

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LUIZ PAULO CORRÊA DA ROCHA, Deputado Estadual da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), eleito pelo PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA (PSDB), (documento 1) brasileiro, portador da identidade nº 2.007.021, expedida pelo IFP, inscrito no CPF sob o nº 039.002.827-49, com endereço na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), situada na Rua Dom Manuel, s/nº, Centro, Rio de Janeiro- CEP 20010-090, vêm propor, pelo advogado, e com fulcro no artigo 161, inciso IV, alínea “a”, e artigo 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, perante o Conselho Especial desse Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a presente

**REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO LIMINAR**

contra dispositivos do **DECRETO Nº 43.749 DE 05 DE SETEMBRO DE 2012 (DECRETO AUTÔNOMO)**, do Governador do Estado do Rio de Janeiro (documento 2), por flagrante desrespeito aos artigos 196, I e III, “b”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e 150, I e III, “b” da Constituição Federal conforme

passa a expor:

I - LEGITIMIDADE ATIVA

O representante é Deputado Estadual em exercício de mandato, conforme faz prova o Diploma Eleitoral (documento 1), sendo, por força do caput do artigo 162 da Carta Estadual, parte legítima para propor a presente **REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE LIMINAR.**

II - ATO IMPUGNADO

DECRETO Nº 43.749 DE 05 DE SETEMBRO DE 2012

III - DOS FATOS

Em 29 de junho de 2012 foi publicada a Lei Estadual nº 6.276/2012 que “Altera dispositivos da Lei nº 2.657/96, que Dispõe sobre o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços e dá outras providências” que no seu artigo 1º modificou o Anexo Único da Lei nº 2.657/1996 retirando do mesmo os percentuais de margem de valor agregado (MVA) das mercadorias listadas.

Após a edição da referida Lei, em 06 de setembro de 2012, foi publicado o Decreto nº 43.749 dando nova redação ao Anexo I do Livro II (Substituição Tributária) do Regulamento do ICMS/RJ (RICMS/00) aprovado pelo Decreto nº 27.427/00 de 17 de novembro de 2000.

O Decreto nº 43.749/2012 do Governo Estadual, que estabeleceu novas margens de valor agregado (MVA) para alguns produtos da lista de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária nas operações internas e interestaduais, apresenta inconstitucionalidade e ilegalidade, não respeita o Princípio da Anterioridade contido nos artigos 150, III, “b” da Constituição Federal e 196, III, “b” da Constituição Estadual e o Princípio da Segurança Jurídica e da Não Surpresa.

IV - DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O aumento da carga tributária se faz de forma direta ou indireta. Direta, mediante estabelecimento de tributo novo ou aumento do percentual; indireto, quando ocorre a ampliação da base de cálculo do imposto.

No caso presente, houve a majoração indireta da tributação, via aumento da base de cálculo, o que só deve ocorrer quando respeitado o Princípio da Anterioridade – artigo 150 III “b” da Constituição Federal.

Art.150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou o aumentou;

Art. 196 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

O Decreto nº 43.749, de 05 de setembro de 2012, publicado no Diário Oficial do Poder Executivo em 06 de setembro de 2012, teve seus efeitos produzidos não só no mesmo exercício financeiro, como também prevê a retroatividade em exercício financeiro anterior, conforme dispõe o artigo 3º *in verbis*:

Art. 3º - Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação,

produzindo efeitos em relação ao disposto no:

I - inciso II do art. 1º, a partir de 1º de dezembro de 2011;

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

Assim, resta evidente a afronta direta ao artigo 150 III “b” da Constituição Federal e ao artigo 196, III, “b”, da Carta Estadual, impondo-se a declaração de inconstitucionalidade.

A ofensa direta ao Princípio da Anterioridade é patente, na medida em que o ato impugnado traz prejuízos aos contribuintes, vez que estabelece maior carga tributária aos cidadãos.

Deve ser de conhecimento da sociedade desde o ano anterior ao início da cobrança, o aumento da carga tributária para que o contribuinte não seja surpreendido pela fixação de novo critério impositivo, sem que lhe seja concedido prazo suficiente para a adaptação e margem de previsibilidade desse elemento negativo às suas finanças.

