



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

**EXMO. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO**

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL

MARANHÃO, C.N.P.J. 06.780.522/0001-30, com sede na Rua Dr. Pedro Emanuel de Oliveira, n. 1, Bairro Calhau, C.E.P. 65.076-908, São Luís/MA, vem, por seu advogado abaixo assinado (doc. 01), mui respeitosamente, no âmbito de suas atribuições legais, para propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE LIMINAR**

em face da Lei Estadual n. 10.542, de 15 de dezembro de 2016, pelos seguintes fatos e fundamentos jurídicos:

Rua Pedro Emanuel de Oliveira, nº 01, Calhau, CEP. nº 65.076-908, São Luís – Ma.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

1. DOS FATOS

02. Em 15/12/2016, a Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, em sessão plenária, votou o Projeto de Lei n. 223/2016, encaminhado à Casa por meio da mensagem governamental n. 101/2016 (doc. 02), cujo objetivo primário referia-se ao aumento de alíquotas do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

03. O referido projeto de lei foi aprovado pelo legislativo estadual, convolvendo-se na Lei Ordinária Estadual n. 10.542, de 15 de dezembro de 2016, publicada no Diário Oficial do Estado do Maranhão na mesma data (doc. 03). O texto final da lei em tela encontra-se assim redigido:

LEI 10.542, DE 15-12-2016

(DO-MA DE 15-12-2016)

O GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO, Faço saber a todos os seus habitantes que a Assembleia Legislativa do Estado decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os dispositivos abaixo enumerados do art. 23 da Lei 7.799, de 19 de dezembro de 2002, passam a vigorar com as redações a seguir:

I - a alínea "c" do inciso III:

"c) nas operações internas de fornecimento de energia elétrica, exceto para as operações a que se refere a alínea "a" do inciso VI deste artigo."

II - a alínea "e" do inciso IV:



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

"e) nas operações internas e de importação do exterior de óleo combustível e querosene de aviação (QAV);"

Art. 2º Ficam acrescentados os dispositivos abaixo ao art. 23 da Lei 7.799/02, com as redações a seguir:

I - a alínea "f" ao inciso III:

"f) nas operações internas com óleo combustível OCB1 de baixo teor de enxofre."

II - os incisos V e VI:

"V - de 26% (vinte e seis por cento), nas operações internas e de importação do exterior de gasolina e álcool anidro e hidratado;

VI - de 27% (vinte e sete por cento):

a) nas operações internas de fornecimento de energia elétrica para consumidores residenciais com consumo mensal acima de 500 quilowatts/hora;

b) nas operações internas e de importação do exterior de fumo e seus derivados;

c) nas prestações internas e nas importações de prestações iniciadas no exterior de serviços de comunicação."

Art. 3º Ficam revogados os seguintes dispositivos do art. 23 da Lei 7.799/02:

I - as alíneas "d" e "l" do inciso II;

II - o item 4 da alínea "a" e as alíneas "b", "c", "d" e "f" do inciso IV.

Art. 4º Não cabe diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS:

I - nas aquisições internas de óleo combustível quando destinado ao processo produtivo, exceto as relativas ao produto classificado na NCM/SH 2710.19.22 (óleo combustível A1) quando destinadas às empresas exportadoras beneficiárias da Lei nº 9.121, de 04 de março de 2010;



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

II - nas operações internas com matéria-prima, material intermediário, partes e peças e produtos acabados, exceto nas hipóteses previstas na Lei nº 10.259, de 16 de junho de 2015.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos no ano subsequente e após 90 (noventa) dias desta.

FLÁVIO DINO

Governador do Estado do Maranhão

MARCELO TAVARES SILVA

Secretário-Chefe da Casa Civil

04. Contudo, a lei em questão encontra-se eivada de diversos vícios de inconstitucionalidade, os quais, inexoravelmente, ensejam a sua invalidade, consubstanciados no desrespeito aos princípios constitucionais da seletividade e da vedação ao confisco, ambos aplicáveis ao ICMS.

