele contribuinte, por não constituir mercadoria o veículo importado e por inoocorrer entrada da coisa importada em estabelecimento.

A apelação foi admitida e processou-se com resposta, preparo e uniforme manifestação do Ministério Público de ambas as instâncias pelo desprovimento.

2. A respeitável sentença de primeiro grau não foi proferida fora dos limites da causa, como bem demonstrado no parecer do Ministério Público de fls. 204/207, que, no particular, resta acolhido.

3. Importante realçar, desde logo, que a Constituição atual dispensa ao ICMS tratamento bastante diferenciado, cumprindo disso extrair os necessários efeitos de direito.

De feito, enquanto a Constituição anterior (Emenda n. 1/69) autorizava os Estados e o Distrito Federal a instituir impostos sobre "operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores industriais e comerciantes" (art. 23, n. II) e enquanto o parágrafo 11 do art. 23, introduzido pela Emenda Constitucional n. 23, de 1.12.83, dispunha sobre a incidência do imposto em questão "sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento", a Constituição atual teve o cuidado de não restringir as operações tributáveis às realizadas por produtores, industriais e comerciantes, tanto que omitiu qualquer referência a estes, dispondo: "Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir: I - Imposto sobre: b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". Nem mesmo ao cuidar especificamente da circulação decorrente de importação a Constituição restringiu a incidência exigindo sua prática por



pessoa de determinada qualidade (produtor, industrial ou comerciante), como resulta de ter estatuído que o imposto em questão incidirá também "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 serviço", vale dizer sobre a operação de circulação decorrente de importação realizada por qualquer pessoa, isto é, por importador ainda que não produtor, não industrial e não comerciante.

Como a Constituição atual permite, pois, a instituição de imposto sobre circulação decorrente de importação em termos, mais amplos que o sistema constitucional anterior, impunha-se fosse a matéria regulada por lei complementar ou, se esta não fosse editada dentro de sessenta dias, como provisoriamente estabelecessem por convênio os Estados e o Distrito Federal, como facultado pelo art. 34, parágrafo 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Segue-se, pois, encontrar respaldo no sistema constitucional vigente o Convênio ICM 66/88, por meio do qual Estados e Distrito Federal dispuseram, transitoriamente, a respeito do ICMS, estatuindo sua incidência "também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento" (art. 1º, parágrafo único) e declarando ocorrer fato gerador "na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior". Incensurável, conseqüentemente, a Lei Paulista 6.374/89 ao estabelecer, em plena harmonia com a Constituição Federal de 1988 e com o Convênio 66/88 (que provisoriamente tem força de lei complementar), que "o imposto incide também sobre a entrada de mercadoria importada do

exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento" (art. 1º, parágrafo 1º) e que "ocorre o fato gerador do imposto: no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importados do exterior".

Vê-se, portanto, que não procedem as alegações de que o imposto só é devido pelo importador que seja produtor, industrial ou comerciante ou pela pessoa que pratique com habitualidade operações de importação. A Constituição, como já remarcado, não restringe a incidência do imposto às operações de circulação decorrentes de importação praticada por pessoa que se revista de especial qualidade (produtor, industrial, comerciante etc.), o que ensejou que o Convênio 66/88 (equivalente a Lei Complementar) e a Lei Paulista 6.374/89 definissem o importador "tout court" com o contribuinte e estabelecessem ocorrer o fato gerador na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior.

Anote-se, outrossim, que não procede a argumentação deduzida com base em interpretação restritiva do termo mercadoria, seja porque não apenas a coisa móvel destinada à revenda constitui mercadoria, seja porque a Constituição, demonstrando que emprega o termo em sentido amplo, usa indiferentemente as expressões "mercadoria" e "bem", dispondo que o ICMS incide "sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento (art. 155, § 2º, n. IX, letra "a").

Mas não custa, a respeito, repetir o que já deduzi em anterior oportunidade:

Dispondo o art. 155, inciso I, b e inciso IX, a, da Constituição da República que compete

aos Estados instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias ainda que se iniciem no exterior e que esse imposto incidirá também "sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento", cumpre inicialmente anotar que não é subsistente o primeiro fundamento da respeitável sentença recorrida, calcado na interpretação restritiva do termo mercadoria.

