



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 89.494/2016-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Art. 1º, § 1º, do Decreto-lei 37/1966 e art. 70 do Decreto 6.759/2009. Imposto de importação. Incidência sobre mercadoria nacional ou nacionalizada exportada.]

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição da República e na Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, propõe

arguição de descumprimento de preceito fundamental

contra o **artigo 1º, § 1º, do Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966** (incluído pelo Decreto-lei 2.472, de 1º de setembro de 1988), e, por arrastamento, contra o **art. 70 do Decreto 6.759, de 5 de fevereiro de 2009**.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (consoante o art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999) e de cópia de

peças relevantes do processo administrativo 1.00.000.010116/2011-62, que se originou de representação de inconstitucionalidade encaminhada pelo Conselho Institucional do Ministério Público Federal (CIMPF) e de representação e documentos complementares firmados pelo cidadão ELSON RICARDO S. TRINDADE.

1. OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

Decreto-lei 37/1966

Art. 1º O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

§ 1º Para fins de incidência do imposto, considerar-se-á também estrangeira a mercadoria nacional ou nacionalizada exportada, que retornar ao País, salvo se: (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

- a) enviada em consignação e não vendida no prazo autorizado; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)
- b) devolvida por motivo de defeito técnico, para reparo ou substituição; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)
- c) por motivo de modificações na sistemática de importação por parte do país importador; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)
- d) por motivo de guerra ou calamidade pública; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

e) por outros fatores alheios à vontade do exportador. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988) [...].

Decreto 6.759/2009

Art. 70. Considera-se estrangeira, para fins de incidência do imposto, a mercadoria nacional ou nacionalizada exportada, que retorne ao País, salvo se (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 1º, § 1º, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 472, de 1988, art. 1º):

I – enviada em consignação e não vendida no prazo autorizado;

II – devolvida por motivo de defeito técnico, para reparo ou para substituição;

III – por motivo de modificações na sistemática de importação por parte do país importador;

IV – por motivo de guerra ou de calamidade pública; ou

V – por outros fatores alheios à vontade do exportador.

Parágrafo único. Serão ainda considerados estrangeiros, para os fins previstos no *caput*, os equipamentos, as máquinas, os veículos, os aparelhos e os instrumentos, bem como as partes, as peças, os acessórios e os componentes, de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno pelas empresas nacionais de engenharia, e exportados para a execução de obras contratadas no exterior, na hipótese de retornarem ao País (Decreto-Lei nº 1.418, de 3 de setembro de 1975, art. 2º, *caput* e § 2º).

Os trechos impugnados da lei contrariam os artigos 153, I,¹ e 146, III, a,² da Constituição da República.

¹ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I – importação de produtos estrangeiros; [...].”

² “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,

Os dispositivos impugnados são inconstitucionais por alterarem a hipótese de incidência fixada na Constituição do Brasil para o tributo e nela incluírem produtos que não são estrangeiros, com o que excederam a competência da União para disciplinar a hipótese de incidência.

2. PRELIMINAR: CABIMENTO DA ARGUIÇÃO

O controle abstrato de constitucionalidade de direito pré-constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é expressamente previsto pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (art. 1º, parágrafo único, I, parte final).³

A jurisprudência dessa Corte é pacífica quanto a que o requisito de admissibilidade contido no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, isto é, a subsidiariedade da arguição de descumprimento,⁴ deve ser compreendido no contexto do controle concentrado de constitu-

bases de cálculo e contribuintes; [...]”.

³ “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; [...]”.

⁴ “§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

cionalidade.⁵ Exige-se, dessa forma, inexistência de outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade de forma ampla, geral e imediata.

GILMAR FERREIRA MENDES, em obra doutrinária, sintetiza a questão nos seguintes termos:

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁶

Verifica-se, portanto, cabimento desta arguição, pois, por tratar-se de direito pré-constitucional, seu objeto não pode ser examinado em ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade.

Está atendido também o requisito de admissibilidade quanto ao parâmetro de controle.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado conceito extensivo de preceito fundamental, que abrange as normas básicas conti-

⁵ STF. Plenário. ADPF 33. Relator: Ministro GILMAR MENDES. 7 dez. 2005. *Diário da Justiça*, 27 out. 2006, p. 31.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.099.

das no texto constitucional. E o faz porque “é o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema”.⁷

A lesão em causa a preceito constitucional fundamental consiste na violação do **estatuto dos contribuintes**.⁸ Também as reservas legais qualificadas previstas na Constituição determinam limites ao poder de tributar, de forma que o legislador ordinário e o Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, deverão sempre se curvar à ordem constitucional, sob pena de violar garantia fundamental dos cidadãos. A vinculação do legislador ordinário e do titular do poder regulamentar às restrições constitucionais, à distribuição de competências entre os componentes da Federação e à função normativa da lei complementar tributária constitui garantia fundamental do cidadão e dos contribuintes em geral. Em consequência, caracteriza preceito fundamental da Constituição, tendo em conta que entre os gêneros mais significativos de normas constitucionais em sentido material estão as que reúnem as garantias individuais e as que instituem a repartição de competências.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.151.