05. Assim, a OAB/MA averiguou que o Estado do Maranhão agiu de maneira inadequada, no que tange ao aumento da alíquota do ICMS. Em âmbito social e econômico, embora a justificativa do Estado seja aparentemente respeitável – arrecadar mais em razão da crise econômica –, é evidente que tal entendimento anda na contramão dos anseios da sociedade, além de, conforme dito, desrespeitar relevantes princípios constitucionais.

06. São esses, portanto, os aspectos introdutórios referentes à matéria. A seguir, serão tratados com mais profundidade os



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

pontos que denotam a inconstitucionalidade da lei ora impugnada, posto que não ser dotada do requisito de validade necessário à sua existência.

2. DO DIREITO

2.1 DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO PRESENTE FEITO

07. Inicialmente, no que se refere à competência para processar e julgar o presente feito, não há dúvidas de que este se concentra no Tribunal de Justiça Estadual.

08. Com efeito, compete ao Tribunal de Justiça local apreciar ADI discuta violações a dispositivos da Constituição Estadual, ainda que o seu texto seja uma reprodução exata da Constituição Federal. Sobre o tema, veja-se o seguinte precedente, representativo da jurisprudência do TJMA:

CONSTITUCIONAL. ADIN. LEI ESTADUAL QUE SUPOSTAMENTE AFRONTA A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. COMPETÊNCIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. ART. 25 DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. I - Compete ao Tribunal de Justiça local apreciar ADIN em que se discuta suposta violação a dispositivo da Constituição Estadual, ainda que o seu texto seja uma cópia fiel da Constituição Republicana. - Ação conhecida, por maioria de votos. II - Tendo os estados-membros competência residual, não ofende a Lei Maior do nosso Estado, norma que disponha de forma genérica acerca de serviços públicos,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

notadamente os referentes à saúde e assistência públicas. Não impedindo, contudo, que os Municípios disponham sobre a matéria em suas leis, com disposições que digam respeito a interesse local. - Ação julgada improcedente por maioria.

(TJ-MA - ADI: 21391993 MA, Relator: AUGUSTO GALBA FALCÃO MARANHÃO, Data de Julgamento: 06/05/2003, SAO LUIS)

09. Desse modo, não restam dúvidas de que a competência para apreciar a vertente ADI é do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, uma vez que se discute tema relacionado à incompatibilidade entre Lei Estadual e Constituição Estadual.

2.2 DA LEGIMIDADE ATIVA DA OAB/MA

10. Acerca da possibilidade de a Seccional Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil poder atuar no polo ativo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, assim dispõe o art. 92, IV, da Constituição Estadual:

Art. 92. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face desta Constituição:

[...]

IV - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;

11. Por outro lado, a Ordem dos Advogados do Brasil não precisa demonstrar a pertinência temática, para poder atuar do polo ativo de ações de controle concentrado de constitucionalidade, posto ser



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

entidade universalmente legitimada para o ajuizar tal classe de ações.

12. Com efeito, para os ditos legitimados universais não é requerido demonstrar qualquer vínculo específico com a matéria impugnada, como requisito de admissibilidade, pois o interesse genérico em preservar a supremacia da Constituição decorre diretamente das suas atribuições institucionais.

13. Com base no art. 103 I, II, III, VI, VII e VIII, da Constituição Federal, são legitimados universais o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.¹

14. Raciocínio análogo pode ser feito em relação à ao Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, em relação à discussão acerca da inconstitucionalidade de dispositivos normativos que não estejam de acordo com a Constituição Estadual. É justamente esse o caso.

15. Desse modo, não restam dúvidas acerca da legitimidade ativa da OAB/MA para figurar no polo ativo da presente ADI.

¹ ADI 1396, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/1998, DJ 07-08-1998 PP-00019 EMENT VOL-01917-01 PP-00064.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

2.3 MÉRITO

**2.3.1 DA INDEVIDA MAJORAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS E O DESRESPEITO
AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE**

16. O princípio da seletividade confere certas notas extrafiscalidade ao ICMS, que, apesar disso, possui natureza eminentemente fiscal. A previsão normativa que obriga o respeito ao referido princípio encontra-se plasmada na Constituição da República, em seu artigo 155, § 2º, III, que estabelece a seletividade do ICMS, com base em critérios de essencialidade do produto ou serviço tributado.

