

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0001325-54.2013.8.19.0000
REPRESENTANTE: LUIZ PAULO CORRÊA DA ROCHA
REPRESENTADO 1: EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
REPRESENTADO 2: ASSEMBLEIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATOR: DES. CELSO FERREIRA FILHO

DIREITO CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 43.749/2012. Via procedimental adequada, uma vez que diante do confronto abstrato entre uma norma estadual e a Constituição Estadual caracterizada está a hipótese de controle concentrado, conforme dispõe o artigo 161, IV, "a" da própria CE/1989. Decreto que não possui natureza meramente regulamentar, pois visa inovar diretamente a ordem jurídica vigente. Ilegitimidade passiva da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pois o ato estatal impugnado emanou, por óbvio, exclusivamente do Exmo. Governador do Estado, não tendo a ALERJ qualquer participação em sua elaboração. Fixação de novas margens de valor agregado (MVA) para determinadas mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, relativamente ao ICMS, gerando, assim, um aumento na carga tributária, razão por que apenas em parte a procedência da ação se impõe reconhecer, uma vez que, aqui, não há que se falar em inconstitucionalidade do Decreto Estadual



impugnado, eis que não se discute a sistemática nele contextualizada, mas tão somente de seu artigo 3º que prevê a sua imediata e até retroativa entrada em vigor. Flagrante violação aos Princípios da Irretroatividade, da Anterioridade, da Segurança Jurídica e da Não Surpresa. Circunstâncias que não autorizam alterar a regra geral que determina a incidência dos efeitos *ex tunc*. **EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO À ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO DE JANEIRO, POR SUA ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*, E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DO DECRETO Nº 43.749/2012 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação Direta de Inconstitucionalidade Nº **0001325-54.2013.8.19.0000**, em que figura como representante **LUIZ PAULO CORREA DA ROCHA** e representados **EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e **ASSEMBLEIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

ACORDAM os Desembargadores que integram o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, **por unanimidade**, em julgar o feito extinto, sem resolução do mérito, em relação à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, por sua ilegitimidade *ad causam* e parcialmente procedente para Declarar a Inconstitucionalidade do artigo 3º do Decreto nº 43.749/2012 do Estado do Rio de Janeiro, ficando decidido, **por maioria**, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se operariam *ex tunc*.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo por objeto o Decreto Estadual nº 43.749/2012, editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, por ofensa direta à inteligência das normas descritas nos artigos 196, I e III, "b", da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e 150, I e III, "b", da Constituição Federal.

O representante sustenta, em apertada síntese, que o Decreto Estadual nº 43.749/2012, que estabelece novas margens de valor agregado (MVA) para determinadas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tanto em operações internas quanto interestaduais, relativamente ao imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ao produzir efeitos imediatos e, em algumas hipóteses, até mesmo retroativos, consoante o disposto em seu artigo 3º, viola o princípio da anterioridade, consagrado no artigo 196, I e III, "b", da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vulnerando, por conseguinte, os postulados da segurança jurídica e da não surpresa.

Às fls. 25, foi indeferida a liminar pretendendo a imediata suspensão da eficácia do Decreto Estadual atacado.

Às fls. 28/33, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em suas informações, requereu sua exclusão da relação processual por ilegitimidade passiva *ad causam*.

O Exmo. Governador do Estado, ora representado, às fls. 45/57, em linha preliminar, alega a inépcia da inicial e a inadequação da via eleita, seja por ensejar o controle concentrado à luz da Constituição Federal, seja por impugnar a validade de um ato meramente regulamentar. No mérito, sustenta que o decreto é constitucional e que não houve aumento de imposto, mas sim uma mera alteração do regime de tributar. Ainda, aduz que a margem do valor agregado (MVA), dada a impossibilidade de sua constante revisão e as próprias peculiaridades do regime da substituição tributária, não se submete ao princípio da anterioridade.

Manifestação da Procuradoria Geral do Estado, fls. 167/169, na qual pretende que a declaração de inconstitucionalidade seja extinta sem exame do mérito ou, caso assim não se entenda, seja julgada improcedente.

Manifestação do Ministério Público, às fls. 171/182, no sentido de que seja o feito julgado extinto, sem resolução de mérito, em relação à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, dada a sua ilegitimidade *ad causam* e que o pedido autoral seja parcialmente acolhido, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto Estadual nº 43.749/2012.

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o artigo 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro concede aos deputados estaduais legitimidade para propor a presente representação por inconstitucionalidade.