⁸ STF. Plenário. Questão de ordem na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.551. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 2 abr. 2003. *DJ*, 20 abr. 2006, p. 5.

Como disse o Juiz JOHN MARSHALL em 1819, no célebre caso MCCULLOCH *vs.* MARYLAND, o poder de tributar envolve o poder de destruir.⁹ Como essa é uma “proposição a não ser negada”, parece correto considerar como preceitos fundamentais as garantias constitucionais de indivíduos e pessoas jurídicas contra esse “poder de destruição”.

No julgamento da medida cautelar na ADPF 33/PA, essa Corte registrou:¹⁰

Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que o processo e o julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, **ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros).**

Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à

⁹ Disse ele, no que é pertinente a esta discussão: “Que o poder de tributar envolve o poder de destruir; que o poder de destruir pode vencer e tornar inútil o poder de criar; [...] são proposições a não serem negadas.” No original: “*That the power to tax involves the power to destroy; that the power to destroy may defeat and render useless the power to create; [...] are propositions not to be denied.*” 17 U.S. 316 (1819).

¹⁰ STF. Plenário. MC/ADPF 33/PA. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 29 out. 2003, un. DJ, 6 ago. 2004, p. 20. Sem o segundo destaque no original.

decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

Sendo as limitações constitucionais ao poder de tributar também formas relevantes de garantias individuais – as quais, como se sabe, não se esgotam no rol do art. 5º da Constituição –, devem elas ser tidas como preceitos fundamentais merecedores da proteção da ADPF.

3. MÉRITO

A regulação do imposto de importação (II) envolve histórico legislativo um tanto complexo, que precisa ser abordado para se compreenderem adequadamente as razões de inconstitucionalidade.

O artigo 93 do Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966, dispunha, em sua redação original:

Art. 93. Considerar-se-á estrangeira, para efeito de incidência do impôsto, a mercadoria nacional ou nacionalizada reimportada, quando houver sido exportada sem observância das condições dêste artigo.

O recurso à topologia legislativa do dispositivo permite alcançar quais seriam as condições de exportação ali previstas, que afastariam a incidência do imposto de importação (II). No Título III, do qual constava o dispositivo suspenso, ainda hoje se fixa a disciplina de regimes aduaneiros específicos, os quais devem ser

solicitados para mercadorias que não serão inseridas definitivamente no mercado estrangeiro.

O fator diferencial para incidência do tributo, na época, era o deferimento de regime aduaneiro especial. Se mercadoria entrasse no território nacional sem submeter-se a tal regime, independentemente da procedência ou do lugar de fabricação, estaria sujeita ao recolhimento de II.

No recurso extraordinário 104.306,¹¹ o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionalidade do art. 93 do Decreto-lei 37/1966 ante a Constituição de 1967 (na redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969), sob este fundamento:

Tem-se, na espécie, uma ficção jurídica, criada pela legislação ordinária, que inseriu, no núcleo da hipótese de incidência do imposto de importação, um novo elemento, sem observar a necessária correspondência com a previsão constitucional pertinente. **O artigo 21, I, da Constituição, ao definir a tributação de mercadorias importadas, restringiu o alcance da exação aos bens estrangeiros, afastando, por conseguinte, a cobrança do imposto em questão, sobre produtos de fabricação nacional.**

O sentido dessa regra constitucional é particularmente realçado, ao se ter em vista que, **a partir da Emenda nº 18 (art. 7º, I), à Carta de 1946, a expressão “importar mercadorias de procedência estrangeira”, antes utilizada pelo constituinte, para designar o fato gerador do imposto alfandegário, foi substituída pela locução “importar produtos estrangeiros” de significado niti-**

¹¹ STF. Plenário. RE 104.306-7/SP. Rel.: Min. OCTAVIO GALLOTTI. 6 mar. 1986, un. DJ, 18 abr. 1986, p. 5.993, sem destaque no original.

damente limitado, em cotejo com a fórmula anterior. A Constituição em vigor mantém a limitação (art. 21, I).

[...]