17. Por sua vez, a Constituição do Estado do Maranhão também contemplou a seletividade aplicável ao ICMS, em seu art. 127, § 5º, III, *in verbis*:

Art. 127. Compete ao Estado instituir:

I - imposto sobre:

[...]

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transportes interestadual e municipal e de comunicação, ainda que as operações a prestação se iniciem no exterior;

[...]

§ 5º O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

[...]

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

18. Uma leitura apressada do texto constitucional pode indicar que o princípio da seletividade possui caráter facultativo na configuração do ICMS, em virtude de asseverar que o imposto “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”. Ou seja, a seletividade possuiria caráter discricionário, com base na interpretação literal do dispositivo constitucional, de modo que o legislador estadual teria a opção de aplicar ou não tal princípio em relação às operações sobre as quais incide o ICMS.

19. Todavia, o fato de a constituição veicular expressão “poderá” em nada altera o caráter compulsório da norma em comento. Com efeito, a palavra “poderá” tem que ser lida como “deverá”, sendo, portanto, o art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal norma de caráter cogente e obrigatória e não uma mera faculdade. Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza² assim leciona:

O IPI e o ICMS, pelo contrário, devem necessariamente ser instrumentos de extrafiscalidade, a teor dos já citados arts. 153, § 3º e 155, § 2º, III, da CF. Salientamos que estas normas constitucionais, mandando que tais impostos sejam seletivos, não estão dando um mera faculdade ao legislador, mas, pelo contrário, estão lhe impondo um dever, de cujo um cumprimento ele não se pode furtar.

20. De fato, a aplicação do princípio da seletividade em matéria de ICMS nunca foi anteriormente vedada, apesar de ser novidade

² *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

a sua inclusão explícita no bojo das regras atinentes a tal imposto. Por outro lado, a incidência do princípio capacidade contributiva sempre recai sobre todo e qualquer tributo, incluindo-se aí o ICMS. Nesse contexto, a obrigatoriedade de incidência do princípio da seletividade seria apenas um desdobramento lógico do respeito ao princípio da capacidade contributiva.

21. Explica-se: se, por exemplo, alguém adquire um produto normalmente considerado supérfluo, tal como um artigo de luxo, é bem provável que possua condição financeira superior à da média da sociedade. Baseando-se no princípio da capacidade contributiva, deve o poder público laborar no sentido de que a carga tributária (inclusive em relação ao ICMS) seja mais pesada no que diz respeito ao bem em questão, fazendo com que aqueles mais abonados arquem, proporcionalmente, com uma parcela maior da arrecadação tributária.

22. O mesmo raciocínio aplica-se aos casos de produtos cuja necessidade se faz presente a uma parcela maior da população, incluindo-se aquela de renda mais baixa. De acordo com princípio da capacidade contributiva, nesses casos, a carga tributária deverá ser mais branda. Nesse sentido, invoca-se a o escólio de Eduardo Sabbag³:

Como mais de um meio de exteriorização do postulado da capacidade contributiva, a seletividade, prestigiando a utilidade social do bem e informando, basicamente, dois impostos – o ICMS (o art. 155, § 2º, III, CF) e o IPI (o art. 153,

3 Manual de Direito Tributário. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

§ 3º, I, CF) – mostra-se como técnica de incidência de alíquotas que variam na razão direta da superfluidade do bem (maior alíquota – bem mais desimportante) ou, em outras palavras, na razão inversa da essencialidade (ou imprescindibilidade) do bem (maior alíquota – bem menos essencial). Portanto, ICMS e IPI detêm seletividade.

23. Dessa forma, a aplicação do princípio da seletividade é obrigatória, por ser um desdobramento lógico do princípio da capacidade contributiva, afastando-se, assim, a interpretação literal da Constituição, que, neste caso, geraria distorções no sistema tributário.