De se observar que a norma constitucional ou não admite distinção entre mercadoria e bem ou distingue, mas para permitir a incidência do imposto também na importação de um bem, que teria sentido mais amplo, nele compreendido o de mercadoria. De feito, ao estabelecer que o imposto incidirá sobre "a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento", de duas uma: ou a norma constitucional emprega o termo bem como sinônimo de mercadoria (podendo ser substituído por este e até omitido) ou confere ao termo bem um sentido mais amplo, que compreende o de mercadoria.

Em qualquer das duas hipóteses resulta claro que a Constituição não pretendeu limitar a incidência do ICMS à importação de coisa que se enquadrasse no conceito restrito de mercadoria.

Embora o já exposto torne menos relevante ou até mesmo irrelevante o que se segue, parece não de todo desnecessário aduzir que a conceituação restritiva do termo mercadoria pode encontrar alguma ressonância em nosso vetusto Código Comercial, que, como sabido, é de 1850, mas não resiste a um exame mais acurado, que se faça à luz das normas legais mais recentes e do sistema jurídico vigente.

Embaralhando a circulação física com a circulação econômica, o Código Comercial excluiu

[Handwritten signature] 406

o imóvel de seu âmbito. Em razão disso e como a compra e venda de efeitos móveis e semoventes, para revenda, constitua o ato essencial e tipicamente comercial (art. 19 do Decreto 737), associou-se a idéia de mercadoria à de coisa móvel objeto de compra para fim de revenda. Entretanto, se é que essa visão encontrou respaldo ou algum respaldo na legislação de um século atrás, o certo é que isso não mais acontece.

Observe-se, de uma parte, que a compra para revenda de coisas móveis constitua ato de mercancia e, de outra parte, que a legislação se modificou ao longo do tempo, o que permite afirmar que hoje os imóveis seriam as mercadorias de uma sociedade anônima que se dedicasse à compra e venda de imóveis, dada a natureza mercantil que a lei confere a essa espécie de pessoa jurídica, seja qual for o seu objeto. Nessas condições, mercadoria não é a coisa móvel que seja objeto ou possa ser objeto de compra e venda, mas tudo o que possa ser objeto de atividade comercial.

Mas isso pouco importa porque a Constituição não permitiu a incidência do imposto apenas sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, tanto que possibilita a incidência "ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento", acréscimo que não buscou restringir, mas ampliar as bases de imposição, afastando a aplicação da súmula que o Egrégio Supremo Tribunal editara sob n° 570 com base no ordenamento constitucional anterior ("o imposto de circulação de mercadorias não incide sobre importação de bens de capital"), de forma que a expressão "ainda quando" da norma constitucional vigente só pode significar "mesmo que", "ainda que" ou "até mesmo que".

4. Ante o exposto e anotando que assim já decidiu esta Colenda Nona Câmara no julgamento

da apelação n° 213.369-2/9, relatada pelo eminente Desembargador Debatin Cardoso, negam provimento ao recurso.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO BRANCATO (Presidente) e CELSO BONILHA, com votos vencedores".

2. Embargos de Declaração, apresentados pelo apelante, foram rejeitados (fls. 244/246).

3. No R.E., com apoio no art. 102, III, "a" e "c", sustenta o recorrente negativa de vigência dos arts. 5°, XXXV, 93, IX, 146 e 155, I, "b", § 2°, IX, "a" e § 2°, XII, todos da C.F. e art. 34 do A.D.C.T.

4. O recurso foi admitido e processado.

É o Relatório.



V O T O



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES (Relator): -

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em acórdão redigido pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, no R.E. n° 203.075-9-DF, firmou entendimento no sentido da não incidência do ICMS, na importação de mercadoria por pessoa física, ficando o aresto assim ementado:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

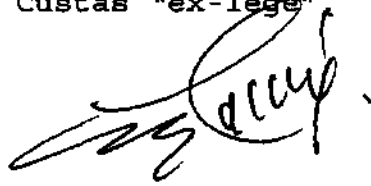
1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria.

Recurso extraordinário não conhecido”.

2. Adotando a fundamentação desse precedente, conheço do recurso e lhe dou provimento, para deferir o Mandado de Segurança.