Partindo-se da premissa de ser defesa, ao legislador ordinário, a utilização de qualquer expediente legal que tenha por efeito frustrar, atenuar ou modificar a eficácia de preceitos constitucionais, há de concluir-se que **a equiparação preconizada pelo Dec.-Lei 37/66, ao ampliar, por um artifício, o conteúdo da regra constitucional, afrontou a própria natureza e o fundamento do gravame tributário, em detrimento dos pressupostos enunciados na Constituição.**

No tocante à prevenção de excessos do uso das ficções jurídicas pelo legislador, recorro a advertência de meu saudoso pai, Ministro LUIZ GALOTTI, ao pronunciar-se no julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.758, considerando que “se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição” (RTJ 66/165).

Após esse julgamento, o Senado Federal, no exercício de sua faculdade de conferir efeito *erga omnes* a decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, editou a Resolução 436, de 5 de dezembro de 1987, e suspendeu a execução desse artigo, por inconstitucionalidade.

Ocorre que, em 1º de setembro de 1988, o Chefe do Poder Executivo editou o Decreto-lei 2.472, o qual, ao alterar a redação do art. 1º, § 1º, do Decreto-lei 37/1966, inseriu norma com conteúdo praticamente idêntico ao do art. 93, então suspenso pela Resolução 436/1987 do Senado Federal.

O novo dispositivo somente aperfeiçoou a disciplina do tributo, de modo a incluir exceções à equiparação da mercadoria nacional ou nacionalizada à mercadoria estrangeira para fins de não incidência de imposto de importação, quais sejam: (a) mercadoria enviada em consignação e não vendida no prazo autorizado; (b) mercadoria devolvida por motivo de defeito técnico; (c) modificações na sistemática de importação por parte do país importador; (d) motivo de guerra e outros fatores alheios à vontade do exportador.

Com o Decreto-lei 2.472/1988, a procedência da mercadoria voltou a ser o fator de prevalência, mitigado não só pelos regimes aduaneiros especiais, como também pelas hipóteses das alíneas do art. 1º, § 1º, do Decreto-lei 73/1966. Com base nele, se determinada mercadoria estava integrada no mercado estrangeiro e ingressa no mercado nacional, atrai incidência do imposto de importação, mesmo nas reimportações.

Não obstante essas modificações, subsistem as razões de inconstitucionalidade declaradas no RE 140.306. O comando constitucional em foco pouco mudou,¹² isto é, a incidência do imposto de importação continua prevista apenas para produtos estran-

¹² Constituição de 1988: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I – importação de produtos estrangeiros; [...]”.

Constituição de 1967 (redação da Emenda Constitucional 1/1969): “Art. 21. Compete à União instituir impôsto sobre: I – importação de produtos estrangeiros, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo; [...]”.

geiros. Contraditoriamente, o regime tributário atual permite incidência do tributo sobre mercadorias nacionais (de fabricação nacional), em franca oposição à norma constitucional.

O elemento distintivo para categorização de produto como nacional ou estrangeiro está bem explicitado na ementa do acórdão no agravo regimental em agravo 136.162.¹³ É tributável o “produto final estrangeiro”, assim caracterizado aquele cuja última etapa do processo produtivo se tenha dado no exterior. Considerar que mera integração de produto no mercado externo seja suficiente para o tornar estrangeiro é retomar a superada redação constitucional, das “mercadorias de procedência estrangeira”.

O imposto de importação, como corretamente já decidiu o STF, possui importante finalidade extrafiscal.¹⁴ Trata-se mais “de realização de políticas governamentais e menos forma de arrecadação ou de ingresso de dinheiro nos cofres públicos”.¹⁵ Sua finalidade principal é o controle do estímulo à entrada de produtos alienígenas e a regulação do poder de mercado desses produtos em comparação com os nacionais. Quanto maior a alíquota, menor

¹³ STF. Plenário. Agravo regimental no agravo 136.162. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 12 mar. 1991, un. *DJ*, 12 abr. 1991, p. 4.160.

¹⁴ Por exemplo: “Imposto de importação. Função predominantemente extrafiscal, por ser muito mais um instrumento de proteção da indústria nacional do que de arrecadação de recursos financeiros, sendo valioso instrumento de política econômica.” (STF. 2ª T. RE 199.619/PE. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 26 nov. 1996, un. *DJ*, 7 fev. 1997, p. 1.376).

¹⁵ STF. Plenário. RE 225.602. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. 25 nov. 1998, un. *DJ*, 6 abr. 2001, p. 101.

tende a ser a abertura para mercadorias importadas; quanto menor aquela, maior tende a ser o influxo de mercadoria estrangeiras.