24. Não se considera razoável que a própria Lei Estadual n. 10.542/16 promova o aumento da alíquota na tributação da energia elétrica, serviços de comunicação e combustível, por se tratar de serviços/produtos essenciais. Além do mais, destaca-se que, segundo a referida lei, os serviços de comunicação e de energia elétrica para consumidores que consomem acima de 500 quilowatts/hora aumentariam de 25% para 27%, igualando-os à tributação do fumo e seus derivados, o que é, no mínimo, desproporcional. Veja-se, de forma analítica, como a legislação ora atacada modifica as alíquotas de ICMS:



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

ITEM	ALÍQUOTA ATUAL	ALÍQUOTA PROPOSTA
Energia elétrica para consumidores residenciais que consome até 500 quillowatts/ hora	12%	18%
Energia elétrica para consumidores residenciais que consomem acima de 500 quillowatts/hora	25%	27%
Energia elétrica utilizada no processo de irrigação rural	12%	18%
Serviços de comunicação	25%	27%
Gasolina e álcool anidro e hidratado	25%	26%
Óleo combustível de baixo teor de enxofre	12%	18%
Fumo e seus derivados	25%	27%

25. A Lei Estadual n. 10.542/16 altera alíquotas de bens indubitavelmente essenciais a toda a sociedade, tais como combustíveis e energia elétrica, os quais possuem um profundo impacto econômico em toda cadeia produtiva, uma vez que correspondem a insumos utilizados na industrialização, distribuição e consumo dos mais variados bens e serviços.

26. Ademais, além de aumentar o ICMS de combustíveis e de energia elétrica, bens ontologicamente essenciais à sociedade, conforme demonstrado, a Lei Estadual n. 10.542/16 os compara a outros bens notoriamente dispensáveis ao ordinário convívio social.

27. Por exemplo, a se manter o atual cenário normativo,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

ter-se-á a esdrúxula situação tributária em que armas e munições, bebidas alcoólicas e embarcações de esporte e de recreação (todas com 25% de alíquota) sejam menos oneradas pelo ICMS que a energia elétrica para consumidores residenciais que consomem acima de 500 quillowatts/hora, cuja alíquota passou a ser de 27%. Ou seja, neste caso, o Estado Maranhão está considerando armas e munições mais essenciais que energia elétrica. O absurdo fala por si.

28. Além disso, a Lei Estadual n. 10.542/16 equipara o fumo à energia elétrica, posto que ambos os produtos encontram-se taxados em 27%, em clara afronta ao princípio da seletividade. Para que se tenha uma melhor compreensão da espécie, faz-se a transcrição do art. 23, do Código Tributário Estadual (Lei 7.799/02, doc. 04), em seu art. 23, o qual veicula as alíquotas de ICMS atualmente praticadas:

Art. 23. As alíquotas do ICMS são:

[...]

IV - de 25% (vinte e cinco por cento):

a) nas operações internas e de importação do exterior realizadas com os seguintes produtos: (NR Medida Provisória 216/2016).

1- armas e munições;

2 - bebidas alcoólicas;

3 - embarcações de esporte e de recreação;

e) nas operações internas e de importação do exterior de óleo combustível e querosene de aviação (QAV); (NR Lei Nº 10.542/2016).



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

V - de 26% (vinte e seis por cento), nas operações internas e de importação do exterior de gasolina e álcool anidro e hidratado; (AC Lei Nº 10.542/2016).

VI - de 27% (vinte e sete por cento):

a) nas operações internas de fornecimento de energia elétrica para consumidores residenciais com consumo mensal acima de 500 quilowatts/hora;

b) nas operações internas e de importação do exterior de fumo e seus derivados;

c) nas prestações internas e nas importações de prestações iniciadas no exterior de serviços de comunicação. (AC Lei Nº 10.542/2016).

29. Analisando a afronta ao princípio da seletividade por legislação estadual, o Supremo Tribunal Federal, além de considera-lo como obrigatório, entendeu como inconstitucional legislação que equiparou, para fins de ICMS, bens essenciais e não essenciais. Trata-se de agravo no RE 634.457, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

em serviços essenciais. II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos. III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo. IV – Agravo regimental a que se nega provimento (RE 634457 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 15 ago. 2014).

