

Contrarrrazões. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro na ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, que impugnou o Decreto que disciplina a redução da base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar termo de acordo com o Estado do Rio de Janeiro.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel*

**EXMO. DESEMBARGADOR TERCEIRO
VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, representado, por delegação da atribuição, pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais, nos autos da Representação de Inconstitucionalidade n. 0005085-11.2013.19.0000, oferece suas

Contrarrrazões

ao **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** interposto pela Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, conforme razões em anexo.

Termos em que,

P. juntada.

Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2013.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais.

• • •

EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0005085-11.2013.8.19.0000

Recorrente: Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

* Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais.

RAZÕES DO RECORRIDO

I – Breve relato do processo

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro representou pela inconstitucionalidade do Decreto n. 41.860, de 11 de maio de 2009, sendo o pedido julgado procedente na forma do v. acórdão de fls. 78/88.

A Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 98/106, interpôs Recurso Extraordinário sustentando que a questão constitucional suscitada no presente recurso oferece repercussão geral, vez que cuida-se aqui de matéria que envolve a discussão sobre o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra Decreto que regulamenta lei. Alega, ainda, que todos os pontos foram expressamente prequestionados na presente Representação, sendo expressamente enfrentados pelo v. acórdão recorrido. Defende que o Decreto impugnado é meramente regulamentar, razão pela qual não pode se submeter ao controle concentrado de constitucionalidade. Salienta que o Decreto em referência apenas regulamentou a Lei Estadual 4.321/04, que concentra várias regras sobre a concessão, fiscalização, cassação e revogação de incentivos fiscais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ressalta que o Decreto 41.860/09 não é autônomo e não poderia ter sido objeto de impugnação mediante ação direta. Também ressalta que a argumentação da inicial se fundamenta na tese de que o regime instituído pelo Decreto representa benefício fiscal e por tal razão deveria ser celebrado na forma da Lei Complementar 24/75. Ressalta que na hipótese o exame sobre a hipotética contrariedade do Decreto em relação à Constituição Estadual depende de prévio juízo de valor sobre a sua incompatibilidade com a Lei Complementar 24/75. No entanto, ressalta que a inconstitucionalidade passível de controle é aquela que se revela de forma direta. Também ressalta que a iniciativa contida no Decreto não tem o condão de prejudicar outros Estados da Federação, nem outros importadores de cerveja ou lúpulo. Aduz que na hipótese deve-se levar em consideração os princípios da soberania econômica, da livre concorrência, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego. Por fim, salienta que o incentivo do Decreto 41.860/09 estimula a utilização das estruturas portuárias do Estado, fora da região metropolitana, fomentando o desenvolvimento da indústria cervejeira e incrementando a prosperidade no território estadual, razão pela qual deve o mesmo ser chancelado pelo Poder Judiciário.

II – Da tempestividade das Contrarrazões

De plano, impõe-se registrar a tempestividade da presente resposta, eis que os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça no dia 01 de novembro de 2013, sexta-feira (fl. 110).

Assim, o termo *ad quem* do prazo de quinze dias para ofertar as contrarrazões é o dia 04 de novembro do corrente, segunda-feira, findando-se o mesmo no dia 18 do mesmo mês.

III – Preliminarmente: Da ausência de requisitos de admissibilidade recursal

Antes ainda de se adentrar no exame da pretensão recursal propriamente dita, impõe-se ressaltar, em linha de preliminar, que falta ao Recurso Extraordinário indispensáveis requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, verifica-se que o Recurso extremo em questão é desprovido de regularidade formal, na medida em que não observou a norma do art. 541 do Código de Processo Civil, que determina que as respectivas razões recursais contenham a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto; e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

À evidência, não é bastante que a parte recorrente faça alusão nominal a tais itens, sendo imperativo que se detalhem os argumentos pertinentes a cada qual deles, a fim de que se tenha por atendida a referida exigência de regularidade formal.

Ademais, além do vício acima indicado, o requisito afeto à existência de repercussão geral também não se afigura presente *in casu*.

Note-se que o recorrente deixou de apresentar as razões de fato e de direito pelas quais haveria relevantes questões sociais e jurídicas (art. 543-A, § 1º, CPC) a exigirem a necessidade de reexame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, imprescindível que o recorrente oferecesse fundamentadamente as razões de fato e de direito sustentadoras da alegação de existência de repercussão geral. No entanto, o recorrente limitou-se a aduzir que a hipótese abrange discussão afeta ao cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra decreto que regulamenta lei, o que caracterizaria a repercussão geral da questão constitucional versada no presente Recurso.

Ocorre que o inciso II do art. 541 do Código de Processo Civil, ao exigir “a demonstração do cabimento do recurso interposto”, obriga o recorrente a discorrer fundamentadamente sobre o fato processual do cabimento.

A simples indicação da violação de certas normas constitucionais não supre a exigência da norma processual de fundamentação das razões de fato e de direito que demonstrem a repercussão geral.