3. Custas "ex-lege"

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. A. S. P.', written over the text 'Custas "ex-lege"'. The signature is stylized and somewhat cursive.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 196.472-3

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES

RECTE. : DANIEL DANIELIAN

ADV. : DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS

RECDO. : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. : PGE-SP - MAURO DE MEDEIROS KELLER

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 11.12.98.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador

ANEXO V – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7/SP

03/02/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7 SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: JOSÉ CELSO DUARTE NEVES

RECORRIDO: ALVI - SERVIÇOS MÉDICOS RADIOLÓGICOS S/C LTDA.

ADVOGADO: NORBERTO BEZERRA MARANHÃO RIBEIRO BONAVITA E OUTROS

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE BEM POR SOCIEDADE CIVIL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Importação de aparelho de mamografia por sociedade civil, não contribuinte do tributo. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Inexistência de circulação de mercadoria. Não ocorrência da hipótese de incidência do ICMS.

Recurso extraordinário não conhecido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 03 de março de 2000.

Carlos Velloso
CARLOS VELLOSO

PRESIDENTE

Maurício Corrêa
MAURÍCIO CORRÊA

REDATOR PARA O ACÓRDÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: JOSÉ CELSO DUARTE NEVES
RECORRIDO: ALVI - SERVIÇOS MÉDICOS RADIOLÓGICOS S/C LTDA.
ADVOGADO: NORBERTO BEZERRA MARANHÃO RIBEIRO BONAVITA E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Recurso extraordinário que, na forma do art. 102, III, a, da Constituição Federal, foi interposto pelo Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que considerou excluída da incidência do ICMS a importação de uma unidade de mamografia por pessoa jurídica que se dedica à realização de exames radiológicos.

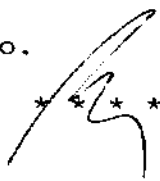
Sustentou o recorrente haver a referida decisão ofendido o artigo 5º, caput, c/c o art. 152, e 155, § 2º, IX, a, todos da Carta Magna.

O recurso, regularmente processado, foi admitido na origem.

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

* * * * *



MC/dfm

03/02/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): A Constituição Federal, no art. 155, inc. II, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir imposto sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

No § 2º, inc. IX, a, da mesma disposição, dispôs que o tributo incidirá também "sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento..."

Trata-se, como se verifica, de ampliação introduzida pela Carta de 1988 no campo de abrangência do imposto, a qual, por isso, na conformidade do art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi regulamentada, em caráter provisório, pelas unidades federadas, por meio do Convênio ICM 66/88, onde, a respeito, se estipulou:

"Art 1º - (...)



Parágrafo único - O imposto incide também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo;

Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

I - na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador da mercadoria ou bem, importados do exterior."

A categoria dos contribuintes foi assim tratada:

"Art. 21 - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritos como fato gerador do imposto.

Parágrafo único - Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

I - o importador..."

Incluindo na competência dos Estados e do Distrito Federal a instituição do tributo, na forma prevista no art. 155, caput, da CF, fê-lo o Distrito Federal por meio da Lei nº 7, de 29.12.88, mais precisamente pela norma do art. 3º, I, onde ficou estabelecido, verbis:

"Art.1º.....

Parágrafo único. O imposto incide também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento..."

Cuida-se de norma perfeitamente compatível com os limites traçados pela Constituição.



Descabido o argumento do acórdão recorrido no sentido de que:

"Para sua validade, as disposições do Convênio nº 66/88 e da Lei 6.374/89 hão de ajustar-se ao bom entendimento do texto constitucional, que tem presente a noção de estabelecimento e de mercadoria dentro do processo de circulação de riquezas e, pois, da comercialidade.

(...)

Não se pode dar amplitude desmedida ao conceito de mercadoria. Há de estar ele conectado ao objetivo da comercialização, ainda na hipótese excepcional de importação de bem para consumo ou para compor o ativo fixo, em que serve ao estabelecimento que promove a circulação de riquezas (comercializa)" (fls. 99/100)!

No julgamento do RE 203.075, em que se apreciava hipótese de bem importado por pessoa física, decidiu esta Corte, por maioria de votos, *in verbis*:

1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física.

2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria."

Na oportunidade, figurei entre os vencidos, por entender que o ICMS não tributa apenas operações de circulação de mercadoria,

mas, também, a importação de qualquer bem, ainda quando destinado a consumo.