Consoante esclarece SACHA CALMON NAVARRO COELHO, os impostos sobre a importação ou sobre a exportação, além de poderem ser usados em prol da indústria nacional, ao controlar o *dumping* de bens estrangeiros e harmonizar os preços de referência nos mercados interno e exterior, também podem ser usados como mecanismo de política econômica, para favorecimento dos consumidores.¹⁶ No caso de risco de desabastecimento, pode o governo reduzir as alíquotas de importação para suprir a demanda a partir do exterior.

A possibilidade, contudo, de alterar a alíquota e de calibrá-la para atender a fins políticos em nada autoriza o Executivo a alargar ilimitadamente o fato gerador do tributo, sem considerar as balizas constitucionais. A redação do art. 153, I, da Constituição de 1988 confirma o entendimento. A expressão “importação de produtos estrangeiros” fornece tanto os meios quanto os fins¹⁷ a serem tomados pelo legislador no atendimento da reserva de lei qualificada. A condição de “produto estrangeiro” é a um só tempo elemento e razão de diferenciação.

A lei, ao disciplinar os elementos específicos do tributo, não pode atentar contra a disciplina constitucional, da qual extrai au-

¹⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 287-288.

¹⁷ A tipologia do conteúdo das reservas de lei qualificadas é adotada por: PI-EROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

torização para instituí-lo e modificá-lo. Violada a “norma-padrão de incidência”, não subsiste a norma tributária infraconstitucional:

Quando afirmamos que a Constituição não criou tributos, estamos emprestando à frase um significado bem preciso. Reconhecemos que ela cuidou pormenorizadamente da tributação, traçando, inclusive, a *norma-padrão de incidência* de cada uma das exações que poderão ser criadas pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal. [...] É evidente que a lei ordinária que cria, *in abstracto*, o tributo (como a que descreve os crimes, cominando-lhe as penas cabíveis) só é lúdima na medida em que consoa com os superiores preceitos constitucionais, máxime com a *norma-padrão de incidência* de cada uma das exações.¹⁸

Por ser o imposto de importação também tributo de cunho marcadamente extrafiscal, vinculado ao comércio exterior, por qual motivo não haveria paralelismo, admitindo-se que a lei disponha sobre a tributação quando sejam exportados produtos de fabricação estrangeira? A resposta está novamente no texto constitucional, na norma-padrão de incidência dessa exação. O art. 153, II, da Constituição da República de 1988 é claro quanto à possibilidade de o tributo incidir não apenas sobre produtos nacionais como também sobre bens nacionalizados.¹⁹

A interpretação sistemática do art. 153, I e II, da Constituição de 1988 igualmente recomenda diferenciação entre as hipóteses de incidência, de maneira que o imposto de exportação diga

¹⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 512-3.

¹⁹ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; [...]”.

respeito a produtos do mercado interno, enquanto o de importação onere produtos de fabricação estrangeira. A ausência de expressão equivalente a “nacionalizados” no inc. I constitui barreira contra a incidência do II sobre produtos estrangeiros por assimilação.

A controvérsia sobre a expressão “produtos estrangeiros” foi bem sintetizada por ELIDIE PALMA BIFANO:

O conceito de produto estrangeiro aplica-se, consoante o DL n. 37/66, art. 1º, § 1º, a mercadoria nacional ou nacionalizada que retorne ao País, exceto se enviada em consignação, devolvida por defeito, para reparo ou substituição, por modificação na sistemática de importação do país de destino, por guerra, calamidade ou fatores alheios à vontade do exportador. Conquanto a Constituição faça referência apenas a produtos estrangeiros, a lei ordinária equipara, à mesma condição, certos bens originários do País, o que é absolutamente questionável.²⁰

Por fim, o caso é também de inconstitucionalidade por arrasamento. O art. 70 do Decreto 6.579/2009 repete a redação do artigo 1º, § 1º, do Decreto-lei 37/1966, e sua parte inovadora, o parágrafo único, é dependente da disciplina reproduzida, de modo que não se sustenta após reconhecimento de invalidade do *caput*.

²⁰ BIFANO, Elidie Palma. Impostos sobre o comércio exterior. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (orgs.). *Tratado de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. I, p. 373.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República (art. 5º, § 2º, da Lei 9.882/1999).

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar ilegitimidade, por não recepção pela Constituição da República de 1988, do art. 1º, § 1º, do Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966, incluído pelo Decreto-lei 2.472, de 1º de setembro de 1988, e inconstitucionalidade por arrastamento do art. 70 do Decreto 6.759, de 5 de fevereiro de 2009.

Brasília (DF), 27 de abril de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República