
EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1

AFREBRAS – ASSOCIAÇÃO DOS FABRICANTES DE REFRIGERANTES DO BRASIL, entidade de direito privado sem fins lucrativos, representativa dos Fabricantes de Refrigerantes Brasileiros, inscrita no CNPJ sob o n. 07.362.436/0001-70, com sede na Rua Carmelo Rangel, 44, Curitiba/PR, CEP 88440-050, representada por seu Presidente Fernando Rodrigues de Bairros (afrebras@afrebras.org.br), por intermédio dos seus advogados ao final subscritos, conforme instrumento de mandato em anexo, com fulcro na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 102, I, “a” e 103, IX, e Lei 9.868/99 propor **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, objetivando ver declarada a incompatibilidade de dispositivos da Lei 18.573/15, do Estado do Paraná, publicada no Diário Oficial da União em 2 de outubro de 2015, que instituiu o **Fundo Estadual de Combate à Pobreza**, especificamente em relação aos artigos 1º a 6º, em sua integralidade, com a Constituição Federal de 1988.

1. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA

A AFREBRAS é uma entidade associativa de âmbito nacional, que representa os pequenos e médios fabricantes de bebidas e que possui como objetivo institucional a representação judicial de seus associados na defesa de interesses difusos,

coletivos e individuais homogêneos (art. 3º, alínea “m” de seu estatuto¹), bem como a proteção à ordem econômica e à livre concorrência.

No caso, pretende ver declarada a inconstitucionalidade da instituição do Fundo Estadual de Combate à Pobreza, que determinou o aumento de dois pontos percentuais nas alíquotas de ICMS previstas para as operações internas destinadas a consumidor final com os produtos relacionados no artigo 14-A da Lei nº 11.580/96.

Para tanto, em observância aos requisitos necessários para se requerer a propositura desta ação, neste ato a Autora:

a) demonstra que é entidade associativa regularmente constituída desde 2005 e que possui dentre suas finalidades institucionais a representação de seus associados na defesa de quaisquer interesses em juízo, conforme estatuto em anexo;

b) comprova que seus associados autorizaram expressamente o ajuizamento da presente ação, nos termos da Assembleia-Geral Nacional realizada em 07 de abril de 2016, conforme anexo;

c) junta a relação nominal dos seus associados no Estado do Paraná, contendo a qualificação individual e a indicação dos respectivos endereços.

Portanto, a Autora demonstra ser parte legítima para propor esta ação, estando em conformidade com o artigo 103, IX, da Constituição Federal, uma vez que se trata de entidade de classe de âmbito nacional.

2. DOS FATOS

Por meio da Lei 18.573/2015, o Estado do Paraná instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECOP), que majora em dois pontos percentuais as alíquotas de ICMS previstas para operações internas destinadas a consumidor final com os produtos relacionados no artigo 14-A da Lei nº 11.580/96.

¹ **Artigo 3º.** A associação tem como objetivos/finalidades: (...)

m) representar, na condição de parte com legitimidade ativa, passiva ou de terceiro interessado, dispensada a prévia autorização assemblar, a defesa dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos de todos os seus associados ou apenas parte deles, podendo, inclusive, promover interpelações, representações, queixas e ações no âmbito criminal;

Ocorre que, a instituição do FECOP, é inconstitucional, pois não observa a regra prevista no art. 82, §1º do ADCT, que determina a necessidade de lei complementar para sua instituição.

Vale ressaltar que a majoração do ICMS acaba por onerar excessivamente os pequenos e médios fabricantes de bebidas, que já suportam uma carga tributária extremamente alta, muitas vezes sendo obrigados a encerrar suas atividades devido à dificuldade em se manterem competitivos no mercado.

A majoração de que trata a presente ação pode parecer baixa à primeira vista, porém, sobretudo quando se trata de pequenos e médios fabricantes, ela acaba por totalizar uma grande quantia. A majoração inconstitucional, nestes casos, pode representar, para esses empresários, a diferença entre manter-se no mercado de bebidas ou fechar as portas.