Não pode, evidentemente, o Supremo Tribunal Federal admitir fato, a repercussão geral, que nem mesmo a parte se interessou em demonstrar de forma efetiva. Não parece razoável, pois, concluir pela presença dos interesses referidos no artigo 543-A, § 1º, do CPC, para o fim de ensejar o juízo positivo de admissibilidade do Recurso Extraordinário, apenas porque a parte recorrente é uma pessoa jurídica de direito público.

Vale dizer, as questões ventiladas no Recurso em tela de forma alguma transcendem aos interesses subjetivos da parte recorrente.

Data venia, a se prescindir de um critério exegético mais rigoroso na formulação dos contornos definidores da repercussão geral, restará frustrada, em última análise, a própria finalidade perseguida pelo Poder Constituinte Derivado ao instituir, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, o referido requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Como de conhecimento, o propósito do legislador constituinte foi o de desafogar o Supremo Tribunal Federal, retirando de sua pauta o exame de controvérsias que, apesar de importantes para as partes litigantes (entre as quais se incluem as Fazendas Públicas municipais, estaduais e federal), já não têm o mesmo impacto para os interesses mais cruciais da sociedade brasileira, genericamente considerada, e que constituem o próprio pilar em que a mesma se funda.

Por fim, cabe ressaltar mais uma vez que não é suficiente para caracterizar a repercussão geral a circunstância de ser a parte recorrente uma pessoa jurídica de direito público, nem tampouco o fato de a matéria agitada no Recurso guardar alguma relação com o Erário.

Assim, *data venia*, espera o Ministério Público seja reconhecida a falta de indeclináveis requisitos de admissibilidade recursal, de modo a que seja inadmitido o Recurso Extraordinário interposto.

IV – Do mérito

Ad argumentandum, para o caso de restar superada a preliminar de não conhecimento do Recurso acima suscitada, na hipótese de exame da pretensão recursal propriamente dita, a mesma é manifestamente infundada.

De fato, atentando-se para os termos do *decisum* alvejado, nele não se vislumbra qualquer violação a alguma norma da Constituição da República.

Ao revés, o acórdão recorrido, ao acolher a pretensão de declaração de inconstitucionalidade do Decreto 41.860/09, restaurou o império da ordem jurídica, diante das ofensas perpetradas a princípios e normas basilares da Carta Constitucional Fluminense.

Como bem detalhado na vestibular, na manifestação ministerial de fls. 58/65 e no v. acórdão recorrido, ao contrário do que defende o Recorrente, o Decreto 41.860/09 não é meramente regulamentar, apresentando natureza nitidamente autônoma.

O Decreto 41.860/09 ostenta autonomia existencial, pois concede benefício fiscal à margem de qualquer lei ou convênio que o autorize. Ou seja, o Decreto 41.860/09 não tem função meramente regulamentar, pois efetivamente disciplina a redução da base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar Termo de Acordo com o Estado do Rio de Janeiro. Trata-se, pois, de decreto autônomo, sendo suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, os vícios que maculam o Decreto 41.860/09 restaram cabalmente evidenciados à luz das disposições da Constituição Estadual.

O Decreto 41.860/2009 reduz a base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar Termo de Acordo com o Estado do Rio de Janeiro, *“de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de 3% (três por cento), sendo que 1% (um por cento) será destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais instituído pela Lei n. 4056, de 30 de dezembro de 2002”*.

Ou seja, o Decreto 41.860/2009 altera a base de cálculo do tributo nas operações que indica, promovendo modificação que se reflete na carga tributária.

Ocorre que, como de conhecimento, o direito tributário é essencialmente regido pelo princípio da legalidade, estampado no art. 196, I da Constituição Estadual (que reproduz mandamento contido no art. 150, I da Carta Federal).

Por força do princípio da legalidade, nenhum tributo será instituído ou aumentado, a não ser através de lei. Apenas a lei, diga-se, em sentido formal, pode criar ou majorar tributo, salvo nas hipóteses expressamente ressalvadas no próprio texto constitucional (como, por exemplo, no que toca à possibilidade de alteração de alíquota do imposto de importação mediante decreto).

Discorrendo sobre o princípio da legalidade tributária, **Hugo de Brito Machado**¹ esclarece que:

“Criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber se este existe, qual é o seu valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago. Assim, a lei instituidora do tributo há de conter: a) a descrição do fato tributável; b) a definição da base de cálculo da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo; c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão de vontade”.

Da lição acima colacionada, verifica-se que apenas a lei, em seu sentido estrito, pode definir a hipótese de incidência do tributo em todos os seus aspectos, ou seja, em todos os seus elementos identificadores e essenciais.