30. Desse modo, resta evidenciado que houve uma grave afronta ao princípio da seletividade, haja vista que o Estado instituiu majoração tributária a produtos essenciais, ou seja, para aqueles que não podem ser objeto de oneração excessiva.

2.3.2 DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO

31. O *princípio do não-confisco* surge no subsistema jurídico constitucional tributário como norma contida no artigo 150, IV, da CF/88, que impõe que a tributação se desenvolva com razoabilidade e proporcionalidade, de forma a não representar uma intromissão indevida e excessivamente exacerbada no patrimônio do particular. Esse princípio é decorrência da garantia ao direito de propriedade, também previsto na



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

Constituição atual, em seu artigo 5º, XXII, a exemplo do que ocorreu com as Cartas que lhe antecederam.

32. A Constituição do Estado do Maranhão não negligenciou a matéria e internalizou o princípio da proibição ao confisco em seu texto, conforme se depreende da leitura do seu art. 124, IV, *in verbis*:

Art. 124. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado e aos Municípios;

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco; (destaque nosso)

33 A proibição de instituição de tributos confiscatórios possui relação próxima com a capacidade contributiva e com a razoabilidade da tributação, no sentido de coibir as arbitrariedades tributárias do Estado. O valor em questão, conforme visto, é por demais caro à sociedade, especialmente à nossa, que adota o modo de produção pautado na livre iniciativa. Por esse motivo, o confisco de bens particulares, quando autorizado, o é feito de forma explícita, como ocorre, por exemplo, no caso do artigo 243, da Constituição Federal.⁴

34. Mesmo se não existisse norma jurídica expressa no sentido de estabelecer a impossibilidade de confisco, o princípio ora analisado reputar-se-ia presente no ordenamento, por conta da sua profunda ligação com o direito de propriedade e, especialmente, com o

⁴ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.399.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

princípio da capacidade contributiva, sendo este representado pela seletividade aplicável ao ICMS. Sobre o tema, vale trazer à baila lição de Roque Antonio Carrazza⁵, que, com a habitual clareza, assim explica o princípio da vedação ao confisco, *in verbis*:

Estamos convencidos de que o princípio da não-confiscatoriedade, contido no art. 150, IV, da CF (pelo qual é vedado 'utilizar tributo com efeito de confisco') deriva do *princípio da capacidade contributiva*. Realmente, as leis que criam impostos, ao levarem em conta a capacidade econômica dos contribuintes, não podem compeli-los a colaborar com os gastos públicos além de suas possibilidades. Estamos vendo que é confiscatório o imposto que, por assim dizer, 'esgota' a *riqueza tributável* das pessoas, isto é, quem não leva em conta suas capacidades contributivas.

35. Com base nisso, Hugo de Brito Machado⁶ afirma que o tributo com efeito de confisco seria aquele assim considerado por ser excessivamente oneroso, beirando a uma penalidade. Assim, haveria o confisco quando se trate de exigência tributária que exceda o permitido pela capacidade contributiva do particular afetado, sendo este, no vertente caso, representada pela seletividade aplicável ao ICMS.

36. A sistemática adotada para majoração do ICMS, por parte do Estado do Maranhão, por certo, preenche esses requisitos para ser considerada confiscatória, até porque, conforme visto, o ICMS é

⁵ *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007^a, p. 107.

⁶ *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 98.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

imposto seletivo, sendo a seletividade a forma específica de viabilização da capacidade contributiva, dentro da sua estrutura normativa específica.

37. Ora, se restou comprovado o fato de a majoração do ICMS ter desrespeitado o ditame de seletividade, qualquer invasão ao patrimônio do contribuinte que seja lastreada em desrespeito a preceitos constitucionais fere a livre iniciativa e fere o direito à propriedade privada, pondo em cheque qualquer forma de segurança jurídica e possibilidade de desenvolvimento de relações juridicamente previsíveis.

