

Inconstitucionalidade de emenda por afronta às cláusulas pétreas da forma federativa de estado e dos direitos e garantias individuais

Proc. Nº 2004.001.35711

Recurso de Apelação

Apelante: TVA – Sistema de Televisão S/A.

Apelado: Estado do Rio de Janeiro.

Parecer do Ministério Público

Mandado de segurança preventivo. Cobrança de adicional ao ICMS. Serviços e produtos supérfluos. Inconstitucionalidade da emenda que o autoriza e das leis estaduais que possibilitam a cobrança. Necessidade de declaração incidental. Afronta às cláusulas pétreas que garantem a forma federativa de Estado e os direitos e garantias individuais. Fato gerador do imposto que constitui bis in idem tributário. Os produtos e serviços considerados supérfluos, já são fatos geradores de impostos sobre circulação de mercadorias e serviços. Concessão da segurança.

Egrégia Câmara,

O apelante insurge-se contra a r. sentença de fls. 224/237, que julgou improcedente mandado de segurança preventivo, objetivando suspender a exigibilidade da cobrança adicional ao ICMS definido pela lei estadual nº 4.056/02, alterada pela lei nº 4.086/03, cujas regulamentações são as constantes dos Decretos nºs 32.646/03 e 33.123/03, de modo a rechaçar a possibilidade das autoridades coatoras praticarem quaisquer atos tendentes a exigir o tributo, permitindo a emissão de novas notas fiscais, independentemente da existência de débitos do adicional ao ICMS.

Sustenta que o recurso deve ser recebido no seu efeito suspensivo, posto que a emissão de notas fiscais não pode ser impedida, conforme a súmula 547 do STF, o que viola o princípio da legalidade, fato não analisado na sentença e objeto da liminar de fls.108. Soma-se a isso, o fato de que a criação do fundo tem que ser objeto de lei complementar, com âmbito nacional, e a definição dos artigos

que sejam considerados supérfluos, deve ser por lei federal, sendo inobservado ainda, os princípios da seletividade e essencialidade do ICMS, além de não haver fundamento quanto a exigência da destinação específica e da não cumulatividade do tributo, que afrontam a garantia constitucional (fls. 263/315).

Foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso (fls. 318), objeto do agravo, também negado às fls.341/345.

Em suas contra-razões, o Estado do Rio de Janeiro se reportou às informações anteriormente prestadas, que sustentaram que a via eleita é inadequada, pois se pretende atacar a lei e o decreto estaduais, posto que no momento da impetração, não existia ato concreto das autoridades coatoras, apenas lei em tese, não existindo direito líquido e certo a ser amparado. Alegou ainda, que as disposições constitucionais transitórias, abrem exceções a princípios consubstanciados nas normas permanentes da Constituição, administrando solução excepcional para situações excepcionais, sendo a sua constitucionalidade inquestionável por tratar-se de emenda à Constituição, e foi com base nela que o Estado expediu os preceitos normativos em questão, devendo sua inconstitucionalidade ser atacada por via de ação direta (fls.144/163).

A recorrente atravessou petição nos autos, aduzindo que o seu direito foi reconhecido administrativamente, perdendo o objeto o mandado de segurança, e pretendendo a extinção do processo sem julgamento de mérito (fls.352/357).

O Ministério Público em minuciosas razões recursais, da lavra do Dr. Marcos Maselli Gouvêa, entende presentes os pressupostos de prelibação do recurso, posto que o reconhecimento do direito não tem o condão de determinar a extinção do processo sem o julgamento do mérito, o que ocorre apenas com o reconhecimento do pedido, aduzindo que a lei estadual não respeita o princípio da anterioridade, o que de certa forma é admitido pelo Estado ao editar nova lei, e a impossibilidade de vinculação da receita, só poderia ser excepcionada na lei magna, posto que o poder de emendas é limitado na própria Constituição. Considera que o adicional é válido, devendo aguardar-se a lei federal, não afetando a incidência o convênio do ICMS, pugnando pela concessão da segurança, para a cobrança após 2004 (fls.331/335).

Vejamos a quem assiste razão.

Estabelece a emenda constitucional nº 31/00, no que respeita ao ICMS:

Art. 82- Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

Par. 1º - Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ou do imposto que vier a substi-

tuí-lo, sobre os produtos e serviços supérfluos, não se aplicando, sobre este adicional, o disposto no art. 158, inciso IV, da Constituição.

Par.2º - Para o financiamento dos Fundos Municipais, poderá ser criado adicional de até meio ponto percentual na alíquota do Imposto sobre serviços ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre serviços supérfluos.

Art. 83- Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, inciso II, e 82, parágrafos 1º e 2º.

Com a promulgação da emenda, foi editada a lei estadual nº 4.056/02, alterada pela de nº 4.086/03, possibilitando a cobrança de até dois pontos percentuais do ICMS, sobre produtos e serviços supérfluos.

Assim como ocorreu com a Contribuição de Iluminação Pública, o Congresso Nacional parte da premissa de que por emenda, pode criar qualquer imposto sem afronta ao sistema de Constituição rígida da nossa República.