No presente caso, em que o bem importado se destina não a consumo, mas a estabelecimento prestador de serviço, cuso persistir no entendimento de que a importação está, por igual, sujeita ao ICMS, sob pena de estar-se privilegiando as importações em detrimento do mercado interno, onde o mesmo equipamento sofre a tributação, independentemente da destinação que lhe for dada.

A primeira objeção, posta no precedente transcrito, de tratar-se de pessoa física, aqui não tem aplicação, dado que a importadora, no presente caso, é pessoa jurídica dedicada à prestação de serviços. E a segunda, impossibilidade de compensar o imposto pago, tenho-a por irrelevante, dado estar presente em qualquer hipótese de bem destinado ao ativo fixo do estabelecimento do comerciante ou industrial.

Ante tais considerações, meu voto conhece do recurso e dá-lhe provimento, para o fim de cassar a decisão concessiva da segurança.

* * * * *

AM/dfm

03/02/2000

TRIBUNAL PLENO

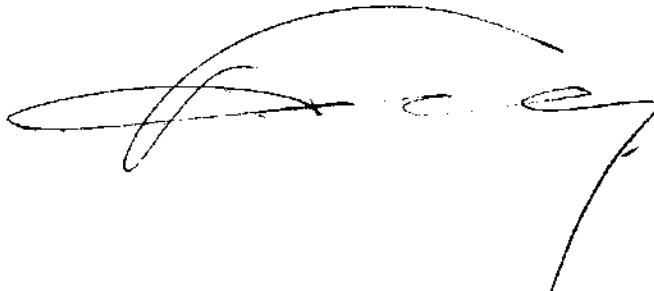
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7 SÃO PAULOVOTO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, reportando-me ao RE 203.075, de que fui designado redator para o acórdão, julgado em 05.08.1998, em caso absolutamente similar ao presente, disse que a incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria.

No caso presente, cuida-se de importação feita por médicos, de aparelho de *mamografia*, não sendo eles contribuintes do ICMS. Por ismo mesmo, a taxaço não pode ser imposta à semelhança do precedente indicado. É o que resulta do comando do artigo 155, I, b, c/c o § 2º, IX, a, da Constituição Federal.

Farei incorporar a este voto o que proferi no julgado mencionado.

Não conheço do recurso.



03/02/2000

TRIBUNAL PLENO

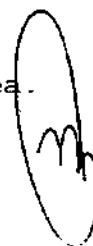
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, no caso em que envolvida pessoa natural, ou seja, no Recurso Extraordinário nº 203.075/DF, também votei entendendo que não há a incidência do tributo quando aquele que importa não é contribuinte do imposto. É o que se verifica na espécie dos autos.

Trata-se de uma clínica que importou um certo equipamento, objetivando a prestação de serviços. Daí não ter como incidente, na hipótese, o preceito mencionado pelo nobre Relator, que é o da alínea "a" do inciso IX do artigo 155 da Constituição Federal. Em síntese, somente ocorre a aplicação do dispositivo quando se cuida, realmente, de importador que seja contribuinte do ICMS.

Voto, acompanhando o Ministro Maurício Corrêa.



03/02/2000

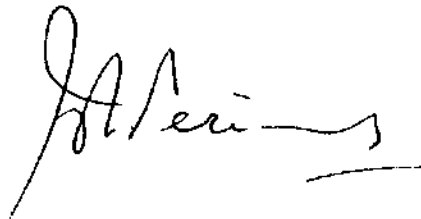
TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Sr. Presidente, também eu, no RE 203.075/DF, ao acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa, levei em consideração não o fato - para mim absolutamente accidental - de cuidar-se de pessoa física, mas sim o de não se cuidar de contribuinte do ICMS. É o caso, pouco importando que na espécie se trate de pessoa jurídica.

Peço vênia ao eminente Relator para não conhecer do recurso, na linha do precedente.

CR/



03/02/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Presidente): - Também peço licença ao Sr. Ministro-Relator para, nos termos do voto que proferi no RE 203.075/DF, acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa.

Maurício

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 185.789-7

PROCED. : SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

RECTE. : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. : JOSÉ CELSO DUARTE NEVES

RECDO. : ALVI - SERVIÇOS MÉDICOS RADIOLÓGICOS S/C LTDA.