Resta evidente, pois, que o Governo do Estado do Rio de Janeiro exacerbou sua competência ao não observar os limites do seu poder de tributar, o que reclama o reconhecimento, por essa Egrégia Corte de Justiça, da inconstitucionalidade da norma legal impugnada, de sorte a afastá-la do ordenamento jurídico com efeito *extunc* e eficácia *erga omne sustando os efeitos do decreto no exercício financeiro de 2012*.

V - DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA NÃO SURPRESA

O Princípio da Não Surpresa é o instrumento constitucional que visa a garantir o direito do contribuinte à segurança jurídica, essência do Estado de Direito, qualquer que seja a sua concepção.

Esta segurança jurídica, dever do Estado, submete o exercício do poder ao Direito,

impondo a lealdade como norma de ação do Estado-legislador e do Estado-administrador nas suas relações com os cidadãos.

O Princípio da Não-Surpresa em relação aos contribuintes materializa-se no Princípio da Anterioridade e garante segurança jurídica em matéria tributária, impondo limites à ação do Estado-legislador e do Estado-administrador.

Sacha Calmon Navarro Coêlho, sobre o tema disserta:

“O princípio da não surpresa do contribuinte é de fundo axiológico. É valor nascido da aspiração dos povos de conhecerem com razoável antecedência o teor e o quantum dos tributos a que estariam sujeitos no futuro imediato, de modo a poderem planejar as suas atividades levando em conta os referenciais da lei”.

O mestre Hugo de Brito ensina, *in verbis*, que:

"A lei fiscal há de ser anterior ao exercício financeiro em que o Estado arrecada o tributo. Com isto se possibilita o planejamento anual das atividades econômicas, sem o inconveniente da insegurança, pela incerteza quanto ao ônus tributário a ser considerado."

O decreto do Governador ignorou abusivamente todos os princípios aqui lembrados.

VI - DA NECESSIDADE DA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

Os requisitos do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora* estão presentes para que seja concedida a medida cautelar:

- 1- Suspensão da eficácia do decreto estadual 43.749/2012, face ao desrespeito aos Princípios da Anterioridade e da Segurança Jurídica.

O *fumus boni juris* decorre da clara violação aos artigos 2º e 150, I, III, “b” da

Constituição Federal e aos artigos 7º, 9º e 196, I e III “b” da Constituição Estadual.

Igualmente, impende registrar que o aspecto da urgência – *periculum in mora* – encontra-se presente face os prejuízos irreversíveis causados aos contribuintes que foram lesados economicamente, ao cumprir o disposto no decreto nº 43.749/2012, obrigados a recolher o imposto sobre base de cálculo do decreto, imposta de forma inconstitucional.

A avaliação da existência do *periculum in mora* no deferimento da cautelar *alia-se* a conveniência e a urgência, face ao relevante interesse de ordem pública e à preservação da ordem jurídico-administrativa no Estado do Rio de Janeiro, como bem ponderou o Ministro Celso de Mello em voto proferido quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 766-1/RS (DJU 27.05.1994):

“(..). Mais do que em face da configuração do periculum in mora, considero que o deferimento da medida liminar postulada justifica-se por razões de conveniência, fundadas na necessidade de preservar a integridade da ordem jurídico-administrativa local”.

Nesse mesmo sentido, com o objetivo de possibilitar a suspensão da eficácia de diversas normas inconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal iterativamente tem afirmado que o *periculum in mora* também consiste na conveniência da concessão da medida cautelar, cuja justificativa ontológica reside no caráter político que reveste o controle de constitucionalidade (RTJ 145/775 e 154/779), na medida em que age o órgão incumbido da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis como verdadeiro “legislador negativo”.

VII- DA DECISÃO DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CASO ANÁLOGO

Cumprе ressaltar que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em caso análogo julgou por unanimidade, parcialmente procedente a Ação

Direta de Inconstitucionalidade nº 0025963-59.2010.8.19.0000, proposta pelos deputados Luiz Paulo e João Pedro, cuja ementa reproduzo abaixo:

AÇÃO 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.