38. Ademais, dentro de um cenário econômico de recessão, em que a cada dia só aumenta a quantidade de desempregados e o volume de riquezas geradas no Brasil paulatinamente decresce, certamente a majoração de tributos apenas promove a indevida invasão do estado no patrimônio do contribuinte que, continuamente, vê o enfraquecimento da sua renda.

39. Isso sem se falar na ausência de retributividade entre os tributos pagos e os serviços prestados pelo Estado, cada vez de pior qualidade, o que obriga o trabalhador a ter que arcar, de forma particular, com serviços estatais essenciais, tais como saúde, educação e segurança, os quais, a cada dia que passa apenas aumentam, por conta dos altos índices inflacionários que corroem o patrimônio do trabalhador médio.

40. Assim, concebendo-se o não-confisco como princípio



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

que proteja o contribuinte da sanha arrecadatória, por mais esse motivo deve ser considerada inconstitucional a lei atacada pela vertente ação direta de inconstitucionalidade.

3. DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE DECISÃO LIMINAR

41. Em consonância com o art. 10 e seguintes, da Lei 9.868/2009, que regulam o instituto da liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem-se como requisitos para sua concessão a demonstração **da plausibilidade do direito invocado e, cumulativamente, da existência de risco de lesão iminente, se não decidida prontamente a questão.**

42. Com efeito, a concessão de medida liminar em ADI serve como forma de assegurar que uma Lei inconstitucional não continue a produzir efeitos no mundo jurídico. Para tanto, devem estar presentes os requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

43. Conforme veiculam os fatos narrados (e demonstrados) ao longo da vertente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a imposição tributária indevida ultrapassa os limites da razoabilidade, ensejando o desrespeito a princípios, como o da vedação ao confisco, seletividade e capacidade contributiva, o que torna evidente a configuração do **fundamento relevante** (*fumus boni juris*).

44. No caso, a concessão de medida liminar é critério necessário, em razão de a Lei Estadual 10.542/16 promover aumento da



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

carga tributária de ICMS, negligenciando diversos preceitos constitucionais, os quais correspondem a direitos e garantias individuais dos contribuintes e são considerados cláusulas pétreas dentro do sistema constitucional pátrio.

45. Certamente, caso não sejam imediatamente suspensos os efeitos da legislação ora impugnada, a população maranhense como um todo será negativamente afetada, posto que o aumento de ICMS sobre energia elétrica e combustíveis ataca frontalmente a já frágil cadeia produtiva do estado, sendo capaz de aumentar o desemprego e diminuir a tão necessária distribuição de renda. Presente está, portanto, *o periculum in mora*.

46. E mais: a demonstração dos requisitos para concessão de medida liminar permite o raciocínio de que, caso não seja imediatamente deferida a tutela de urgência, **corre-se o risco de se caracterizar a plena ineficácia da medida judicial, caso esta seja proferida apenas ao fim do processo**, posto que os efeitos econômicos sentidos pela população serão imediatos.

47. Desse modo, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, requer seja proferida decisão liminar, pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a Lei Estadual 10.542/16, para que esta seja cautelarmente suspensa, até julgamento final da presente ADI.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conselho Seccional do Maranhão

Fone: (098) 2107-5403/Fax: (098) 2107-5435

e-mail: gabinete@oabma.org.br

4. DOS PEDIDOS FINAIS

48. DO EXPOSTO, após proferida a decisão liminar acima pleiteada, requer, nos termos do art. 6º, da Lei 9.868/99, sejam solicitadas informações aos órgãos e/ou autoridades das quais emanou a lei impugnada. Ato contínuo, pede sejam ouvidos, na forma do art. 8º, da 9.868/99, o órgão de representação judicial do Estado do Maranhão e a Procuradoria-Geral de Justiça, para que, mantendo-se a liminar anteriormente deferida, seja, em definitivo declarada inconstitucional a Lei Estadual 10.542/16.

49. Dá-se à causa o valor de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais).

P. Deferimento.

São Luís/MA, 10 de janeiro de 2017.

Thiago Roberto Moraes Diaz

Presidente da OAB/MA

p.p Antônio de Moraes Rêgo Gaspar

Conselheiro Estadual

Advogado – OAB/MA 7.410