Mas assim não é. As emendas à Constituição, como manifestação de poder constituinte derivado, se submetem aos limites impostos na lei magna, de forma a assegurar o Estado Democrático de Direito e a segurança das relações jurídicas.

Nesse sentido, a carta cidadã determina no seu art. 60 que:

Par.4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I. a forma federativa de Estado;
- II. o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III. a separação dos Poderes;
- IV. os direitos e garantias individuais.

No nosso sistema de instituição de tributos, em observância ao princípio da segurança jurídica, todas as hipóteses de incidência tributária e os respectivos sujeitos ativos tributários vêm discriminados na Constituição.

Este sistema conhece hipóteses de incidência tributária vinculadas e desvinculadas de atividades estatais. Exemplo das primeiras são as taxas, contribuições de melhoria e contribuições parafiscais. Já os Impostos, podem ser cobrados ao livre arbítrio do legislador, pois como o próprio nome já diz, trata-se de um tributo que é imposto!

Mas essa possibilidade não é tão ampla que autorize sua instituição sem observância das garantias fundamentais asseguradas na Carta da República como cláusulas pétreas.

Assim, afora o princípio de que todo imposto tem como hipótese de incidência, a ocorrência de um fato de relevância econômica, como o são o imposto de

renda , a circulação de mercadorias e serviços , a industrialização de produtos , a importação etc.

Esse fato tem que ter uma hipótese de incidência prevista na Constituição, sob pena de se afrontar o princípio federativo, pois se assim não for, cada estado membro pode imaginar e instituir sua tipicidade, provocando que o fato gerador de determinado imposto em um estado, não o seja em outro.

Nesse sentido, é que a própria lei magna determina que o estabelecimento de normas gerais sobre “definição de tributos e de suas espécies , bem como , em relação aos impostos discriminados nesta Constituição , a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes” (art. 146,inc. III, “a” da C.R.) seja objeto de lei complementar, lei nacional, que obriga sua observância aos entes federados com muito mais autoridade do que a lei ordinária da União, que se submete a competência concorrente. Pois “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados” e “inexistindo lei federal sobre normas gerais ,os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades” ficando ainda determinado que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual , no que lhe for contrário”. Tudo nos termos do art. 24 e parágrafos 1º , 2º , e 3º da C.R.

Nesse sentido, a emenda já pratica uma inconstitucionalidade, pois comete à lei federal esta tarefa, a tornando ineficaz, pois a lei ordinária federal não possibilitará a uniformidade e observância exigida pela federação brasileira.

Portanto, em uma primeira análise, a emenda afronta o sistema federativo, pois possibilita a falta de unidade da federação no estabelecimento de novas hipóteses de incidência de impostos, pois cada ente federado dará a sua definição do que considera : “produtos e serviços supérfluos”.

Por via de consequência, afronta ainda o princípio fundamental da legalidade, pedra de toque do Estado Democrático de Direito, pois subverte o sistema de que só o Código Tributário Nacional, que tem natureza de lei complementar, tem a possibilidade de regulamentar as espécies tributárias, pois os fatos geradores e respectivas competências para arrecadar estão taxativamente discriminados na Constituição da República, que determina quais são os impostos de competência da União (art. 153), dos Estados e do Distrito Federal (art. 155) e dos Municípios (art. 156) e respectivos fatos geradores.

Portanto, além de se afastar do fato de relevância econômica para instituir imposto, como se constata pelas definições da Constituição e da Lei Complementar (CTN), cria nova hipótese de incidência para que cada estado membro possa considerar o que entende por “produtos ou serviços supérfluos”.

Neste sentido, a maior de todas as inconstitucionalidades, pois desligando-se do fato jurídico com relevância econômica, cria a possibilidade de arbítrio legislativo do que considera produtos com esta qualificação, possibilitando bis

in idem tributário, pois qualquer operação de compra a venda de produtos ou prestação de serviços, já é objeto de incidência tributária de imposto sobre a circulação da mercadoria ou do incidente sobre os serviços.

Como se pode notar, se subverte o sistema para possibilitar a incidência de imposto sobre imposto, o que afronta os direitos e garantias fundamentais.

Dito isso, não é difícil concluir, que a emenda que autorizou a edição da lei estadual, contrasta com os diques de garantia do Estado de Direito impostos pelas cláusulas pétreas, estabelecendo verdadeiro estado de insegurança e de evidente confisco.

Estas razões, na minha modestíssima opinião, já demonstram que a via eleita é apropriada para evitar os efeitos concretos das leis estaduais que pretendem o pagamento do tributo.

Por estas razões, espera o Ministério Público, através da sua Procuradoria de Justiça, de acordo com o art. 99 do RITJERJ a declaração **incidenter tantum** da inconstitucionalidade das leis estaduais que autorizam a cobrança do tributo, com efeitos *ex tunc inter partes*.

Após, espera o Ministério Público a substituição da sentença por acórdão que conceda a segurança, tendo em vista a inconstitucionalidade das leis estaduais que, com base na emenda, pretendem o pagamento do tributo.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 8 de março de 2005.

Rio de Janeiro, 8 de março de 2005.
Luiz Fabião Guasque

Procurador de Justiça

Viviane Alves Santos Silva
Promotora de Justiça
Mat. 2871