Assim, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei 18.573/2015, propõe-se a presente medida como remédio apto a sanar os danos decorrentes da lei supracitada que afetam os associados da Autora no Estado do Paraná.

3. DO DIREITO

O FECOP foi instituído no Paraná, conforme já foi dito, pela Lei Ordinária 18.573, publicada no Diário Oficial estadual em 02 de outubro de 2015. O referido Fundo determina a majoração da alíquota de ICMS previstas para operações internas destinadas a consumidor final em dois pontos percentuais, sendo que a receita gerada por este aumento deverá ser destinada ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza:

TÍTULO I

DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA DO PARANÁ

CAPÍTULO I

DA INSTITUIÇÃO

Art. 1º Institui o Fundo Estadual de Combate à Pobreza do Paraná, conforme art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, com a finalidade de promover, coordenar, acompanhar e integrar as ações governamentais destinadas a reduzir a pobreza e a desigualdade social e as suas respectivas causas e efeitos.

§ 1.º Os recursos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza do Paraná serão aplicados para: I - inclusão social e redução das desigualdades e da vulnerabilidade social das famílias do Estado do Paraná, por meio de: a) concessão direta de benefícios às famílias, inclusive por meio do Programa Família Paranaense, instituído pela Lei nº 17.734, de 29 de outubro de 2013; b) promoção das Redes de Proteção Social Básica e Especial de Média e Alta Complexidade; c) subsídio de gastos com energia elétrica de famílias de baixa renda; d) programas na área de segurança alimentar e nutricional; II - proteção integral, defesa e garantia dos direitos da criança e do adolescente, da mulher, do idoso e da pessoa com deficiência; III - redução, por meio da aprendizagem, dos efeitos das situações de risco e vulnerabilidade social em adolescentes; IV - promoção da igualdade de direitos no acesso aos bens e serviços fundamentais, sem discriminação de qualquer natureza, compreendendo a redução das desigualdades sociais e das disparidades regionais; V- fomento ao trabalho, emprego e renda, por meio de: a) qualificação social e profissional do indivíduo; b) inserção de trabalhadores no mercado de trabalho, priorizando os segmentos mais vulneráveis; VI - desenvolvimento da política urbana e habitacional do Estado do Paraná, de modo a: a) viabilizar programa de acessibilidade urbana no Estado do Paraná assim como moradias para a população de baixa renda no meio urbano e rural; b) promover a regularização fundiária; c) urbanizar áreas e reassentar famílias com vistas à melhoria da qualidade de vida; VII - inclusão sócio produtiva de agricultores familiares, por meio de apoio financeiro às famílias em situação de vulnerabilidade social no meio rural; VIII - ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

§ 2.º Os recursos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza do Paraná poderão ainda ser utilizados no financiamento de projetos realizados em parceria com a União, Distrito Federal, outros Estados ou municípios, entidades privadas e outras instituições, desde que voltados para as finalidades referidas no § 1º deste artigo.

CAPÍTULO

II DOS RECURSOS

Art. 2.º São recursos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza do Paraná: I - dotações orçamentárias; II - doações, contribuições e financiamentos de entidades públicas ou privadas, nacionais ou do exterior, bem como de pessoas físicas; III - repasses do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza instituído pelo Governo Federal; IV - adicional de dois pontos percentuais nas alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS previstas para as operações internas destinadas a consumidor

final, com os produtos relacionados no art. 14-A da Lei nº 11.580, de 14 de novembro de 1996 (§ 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da Constituição da República).