(Direta de Inconstitucionalidade nº 0025963-59.2010.8.19.0000; Relator: Des. Jorge Geraldo Antonio; Órgão Julgador: Órgão Especial; DJ 04/04/2011).

VIII- DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CASO ANÁLOGO

O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIN 939, já declarou que o princípio da anterioridade tributária é cláusula pétrea, pois consiste em garantia individual do contribuinte.

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150,

III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

IX- DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CASO ANÁLOGO

O Superior Tribunal de Justiça em decisão no processo RMS 10937/RO1999/0055867-7 decidiu que o aumento da carga tributária se faz direta ou indiretamente. No primeiro caso, por imposição de tributo novo ou aumento da alíquota e no segundo, mediante ampliação da base de cálculo, desde que obedecido o princípio da anterioridade.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. MAJORAÇÃO. DECRETO ESTADUAL 8.321/98. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. DESATENDIMENTO.

1. O aumento da carga tributária se faz direta ou indiretamente. No primeiro caso, por imposição de tributo novo ou aumento da alíquota; no segundo, mediante ampliação da base de cálculo, desde que obedecido o princípio da anterioridade. 2. Na hipótese dos autos, é inegável a majoração indireta do tributo em questão, através da modificação da sua base de cálculo sem obediência ao princípio acima referido. 3. Recurso conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. (RMS nº. 10937/RO; Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins; Órgão Julgador: Segunda Turma; DJ 19/11/2001.

X- DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO EM CASO ANÁLOGO

Em decisão quanto à matéria que elevou a margem do valor agregado com repercussão na base de cálculo do ICMS o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que a mesma está sujeita aos rígidos princípios constitucionais que norteiam a tributação.

MANDADO DE SEGURANÇA Pretensão da empresa impetrante objetivando suspender o início da eficácia de Portaria que elevou a margem do valor agregado sobre as operações mercantis, com repercussão na base de cálculo do ICMS Sentença denegatória da segurança que não merece subsistir Fixação da base de cálculo do tributo que está mesmo sujeita aos rígidos princípios constitucionais que norteiam a tributação Pertinência, daí, da indicação de que a citada Portaria CAT 260/2009 somente poderia vigorar após 14/03/2010, haja vista a aplicação do princípio constitucional da noventena Alteração da Margem de Valor Agregado que, à evidência, redundou em majoração indireta do tributo para a impetrante, devendo, então, sujeitar-se ao aludido princípio da anterioridade nonagesimal Contribuinte que não pode ser surpreendido pela fixação de novo critério impositivo, sem que lhe seja concedido prazo suficiente para a adaptação e revisão de suas relações contratuais, sob pena de violação dos princípios da anterioridade mitigada e da segurança jurídica Apelo da autora provido.

(Apelação Cível nº 0047393-44.2009.8.26.0053; Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; DJ 28/06/2012)

XI - DO PEDIDO

Diante do exposto, requer o Deputado Estadual **LUIZ PAULO CORRÊA DA ROCHA**, do PSDB, a esse Egrégio Tribunal:

- a) O recebimento da presente ação, para a concessão de medida cautelar pelo Desembargador Relator, *inaudita altera pars*, com efeito, *ex tunc*, e eficácia *erga omnes* de acordo com as razões acima expostas.
- b) A intimação do Governador do Estado do Rio de Janeiro e da Assembleia Legislativa, para prestarem informações acerca da presente Representação;
- c) A intimação do Procurador-Geral do Estado e do Procurador Geral de Justiça, para conhecimento e manifestação;
- d) A procedência do pedido, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do Decreto Estadual 43.749/2012 susando os seus efeitos no exercício financeiro de 2012 pelo fato de ser contrário aos artigos 2º e 150, I, III “b” da Constituição Federal e aos artigos 7º, 9º e 196 I e III “b” da Constituição Estadual.

Protestando provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2012.

RODRIGO CEZAR CUSTODIO NUNES

OAB/RJ n.º 82.730