ADV. : NORBERTO BEZERRA MARANHÃO RIBEIRO BONAVITA E OUTROS

Decisão : O Tribunal, por maioria, não conheceu do recurso extraordinário, vencido o Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Votou o Presidente. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 03.2.2000.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

ANEXO VI – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.921-1/SP

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 24.11.2000
EMENTÁRIO Nº 2 0 1 3 - 6

1232

16/05/2000

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.921-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: FRANCISCO ROBERTO SOUZA CALDERARO
ADVOGADOS: DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS
RECORRIDA: UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO: PEN - MAURO GRINBERG

EMENTA: ICMS: não incidência na importação para uso próprio, não comercial: precedentes do Plenário (RE 203.075, 5.8.98, Corrêa; RE 185.789, 3.2.00, Corrêa, Informativo 176): matéria constitucional prequestionada, nas circunstâncias do caso.

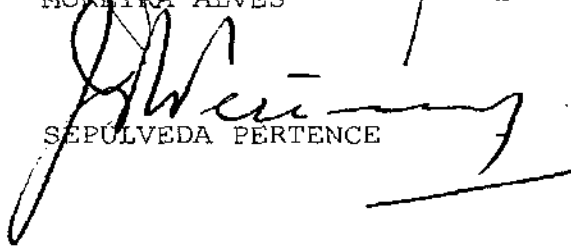
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em **conhecer** do recurso extraordinário e dar-lhe provimento.

Brasília, 16 de maio de 2000.


MOURIRA ALVES

PRESIDENTE


SEPÚLVEDA PERTENCE

REDATOR P/O ACÓRDÃO



16/05/2000

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.921-1 SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: FRANCISCO ROBERTO SOUZA CALDERARO
ADVOGADOS: DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS
RECORRIDA: UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO: PFN - MAURO GRINBERG

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por Francisco Roberto Souza Calderaro contra ato da autoridade fiscal, que se recusou a liberar, sem o pagamento do ICMS, veículo automotor que importou para uso próprio.

A segurança foi concedida em parte, pela sentença de fls. 54/61, para "reconhecer a ilegitimidade da exigência do recolhimento do ICMS antes do desembaraço aduaneiro, sem prejuízo da cobrança do imposto eventualmente devido..."

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou o **decisum** para que o impetrante comprove o recolhimento do ICMS. Os embargos de declaração foram rejeitados.

Donde o recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, a e c, da Constituição Federal, em que alega o recorrente



afrenta aos arts. 5º, incs. XXXV e LV; 146; 150, inc. II; 152 e 155, todos da Carta Magna e ao art. 34, § 5º, do ADCT. Aduz que o ICMS não pode ser exigido em importação de automóvel, para uso próprio, realizada por pessoa física, porque esta importação não constitui ato de mercancia, nem há estabelecimento comercial do destinatário. Assevera que o acórdão julgou válidos a Lei paulista nº 6.374/89 e o Convênio ICMS 66/88, em face da Carta Magna.

O recurso processou-se mediante o provimento do agravo em apenso.

O especial, simultaneamente interposto, não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos da ementa seguinte (fl. 228):

TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

Na importação de veículo por pessoa física, para uso próprio, é devido o imposto sobre circulação de mercadorias."

Opostos embargos declaratórios contra a referida decisão, foram eles recebidos apenas para esclarecer que não houve violação aos preceitos legais tidos por contrariados (fls. 234/237).



Após o trânsito em julgado da decisão (cert. fl. 239), os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

* * * * *

AM/emo

16/05/2000

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.921-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): O acórdão recorrido confirmou a sentença indeferitória do mandado de segurança ante os seguintes fundamentos (fls. 109/110):

"(...)

O ICMS de competência estadual está disciplinado, atualmente, no Estado de São Paulo pela Lei 6.374/89. Quanto à ocorrência do fato gerador, dispõe, in verbis:

"Art. 2º — Ocorre o fato gerador do imposto:

"

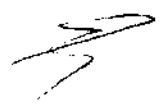
...

V — no recebimento pelo importador, de mercadoria ou bem importado no exterior".

Caso o importador seja um estabelecimento comercial o fato gerador do ICMS incidente sobre a mercadoria vinda do exterior, é a entrada no estabelecimento comercial do destinatário. Em se tratando, porém, de pessoa física, o fato gerador ocorre quando do recebimento pelo importador da mercadoria ou bem.

É ilegal a exigência por parte da autoridade federal quanto à comprovação do tributo quando ainda incorreu o fato gerador.

