

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, gabinete nº 403, 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 Órgão Especial desse Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a presente

**REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE  
COM PEDIDO LIMINAR**

contra os dispositivos adiante citados do **DECRETO Nº 44.950 DE 12 DE SETEMBRO DE 2014 (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 além do disposto no artigo 97, § 1º do Código Tributário Nacional 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 44.950 DE 12 DE SETEMBRO DE 2014**

## **III - DOS FATOS**

A Lei Estadual nº 5.171/2007 de 26 de dezembro de 2007 deu nova redação ao Capítulo V (Da Substituição Tributária) da Lei Estadual nº 2.657 de 26 de dezembro de 1996 que dispõe sobre o ICMS/RJ. Seu anexo único tratou de todas as mercadorias que poderiam ser incluídas na substituição tributária, bem como da Margem de Valor Agregado (MVA) máxima que poderia ser instituída pelo Estado do Rio de Janeiro, quando a substituição tributária fosse regulamentada e colocada em prática nas operações internas e interestaduais do Estado fluminense.

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 44.950/2014 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 Legalidade contido nos artigos 150, I da Constituição Federal e 196, I da Constituição Estadual e o Princípio da Anterioridade contido nos artigos 150, III, “b” da Constituição Federal e 196, III, “b” da Constituição Estadual.

#### **IV - DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Este princípio tributário é corolário do Princípio Constitucional Geral de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de Lei (artigo 5º II da Constituição Federal). Assim, como o tributo é uma prestação pecuniária compulsória, que obriga ao pagamento independente da vontade do sujeito passivo, deverá ser estipulado por Lei. Estabelece o princípio que a instituição e a majoração do tributo só podem ser estabelecidas mediante Lei.

Constituição Federal:

*Art.150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

Constituição Estadual:

*Art.196 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado ao Estado e aos Municípios:  
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

Os elementos formadores da instituição de um tributo são: fato gerador, base de cálculo, alíquota e sujeito passivo da obrigação. Sem esses quatro elementos, em verdade, o tributo não existe vez que, é dever da Lei promover a completa

figuração deste.

Para ocorrer à majoração de um tributo, é necessário o aumento da base de cálculo ou da alíquota ou de ambas. De qualquer sorte, é necessária uma nova Lei para modificar o conteúdo de outra.

A Margem do Valor Agregado é uma das parcelas integrantes da base de cálculo do ICMS, conforme disposto no artigo 8º inciso II alínea c da Lei Complementar nº 87/96 que “Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências” (LEI KANDIR) não se admitindo o seu aumento via Decreto do Poder Executivo, consoante ditames constitucionais, que dispõe que a majoração de um tributo só pode ocorrer através de Lei.

Lei Complementar nº 87/96

*Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:*

*(...)*

*II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

*(...)*

*c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.*

A própria Lei Estadual nº 2.657/1996, que dispõe sobre ICMS, estabeleceu no seu artigo 24, II, a determinação da Margem do Valor Agregado - MVA como parte integrante da base de cálculo. Logo, resta indiscutivelmente claro que a MVA integra a base de cálculo do ICMS.

Lei nº 2657/1996

*Art. 24. A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é:*

(...)

*II – no caso dos incisos II e VI do Artigo 21, o preço máximo, ou único, de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou, na falta desse preço, o montante formado pelo valor da operação ou prestação própria realizada pelo contribuinte substituto, neste valor incluído o valor do IPI, acrescido do frete e carreto, seguro e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, da margem de valor agregado, relativa às operações ou prestações subseqüentes, determinada pela legislação;*

(...)

Para que não reste dúvida quanto à natureza jurídica do MVA como elemento integrante da base de cálculo, transcrevemos o parágrafo 1º do artigo 97 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 que “Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”.

Lei nº 5.172/1966

*Art.97 – Somente a Lei pode estabelecer:*

(...)

*§ 1º - equipara-se a majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.*

Existem exceções ao Princípio da Legalidade, previstas no próprio texto Constitucional, que autorizam o Poder Executivo, mediante decreto (ato formalmente infralegal), a alterar os valores de alguns tributos. As exceções previstas no inciso II do mesmo dispositivo legal permitem alteração por decreto tão somente com o fim de ajuste da política cambial e do comércio exterior – o que não é a hipótese –, pois, vem ocorrendo, de fato, majoração de ICMS através do aumento da Margem do Valor Agregado – MVA, parte integrante da base de cálculo e com isso gerando insegurança aos contribuintes, que se vêem totalmente entregues à vontade do fisco.

*Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:*

(...)

*II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;*

Desta forma, resta evidentemente claro que o Decreto questionado está violando nitidamente o Princípio da Legalidade, previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal e no artigo 196, I, da Carta Estadual, vez que não se pode majorar um tributo através de decreto (norma infralegal).

## **V - DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE**

Outro princípio norteador do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro é o Princípio da Anterioridade, cujas exceções estão arroladas taxativamente no 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;*

E, também, na Constituição Estadual, no artigo 196, III, “b”:

*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 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.

Assim, resta evidente a afronta direta ao artigo 196, III, “b”, da Carta Estadual, impondo-se a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

A ofensa direta a tais princípios é patente, na medida em que os atos impugnados trazem prejuízos aos contribuintes, vez que a Lei que estabelece maior carga tributária aos cidadãos deve ser de conhecimento da sociedade desde o ano anterior ao início da cobrança, para dar ao contribuinte 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 das normas legais impugnadas, de sorte a afastá-las do ordenamento jurídico com efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

## **VI - DA SEGURANÇA JURIDICA 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 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 decreto do Governador ignorou abusivamente todos os princípios aqui lembrados.

Pretender alterar os MVA legalmente estabelecidos, através de decreto, significa desrespeitar o Poder Legislativo e o Sistema de Freios e Contrapesos definido no artigo 2º da Constituição Federal e consagrado como cláusula pétrea. O referido artigo visa a resguardar a independência e a harmonia dos poderes, de forma a evitar que um dos Poderes usurpe as funções de outro.

## **VII - 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 44.950/2014, face ao desrespeito aos Princípios da Legalidade, da Anterioridade e da Segurança Jurídica e por afronta ao Poder Legislativo e o Sistema de Freios e Contrapesos



definido no artigo 2º da Constituição Federal, consagrado como cláusula pétrea.

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 44.950/2014, 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”.

## **VIII- DAS DECISÕES DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM**

## CASOS ANÁLOGOS

Cumprе ressaltar que recentemente o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou por unanimidade, parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0001325-54.2013. 8.19.0000, cuja ementa se reproduz abaixo:

**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.** (grifou-se)

No mesmo sentido, temos a representação de inconstitucionalidade nº 0025963-59.2010.8.19.0000. Senão vejamos:

### **Direta de Inconstitucionalidade nº 0025963-59.2010.8.19.0000.**

**Representantes:** Luiz Paulo Correa da Rocha e outro.

**Representado:** Exmo. Sr. Governador do estado do Rio de Janeiro.

**Legislação 1** Decreto nº 41.961, do ano 2.009, do Estado do Rio Janeiro.

**Legislação 2 :** Decreto nº 42.303, do ano 2.010, do Estado do Rio de Janeiro

**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. (grifos nossos)**

### **IX - DO PEDIDO**

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

- a) O recebimento da presente ação, para a concessão de medida cautelar pelo Desembargador Relator, *inaudita altera parte*, 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 44.950/2014 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, 08 de outubro de 2014.

Rodrigo Cezar Custodio Nunes

OAB/RJ nº 82.730