Art. 3º Relativamente ao adicional de que trata o inciso IV do art. 2º desta Lei, não se aplica: I - o disposto no inciso IV do art. 158 e no inciso IV do art. 167 ambos da Constituição da República, bem como qualquer desvinculação orçamentária, conforme previsto no § 1º do art. 82, combinado com o § 1º do art. 80, ambos do ADCT da Constituição da República; II - qualquer benefício ou incentivo fiscal, financeiro fiscal ou financeiro. Parágrafo único. Poderá ser apropriado por contribuinte do ICMS, conforme inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Art. 4º A Lei Orçamentária Anual -LOA, prevista no art. 5º da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), deverá conter nas rubricas das despesas a correspondente fonte de custeio vinculada ao Fundo de Combate à Pobreza, de forma a possibilitar o seu real acompanhamento.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 5º Institui, nos termos do parágrafo único do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, o Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate à Pobreza, vinculado à Secretaria de Estado da Fazenda.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Secretário de Estado da Fazenda e seus membros e suplentes serão nomeados pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, contando necessariamente com representantes da sociedade civil.

§ 2º Os membros do Conselho Consultivo não receberão qualquer remuneração, sendo consideradas de relevante interesse público as funções por eles exercidas.

§ 3º O Poder Executivo regulamentará em ato próprio o funcionamento do Conselho.

§ 4º O Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate à Pobreza deve encaminhar à Comissão de Fiscalização da Assembleia Legislativa do Paraná relatoria semestral de atividades, bem como a prestação de contas do Fundo.

Art. 6º O superávit financeiro do Fundo Estadual de Combate à Pobreza do Paraná apurado ao final de cada exercício financeiro permanecerá no Fundo, não se aplicando o disposto no § 6º do art. 2º da Lei nº 17.579, de 28 de maio de 2013.

O artigo 82 do ADCT trouxe ao ordenamento jurídico, em texto incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000, o dever de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem seus respectivos Fundos de Combate à Pobreza:

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. (ADCT)

Ocorre que o mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, determina a necessidade de que esta instituição seja feita por meio de Lei Complementar. Vejamos:

*§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e **nas condições definidas na lei complementar** de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. (ADCT)*

No mesmo sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 146, elege a lei Complementar como sendo a adequada a tratar de matéria geral no âmbito do direito tributário:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

6

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) 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;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (CF)

Não bastando desobedecer ao que prega o artigo 146, CF, a legislação paranaense também desrespeita o mandamento do artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”, também da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.(CF)

Ou seja, as condições que regem o FECOP devem estar dispostas em Lei Complementar e não em Lei Ordinária, sob pena de inconstitucionalidade.

Ocorre que este mandamento constitucional não é respeitado na instituição do Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECOP no Estado do Paraná.

A Lei 18.573/2015, que instituiu o FECOP paranaense, é **ORDINÁRIA** e **não Complementar**. Deste modo, é flagrante a inconstitucionalidade da sua instituição, uma vez que sua criação ignorou mandamento primário da Carta Magna brasileira.

Deve-se ressaltar que não se alega nesta ação a existência de hierarquia entre a Lei Complementar e a Lei Ordinária.

O papel da lei complementar é servir de guia para normas gerais, ou seja, traçar os princípios que devem orientar as normas tributárias que lhe devam a obediência. Segundo Ives Gandra², a lei complementar complementa o texto constitucional, "esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte". Sendo ato normativo primário, assim como a lei ordinária, a lei complementar deve se conformar formal e materialmente ao texto constitucional, como diz José Afonso da Silva³.

Já em relação à Lei Ordinária, explica Souto Maior Borges⁴ que:

"A validade da lei ordinária decorre, em princípio, da sua conformação com a Constituição. Apenas, a lei ordinária é obrigada a respeitar o

² MARTINS, Ives Gandra. Sistema tributário Nacional na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

⁴ BORGES, José Souto Maior. Lei complementar tributária. São Paulo: RT, EDUC, 1975.

campo privativo da legislação complementar, tal como esta não pode invadir o campo da lei ordinária."

A existência ou não de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária e, sem dúvidas, uma das maiores discussões no ramo do direito tributário. Há os que dizem claramente inexistir hierarquia entre lei ordinária e lei complementar (Vitor Nunes Leal, Souto Maior Borges e Marcos Antônio Cardoso de Souza)⁵, aqueles que admitem existir a primazia da lei complementar quando esta for o fundamento de validade da lei ordinária (José Afonso da Silva, Sacha Calmon Navarro Coelho e Maria do Rosário Esteves)⁶ e os que afirmam abertamente que a lei complementar é um ato normativo intermediário entre o texto constitucional e a lei ordinária (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho, Ives Gandra da Silva Martins, Vittorio Cassone e Yoshiaki Ichihara)⁷ — o que lhe daria uma posição hierarquicamente inferior à Constituição e superior à lei ordinária.