Nada impede que a autoridade federal dita coatora cobre o ICMS na ocorrência do fato gerador.



No caso em tela, sendo o impetrante pessoa física, o fato imponível deu-se no recebimento da mercadoria pelo importador, tornando-se legal a exigência feita pela impetrada.

Caso o imposto não seja arrecadado no momento do desembaraço aduaneiro, não haverá como ser recolhido.

O pleito da impetrante no que se refere à inexigibilidade do ICMS só poderá ser ajuizado pela Justiça Estadual, *in casu*, a competente. À Justiça Federal cabe exclusivamente o exame do alcance da atividade administrativa por parte do agente coator, por ocasião do desembaraço aduaneiro.

(...)"

Vieram embargos declaratórios com alegação de contradição e omissão, assim expostos (fls. 118/119):

"(...)

Essa e. Turma decidiu que "no caso em tela, sendo o Impetrante pessoa física, o fato imponível deu-se no recebimento de mercadoria pelo importador, tornando-se legal a exigência feita pela Impetrada", ao mesmo tempo que declara que a Justiça Federal não tem competência para julgar a causa.

(...)

Esse e. Tribunal não poderia, como o fez, decidir sobre o fato gerador do imposto em causa, pois trata-se de matéria não examinada em primeiro grau, devendo, primeiro decidir acerca da competência da Justiça Federal... Uma vez reconhecida a incompetência da Justiça Federal, aí sim, se decidirá se é legal ou não a exigência contida na Instrução Normativa 54/81...

Do contrário, decidir sobre o fato gerador do ICMS implica... cerceamento de defesa... porque o embargante não teve oportunidade de ver apreciada essa questão na primeira instância, quanto à não-incidência do ICMS na importação de veículo para uso próprio, pelo fato da Constituição Federal não prever tal incidência, a teor do art. 155, inciso I, b, § 2º e inciso IX, a, além do § 2º, inciso XII, desse mesmo artigo, porque a importação

em questão não constitui ato de mercancia, nem há estabelecimento em sentido estrito que pudesse gerar o imposto com a 'entrada no estabelecimento', além de que não haveria como dar curso ao princípio da não-cumulatividade, pois seria impossível a dedução do montante pago na operação anterior. Do mesmo modo o pedido veio lastreado no art. 6º do Decreto-Lei nº 406/68, que não poderia ter sido modificado pelo Convênio ICM 66/88..., mesmo em razão do art. 34, § 8º, do ADCT, tendo em vista que esse ato normativo (o DL 406) foi recepcionado pela Constituição Federal em face do disposto no § 5º do mesmo art. 34 do ADCT, havendo necessidade de lei complementar (art. 146, III, da CF), à instituição do imposto, conforme jurisprudência acosta aos autos.

Quanto à competência ou não da Justiça Federal, data venia, o v. acórdão é omissivo no tocante aos fundamentos pelos quais deixou de acolher a apelação do embargante, calcada no art. 109 da CF, bem como na possibilidade dessa discussão ser travada nestes autos em face da Fazenda Estadual integrar a lide, por se litisconsorte necessário...

Outrossim, no tocante à alegação de que para a pessoa física o fato gerador é um e para a pessoa jurídica, é outro, matéria não debatida na r. sentença data maxima venia, o v. acórdão não se manifestou a respeito dos arts. 150, II, e 152 da CF, que vedam a discriminação entre contribuintes na mesma situação e em razão do destino do bem, lembrando que o DL 46/68 não pode ser modificado pelo Convênio 66/88 ou pela Lei Estadual nº 6.374/89, quanto ao fato gerador do ICMS, eis que só é válido o referido Convênio para suprir as lacunas da legislação quanto às novas alterações na Constituição de 88.

(...)"

Os embargos foram rejeitados (fls. 123/124), com o esclarecimento de que, verbis:



"(...)"

...não há empecilhos para que a autoridade federal, dita coatora, exija a comprovação do recolhimento do ICMS na ocorrência do fato gerador, sendo o embargante pessoa física, o fato imponível deu-se no recebimento da mercadoria, tornando-se legal a exigência feita pelo Fisco Federal.

E, ademais, a ocorrência do fato gerador já fora analisada pela decisão a quo, embora de maneira equivocada, não havendo, portanto, qualquer supressão de grau de jurisdição.