Quanto à argumentação acerca do descabimento da via eleita por suposta ofensa à Constituição Federal, em razão do confronto aqui existente se dar entre um ato estatal, qual seja, o decreto estadual combatido, e normas constitucionais, inadmissível seu acolhimento, uma vez que irrelevante se as normas supostamente violadas, contidas na Constituição Estadual, reproduzem, explícita ou implicitamente, normas constantes da Constituição Federal.

Assim o é, pois diante do confronto abstrato entre uma norma estadual e a própria Constituição do Estado, como no caso em tela, caracterizado está a hipótese de controle concentrado no âmbito deste Tribunal, conforme dispõe o artigo 161, IV, "a" da CE/1989.

Art. 161 – Compete ao Tribunal de Justiça
IV – processar e julgar originariamente:
a) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual;

Destarte, igualmente inadmissível o argumento de não estar o Decreto Estadual nº 43.749/2012 submetido ao controle concentrado, em razão de sua natureza regulamentar, pois, obviamente, tal premissa está gravemente equivocada, na medida em que se trata de ato normativo juridicamente autônomo, que visa inovar diretamente a ordem jurídica, não se destinando simplesmente a regulamentar o teor da legislação a que se reporta (ICMS), sendo, portanto, perfeitamente viável a sua impugnação em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, o Órgão Especial deste Tribunal já admitiu a ação direta de inconstitucionalidade em caso análogo ao presente:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
– TRIBUTÁRIO (ICMS) – VIA
PROCEDIMENTAL ADEQUADA – ALTERAÇÃO,
POR DECRETO, DA BASE DO CÁLCULO
ESTABELECIDO EM LEI – VIOLAÇÃO DOS
PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E
DA ANTERIORIDADE DA LEI (Art. 196, *caput* e
incisos I e II, alínea “b”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e Art. 150, *caput* e incisos I e II, da Constituição da República.
Procedência parcial da representação para declarar inconstitucional os itens 8, 11.3, 14 e 16 do Anexo ao Decreto Estadual nº 41.961/2009 e os itens 21, 22 e 31 do Anexo ao Decreto Estadual nº 42.303/2010.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0025963-

59.2010.8.19.0000 – Des. Relator: JOSÉ GERALDO ANTONIO – Órgão Especial TJ/RJ – Julgamento: 04/04/2011).

No que concerne à inépcia da inicial por falta de impugnação específica, a mesma também não merece prosperar, pois o pleito declaratório tendo por base ofensa ao princípio da anterioridade dispensa qualquer outra argumentação mais específica, pois, como se verá, ou houve ofensa ao princípio da anterioridade tributária ou não, o que, por óbvio, basta para julgar a ação procedente ou improcedente. Além disso, presentes estão as condições e os elementos da ação e respeitados os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil.

Acerca da inclusão da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro no polo passivo da presente representação, a mesma é incabível posto que o ato estatal impugnado, ou seja, o Decreto nº 43.749/2012, emanou, por óbvio, tão somente, do Governador do Estado, não havendo qualquer participação da ALERJ em sua elaboração, razão pela qual deve o processo ser extinto, sem julgamento do mérito, quanto a este órgão legislativo ante a sua ilegitimidade.

Já no mérito, a representação merece parcial procedência.

O Decreto Estatal nº 43.749/2012, como sabido, não criou qualquer novo imposto, porém, estabeleceu novas margens de valor agregado (MVA) quanto a determinadas mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, relativamente ao ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – e, ao fazê-lo, gerou uma substancial modificação na forma de seu pagamento, o que importou em acréscimo da carga tributária, mesmo que indiretamente, devido ao aumento da base de cálculo do ICMS.

Dessa forma, ao se determinar sua entrada em vigor de forma imediata ou até mesmo, em certos casos, retroativa, como o fez o artigo 3º do Decreto Estadual 43.749/2012, configurada está a ofensa ao princípio da anterioridade, pois, em que pese a alegação do Exmo. Governador do Estado de que a margem de valor agregado não se submete a tal princípio, certo é que, ao gerar aumento no imposto a ser pago pelo contribuinte e face aos princípios da não surpresa e da segurança jurídica, garantia constitucional das mais relevantes, não se pode permitir qualquer interpretação restritiva a respeito; senão, ao contrário, por estarmos diante de uma limitação ao poder de tributar do Estado, que é a anterioridade fiscal, deve-se ter em mente sempre uma interpretação ampliativa da questão, com o único objetivo de proteger mais do que o próprio contribuinte, as próprias garantias constitucionais.

Nesse sentido, vale destacar julgado do E. STF:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. ICMS. Ajustes na margem de valor agregado. Majoração da base de cálculo. Decreto. Legalidade. Anterioridade. Afronta reflexa.

1. A partir das balizas traçadas no v. acórdão, evidencia-se que, para se chegar à conclusão de que houve uma eventual violação dos princípios invocados, seria imprescindível a análise do Decreto nº 8.321/98 e da Lei nº 688/96, ambos do Estado de Rondônia, bem como do Protocolo nº 11/91. Sobretudo, seria necessário uma análise de tais normas à luz da Lei Complementar nº 87/96. Nesse sentido, eventual afronta ao texto constitucional, caso ocorresse, dar-se-ia de forma reflexa e não direta.

2. Esta Corte possui uma interpretação garantista e extensiva quanto ao postulado da não surpresa, de modo que o preceito constitucional não especifica o modo de implementar-se o aumento. Vale dizer que toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter eficácia no ano subsequente àquele no qual veio a ser feita (ADI nº 2.325 – MC).

3. Agravo regimental não provido.” (Ag. Reg. No REsp nº 363.577 – Rondônia – Primeira Turma – Ministro Relator: DIAS TOFFOLI)

E, ainda, trecho do parecer da douta Procuradoria de
Justiça:

“Realmente, parece inequívoco que, diante das modificações promovidas pelo Decreto nº 43.749/2012, veem-se os contribuintes compelidos a, com razoável antecedência, se adaptar administrativa e financeiramente à novel sistemática. Patente, pois, a invocabilidade, à espécie, da norma do artigo 196, inciso III, alínea “b”, da Constituição do Estado, se não por meio de um critério hermenêutico puramente literal, ao menos por força de uma *exegese* teleológica e lógico-sistemática, que leve em conta a *ratio essendi* daquele dispositivo constitucional e assegure, de tal sorte, a consecução de sua verdadeira finalidade, que não é outra senão evitar surpresas para o contribuinte, infundindo segurança jurídica – um dos pilares essenciais do ordenamento jurídico pátrio – na seara das relações tributárias.

...

E, como corolário lógico, forçoso é reconhecer que a regra que se contém no artigo 3º do Decreto nº 43.749/2012, ao prever a imediatidade de sua entrada em vigor (e, em algumas hipóteses, até mesmo a retroatividade de seus comandos), claramente atenta contra essa relevante base principiológica da ordem constitucional (aí também se incluindo, por óbvio, a norma do artigo 196, inciso III, alínea “a”, da CE/89).”
(Grifos nossos)

Ressalte-se, ainda, que aqui descabe falar em inconstitucionalidade do Decreto Estadual impugnado, pois não se discute a sistemática nele contextualizada, mas tão somente seu artigo 3º, eis que eivado de vício, por conter a previsão da

entrada em vigor do referido decreto de forma imediata ou até retroativa, o que está a justificar sua inconstitucionalidade face à violação dos princípios e garantias constitucionais já analisados.

Decreto Estadual 43.749/2012 de 05/09/2012:

Art. 3º: **Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos** em relação ao disposto no:

I - inciso II do artigo 1º, **a partir de 1º de dezembro de 2011;**

II - incisos I, III, IV e V do artigo 1º, **a partir de 1º de outubro de 2012.**

Diante de todas essas considerações jurídicas, é que, com todas as vênias, a douta proposta de modulação dos efeitos feita pelo bloco divergente é inconciliável com o conteúdo deste voto que reconhece a inconstitucionalidade do artigo 3º do Decreto 43.749/2012 não só por sua afronta ao princípio da anterioridade como também por contemplar hipótese de retroatividade em matéria tributária, absurdo jurídico que viola o Princípio da Não Surpresa.

Assim, é de se aplicar, pois, a regra geral que impõe a incidência de efeitos *ex tunc* nas declarações de inconstitucionalidade.

Por tais fundamentos, julga-se, **por unanimidade**, o feito extinto, sem resolução do mérito, em relação à Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, por sua ilegitimidade passiva *ad causam* e parcialmente procedente a presente representação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º do Decreto Estadual nº 43.749/2012, ficando decidido, **por maioria**, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se operariam *ex tunc*.

Rio de Janeiro, 03 de fevereiro de 2014.

DES. CELSO FERREIRA FILHO
RELATOR