É a Constituição Federal quem determina a edição de lei para tornar os tributos exigíveis. É o texto constitucional e somente ele que cria e prevê as hipóteses para a elaboração de lei ordinária e da lei complementar, tanto que o fundamento de ambas é o mesmo: a Constituição. O conflito entre a lei ordinária e a lei complementar é resolvido com base na Constituição porque é esta quem distribui as competências.

⁵ É a tese defendida pelo ilustre professor José Souto Maior Borges no mais amplo e completo estudo sobre o tema (BORGES, José Souto Maior. op. cit., p. 21) bem como no estudo precursor de Vitor Nunes Leal (LEAL, Vitor Nunes. Leis complementares da Constituição. Revista de Direito Administrativo n. 7, jan./mar., 1947). A doutrina mais recente, como Marcos Antonio Cardoso de Souza também segue esta linha: "A princípio, há de se contestar a pretensa superioridade da lei complementar, em face da legislação extravagante [...] Com o escopo de conferir contornos sólidos, acerca dos requisitos necessários para a caracterização de desnível hierárquico, compilar-se-á a palavra do jurista Celso Ribeiro Bastos, sobre a questão. Tal estudioso do Direito ressalta que 'na hierarquia o ente hierarquizado extraí a sua existência do ser hierarquizante, (...) a espécie inferior só encontra validade nos limites traçados pelo superior.' Encontra-se o patrocínio de tese uníssona à ora explanada, na respeitável obra doutrinária de Michel Temer; o qual afirma que 'hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior.' Com supedâneo em tais ensinamentos, verifica-se a inexistência de hierarquia entre lei ordinária e complementar. Obtém-se tal conclusão ao se considerar que tratam-se, ambas, de espécie normativas, cujos contornos essenciais são ditados na Constituição; sendo que, não se insere no conteúdo de nenhuma das mesmas o fundamento de validade da outra." (SOUZA, Marcos Antonio Cardoso de. A hierarquia da lei complementar. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: . Acesso em: 08 ago. 2016).

⁶ Parece ser a tese da maioria dos doutrinadores, dentre eles José Afonso da Silva: "Em regra não são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. Todavia, tal hipótese pode acontecer se a lei complementar for o fundamento de validade para as leis ordinárias." (SILVA, José Afonso. op. cit., p. 232). Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho: "a lei complementar só é superior às leis ordinárias quando é o fundamento de validade destas" (COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 103. Itálico do original). A posição de Maria do Rosário Esteves é bem singular: "a posição da lei complementar no direito positivo brasileiro deve ser analisada sob dois prismas: o da hierarquia formal e o da hierarquia material. A Constituição, no parágrafo único do art. 59, consagrou hierarquia formal à lei complementar relativamente às leis lato sensu. Entretanto, nem sempre há hierarquia material das leis complementares. Em muitas hipóteses, porém não em todas, a legislação complementar dá o fundamento de validade à lei ordinária." (ESTEVES, Maria do Rosário. op. cit., p. 122-123).

⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho que defende ser a lei complementar um *tertium genus* entre a Constituição e a lei ordinária (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 4.. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 243). CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit., p. 139. MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 69. CASSONE, Vittorio. op. cit., p. 39. ICHIHARA, Yoshiaki. op. cit., p. 90.

Quando a lei ordinária dispõe sobre matéria de lei complementar ela é inconstitucional, por invasão de competência.

Ademais, não é papel da lei complementar determinar a elaboração da lei ordinária, e sim da Constituição. O teor da lei ordinária também não é ditado pela lei complementar e sim, novamente, pela Constituição Federal. **O conflito entre a lei ordinária e a lei complementar é, portanto, uma violação à Constituição.** José Afonso da Silva⁸ também conclui pela inconstitucionalidade da lei ordinária que ingresse no campo reservado constitucionalmente à lei complementar:

"lei ordinária que ofenda uma lei complementar está vulnerando a própria Constituição, visto que disciplinará interesses que esta determina sejam regulados por ela. Tratar-se-á, então, de conflito de normas, subordinado ao princípio da compatibilidade vertical, entroncando, pois, na norma de maior superioridade hierárquica, que é a que ficou ofendida – a Constituição."

Assim, se não é a lei complementar que determina a elaboração da lei ordinária; se o conteúdo da lei ordinária não é ditado pela lei complementar e se a ofensa da lei complementar pela ordinária não é ilegalidade e sim inconstitucionalidade, não há hierarquia da lei complementar em face da lei ordinária.

Portanto, trata-se de caso de inconstitucionalidade formal, que ocorre quando o processo legislativo de formação da lei ou ato normativo não foi obedecido conforme determina a Constituição.

Paulo Bonavides⁹, sobre o controle formal de constitucionalidade, diz:

"Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado".

⁸ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

Já para Gilmar Mendes¹⁰, “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedural ou pela violação de regras de competência”.

Ou seja, quando não observadas as regras do processo legislativo adequado, previsto na Constituição Federal, nos encontramos diante de vício formal. No presente caso, este vício leva à evidente inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 18.573/2015, uma vez que esta é ordinária e a Constituição Federal confere competência à lei complementar para tratar de matéria tributária.

Sobre a inconstitucionalidade formal, Pedro Lenza¹¹ ensina:

“(...) o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa. Tomemos um exemplo: algumas leis são de iniciativa exclusiva (reservada) do Presidente da República como as que fixam ou modificam os efeitos da Forças Armadas, conforme o art. 61, § 1º, I, da CF/88 (...). Em hipótese contrária (ex.: um Deputado Federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo insanável, e a lei será inconstitucional.”

Também colacionam-se os ensinamentos de Luiz Roberto Barroso¹² acerca da inconstitucionalidade formal:

“A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato (...). De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio”.

Conforme já elucidado, a majoração dos dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, prevista na Lei 18.573/2015, representa excessiva oneração da tributação suportada pelos pequenos e médios fabricantes de bebidas, neste ato representados legitimamente pela Autora. Além de excessivamente onerosa, concluímos que a tributação é também inconstitucional.

No caso de REFRIGERANTES, apesar da alíquota final ter se mantido em 18%, o fato é que a alíquota nas operações internas destinadas a consumidor final é de

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

16% conforme o artigo 14, § 12, do RICMS/PR. A esta alíquota, serão somados dois pontos percentuais, destinados ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza. O assunto encontra-se disciplinado no artigo 14-A da Lei nº 11.580/96 e no Anexo XII do RICMS/PR.

Ou seja, houve aumento da carga tributável porque acrescidos os dois pontos percentuais destinados ao Fundo.

Vejamos o que diz a jurisprudência acerca da inconstitucionalidade formal:

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – VALORES DE DESCONTOS INCONDICIONAIS – BASE DE CÁLCULO – INCLUSÃO – ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.798/89 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – LEI COMPLEMENTAR – EXIGIBILIDADE. Viola o artigo 146, inciso III, alínea “a”, da Carta Federal norma ordinária segundo a qual hão de ser incluídos, na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, os valores relativos a descontos incondicionais concedidos quando das operações de saída de produtos, prevalecendo o disposto na alínea “a” do inciso II do artigo 47 do Código Tributário Nacional. (RE 567935, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014)

11

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES. LEI ESTADUAL. ICMS. PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. CÁLCULO. VALOR ADICIONADO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL. 1. Atende as exigências legais procuração que outorga poderes específicos ao advogado para impugnar, pela via do controle concentrado, determinado ato normativo, sendo desnecessária a individualização dos dispositivos. 2. Não ocorre a prejudicialidade da ação quando a lei superveniente mantém em vigor as regras da norma anterior impugnada e sua revogação somente se dará pelo implemento de condição futura e incerta. 3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso Ido parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar (CF, artigo 161, I). Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar federal 63/90. Violão direta e imediata ao Texto Constitucional. 4. Cuidando-se de defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impõe-se a aplicação da teoria da inconstitucionalidade conseqüencial. 5. Parcela relativa a um quarto da participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF,

artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afronta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia. Ação procedente em parte

(STF - ADI: 2728 AM, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 28/05/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20-02-2004 PP-00016 EMENT VOL-02140-02 PP-00218 RTFP v. 15, n. 72, 2007, p. 317-329)

MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO CARGO DE AUDITOR-CORREGEDOR DA JUSTIÇA MILITAR E COLOCAÇÃO EM DISPONIBILIDADE DE SEU TITULAR PELA LEI 7.040, DE 11.10.82. - TRATANDO-SE, COMO SE TRATA, DE LEI CUJO ARTIGO 1.º NORMA JURÍDICA APENAS EM SENTIDO FORMAL, UMA VEZ QUE TEM COMO CONTEÚDO ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETOS, E CABEVEL MANDADO DE SEGURANÇA, NÃO SE APPLICANDO O ENUNCIADO NA SÚMULA 266. - A LEI COMPLEMENTAR N.º 35/79 PREVE NA ORGANIZAÇÃO DA MAGISTRATURA MILITAR FEDERAL, ENTRE OS JUIZES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, O CARGO DE CORREGEDOR, COMO ISOLADO E DISTINTO DOS DEMAIS CARGOS DE JUIZES AUDITORES. NÃO PODE, PORTANTO, LEI ORDINÁRIA, SOB PENA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR INVASÃO DE COMPETÊNCIA, INGRESSAR NA ESFERA DE COMPETÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR PARA DERROGA-LA. - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO, DECLARANDO-SE INCONSTITUCIONAL A LEI 7.040, DE 11.10.82, PORQUANTO TODOS OS SEUS ARTIGOS DECORREM DA EXTINÇÃO DO CARGO DE AUDITOR-CORREGEDOR.

(STF - MS: 20382 DF, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 29/02/1984, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 09-11-1990EMENT VOL-01601-01 PP-00040)

TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. LEI COMPLEMENTAR 70/91. ISENÇÃO. REVOGAÇÃO PELA LEI 9.430/96. INCOMPATIBILIDADE ENTRE LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. 1. A controvérsia a respeito da incompatibilidade entre lei ordinária e lei complementar revela-se de natureza constitucional, já que a invasão, por lei ordinária, da esfera de competência reservada constitucionalmente à lei complementar, acarreta a sua inconstitucionalidade, e não a sua ilegalidade. 2. Assim, a discussão sobre a Lei Complementar nº 70/91 ser materialmente ordinária, bem como a respeito da revogação de seu art. 6º, II, pela Lei nº 9.430/96, tem índole constitucional, sendo vedada sua apreciação em recurso especial. (q.v., verbi gratia, AgRg no REsp 728.754/SP, 1ª Seção,

relatora Ministra Eliana Calmon, DJ. 12.12.2005.) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp: 837972 SP 2006/0072554-6, Relator: MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF, Data de Julgamento: 01/04/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20080423--> DJe 23/04/2008)

Ademais, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás por declarar inconstitucionais as leis ordinárias que tratavam da instituição do FECOP naquele Estado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CRIAÇÃO DO FUNDO DE COMBATE À POBREZA. MODIFICAÇÃO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL POR LEI ORDINÁRIA. VÍCIO FORMAL.

*I - São inconstitucionais as Leis Estaduais nºs 15.505/2005, 15.921/2006 e 15.945/2006, por afronta aos artigos 1461, inciso III, alínea "a", e 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", todos da Constituição Federal, e artigos 822, § 1º combinado com 79 do Ato das Disposições CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, E ARTIGO 1041, inciso II, § 2º, inciso "X", alínea "g" da Carta Estadual, por invasão de competência de Lei Complementar, uma vez que **"Não pode, portanto, lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade por invasão de competência, ingressar na esfera de competência da lei complementar para derrogá-la."** (MS 20.382/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ de 09/11/90). II - A criação de Fundos pelos Estados por meio de Lei Ordinária, de cunho social, em atendimento ao comando do artigo 82, por simetria ao modelo estabelecido para a criação de Fundos pela União, consoante determina o ARTIGO 792, AMBOS DO ATO DAS DISPOSIÇÕES Constitucionais Transitórias - ADCT é inconstitucional por inobservância da espécie legislativa determinada na Norma Magna.*

III - A alteração de Código Tributário é matéria de reserva de Lei Complementar, diante do fenômeno da recepção constitucional, não possuindo as reportadas Leis Ordinárias competência de impor alteração em texto referido. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI CONHECIDA E ACOLHIDA.

(TJGO, ARGUICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI 111090-02.2014.8.09.0000, Rel. DES. FAUSTO MOREIRA DINIZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 14/10/2015, DJe 1908 de 12/11/2015).

Desse modo, conclui-se que a Lei Estadual n. 18.573/2015 é inconstitucional por víncio formal, haja vista não ter sido editada como lei complementar, mas como lei ordinária, violando, assim, diretamente o disposto no art. 82, §1º do ADCT.

4. DA TUTELA DE URGÊNCIA

Com base no art. 300, caput, CPC, e visando a garantia dos direitos dos associados da Autora no Estado do Paraná, deve ser concedida liminar para que, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da Lei 18.573/2015, pretensão primeira deste pleito, seja afastada a cobrança de ICMS com alíquota majorada de dois pontos percentuais, conforme determina a legislação (inconstitucional) supracitada. Trata-se de medida que visa à desoneração imediata dos associados da Autora no Paraná.

Referida medida é mais eficiente do que postergar a questão para futura repetição, haja vista a necessidade da formação de precatórios que são notoriamente inadimplidos pelo Estado do Paraná. Assim, a medida judicial deve vir em proveito da parte e não do Estado que se locupleta indevidamente ao promover a cobrança do FECOP instituído com afronta direta do preceito constitucional instituidor.

Segundo o artigo 300, haverá concessão de liminar toda vez que esteja caracterizada a probabilidade do direito e o perigo de dano.

A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (CPC)

14

Em relação ao primeiro requisito imposto pelo Código de Processo Civil, a probabilidade do direito, esta resta amplamente discutida e comprovada. Conforme pudemos verificar ao longo deste pleito, a legislação que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza no Estado do Paraná (Lei nº 18.573/2015) é evidentemente inconstitucional porque é uma lei ordinária, e a Constituição Federal não deixa dúvidas acerca de que a competência para tratar de matéria tributária é de lei complementar. Dessa forma, nos deparamos com uma inconstitucionalidade formal, que ocorre, dentre outras possibilidades, quando há vício formal no processo legislativo.

Portanto, uma vez que o direito, neste caso, não é apenas provável, mas sim claro e incontroverso, o primeiro requisito necessário para a concessão da tutela de urgência resta comprovado.

No que tange à segunda condição necessária à concessão da tutela de urgência no Novo CPC, o perigo de dano, este também resta comprovado ao longo do

pleito, uma vez que os associados da Autora, no Estado do Paraná, vêm recolhendo o ICMS com alíquota majorada, majoração esta que foi autorizada por Lei evidentemente inconstitucional. Portanto, o perigo de dano se dá quando o Fisco Estadual, não se atentado à ilegalidade da majoração da alíquota do ICMS, efetua a cobrança independente disto, o que ocasiona perda patrimonial dos associados à Autora.

Este fato caracteriza enriquecimento ilícito por parte do Fisco Estadual, o que contraria princípios constitucionais, dentre eles o princípio da proibição do recolhimento de impostos com o fim de confisco. O dano irreparável, portanto, caracteriza-se pela redução do capital de giro dos pequenos e médios fabricantes de bebidas por conta do recolhimento indevido de ICMS sob uma alíquota majorada inconstitucionalmente ou ainda falta de emissão de certidão negativa, porquanto o primeiro é fundamental para enfrentar a acirrada concorrência no setor de bebidas; e o segundo é certo por ser atividade vinculada à lei tributária. Portanto o risco é iminente e as suas consequências danosas. Veja-se a jurisprudência:

"Já o periculum in mora vem presente na possibilidade de autuação que o impetrante poderá sofrer pelo Fisco, pela não satisfação dos créditos tributários, e também pela redução de seu capital de giro" (Tribunal Regional da 3^º Região - Mandado de Segurança n. 94.03.045209-9, Relator Juiz Américo Lacombe).

15

Isto posto, resta também comprovada a evidência de perigo de dano no caso em questão. Assim, em síntese, pugna-se pela concessão de liminar para que:

- (i) Seja permitido que os associados da Autora do PR deixem de recolher o ICMS com alíquota majorada em dois pontos percentuais;
- (ii) Impeça que o Fisco Estadual do PR adote qualquer postura de retaliação em relação aos associados da Autora, tais como o não fornecimento de certidão negativa e a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento do ICMS majorado que é objeto da discussão em comento.

5. RESUMO DAS PRETENSÕES

Ao longo deste pleito demonstrou-se que a instituição do Fundo Estadual de Combate à Pobreza, no Estado do Paraná, é inconstitucional.

Isto porque o FECOP Paraná foi instituído pela Lei Estadual nº 18.573/2015, que é lei ordinária. A Constituição Federal determina que a competência para tratar de matéria tributária é de lei complementar, conforme consta nos artigos 146, III, “a”, e 155, §2º, XII, “g” e art. 82, §1º do ADCT, todos da CF.

Diante dos argumentos apresentados, a Autora pretende ver declarada a inconstitucionalidade da Lei 18.573/2015, que majorou a alíquota de ICMS de produtos supérfluos em dois pontos percentuais, destinados ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza no Paraná.

Assim, **liminarmente**, requer a Autora que seja deferido que o recolhimento do ICMS, por parte dos associados da Autora no Estado do Paraná, seja realizado sem a majoração proposta pela legislação inconstitucional destinada ao FECOP.

6. DOS PEDIDOS

16

Ante todo o exposto, e por ser inaceitável a majoração de alíquota de ICMS por lei inconstitucional, requer-se:

- a) O recebimento da presente ação e documentos a ela anexados;
- b) **LIMINARMENTE**, a concessão da tutela de urgência, *initio litis et inaudita altera parte*, uma vez que estão presentes em sua integralidade os pressupostos legais, principalmente do art. 300, do CPC, para permitir que:
 - b.1. os associados da Autora no Estado do Paraná possam realizar o recolhimento do ICMS **sem a majoração de dois pontos percentuais** determinada pela Lei ordinária n. 18.573/2015, vez que a Constituição Federal prevê a forma de lei complementar para sua instituição;

- b.2. consequentemente, que o Fisco Estadual seja impedido de adotar qualquer postura de retaliação em relação aos associados da Autora, tais como: (i) o não fornecimento de certidão negativa, (ii) apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento do ICMS majorado e (iii) deixe de promover a cobrança do ICMS majorado;
- c) que seja julgada **procedente** a ação, confirmando-se a tutela de urgência anteriormente concedida, para declarar a constitucionalidade da Lei 18.573/2015, em seus arts. 1º a 6º, em sua integralidade.
- d) Procedido na forma dos arts. 101 do Regimento Interno do STF, seja declarada a constitucionalidade e comunicada a decisão aos órgãos interessados, para os fins de direito.
- e) Protesta provar o alegado pelos meios de prova em direito admitidos.

17

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para efeitos fiscais.

Nesses termos,
Pede deferimento.
Curitiba, 12 de setembro de 2016.

OKSANDRO GONÇALVES
OAB/PR 24.5690

LUIZA PRADO CAMARGO
OAB/PR 73.252

JOANNE ANNINE VENEZIA MATHIAS
OAB/PR 43.469