Há, sim, incompetência da Justiça Federal para apreciar o pleito do embargante impetrante no que se refere à **declaração de inexistência de relação jurídico-tributário entre ele e o Estado de São Paulo**, sendo competente para tal a Justiça Estadual.

(...)"

O recurso, como relatado, foi interposto sob alegação de ofensa aos incs. XXXV e LV do art. 5º; aos arts. 5º, II; 146, III, a; 150, II; 152; e 155, II e IX, a, da CF e ao art. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT. Contém, ainda, alegação de haver o acórdão aplicado dispositivos da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e do Convênio 66/88, definidores do contribuinte do ICMS, contestados em face da Constituição Federal.

E, na apelação, o que se pleiteara, era que a sentença, proferida por Juiz Federal, que reconhecera a desnecessidade de comprovação do prévio recolhimento do ICMS, para o desembaraço aduaneiro de automóvel importado, avançasse juízo acerca da existência, ou não, de relação jurídica tributária entre o importador, pessoa física, e o Fisco Estadual, sob pena de negativa



de prestação jurisdicional, ante impossibilidade de discussão dessa segunda questão em juízo distinto do que julgou a primeira.

Assim sendo, é fora de dúvida que o acórdão, ao reformar a sentença e condicionar o desembaraço do bem importado ao recolhimento do ICMS, remetendo, a todas as letras, para ação direta, a ser proposta contra o Estado, a questão da existência, ou não, de relação jurídica entre o importador do bem e o Estado, o que é o mesmo dizer, o cabimento, ou não, do tributo sobre bem importado por pessoa física, não incidiu em omissão suscetível de ser sanada na via dos embargos declaratórios, razão pela qual não pode ser considerada prequestionada, por essa via, e, conseqüentemente suscetível de apreciação, nesta oportunidade, a matéria alusiva aos incs. XXXV e LV do art. 5º; do art. 155, I, b, § 2º e incs. IX, a, e XII; e arts. 150, II e 152, da CF, nem aos §§ 5º e 8º do art. 34 do ADCT.

Restariam, portanto, os temas relativos ao art. 5º, II; 146, III, a; e 155, II; os quais, todavia, além de não terem sido ventilados no acórdão, não foram suscitados nos embargos.

Incidentes, portanto, as Súmulas 282 e 356.

Por fim, de registrar-se que, em nenhum momento chegou o acórdão recorrido a julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Ante tais considerações, meu voto não conhece do recurso.

* * * * *



emo

16/05/2000

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.921-1 SÃO PAULOV O T O

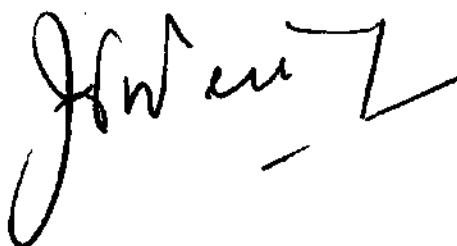
O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Sr. Presidente, peço vênica para conhecer do recurso e lhe dar provimento por violação do art. 155, II, combinado com o art. 155, IX, da Constituição.

A sentença, efetivamente, determinara a liberação da mercadoria por incompetência da autoridade alfandegária federal, por ser estadual o ICMS: e, por isso, dentro de sua lógica, corretamente agiu o Juiz quando entendeu que não devia pronunciar-se sobre o mérito da exigência do tributo.

O Tribunal, no entanto, deu provimento à remessa oficial para indeferir a segurança, na medida em que julgou legítima a recusa da liberação da mercadoria na alfândega, à falta de prova do recolhimento do tributo. Com isso, entendeu cabível o tributo e violou os dispositivos constitucionais com base nos quais o Tribunal tem entendido indevido o ICMS na hipótese considerada de importação para uso próprio, não comercial.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para deferir a segurança.

CR/



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 266.921-1

PROCED. : SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECTE. : FRANCISCO ROBERTO SOUZA CALDERARO

ADVDS. : DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTROS

RECDA. : UNIÃO FEDERAL

ADV. : PFN - MAURO GRINBERG

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento. Vencido o Ministro Ilmar Galvão (Relator) que dele não conhecia. Redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence. Falou pelo recorrente o Dr. Paulo Ricardo de Divitiis. 1ª Turma, 16.05.2000.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

amb
Ricardo Dias Duarte
/ Coordenador