Assim, em virtude do comando advindo do princípio da legalidade – repita-se, expressamente insculpido na Constituição Estadual (art. 196, I) – sob o argumento de exercer a sua função regulamentar, o decreto não pode trazer novos elementos no que toca aos dados identificadores do tipo tributário. Neste sentido é o lúcido magistério de **Roque Antonio Carraza**², *in verbis*:

“Laboram, em equívoco, portanto, os que sustentam que o Chefe do Poder Executivo, no que tange à tributação, pode terminar a obra do legislador, regulamentando tudo o que ele apenas descreveu com traços largos. Na verdade, a faculdade regulamentar serve para ressaltar alguns conceitos menos claros contidos na lei, mas não para agregar-lhes novos componentes ou, o que é pior, para defini-los do nada. Entendimento contrário viola o princípio da legalidade em sua própria essência”.

¹ *Curso de Direito Tributário*; São Paulo, Malheiros Editores, 27ª edição, 2006, p. 57/58.

² *Curso de Direito Constitucional Tributário*; São Paulo, Malheiros Editores, 21ª edição, 2005, p. 247.

O magistério acima colacionado amolda-se com perfeição à hipótese em exame, visto que o Decreto 41.860/09, ao arrempio de todo o arcabouço constitucional em matéria tributária, assumiu contorno eminentemente autônomo ao disciplinar elemento identificador de tributo, qual seja, a sua base de cálculo. De fato, a alteração da base de cálculo produz reflexos diretos na carga econômica do tributo, pois modifica um de seus elementos essenciais e identificadores.

A base de cálculo é a expressão econômica do fato gerador do tributo; é, pois, elemento essencial na identificação do tributo, sobre a qual se aplica a alíquota para ter-se como resultado o valor final correspondente³.

Desta forma, em virtude da natureza da base de cálculo do tributo, de elemento essencial e identificador, não se pode admitir a sua alteração por meio de decreto, como efetivado na hipótese em tela.

Assim, apesar do que defende o Recorrente, o que se constata é que o Decreto 41.860/09 exorbitou em sua função regulamentar, desrespeitando o princípio da reserva legal, expressamente previsto na Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 196, I).

Ademais, não se pode olvidar que a disciplina mediante decreto, e não por lei formal, também implica em direta violação ao valioso “Princípio da Separação de Poderes” (art. 7º da Constituição do Estado), que consubstancia mecanismo de extrema importância na ordem constitucional, constituindo pilar intransponível no Estado Democrático de Direito.

De outro giro, cabe ressaltar que o art. 155, parágrafo 2º, XII, “g” da CF determina que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Assim, em matéria de ICMS, as isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados. Note-se que segundo o magistério de **Luiz Emygdio F. Da Rosa Jr.**⁴, a redução de base de cálculo se inclui entre os benefícios fiscais referidos no dispositivo constitucional acima indicado.

A regra constitucional em exame busca evitar a guerra fiscal entre os Estados, impedindo que os Entes, visando atrair mais contribuintes para seus territórios, extrapolem na concessão unilateral de vantagens fiscais quanto ao ICMS.

Importante registrar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 199, parágrafo 11º, VII, expressamente disciplina, em relação ao ICMS, que deve ser observada a lei complementar federal no que toca à concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal.

Assim, é certo que a concessão de benefício fiscal – como efetivado *in casu* através da redução de base de cálculo do ICMS – não pode ser efetivada de forma unilateral, isolada, mediante decreto.

³ Definição de Hugo de Brito Machado, obra citada, p. 155.

⁴ *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 17ª edição, p. 1061.

Desta forma, em vista da impossibilidade de as unidades federadas concederem benefícios fiscais em matéria do ICMS, à margem de convênios que os autorizem, é flagrante a presença de vícios de inconstitucionalidade a macular o Decreto 41.860/2009, como declarado no acórdão recorrido.

Ainda, importante ressaltar que a leitura atenta do acórdão recorrido demonstra que o reconhecimento dos vícios de inconstitucionalidade que maculam o referido diploma prescindia do exame de quaisquer outras normas ou princípios que não fossem aqueles consagrados na própria Constituição Estadual.

Destarte, resulta inequívoco que o controle da legitimidade do Decreto 41.860/09 efetivou-se apenas à luz da própria Carta do Estado do Rio de Janeiro.

Finalmente, oportuno registrar que por melhores que tenham sido as intenções do Decreto 41.860/09 no tocante ao fomento da indústria cervejeira do Estado, tão ressaltadas pelo Recorrente, o fato é que, evidentemente, a inovação da ordem jurídica não pode divorciar-se da basilar sistemática posta pelo Poder Constituinte.

Desta forma, não se vislumbra outra alternativa senão a de se expelir do ordenamento jurídico estadual o Decreto 41.860/09, tal como já entendeu – de modo irretocável – a Corte Fluminense.

Diante do exposto, é inevitável a conclusão de que as razões recursais são insubsistentes e não merecem acolhida.

VI – Conclusão

Isto posto, espera o Ministério Público não seja sequer conhecido o Recurso Extraordinário interposto, ou então, não sendo esse o entendimento, *ad argumentandum*, que se lhe negue provimento.

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2013.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais