

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
7.164 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ANDRÉ MENDONÇA**
REQTE.(S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA
FAZENDÁRIA - CONFAZ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DO ACRE
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE
ALAGOAS
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO
AMAPÁ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO
AMAZONAS
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO
CEARÁ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO

ADI 7164 MC / DF

DISTRITO FEDERAL

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DO MARANHÃO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MATO GROSSO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MATO GROSSO

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO MATO GROSSO DO SUL

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ADI 7164 MC / DF

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA DO ESTADO DA PARAÍBA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO PARANÁ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO PIAUÍ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA TRIBUTAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

ADI 7164 MC / DF

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE RORAIMA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE

ADI 7164 MC / DF

PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE TOCANTINS
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE TOCANTINS
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO

1. O Senhor Ministro André Mendonça (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Presidente da República, com pedido de medida cautelar, tendo **originariamente** por objeto as cláusulas quarta e quinta, bem como o respectivo Anexo II, do Convênio ICMS nº 16, de 24 de março de 2022, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que *“disciplina a incidência única do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre óleo diesel e define as alíquotas aplicáveis, nos termos da Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022, e autoriza as unidades federadas a utilizar instrumentos de equalização tributária e dá outras providências”*.

2. Alega-se que o normativo em questão estaria *“em contraposição ao artigo 155, § 4º, inciso IV, alínea ‘a’, da Carta de 1988, que determina a uniformidade das alíquotas do ICMS-Combustíveis em todo o território nacional”*, tendo em vista que, em sua cláusula quarta, *“ao estabelecer um ‘fator de equalização de carga tributária’, em verdade, cria a possibilidade de diferenciação das respectivas alíquotas entre Estados e o Distrito Federal”*.

3. Argumenta-se, ainda, que *“[a] Cláusula quinta do aludido Convênio, por seu turno, desconstitui a natureza monofásica da incidência tributária referida no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘h’, da Constituição Federal, na medida em que inova as situações em que há recolhimento da alíquota nas*

ADI 7164 MC / DF

operações estaduais e, portanto, estabelece nova fase de exação tributária, o que somente poderia ser feito por lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, alíneas 'a' e 'b', da Carta Republicana”.

4. Analisando o conjunto de dispositivos constitucionais regentes da matéria, assevera que a disciplina constitucional da questão *“apresenta um desenho de cooperação federativa na normatização do ICMS-combustíveis, a ser desenvolvido e executado na prática legislativa da União e na prática convencional dos Estados e Distrito Federal. A mensagem normativa nele contida é clara: o princípio da uniformidade, veiculado pelo artigo 155, § 4º, inciso IV, alínea “a”, da Constituição, é imperativo e auto-aplicável, adquirindo importância capital no modelo de federalismo fiscal brasileiro”.*

5. Pontua que, embora *“o legislador complementar tenha tido dificuldades históricas para transpor esse princípio para o plano infraconstitucional, essa lacuna foi enfim sanada pela aprovação da Lei Complementar nº 192/2022, que definiu “os combustíveis sobre os quais incidirá uma única vez o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS)” e reiterou a necessidade de observância de alíquotas uniformes no seu artigo 3º, inciso V, ‘a’.”*

6. Contudo, ao disciplinar a questão, mediante deliberação nos termos da alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, o Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, teria contemplado *“em sua Cláusula quarta e Anexo II, uma maneira inovadora de diferenciação de alíquotas de um mesmo produto entre os Estados e o Distrito Federal”.*

7. De acordo o proponente, o normativo em questão possibilitou que *“Estados e Distrito Federal estabeleçam um ‘fator de equalização’ da carga tributária máxima do Diesel quando houver a remessa para cada ente ou para as operações interestaduais subsequentes”. E, que, “[n]a prática, a regra possibilita que cada ente federativo adote sua própria alíquota de ICMS”.*

8. Argumenta ainda que tal efeito *“é admitido pelo próprio CONFAZ,*

ADI 7164 MC / DF

como se pode depreender da Nota Informativa SEI nº 16348/2022, da lavra do Diretor da Secretaria-Executiva do Conselho”.

9. Sob outro enfoque, pontua que, a despeito da clareza dos comandos constitucionais e legais, “o parágrafo único da Cláusula quinta do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ instituiu norma anômala com a finalidade desconstituir o regime monofásico do tributo em destaque tanto nas operações internas (inciso I), quanto nas interestaduais (inciso II)”, o que, no seu entender, ensejaria afronta a “reservas de atuação do legislador complementar” e ao princípio da legalidade tributária.

10. Defende que “[o] estabelecimento de uma segunda fase de exação fiscal, com o objetivo de ‘efetuar o recolhimento da diferença’ do tributo, é absolutamente incompatível com a sistemática monofásica”.

11. Ao final, requer:

“a) a concessão de medida cautelar monocrática, para suspender a eficácia das Cláusulas quarta e quinta, bem como do Anexo II, do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, até o julgamento final do processo, tendo em vista o risco representado pelas normas em questão para a integridade das competências constitucionais do legislador complementar e para os princípios constitucionais do pacto federativo, da legalidade tributária e da uniformidade das alíquotas de tributação de combustíveis pelo ICMS;”

(...)

“d) a procedência do pedido formulado, para que, confirmando-se a medida cautelar, seja declarada a inconstitucionalidade das Cláusulas quarta e quinta, bem como do Anexo II, do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ; e e) cumulativamente, a procedência do pedido formulado para que essa Suprema Corte fixe interpretação conforme a Constituição do artigo 6º, § 5º, da LC nº 192/2022, de maneira a enunciar que ‘Na implementação da alíquota única do ICMS sobre combustíveis, a deliberação de Estados e DF pode considerar a

ADI 7164 MC / DF

diretriz do artigo 6º, § 5º, da LC nº 192/2022 como indicativa de um peso proporcional médio do ICMS na formação do preço final’.

12. Em 13 de maio de 2022, deferi a tutela provisória com a finalidade de suspender a eficácia das Cláusulas quarta e quinta e do Anexo II, todos do Convênio ICMS 16/2022, do CONFAZ. A esse respeito, verifiquei a plausibilidade das alegações do Autor em função de afronta ao princípio da uniformidade de alíquotas do ICMS-combustível, nos termos do art. 155, §4º, inc. IV, “a”, da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, corroboram esse juízo preambular a Nota Informativa SEI nº 16348/2022, elaborada pelo próprio Diretor da Secretaria-Executiva do CONFAZ e Ofício nº 0751.2022- PRESID, encaminhado pelo Presidente do Senado Federal ao Presidente do CONFAZ. Por sua vez, compreendi configurado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da proximidade de vigência do novo modelo, da complexidade e relevância da questão e da imperatividade de construção imediata de uma solução efetiva, perene e consentânea ao texto constitucional para a controvérsia posta nos presentes autos (eDOC 8).

13. Em face dessa decisão, os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal interpuseram agravo interno com o fito de apresentar no feito argumentos estritamente jurídicos (eDOC 540). Nesse sentido, argumentaram inexistir plausibilidade nas alegações do Requerente, porquanto se cuida de crise de legalidade, ou seja, para assentar a inconstitucionalidade pleiteada faz-se necessário recorrer à Lei Complementar 192/2022 e o art. 155, §2º, XII, “h”, da Constituição representa norma de eficácia limitada. Ademais, afirmar a inconstitucionalidade da LC 192/2022, diante de infração ao que

ADI 7164 MC / DF

denominaram reserva de convênio. Aludiram que não decorre do objeto impugnado ofensa ao princípio da uniformidade, assim como aquele encontra-se em consonância ao art. 6º da LC 192/2022, tendo em vista que o fator de equalização é instrumento necessário para assegurar a monofasia e a uniformidade de alíquotas. Em relação ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, suscita ser o caso de *periculum in mora* inverso, pois desde novembro de 2021 teria havido o congelamento dos valores arrecadados, a tutela cautelar pode ensejar alterações heterônomas nos preços de combustíveis e representar risco de colapso das fazendas estaduais. Enfim, pedem “o provimento do presente Agravo para que seja reformada a r. decisão agravada e seja indeferida a medida cautelar requerida, restabelecendo-se a eficácia e higidez das Cláusulas Quarta e Quinta e do Anexo II do Convênio ICMS nº 16, de 24 de março de 2022” (eDOC 540, p. 15-16).

14. Na data de 20 de maio de 2022, o autor da presente ação direta de inconstitucionalidade, representado pela Advocacia-Geral da União, apresentou pedido de **aditamento da petição inicial**, para que a ação incorpore no seu objeto, além das impugnações originais, as seguintes pretensões:

(i) em caráter cautelar, a suspensão da eficácia da íntegra do Convênio nº 16/2022 do CONFAZ, ou, ao menos, do seu Anexo I, por arrastamento à inconstitucionalidade das cláusulas quarta, quinta e Anexo II, aplicando-se durante este período o que prevê o artigo 7º da LC 192/2022, e, no mérito, a declaração de sua inconstitucionalidade;

(ii) cumulativamente, em caráter cautelar e também no mérito, que seja fixada interpretação conforme a Constituição ao artigo 4º da Emenda Constitucional nº 33/2001 e ao artigo 6º da LC nº 192/2022, para que se estabeleça que a competência normativa nele estabelecida deve ser exercida à luz dos princípios federativo, da uniformidade de alíquotas de ICMS-combustíveis (155, § 4º, inciso IV, alínea “a”, da Constituição), e de modo a efetivar as disposições dos artigos 2º e 7º da LC nº

ADI 7164 MC / DF

192/2022, evitando-se, assim, que o CONFAZ perpetue no comportamento omissivo apontado desde a ADO nº 68;

(iii) diante da declarada recalcitrância em dar cumprimento os comandos da Emenda Constitucional nº 33/2001 e aos artigos 2º e 6º da LC nº 192/2022 seja fixado prazo de 30 (trinta) dias, a teor do art. 103, § 2º da Constituição Federal, para que os entes, por meio do CONFAZ (a) exerçam a sua competência, à plenitude, disciplinando o regime tributário uniforme e monofásico para todos os derivados de petróleo de que trata o artigo 2º da LC nº 192, de 2022, e (b) sob pena de, até que o façam, aplique-se por analogia a regra do art. 7º também aos demais produtos mencionados naquele dispositivo (gasolina, ao etanol anidro combustível, ao biodiesel e ao gás liquefeito de petróleo, inclusive ao derivado do gás natural);

(iv) também cumulativamente, e diante da necessidade de dar transparência ao conhecimento da dinâmica do cálculo do ICMS e da formação do preço dos combustíveis indicados no artigo 2º da LC nº 192/2022, que seja convocada audiência pública sobre a controvérsia posta nesta ação, de modo a ouvir o depoimento de autoridades públicas e pessoas com experiência na matéria.

15. Em decisão interlocutória de 23 de maio de 2022, deferi o aditamento solicitado pelo Autor, bem como o pleito formulado pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe, assim como pelo Distrito Federal, no sentido de admitir os Secretários de Estado de Fazenda de todos os entes estaduais na qualidade de autoridades interessadas. Além disso, requisitei informações adicionais, no prazo improrrogável de 48 horas, reputadas indispensáveis para a apreciação dos novos pedidos cautelares do requerente.

ADI 7164 MC / DF

16. Em informações prestadas pelo CONPEG, os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal, além de outros entes federados que posteriormente aderiram ao documento acostado, defenderam a constitucionalidade do objeto impugnado. De início, propuseram a contextualização da Emenda Constitucional 33/2001 com a finalidade de assentar que o objetivo do Poder Constituinte Reformador era essencialmente ampliar as bases arrecadatórias dos Estados, e não permitir *“intervenção econômica federal na livre formação de preços dos combustíveis pela via da manipulação de um tributo estadual que tem natureza estritamente arrecadatória”* (eDOC 302, p. 6).

17. Como questões preliminares, afirmaram a impossibilidade de aditamento do pedido e a inépcia da exordial, pois não haveria identidade de fundamentação jurídica entre os pedidos formulados, o expediente foi requerido após a requisição de informações e não trouxe qualquer fato novo. De outro lado, argumentaram ser incabível o ajuizamento de ADI, quando o parâmetro de controle consiste em legislação infraconstitucional e a norma constitucional supostamente ofendida é de eficácia limitada: *“a vertente ação direta de inconstitucionalidade é inadmissível por fundar-se na alegação de violação, pelo Convênio ICMS nº 16/2022-CONFAZ, do regramento imposto pela Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022”* (Id., p. 18).

18. No mérito, os Estados sustentam que a LC 192/2022 é inconstitucional em face do art. 155, §4º, IV, “b”, da Constituição da República, uma vez que teria usurpado competência dos Estados e invadido reserva de convênio. Isso porque a Constituição teria imputado para aquela espécie legislativa somente a definição de quais combustíveis deveriam se submeter ao regime monofásico de tributação, ao passo que todas as demais questões, inclusive a deliberação sobre alíquotas, foram

ADI 7164 MC / DF

confiadas ao CONFAZ:

“No entanto, como se infere da leitura dos dispositivos transcritos, os contornos definidos pelo legislador na Lei Complementar n. 192/2022 ofendem a autonomia dos Estados e do Distrito Federal quanto à regulação do ICMS e desbordam da competência reservada pela Constituição ao Congresso Nacional.

(...)

Ao estabelecer em seu art. 3º, V, “b” que as alíquotas do regime monofásico devem ser obrigatoriamente específicas (ad rem) por unidade de medida adotada, a LC 192/2022 afrontou diretamente o conteúdo do §4º, IV, “b”, e §5º, ambos do art. 155 da CF/88, seja por tratar de matéria que a Constituição expressamente atribuiu ao CONFAZ, competência para regulamentar, seja por impor a observância de critério para fixação de alíquota que a Constituição claramente previu como faculdade ou opção concedida aos Estados e ao Distrito Federal.

(...)

Embora tenha o texto Constitucional atribuído à Lei Complementar a tarefa de dispor sobre as normas gerais, observa-se que essa dicção contida nos dispositivos constitucionais mencionados não autoriza ao legislador complementar eleger o modelo de alíquotas a ser empregado ou criar outros critérios de fixação das alíquotas, mesmo em hipótese de transição, pois, repita-se, a constituição estabeleceu, para tanto, reserva de convênio, não estando contemplado no rol do art. 155, §2º, XII, como competência da lei complementar, a definição e disciplina

ADI 7164 MC / DF

acerca das alíquotas.”

19. Sendo assim, dado o caráter dúplice e aberto do controle concentrado de constitucionalidade, as autoridades interessadas requereram, ao final, a pronúncia de nulidade dos arts. 3º, V, “b”, e 6º, §§4º e 5º, da LC 192/2022, por vício de competência.

20. Em outro eixo, afirmaram a constitucionalidade do fator de equalização disposto no objeto ora hostilizado, porque a noção de uniformidade não implica em identidade, mas apenas a simplificação e a simetria na regulamentação do imposto. Logo, a uniformidade do tratamento tributário do ICMS não pode descurar-se das diferenças regionais:

“Disso segue que, no exame da constitucionalidade do Convênio ICMS n.º 16/2022 a interpretação deve ser guiada pelas seguintes balizas hermenêuticas: (i) o tributo tem natureza estritamente arrecadatória; (ii) a origem do regime monofásico do ICMS nas operações com combustíveis está conectada à ampliação da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal (mens legis); (iii) a uniformidade deve ser lida, de maneira sistemática, como sinônimo de simplificação e simetria.

É critério básico de isonomia e igualdade que se deve tratar de maneira desigual os desiguais, na medida estrita de sua desigualdade. Em matéria tributária, a ideia de isonomia e igualdade se conecta e materializa por meio do princípio da capacidade contributiva de observância obrigatória (art. 145, §1º, da CF/88). Nessa linha de raciocínio, e por esforço de argumentação, segue-se que

somente se poderia cogitar de alíquota única em todo território nacional na modalidade ad valorem, porque nessa hipótese o critério de capacidade contributiva estaria atendido pela flutuação das bases de cálculo (preços efetivamente praticados).

Impor a aplicação de uma alíquota única específica, por unidade de medida, significa ignorar o preceito constitucional de igualdade e capacidade contributiva, na medida em que o valor fixo, previamente estabelecido sem consideração às diferentes realidades sócio-econômicas do país, implicaria, necessariamente, a imposição de carga tributária injusta, desconectada do preço praticado, em benefício de alguns, mas em prejuízo de muitos contribuintes e muitos Estados.

(...)

Há transparência, uniformidade, coerência e simplificação na sistemática estipulada nas Cláusulas Quarta, Quinta e Anexo II do Convênio n.º 16/2022 que, na verdade, materializam os princípios constitucionais ignorados pela Lei Complementar n.º 192/2022.

(...)

Todos os índices indicados no Anexo II do Convênio ICMS n.º 16/2022, a título de “fator de equalização”, importam em redução da alíquota uniforme geral estabelecida. Podem, portanto, ser entendidos como incentivos regionais concedidos de maneira a observar as realidades sociais, fiscais e mercadológicas dos 26 Estados da Federação e do Distrito Federal.

(...)

ADI 7164 MC / DF

A suspensão das Cláusulas Quarta e Quinta do Convênio, de modo a vigorar o suposto parâmetro legal para a fixação de alíquota única e específica, sem um fator de equalização, data maxima venia, impossibilita a implantação do sistema monofásico, por não observar as especificidades regionais, violando o art. 3º, III, da Carta Magna, e por isso merece ser urgentemente revista.”

21. Argumentam, ainda, que a constitucionalidade do fator de equalização deriva da imprescindibilidade de garantir a monofasia, o rateio federativo do produto da arrecadação e a uniformidade de alíquotas:

“Portanto, o fator de equalização instituído, ao invés de descumprir, atende aos desígnios do art. 6º, §5º da LC nº 192/2022, sendo que da forma como a exordial da ADI entende que deva ser implementado, implicaria ou majoração de tributo em alguns entes da federação, a malferir o princípio da anterioridade tributária insculpido no art. 150, III, ‘b’, da CF/88) ou indevida desoneração em outros, a configurar isenção heterônoma (inobservância do art. 151, III da CF/88), além de contrariar o pacto federativo, a LRF e a legislação eleitoral.

Atender à pretensão veiculada na presente ADI implicaria, aí sim, em inviabilizar como um todo a implantação do sistema monofásico, por não observar as especificidades regionais, em violação do art. 3º, III, da Carta Magna.”

ADI 7164 MC / DF

22. Igualmente, aludem que referido expediente fazendário serve para que a refinaria funcione como uma espécie de câmara de compensação dos débitos e créditos federados em cada uma das operações do ciclo de comercialização do combustível, nos seguintes termos:

“Em função da necessária observância de tais regras constitucional e legal de repartição de produto da arrecadação do ICMS, e, ainda, levando em consideração que a extração e o refino do petróleo estão predominantemente nas mãos de apenas um contribuinte – a Petróleo Brasileiro S.A. – o sistema de recolhimento e repasse do ICMS devido em toda a cadeia de comercialização dos combustíveis derivados de petróleo, mesmo já no sistema anterior plurifásico (de substituição tributária progressiva), e agora com mais razão, é concentrado na figura da refinaria, que já funcionava e continuará funcionando como uma espécie de ‘câmara de compensação’ dos débitos e créditos gerados em cada uma das operações do ciclo de comercialização do combustível.

Para tanto, a refinaria recebe informações das distribuidoras, referentes à origem e destino das mercadorias e pode, então, proceder à repartição do ICMS relativo a tais operações entre os Estados envolvidos, de acordo com as normas constitucionais e legais de destinação do produto da arrecadação do imposto, observando as regras próprias dos combustíveis derivados ou não de petróleo, como posto acima.

Observe-se que, nesta sistemática, toda dedução e repasse do ICMS acaba centralizado na figura da refinaria, a qual, com base nas informações enviadas pelos

atacadistas desses produtos (distribuidores de combustíveis), determina os valores creditados (repassados) ou debitados (deduzidos) a cada unidade federada, para fins de determinar o quanto de ICMS é devido à unidade federada de origem e à de destino dos produtos.

Assim, a refinaria, p.ex., ao vender gasolina “a” a uma distribuidora situada em outro Estado, num primeiro momento, “credita” em favor do Estado onde se situa esta distribuidora. Entretanto, se esta mesma distribuidora vende a gasolina “c” (formada pela mistura de gasolina “a” e álcool anidro) a um varejista localizado em outra unidade federada, informando tal fato à refinaria, esta, em seguida, deduz (debita) da unidade federada onde se localiza esta distribuidora o imposto a ela inicialmente “creditado”, repassando (creditando) a totalidade desse imposto à unidade federada de localização do varejista (em consonância com o princípio da tributação integral no destino, aplicável aos combustíveis derivados de petróleo).

E toda essa sistemática complexa de compensação efetivada pela refinaria se processa obrigatoriamente por intermédio do sistema nacional denominado SCANC – Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis, que exigirá, inclusive, extensa adaptação à sistemática de cobrança monofásica instituída”

23. Ademais, suscitam que o fator de equalização seria a única forma de evitar situação de renúncia de receita ou incremento da carga tributária, a depender do Estado, à luz do princípio da anterioridade tributária, da Lei de Responsabilidade fiscal e da lei eleitoral. **Logo, em**

suas perspectivas, a única forma de evitar a queda na arrecadação seria o fator de equalização.

24. Ao assentar que a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento pressupõe relação de dependência entre os dispositivos, afirmam que o reconhecimento da inconstitucionalidade das Cláusulas Quarta e Quinta e do Anexo II em nada impede a aplicação das demais disposições do Convênio CONFAZ 16. Sustentam também que o precedente fixado pelo STF no tema 745 da repercussão geral não guarda pertinência com o presente caso, pois nele não se indicou quais outros produtos seriam essenciais, estipulou-se alíquotas e respectivo patamar máximo. Portanto, intendem as autoridades informantes que não é cabível interpretação conforme à Constituição na presente hipótese:

“A única interpretação conforme possível dos dispositivos constitucionais introduzidos pela Emenda Constitucional n. 33/2001 resultaria em compreender que a observância de uniformidade somente se aplica às alíquotas ad valorem. A fixação de uma única alíquota específica (*ad rem*) válida para todo o território nacional é que gera as dificuldades de implementação do regime monofásico porque se desconecta das flutuações naturais de preço praticadas nas distintas realidades sócio-econômicas de um país diverso e continental.

Nessa linha de raciocínio, considerando que a Constituição não estabelece qualquer limite máximo para a fixação das alíquotas no regime monofásico, não há como se enxergar inconstitucionalidade no Anexo I e demais Cláusulas do Convênio ICMS n.º 16/2022, ainda que aplicadas isoladamente, ou seja, mesmo que reconhecida a inconstitucionalidade das Cláusulas Quarta, Quinta e

ADI 7164 MC / DF

Anexo II.

(...)

Nesse ponto convém, ainda, reiterar que a regra de transição prevista no art. 7º da Lei Complementar n.º 192/2022 é, ela também, inconstitucional. A forma de cálculo nela estabelecida, em total descompasso com os preços atualmente praticados, sem qualquer ajuste dos valores antes praticados para o momento presente (correção do valor monetário) implica relevante redução das receitas estaduais. Equivale, portanto, à instituição de isenção heterônoma (art. 151, III, CF/88), sem nenhuma estimativa de impacto financeiro ou contrapartida compensatória, à revelia das leis orçamentárias e em clara e inadmissível violação do pacto federativo e das competências tributárias dos Estados e do Distrito Federal, em franca violação ao art. 113 do ADCT.”

25. Alegam também que inexistente ato inconstitucional omissivo na espécie, sendo impossível a aplicação por analogia da regra de transição do art. 7º da LC 192/2022, seja porque até o advento da LC 192/2022 seria impossível aos Estados adotarem o regime monofásico, seja pela índole facultativa do exercício da competência tributária. Por conseguinte, uma vez que o Congresso Nacional dispôs unicamente sobre o diesel, bem como não fixou qualquer prazo ou consequência para o não estabelecimento de alíquotas uniformes em relação aos combustíveis indicados no art. 2º da LC 192/2022, não seria dado ao Poder Judiciário fazê-lo.

26. Em função de suas consequências, defendem que a aplicação do art. 7º da LC 192/2022 imporia aos Estados e ao Distrito Federal relevante

ADI 7164 MC / DF

perda arrecadatória, em violação direta aos arts. 151, III, 155, §2º, XII, “g, da parte dogmática da Constituição, e 113 do ADCT. Suscitam que em termos práticos a tutela jurisdicional prestada pelo STF representaria uma isenção heterônoma.

27. Subsidiariamente, pleiteiam modulação de efeitos na presente hipótese, em moldes parelhos ao que foi decidido no RE 714.139, isto é, que passe a valer a partir de 2024, de forma a preservar o equilíbrio orçamentário das contas públicas e o vigente plano plurianual.

28. Por fim, sumariam seus requerimentos da seguinte forma:

“Ante todas as informações prestadas, os Estados subscritores e o Distrito (sic) Federal REQUEREM:

(1) o reconhecimento da preclusão para o aditamento apresentado após terem sido requisitadas informações, e a impossibilidade de cumulação de pedidos que não guardam identidade de fundamentação;

(2) que seja inadmitida a presente ADI por se tratar de alegação de violação reflexa à Constituição;

(3) que seja reformada a decisão que concedeu a medida cautelar e indeferido o novo pedido de liminar formulado no aditamento;

(4) sejam julgados improcedentes todos os pedidos da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, reconhecendo-se a constitucionalidade da íntegra do Convênio ICMS n.º 16/2022 CONFAZ, especialmente, mas não só, porque a Lei Complementar n.º 192/2022 invadiu a

ADI 7164 MC / DF

competência tributária dos Estados (arts. 18 e 155 da CF/88) e violou a Reserva de Convênio expressamente prevista no art. 155, 4º, IV e 5º da CF/88, haja vista a flagrante inconstitucionalidade dos §4º e §5º, do art. 6º, do art. 7º, da alínea “a”, inciso V, do art. 3º, todos da Lei Complementar n.º 192/2022 ;

(5) subsidiariamente, na hipótese de virem a ser acolhidas as pretensões do autor, que seja conferida interpretação conforme aos dispositivos impugnados, preservando-se a 73 constitucionalidade do fator de equalização estabelecido no dispositivo, em atendimento ao art. 3º, III e art. 18 da Carta Magna;

(6) na hipótese de virem a ser acatados os pedidos formulados, requer, desde já, a modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei n.º 9.869/99.”

29. Do mesmo modo, o Estado de Goiás aportou informações, assim sumariadas:

“ENCADEAMENTO LÓGICO-ARGUMENTATIVO DOS FUNDAMENTOS QUE SUBSIDIAM A PRESENTE MANIFESTAÇÃO: 1. Inviabilidade de aditamento da inicial: necessidade de nova requisição de informações e prejuízo ao cerne da ação. 2. Limitação dos paradigmas de controle: Lei Complementar n.º 192/2022 não integra o bloco de constitucionalidade. 3. Prejudicial de mérito. Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar n.º 192/2022: violação à reserva de convênio. 4. O fato de equalização não retira a existência da alíquota uniforme; ao revés: apenas viabiliza (i.e.,

ADI 7164 MC / DF

possibilita/faculta) que as unidades federadas interessadas desonerem o preço do óleo diesel mediante a concessão de benefício fiscal. 5. Não há o que se falar em afronta ao modelo de tributação monofásica, porquanto o regime de compensação estabelecido pela cláusula quinta não encerra uma nova operação tributária, mas tão somente um recolhimento – ou ressarcimento – a posteriori em caso de divergência entre os fatos de equalização das unidades federadas que integram a operação tributada. 6. A manutenção do convênio impugnado milita em benefício da autonomia e da saúde fiscal dos entes federados. Impossibilidade de se sacrificar a arrecadação tributária dos Estados como instrumento de contenção da pressão inflacionária: situação equiparada à concessão de isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, III, da Constituição Federação (sic). 7. Ausência dos requisitos necessários à concessão da cautelar.” (eDOC 333, p. 1)

30. O Estado do Rio Grande do Sul também apresentou informações individualizadas. Em preliminar, argumentou pelo descabimento da presente ação direta, em função do parâmetro de controle eleito, e pela impossibilidade de aditamento da inicial após a intimação do órgão emissor da norma atacada para prestar informações. No mérito, sustentou que a Lei Complementar 192/2022 é materialmente inconstitucional, por violar a competência dos Estados, nos termos do art. 155, § 4º, IV, “b”, da Constituição de 1988:

“Ao estabelecer em seu art. 3º, V, “b” que as alíquotas do regime monofásico devem ser obrigatoriamente específicas (ad rem) por unidade de medida adotada, a Lei Complementar nº 192/2022 afrontou diretamente o

ADI 7164 MC / DF

conteúdo do § 4º, IV, “b”, e § 5º, ambos do art. 155 da CF/88, seja por tratar de matéria que a Constituição expressamente atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para regulamentar, mediante convênio, seja por impor a observância de critério para fixação de alíquota que a Constituição claramente previu como faculdade ou opção concedida aos Estados e ao Distrito Federal.

A Lei Complementar n.º 192/2022 não poderia disciplinar validamente a alíquota aplicável nas operações com combustíveis em regime monofásico, muito menos excluir a possibilidade de adoção de alíquotas ad valorem, como autoriza expressamente o texto constitucional.” (eDOC 335, p. 23)

31. O ente gaúcho afirmou, ainda, que inexistente correspondência entre os conceitos de uniformidade e identidade de alíquotas. Aludiu a inconstitucionalidade da regra de transição do art. 7º da LC 192/2022, à luz do art. 151, III, da Constituição da República. Nessa linha, o fator de equalização seria constitucional, porque observaria o arcabouço constitucional:

“O ‘fator de equalização’ de que dispõem as citadas Cláusulas e o Anexo II do Convênio ICMS n.º 16/2022 tem por objetivo evitar que o regime monofásico implique aumento de tributo para contribuintes de alguns Estados e perda de receita para outros Estados, sem descurar da padronização necessária para preservar a isonomia entre os contribuintes que se encontrem na mesma situação.

O instrumento garante, assim, o tratamento uniforme

ADI 7164 MC / DF

das alíquotas (art. 155, § 4º, inciso IV, alínea 'a', da CF/88), o respeito aos princípios da não surpresa (art. 150, III, 'b', c/c art. 155, § 4º, IV, 'c', da CF/88) e da periodicidade e programação orçamentárias (art. 165, da CF/88) e, ainda, ao art. 113 do ADCT, segundo o qual a 'proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro'." (eDOC 335, p. 27)

32. Enfim, a unidade sul-rio-grandense discordou da inconstitucionalidade por arrastamento pleiteada e advogou pela impossibilidade de emprestar-se interpretação conforme à Constituição na espécie. Além disso, rejeitou a existência de omissão no presente caso e a possibilidade de empregar-se aplicação por analogia. Pedese também, subsidiariamente, a modulação de efeitos no feito, *"decidindo pela eficácia pro futuro da decisão, a partir da vigência do Plano Plurianual 2024-2027, por razões de segurança jurídica, de preservação do equilíbrio orçamentário e de excepcional interesse social que envolvem a matéria"* (eDOC 335, p. 49).

33. A Câmara dos Deputados aduziu aos autos informações. Afirmou nessa seara que a Emenda Constitucional 33/2001 estabeleceu uma regra de competência imputada à União para dispor sobre norma geral no tema da incidência de ICMS nos combustíveis, especialmente para fixar alíquota uniforme desse imposto. Por sua vez, o Convênio ICMS 110/2007, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, teria violado o disposto na EC 33/2001, o que motivou a edição da Lei Complementar 192/2022. Assim, *"a proposição tem por objetivo racionalizar e simplificar a incidência do ICMS sobre combustíveis, sendo a uniformidade de incidência um vetor para consecução desses propósitos"* (eDOC 360, p. 13), bem como tornar possível a

ADI 7164 MC / DF

estabilidade e uniformidade da política energética nacional. Além disso, o Convênio ICMS 16/2022 ora impugnado incidiria em igual inconstitucionalidade:

“34. Ao fixar uma alíquota *ad rem* nacional e permitir a aplicação de fator de equalização regional, o Convênio ICMS n. 16/2022 perpetua o estado de inconstitucionalidade das alíquotas díspares de ICMS que foi rejeitado pelo Congresso Nacional na aprovação da Emenda Constitucional n. 33/2001 e da Lei Complementar n. 192/2022.

35. Mais precisamente, o Convênio busca afastar a incidência do art. 7º da Lei Complementar n. 192/2022, que já estabeleceu regra específica, ainda que transitória, para tributação de operações com diesel.

36. Com efeito, o Convênio-ICMS n. 16/2022 se afasta, de um lado, da interpretação literal da Constituição e da Lei, pois textualmente autoriza alíquotas não uniformes de ICMS-Combustíveis. De outro lado, também desborda de uma interpretação teleológica das normas superiores que lhe fundamentam, justamente por buscar perpetuar o estado de inconstitucionalidade na cobrança do tributo.” (eDOC 360, p. 15-16)

34. O Estado de Tocantins apresentou informações nas quais comungou *ipsis litteris* dos argumentos já trazidos pelo CONPEG (eDOC 431).

35. Igualmente, o Estado do Espírito Santo aportou aos autos

ADI 7164 MC / DF

informações (eDOC 436), substancialmente nos mesmos termos já aventados pelas demais autoridades interessadas, com destaque para o seguinte:

“Isso não bastasse, e mesmo que assim não fosse, a pretensão veiculada nesta ação direta também merece ser rejeitada porque o Convênio ICMS nº 16/2022 foi editado em perfeita conformidade com a Constituição. Com efeito, conforme se terá a oportunidade de adiante expor e demonstrar:

a) a Constituição, modificada pela EC nº 33/2022, não impôs aos Estados e ao Distrito Federal que substituíssem a sistemática atual de tributação dos combustíveis pelo ICMS monofásico, mas apenas concebeu autorização normativa para que eles adotassem esse modelo nos termos de lei complementar editada pelo Congresso Nacional (regulamentação definitiva) ou (provisoriamente) nos termos do artigo 4º da mesma emenda constitucional;

b) o CONFAZ, quando editou o Convênio ICMS nº 16/2022, exerceu essa faculdade que lhe foi conferida pelo constituinte apenas com relação ao óleo diesel, e o fez de modo a preservar a arrecadação dos Estados e do Distrito Federal (Convênio ICMS nº 16/2022, cláusula primeira e anexo I), condição necessária a que a matéria fosse aprovada pelo Colegiado;

c) ciente de que há disparidades na tributação atual da atividade, preordenada por elementos tipicamente regionais (p.ex. a distância entre alguns mercados consumidores e os fornecedores de combustíveis) e político-administrativos (p.ex. a conjugação do endividamento anterior a compromissos de pagamento assumidos pela

ADI 7164 MC / DF

unidade federada tributante e o Governo Federal), o CONFAZ, em atenção ao quanto restou disposto no parágrafo 2º do artigo 6º da LC nº 192/2022 (que dispõe sobre a concessão de incentivos fiscais relativos à incidência do ICMS monofásico sobre combustíveis) e no seu artigo 8º (que, no que diz respeito ao ICMS, flexibiliza o regime da Lei de Responsabilidade Fiscal para a concessão de incentivos fiscais relativos à incidência do ICMS monofásico sobre combustíveis), observou o cuidado de criar mecanismo capaz de impedir que a fixação de alíquota uniforme, a ser aplicada em todo o território nacional, provocasse a elevação da carga tributária, consistente na instituição (CRFB, art. 155, p. 2º, XII, “g”) de incentivo fiscal consistente na à devolução parcial do tributo ao contribuinte (LC nº 24/1975, art. 1º, p. único, II), que convencionou chamar “fator de equalização da carga tributária” (Convênio ICMS nº 16/2022, cláusula quarta, caput da cláusula quinta e anexo II);

d) o CONFAZ também instituiu, tendo em vista a incidência desse “fator de equalização”, mecanismo de compensação compatível com o disposto no parágrafo 3º do artigo 6º da LC nº 192/2022), quando previu, no parágrafo único da cláusula quinta do Convênio ICMS nº 16/2022, a possibilidade de complementação da tributação (quando o fator de equalização de carga tributária da unidade federada de destino for inferior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem) e de ressarcimento pelo fornecedor (quando o fator de equalização de carga tributária da unidade federada de destino for superior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem) nas

ADI 7164 MC / DF

operações interestaduais subsequentes), estratégia que não deve ser confundida com a instituição de nova incidência tributária; e

e) ademais, considerando que, posto isso, os dispositivos Convênio ICMS nº 16/2022 que tiveram a sua constitucionalidade impugnada na petição inicial desta ação (cláusulas quarta e quinta e anexo II) são compatíveis com a Constituição (inclusive com os dispositivos nela incluída pela EC nº 33/2001) e (após adotada a interpretação conforme a Constituição anteriormente mencionada) com a LC nº 192/2022, também não se cogita, na espécie, da inconstitucionalidade por arrastamento das cláusulas remanescentes.”

36. Na data de 30 de maio de 2022, convoquei **audiência de conciliação** para o dia 2 de junho de 2022, tendo sido convidados a Advocacia-Geral da União, os Ministérios da Economia e de Minas e Energia, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, o CONFAZ, além dos Senhores Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação e Procuradores-Gerais ou Advogados-Gerais dos 26 (vinte e seis) Estados e do Distrito Federal. Facultou-se, ainda, a presença dos Governadores, das Presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do Procurador-Geral da República.

37. No referido ato processual, em consonância ao que consta no termo juntado aos autos (eDOC 531), os representantes dos Estados e da União aquiesceram com a possibilidade de realizar tratativas autocompositivas até a data de 14 de junho de 2022. Por oportuno, trago à lume o escopo das negociações em tela:

“Sua Excelência o Senhor Ministro Relator, então, com

base no princípio da **promoção de soluções consensuais dos conflitos** (§§ 2º e 3º, do art. 3º, do CPC), determinou que as negociações tenham início de imediato, estabelecendo os seguintes parâmetros para facilitar as tratativas conciliatórias:

i) Criação de mesa-redonda, composta por até 5 representantes dos Estados e até 5 representantes da União, a serem indicados em petição a ser juntada aos autos até o fim do dia de hoje (1º/06/2022), com o objetivo de discutir meios para solução consensual da questão controvertida;

ii) Fica facultado ao Congresso Nacional diante de sua elevada missão de pacificação federativa e social, a indicação de representantes para contribuir na coordenação e desenvolvimento dos trabalhos;

iii) Fica facultado à Procuradoria-Geral da República acompanhar os trabalhos;

iv) Em vista da urgência da questão constitucional versada nos presentes autos, que recomenda solução urgente e imediata, ante a crise do preço dos combustíveis que assola o país, as partes disporão de prazo de doze dias (até 14/06/2022) para apresentação de proposta conjunta de acordo nos autos;

v) Em caso de não apresentação de proposta de acordo nos autos até o fim do dia 14/06/2022 ou diante de proposta que o Relator entenda não seja passível de homologação, caberá a este, no exercício do dever de prestação jurisdicional que lhe é imposto, apreciar os pedidos cautelares contidos na Petição nº 37.526/2022;

vi) **Mesmo após futura e eventual decisão judicial cautelar** em função [a] de não apresentação de proposta no prazo estabelecido no item anterior ou [b] de sua não

homologação, as partes poderão apresentar proposta de acordo com vistas à sua possível homologação.”

38. Houve **novo ato processual** praticado perante o juízo, com o instituído grupo de trabalho, realizado em **9 de junho de 2022**. Nessa oportunidade, foram apontados os pontos de convergência e divergência das partes envolvidas, além de cronograma de trabalho.

39. Em 13 de junho de 2022, a Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) solicitou a juntada de proposta de acordo apresentada pelo Comitê Nacional de Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal (COMSEFAZ). Essa concentrou-se nos seguintes tópicos:

“1- Aprovação de Convênio pelo CONFAZ, com vigência até o final de 2022, estabelecendo uma redução de base de cálculo nas operações com combustíveis, transportes coletivos, energia elétrica e telecomunicações, de modo que a carga tributária efetiva corresponda à aplicação da alíquota modal de cada Estado. Essa alternativa evita a necessidade de os Estados aprovarem leis específicas para reduzir e – findado o corrente ano – restabelecer as respectivas alíquotas, facilitando a consecução do objetivo imediato de redução da carga tributária nas operações envolvendo os produtos e serviços neste item mencionados.

2- Compensação integral das perdas arrecadatórias dos Estados com as novas regras de tributação dos combustíveis, transportes coletivos, energia elétrica e

telecomunicações, mediante transferência de receitas da União e/ou abatimento da dívida de cada ente federativo, observado o gatilho de 5% (cinco por cento) das quedas de arrecadação, a serem apuradas na forma do item 3 desta proposta de acordo. À compensação de 100% das perdas dos Estados e Municípios prejudicados devem ser somadas a manutenção, até o final de 2022, do congelamento do Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF) dos combustíveis e a desobrigação dos entes federados de cumprirem os ditames da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) neste particular.

3- Apuração das perdas arrecadatórias dos Estados segundo o método “grupo a grupo” – ou seja, “energia elétrica x energia elétrica”; “combustíveis x combustíveis” –, tomando-se por referência de cálculo a variação em relação ao mesmo mês do ano anterior.

4- Exclusão das taxas de transmissão (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD) do âmbito do presente acordo.

5- Exigência de utilização do critério da essencialidade para tributação da energia elétrica e dos serviços de telecomunicações somente a partir de 2024 pelos Estados que adotarem a seletividade como princípio estruturante da legislação do ICMS, em conformidade com a modulação de efeitos estabelecida por esta e. Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 714.139/SC. Essa solução preserva o princípio constitucional da separação de Poderes (cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição Federal) ao evitar a eventual edição superveniente de lei emanada do

ADI 7164 MC / DF

Poder Legislativo para alterar o prazo de início da vigência de entendimento cujos efeitos foram modulados pelo Poder Judiciário em sede de repercussão geral.

6- Redução gradativa, a partir do ano de 2023, das alíquotas aplicáveis às operações com Diesel e GLP até se atingir, em 2025, a alíquota modal de cada Estado. Essa solução implica não reconhecer a obrigatoriedade de submissão dos Estados ao princípio da seletividade na estruturação da legislação do ICMS e, por conseguinte, a não imperiosidade da adoção do critério da essencialidade em relação aos produtos citados neste item, em linha com o que foi decidido por esta e. Suprema Corte, em sede de repercussão geral, nos autos do RE nº 714.139/SC.

7- Retorno das regras de tributação atuais da gasolina e do álcool a partir de 2023 (sem redução de base de cálculo para que a carga tributária efetiva da operação equivalha à aplicação da alíquota modal), ante a não obrigatoriedade de sujeição dos Estados ao princípio da seletividade na estruturação da legislação do ICMS e, conseqüentemente, a não imperatividade de adoção do critério da essencialidade para os produtos mencionados neste item, à luz do disposto no art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, com a interpretação conferida ao dispositivo por este e. Supremo Tribunal Federal também nos autos do RE nº 714.139/SC.” (eDOC 576, p. 1-3)

40. Intimada a manifestar-se sobre os termos da proposta no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a União informou a inviabilidade de solução compositiva na espécie, tendo em vista a existência de desacordo substantivo em relação às premissas adotadas pelo proponente e às

medidas de compensação vindicadas.

41. Sem embargo do que já indicado por este Relator no sentido de que **remanesce no transcurso deste feito a possibilidade de as partes apresentarem proposta de acordo** com vistas à sua possível homologação judicial, **diante da frustração neste STF de iniciativa conciliatória** dado que não houve a apresentação de proposta conjunta de acordo, **impende neste momento examinar os pedidos cautelares postos no aditamento à exordial.**

42. **É o relatório. Passo a decidir.**

1) Controvérsias jurídicas a serem dirimidas nesta decisão interlocutória e ratificação da tutela cautelar antecedente

43. De saída considerando o atual contexto dos autos, constato que nesta seara cautelar compete ao juízo apreciar os três primeiros pedidos deduzidos na petição de aditamento, além de examinar a eventual necessidade de adoção de providências instrutórias relacionadas ao pleito que orbita em torno do apontado dever constitucional de transparência pública, tanto no que pertine à *“dinâmica do cálculo do ICMS”*, quanto no que concerne à *“formação do preço dos combustíveis indicados no art. 2º da LC nº 192/2022”*, tendo em conta o item (iv) da petição de aditamento e o quesito (e) da petição inicial.

44. Em outras palavras, torna-se cabível na corrente decisão —além de deliberar sobre a necessidade de medidas instrutórias, com vistas ao oportuno exame dos pedidos deduzidos no quesito (e) da peça vestibular, na linha proposta pelo item (iv) do rol de pedidos adicionais— responder a **três indagações** suscitadas em abstrato, que problematizam os pedidos aduzidos nos itens (i), (ii) e (iii) do aditamento:

(i) por derivação lógica da decisão cautelar anteriormente concedida, assim como diante das consequências práticas derivadas da manutenção da vigência do Anexo I do Convênio CONFAZ 16/2022 e da possibilidade de o CONFAZ não reformular a integralidade deste, deve a tutela provisória ser estendida para alcançar a íntegra do objeto?

(ii) em atenção aos princípios federativo, da uniformidade de alíquotas de ICMS-combustíveis e da efetivação de ditames legais editados pelo Congresso Nacional, cabe fixação de interpretação judicial consentânea a essas normas em relação aos arts. 4º da Emenda Constitucional n. 33/2001 e 6º da Lei Complementar n. 192/2022, de modo a balizar a deliberação de Estados e DF no âmbito do CONFAZ no que toca à definição de alíquotas aos combustíveis derivados do petróleo?

(iii) se verificada uma recalcitrância dos Estados e DF na regulamentação da EC 33/2001 e dos arts. 2º e 6º da LC 192/2022, é viável atribuir prazo de 30 (trinta) dias para que eles exerçam plenamente sua competência, sob pena de aplicação analógica da regra do art. 7º da lei complementar a todos os derivados de petróleo submetidos a regime monofásico? Assim, por brevidade, cinjo-me no presente juízo perfunctório nessas três indagações de envergadura constitucional, passando, posteriormente, à análise das eventuais providências saneadoras em relação aos demais pedidos. Antes disso, urge explicitar que **ratifico os fundamentos de decisão liminar antecedente (eDOC 8).**

45. Em juízo perfunctório, **entendo que o fator de equalização posto no Convênio ICMS 16/2022 não se tratou de isenção fiscal**. No caso dos autos, constato *prima facie* que a decisão fazendária vertida no objeto impugnado desafia a teleologia tanto da EC 33/2001 quanto da LC 192/2022. Essa opção consistiu na adoção de uma alíquota “*ad rem*” uniforme na Federação de R\$ 0,9986 (R\$/por litro) para o Óleo Diesel A Outros e R\$ 1,0060 (R\$/por litro) para o Óleo Diesel A S10, conjugada a um de “fator de equalização,” individualizado por unidade federada, responsável de carga tributária máximo, por litro de combustível, aplicável às saídas com óleo diesel A destinadas aos seus territórios.

46. De rápido exame dos Anexos I e II do objeto desta ação direta, percebe-se que alíquota uniforme e federativa foi adotada a partir de realidade fiscal do Estado do Acre. Embora o ente acreano não pratique a maior alíquota “*ad valorem*” quanto ao Diesel no Brasil, extrai-se do Ato COTEPE/PMPF n. 38, de 22 de outubro de 2021, que é exatamente no Acre que se verifica o maior preço médio ponderado ao consumidor final (PMPF) praticado no Diesel S10 e no Óleo Diesel —respectivamente, R\$ 5,9174/litro e R\$ 5,8740/litro, ao passo que no Estado do Mato Grosso do Sul o mesmo índice marca, reciprocamente, R\$ 4,2421/litro e R\$ 4,1679/litro—. Não é surpreendente que justamente na unidade sul-mato-grossense evidencie-se o maior “fator de equalização de carga tributária” (R\$/por litro) em 0,4984 (Diesel A Outros) e 0,4969 (Diesel A S10).

47. Certamente, imbuído do nobre propósito de evitar qualquer perda arrecadatória de ICMS a todos os 26 Estados-membros e o DF, infere-se que **o racional decisório do CONFAZ** na edição do Convênio 16/2022 limitado ao diesel apresentou **dois propósitos**. **De um lado**, almejou **manter a mesma carga tributária ao consumidor final** em cada um dos Estados, **a despeito do advento da LC 192/2022 por decisão do Congresso Nacional** e, por consequência, da escolha, mediante lei complementar, de assumir alíquota específica, em detrimento de expressão *ad valorem*, nos termos do art. 155, §4º, inc. IV, “b”, do texto constitucional. **De outro**, **evitou-se incidir na regra de transição**

estabelecida pelo Congresso Nacional, cuja vigência encerra-se em 31 de dezembro de 2022, com previsão no **art. 7º da LC 192/2022**.

48. Em uma **visão eminentemente formalista e descontextualizada** dos propósitos tanto do Poder Constituinte Reformador quanto do Congresso Nacional, poder-se-ia argumentar que o **regime monofásico** do ICMS-combustível e a **alíquota uniforme** no território nacional adotada estariam implementadas pelo Convênio ora impugnado. Igualmente, seria possível conjecturar que a mesma situação de imutabilidade da arrecadação bruta com ICMS-combustível poderia ser alcançada em duas operações: *primeira*, assumir federativamente a alíquota fundamentada no Estado do Acre; e, *segunda*, transformar os fatores de equalização em isenções fiscais também informadas pela carga tributária específica de cada ente federado, nos termos do art. 6º, §2º, da LC 192/2022. **No entanto**, com as devidas vênias aos entendimentos contrários, referidos expedientes padecem de igual **vício de inconstitucionalidade** em função de suas **motivações e finalidades**. Isso porque esse procedimento culmina por **nulificar (i) a decisão política do Congresso Nacional** recentemente manifestada (arts. 2º e 6º, LC 192/2022); **(ii) o desenho constitucional reservado a lei complementar nacional** nessa matéria (art. 155, §2º, XII, "h", CRFB/88); e, **(iii) as balizas interpretativas derivadas do texto constitucional** abaixo expostas.

49. Igualmente, **não identifico no texto constitucional ou mesmo na legislação tributária regente a impossibilidade jurídica atinente à perda de arrecadação por parte de alguns Estados** com a adoção da sistemática das alíquotas específicas nos combustíveis. **De um lado, não se extrai o desiderato constituinte de unicamente expandir a base de incidência do ICMS-combustível na EC 33/2001. De outro**, o prognóstico levado a efeito pelos parlamentares do Congresso Nacional foi **explícito no sentido de que, nos exercícios de 2021 e 2022, a arrecadação estadual foi histórica e parcela desse resultado poderia ser utilizado como lastro financeiro para a transição ao regime de alíquota ad rem**. Nesse sentido, veja-se o que consta na complementação de voto do Relator do PLP 18/2022, o Senador Fernando Bezerra, apresentada na data de 13 de

junho do corrente ano:

“Consideramos, ainda, no contexto da análise quanto ao impacto do projeto sobre as finanças de Estados e Municípios, de acordo com dados constantes do Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro (SICONFI), a **Receita Corrente Líquida (RCL) dos Estados teve aumento de R\$ 58,3 bilhões no primeiro quadrimestre de 2022, em comparação com o primeiro quadrimestre de 2021, o equivalente a 21,8% de aumento. A RCL dos Estados totalizou R\$ 877,9 bilhões em 2021. Mantidas as regras atuais, se o aumento verificado no primeiro quadrimestre persistir no restante de 2022, a RCL dos Estados em 2022 alcançaria R\$ 1,069 trilhão, com um aumento de R\$ 191,6 bilhões.** Em um cenário menos otimista, utilizando-se como parâmetros as previsões de IPCA (8,89%) e PIB (1,2%) para 2022 constantes do Relatório de Mercado Focus, ainda assim, a RCL dos Estados teria um acréscimo de R\$ 89,5 bilhões. Em outra perspectiva, que também considera o lado das despesas, de acordo com as estatísticas fiscais publicadas pelo Banco Central, Estados e Municípios acumularam R\$ 62,3 bilhões de superávit primário no primeiro quadrimestre de 2022 e R\$ 126,6 bilhões nos últimos 12 meses até abril. Portanto, em todos os ângulos de análise, parece-nos bastante plausível a tese de que Estados e Municípios podem suportar o impacto deste projeto.”

(os destaques não constam do original)

50. Ademais, a despeito de inexistir referido mandamento normativo, a prognose legislativa realizada —que guarda compatibilidade com os dados primevos recolhidos por este juízo em instrução processual—, aponta para um **incremento progressivo em**

termos globais da arrecadação derivada do ICMS incidente nos combustíveis, até por meio do aumento de alíquotas por lei na presente legislatura. Assim, *nada obstante seja compreensível como retórica política, não infiro das consequências previsíveis da LC 192/2022 ou do supracitado Ato Cotepe queda na arrecadação tributária estadual, diante da trajetória experimentada nos últimos 60 (sessenta) meses.* Do ponto de vista jurídico-constitucional, fazer essa afirmação demandaria assentar que as autoridades interessadas possuem direito adquirido a regime jurídico-tributário, sendo inviável modificar a legislação tributária brasileira em conjuntura inflacionária em favor dos contribuintes, sob pena de configurar “colapso às fazendas estaduais” ou queda na arrecadação.

51. Em suma, ao menos em momento preambular, **não extraio das informações prestadas demonstração cabal e incontestada de ser o fator de equalização instituído pelo CONFAZ a única alternativa viável para garantir a monofasia e a uniformidade de alíquotas.**

52. Ante essas razões, reservando-me o direito de novamente considerar as alegações trazidas pelos Estados na seara do referendo da medida cautelar em Plenário ou do julgamento definitivo de mérito desta ação, **ratifico o entendimento esposado em tutela cautelar anterior no sentido de reputar plausíveis os argumentos de inconstitucionalidade das cláusulas quarta e quinta e o Anexo II do Convênio ICMS 16/2022, mantendo-se a decisão ali proferida.**

2) Necessidade da extensão da tutela cautelar previamente deferida

53. De simples leitura da decisão por mim adotada no dia 13 de maio, em obediência ao princípio da adstrição, limitei-me a constatar que a deliberação dos entes estaduais, pertinente exclusivamente ao Óleo Diesel A Outros e S10 e vertida em Convênio CONFAZ ora impugnado, ofendeu o comando constitucional do art. 155, §4º, inc. IV, “a”, da Constituição da República. Esse dispositivo preconiza a **uniformidade**

ADI 7164 MC / DF

das alíquotas de ICMS-combustível em todo o território nacional.

54. Portanto, diante da concreta possibilidade de a suspensão parcial do Convênio CONFAZ ora hostilizado representar **situação fiscal mais gravosa aos contribuintes**, distanciando-se ainda mais do desiderato constituinte e congressual, **entendo ser inviável a aplicação da teoria da divisibilidade das leis na presente hipótese**. A respeito dela, impende atentar que seu conteúdo preconiza o seguinte: *“em sede de jurisdição constitucional, somente se deve proferir a nulidade dos dispositivos maculados pelo vício de inconstitucionalidade, de maneira que todos aqueles dispositivos legais que puderem subsistir autonomamente não são abarcados pelo juízo de inconstitucionalidade”* (ementa da ADI nº 1.942 Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 15.2.2016).

55. Em juízo preambular, **demonstra-se prima facie inconcebível a subsistência autônoma do objeto, após a retirada a eficácia das Cláusulas quarta e quinta, bem como do Anexo II, do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ**. Veja-se que, com base na LC 192/2022, **para além do incremento da carga tributária** em todos Estados da Federação e do Distrito Federal, com exceção do Acre, **em detrimento das finalidades almejadas nas reformas constitucionais e legislativas** aqui tratadas, a **manutenção das demais cláusulas do convênio em tela ocasionaria excepcional gravame à classe dos contribuintes**. Afinal, essa situação inviabilizaria a incidência da regra de transição do art. 7º dessa lei complementar, atrairia nova necessidade de observância da garantia fundamental pertinente à anterioridade nonagesimal e perenizaria a inconstitucionalidade pelo intervalo mínimo de 12 (doze) meses, nos termos do art. 6º, §4º, da LC 192/2022.

56. Nesse sentido, **a resposta à indagação (i) posta nesta decisão é claramente positiva, ou seja, deve ser estendida a tutela provisória antes deferida para fins de suspender a eficácia de todo o convênio mencionado**.

57. Por clareza, torna-se imprescindível registrar que a consequência

de pleno direito deste provimento jurisdicional é restabelecer em relação ao diesel a regra de transição prevista no art. 7º da LC 192/2022, até que os Estados e DF deliberem sobre o tema, desta feita com atenção aos ditames constitucionais.

58. Sendo assim, defiro *in totum* o pedido cautelar (i) presente na conclusão (item IV) da petição de aditamento ajuizada pelo Autor desta ação.

3) Balizas Interpretativas ao exercício de competência tributária pelos Estados e DF no âmbito do CONFAZ referente à definição de alíquotas aos combustíveis derivados do petróleo

59. Em minha perspectiva, o âmago do presente imbróglio reside nas divergências de interpretação entre os Secretários fazendários dos entes estaduais e distrital, a Presidência da República e seus órgãos ministeriais e o Congresso Nacional, a respeito da discricionariedade normativa facultada aos primeiros na ambiência do CONFAZ e ao último via lei complementar quanto ao tema do aspecto quantitativo do ICMS incidente sobre os combustíveis. Ou seja, controverte-se sobre as condições autônomas e os limites de exercício das competências tributárias dispostas no art. 155, § 2º, XII, "h", e § 5º, da Constituição da República.

60. Nessa linha, necessariamente, adentra-se no tormentoso debate sobre a estrutura das normas de competência tributária e respectivas técnicas de interpretação jurídica que lhes são aplicáveis. A esse propósito, vale atentar para a dicção das normas constitucionais em discussão:

"Parte dogmática

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

II - operações relativas à circulação de mercadorias e

ADI 7164 MC / DF

sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

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

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

V - é facultado ao Senado Federal:

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

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.

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que

ocorre nas operações com as demais mercadorias;

III - nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem;

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g, observando-se o seguinte:

a) serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto;

b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência;

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b .

§ 5º As regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º, inclusive as relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g .

Emenda Constitucional 33/2001

Art. 4º Enquanto não entrar em vigor a lei complementar de que trata o art. 155, §2º, XII, h, da Constituição Federal, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos do § 2º, XII, g, do mesmo artigo, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”

61. Ademais, convém ter em mente a historicidade e a inserção sistêmica da **Emenda Constitucional 33/2001** no Sistema Tributário Nacional. Como se sabe, essa reforma constitucional decorreu da **Mensagem presidencial 1.093/2000** na qual fica hialino o **propósito da proposta de emenda**, especialmente diante da quebra do monopólio do petróleo em favor da Petrobras e da adoção de preços de livre mercado no setor:

“2. Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e ao gás natural, tomam-se necessárias as alterações propostas, como única forma de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual.

3. Assim, adotada a presente proposta, poder-se-á construir se implementar, sem nenhum obstáculo de natureza constitucional, uma forma de tributação dos referidos produtos que garantam a plena neutralidade tributária.”

62. Portanto, consistiu em fonte social da referida emenda a liberalização do mercado nacional de petróleo e gás, assim como se objetivou garantir a **neutralidade tributária** nesse setor. Iniciada a tramitação na Câmara dos Deputados, passou-se a tratar do tema na PEC 277-A/2000. Importa perceber que a opção do governo federal à época quando apresentou seu projeto foi limitar-se a contribuições sociais em geral (art. 149, CRFB/88) e a CIDE-combustível (art. 177, CRFB/88), ao passo que a incorporação do ICMS no bojo da emenda deveu-se ao entendimento de Comissão Especial instalada na Casa do Povo. A propósito, vale leitura do parecer do Relator Deputado Basílio Villani:

“14. Ao explicitar que as alíquotas da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa ao petróleo e seus derivados, ao gás natural e ao álcool carburante poderão ser ad valorem ou específicas, o texto proposto concede ao legislador ordinário louvável oportunidade de

opção.

As alíquotas ad valorem favorecem a arrecadação, pois proporcionam elevação da receita sempre que se elevam os preços dos produtos tributados. As alíquotas específicas tornam a arrecadação independente dos preços dos produtos tributados, não contribuem para a elevação dos índices de inflação quando os preços se elevam, e tornam mais fácil a previsão de receita, uma vez conhecidas a produção, a importação e o consumo. Além disso, impedem a prática do subfaturamento, como forma de evasão fiscal, e equilibram a carga fiscal, no caso de impostos que têm incidência “por dentro” na cadeia produtiva nacional e “por fora” sobre o produto importado. Acrescente-se que nos países desenvolvidos o “excise tax” incidente sobre combustíveis utiliza alíquotas específicas.

A referência apenas à contribuição de intervenção no domínio econômico, contudo, pode ensejar o entendimento de que essas características não se aplicariam a outros tributos e contribuições, o que não parece conveniente. Pelo contrário, torna-se indispensável, a fim de alcançar plenamente os objetivos almejados com a Emenda Constitucional de que ora se cogita – vale dizer, de equiparar as cargas tributárias incidentes sobre os combustíveis nacionais e os importados – que se possam instituir alíquotas ad valorem ou ad rem também para as contribuições sociais, nomeadamente, a COFINS e a do PIS/PASEP.

15. A diferenciação das alíquotas por produto ou destinação concederá, ao legislador ordinário, a possibilidade de utilizá-las com finalidade extrafiscal, o que deve mesmo ser objetivo de uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Observe-se, contudo, o caráter dúbio do termo “destinação”, que tanto se pode

interpretar como significando finalidade (como é o objetivo da proposta) como designando lugar. O substitutivo proposto procura contornar essa possibilidade de dúvida, que poderia ser fonte de futuras controvérsias hermenêuticas.

16. Os preços do petróleo – e, por conseguinte, dos combustíveis – são fixados pelo mercado internacional, com sensíveis e inesperadas alterações. Além disso, os preços internos são alterados, também, em função do valor do real em relação ao dólar. Por esses motivos, seja utilizada a alíquota ad valorem ou específica, muitas vezes haverá necessidade de alterá-la de imediato, para que se mantenham incólumes seus efeitos. Justifica-se plenamente, portanto, que a essa contribuição de intervenção no domínio econômico não se aplique o princípio da anterioridade, e que se permita ao Poder Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas.

Deve-se lembrar que o princípio da anterioridade também não é observado em casos de outros tributos em que a agilidade para alterar alíquotas pode-se mostrar conveniente, como os impostos sobre o comércio exterior, o IPI e o IOF.

(...)

18.2. O art. 2º do Substitutivo emenda o art. 155 da Constituição Federal, no que trata do ICMS sobre combustíveis.

A questão do ICMS merece atenção especial. O texto original da proposta do Executivo não trata do tema. Várias emendas de Parlamentares desta Comissão, contudo, bem como o clamor dos técnicos e representantes do setor, ouvidos pela Comissão Especial em audiências públicas, deixaram claro que muito pouco se avançaria no rumo de solucionar os problemas decorrentes do atual

sistema de tributação sobre combustíveis, se não se corrigissem as mais sérias distorções que envolvem a aplicação do ICMS.

Não se desconhecem as dificuldades políticas que rodeiam a matéria: a despeito do relativo consenso, do ponto de vista técnico, trata-se de alterar um dos mais delicados aspectos do nosso pacto federativo.

É impossível, no entanto, fugir à questão, neste momento. Dificilmente se apresentará outra ocasião como esta, em curto prazo, para se corrigir um problema que tem trazido graves prejuízos ao País, conforme ficou reconhecido por todos os que se fizeram ouvir ao longo dos trabalhos, independentemente de filiação partidária ou tendência ideológica.

Procurou-se, assim, uma fórmula que, ao mesmo tempo em que solucionasse as falhas legais que têm permitido a fraude e a sonegação, envolvesse o mínimo possível de alterações na distribuição de receitas entre os Estados.

18.2.1. A uniformização de alíquotas em todo o território nacional é, nesse passo, absolutamente indispensável, para se evitarem as operações interestaduais fraudulentas. Em consonância com o sistema já em vigor, atribuiu-se ao Senado Federal competência para definir essas alíquotas.

Teve-se a preocupação, contudo, de garantir que essa nova filosofia não trouxesse perdas para a arrecadação de nenhum dos Estados, de maneira que se pode afirmar, com base em estudos técnicos que estimam a evasão fiscal do ICMS sobre combustíveis em um terço, que a alíquota uniforme, ainda que viesse a ser fixada em valor inferior ao da que vigora atualmente neste ou naquele Estado, traria aumento de receitas, ao coibir a sonegação, de

maneira que, em lugar de perdas, esses Estados certamente obterão ganhos.

(...)

18.2.3. A possibilidade de que a futura lei complementar institua alíquotas específicas tanto para a nova contribuição quanto para o ICMS é, por sua vez, a única forma de se evitarem, ao mesmo tempo, dois problemas importantes: de um lado, o subfaturamento do produto importado e, de outro, o diferencial que se poderia induzir entre o preço de venda do produto nacional e o do importado pela incidência “por dentro” do ICMS naquele.

18.2.4. As idéias que orientaram a elaboração do Substitutivo no que se refere ao ICMS foram, portanto, as seguintes:

a) revogar a imunidade das operações interestaduais com lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo;

b) instituir alíquotas uniformes para o ICMS em todo o território nacional, nas operações com lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo;

c) permitir a seletividade por produto ou finalidade, bem como a aplicação de alíquotas específicas.

Esta Casa, cabe insistir, não poderia aceitar o ônus político de deixar passar oportunidade tão significativa para corrigir as enormes distorções que hoje afetam o mercado nacional de combustíveis, em detrimento da qualidade do produto, da arrecadação tributária, da saúde financeira das empresas sérias e do bom desempenho da economia nacional, como um todo. O tema é importante demais, para que se possa passar ao largo, mesmo tendo

em conta a sua complexidade.”

(os destaques não constam do original)

63. A partir do CIDE-combustível, é possível retirar uma série de conclusões sobre os propósitos do Poder Constituinte Reformador. Em relação à escolha entre alíquotas *ad valorem* e *ad rem*, restava claro que as primeiras possuíam forte apelo arrecadatório, ao passo que a adequação das segundas girava em torno *(a)* da independência aos preços flutuantes, *(b)* menor impacto no fenômeno inflacionário, *(c)* previsibilidade da arrecadação, *(d)* evitar evasão fiscal, *(e)* equilibrar a carga tributária e *(f)* alinhar o Brasil às experiências internacionais. No que toca à diferenciação de alíquotas por produto ou destinação, a intenção restou hialina, isto é, permitir ao Legislador concretizar o princípio da seletividade no ICMS, em função da essencialidade do produto, bem como alcançar objetivos extrafiscais na Ordem Econômica. Por sua vez, a limitação constitucional ao poder de tributar consistente no princípio da anterioridade ânua foi excepcionada justamente para permitir que o Estado possuísse soberania fiscal diante de oscilações nos preços internacionais do petróleo.

64. Noutro giro, a sensibilidade da Câmara dos Deputados e o consenso técnico na temática fizeram com que também o ICMS-combustível fosse incorporado ao objeto da PEC, a despeito das confessadas dificuldades políticas pertinentes à alteração de sistemática da principal fonte de receita dos Estados. Logo, a razão de ser da uniformidade de alíquotas era evitar fraude nas operações interestaduais, a partir de arbitragem fiscal entre entes estaduais diversos. Igualmente, **a motivação do Constituinte foi justamente concretizar os princípios tributários do art. 150, V, e 152 do texto constitucional, além de garantir o mercado interno único, que é patrimônio nacional, nos termos do art. 219, caput, da Constituição.** Por oportuno, transcrevo referidos dispositivos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias

asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

65. Assim, nas palavras do próprio parlamentar incumbido da relatoria, **caberia à lei complementar instituir alíquotas específicas ao ICMS para garantir a neutralidade tributária, evitar fraudes e realizar a seletividade. Em suma, coube à EC 33/2001 e à LC 192/2022 corrigir as distorções geográficas do mercado nacional de combustíveis.**

66. Ainda na Comissão Especial instaurada na Câmara dos Deputados, por influência dos Governadores de Estado, houve uma complementação ao voto, com alterações no texto da PEC. Justificou-se esse proceder à luz da necessidade de colher a opinião dos Estados quanto à inclusão de tratamento normativo ao ICMS relativo aos combustíveis. Assim, no tangente às alíquotas, os consensos políticos logrados foram os seguintes:

“O § 4º acrescentado ao artigo 155 faz as adaptações à redação necessárias para assegurar aos Estados que não haverá perdas de receitas em relação ao modelo

atualmente em vigor. Retirou-se também da proposta a atribuição ao Senado Federal da competência para fixar a alíquota uniforme do imposto, quando incidir sobre combustíveis. O disciplinamento do tema fica assim para os Estados, mediante convênio, conforme previsto no inciso XII, g, da Constituição.

Finalmente, com o intuito de proteger os Estados contra quebras de receitas que eventualmente poderiam advir, caso se adotasse a alíquota específica para o ICMS, do aumento dos preços dos combustíveis – seja pela elevação do preço do petróleo no mercado internacional, seja pela desvalorização do câmbio ou ainda por um bastante improvável retorno da inflação – facultou-se, no caso específico do ICMS sobre combustíveis, aos Estados, mediante convênio, a flexibilização do princípio da anterioridade, tal como no caso da contribuição de intervenção no domínio econômico instituída no art. 177.”

67. Em síntese, a fixação da alíquota uniforme do ICMS-combustível passou da alçada senatorial à deliberação convencional dos Estados no âmbito do CONFAZ, assim como estendeu-se a exceção da anterioridade de exercício também ao ICMS, de maneira a evitar-se à época decréscimo na arrecadação de receitas estaduais. A partir desses entendimentos, a PEC 277-A/2000 foi aprovada na Câmara dos Deputados em dois turnos, obtendo igual resultado no Senado Federal, sob a forma da PEC 42/2001, cujo relator era Senador Romero Jucá, em lapso um pouco superior a um mês.

68. Em termos metodológicos, essa digressão faz-se imprescindível por duas razões. *Primeiro*, viabiliza segurança em firmar nesta decisão discordância com relação à contextualização proposta por parcela das autoridades, isto é, de que os objetivos da EC 33/2001 eram eminentemente arrecadatários. De um lado, resulta-se plenamente possível a utilização dessa sistemática para endereçar problemas de

ADI 7164 MC / DF

carestia e de índole inflacionária. De outro lado, não se afigura impossível modificação negativa, ainda que conjuntural e temporária, da arrecadação estadual quanto ao ICMS-combustível. *Segundo*, permite-nos resolver a presente querela mediante interpretação teleológica de intricada arquitetura constitucional pertinente à fixação de alíquotas do ICMS-combustível. A respeito de uma interpretação voltada a propósitos, o ex-Presidente da Suprema Corte de Israel Aharon Barak traz à lume considerações importantes:

“Juízes reúnem diferentes tipos de dados sobre propósito, incluindo informação sobre propósitos subjetivos (em abstrato) e informação sobre o propósito objetivo a partir de outras provisões constitucionais, história constitucional, jurisprudência, valores fundamentais e direito comparado. Quando todas as informações apontam para a mesma direção, não é difícil determinar o propósito último de um texto constitucional. Isso é o que geralmente acontece. Ocasionalmente, no entanto, os dados se contradizem entre si. O que devem os juízes fazerem nesses casos? (...) Juízes devem adotar uma perspectiva abrangente em matéria de interpretação constitucional. Suas interpretações devem ser generosas, não legalistas ou pedantes. A constituição estabelece uma estrutura para o governo, regime político e proteção de indivíduos. A interpretação deve refletir um escopo abrangente de seus papéis (...) Interpretação constitucional a partir de uma visão ampla é uma interpretação finalística. Em olhar amplo, um juiz olha o passado, presente e futuro do que ele pode aprender da linguagem, história, cultura e princípios fundamentais. Ele adota uma perspectiva compreensiva do direito em determinado lugar, em determinada sociedade. Uma visão ampla da interpretação não é expansiva ou liberal. Uma visão ampla significa que um juiz leva uma abordagem teleológica para a hermenêutica constitucional.” (Tradução livre. BARAK,

ADI 7164 MC / DF

Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. Trad. Sari Bashi. Nova Jersey: Princeton University Press, 2005, p. 384 e 392)

69. Sendo assim, na valoração de propósitos subjetivos (intento autoral) e objetivos (coerência do sistema jurídico), Barak defende que os primeiros possuem especial relevância na interpretação constitucional, quando há objetivos contrastantes em jogo. No caso dos autos, de um lado há a necessidade de garantir uma tributação de ICMS em relação aos combustíveis que seja nacionalmente uniforme, seletiva de acordo com a essencialidade do bem, alíquota específica e dotada de características extrafiscais, cuja resultante se pautar na neutralidade tributária. De outro, demonstra-se imprescindível considerar o equilíbrio fiscal da atividade financeira dos entes tributantes, os Estados e o DF, tendo em conta a continuidade de serviços públicos essenciais à população.

70. Postas essas considerações, o esquadro de competências normativas emanado da Constituição da República de 1988 pode ser sumariado com maior clareza na jurisdição constitucional. Logo, de forma indisputável nos autos, **cabe à lei complementar nacional editada pelo Congresso Nacional definir os combustíveis e lubrificantes sujeitos ao regime monofásico e não submetidos à imunidade tributária específica do art. 155, §2º, X, "b", da Constituição**. Por sua vez, controverte-se aqui acerca da viabilidade de utilizar essa espécie legislativa para decidir sobre a adoção de alíquotas específicas ou *ad valorem* no ICMS-combustível, de acordo com os riscos percebidos dos mercados nacionais e internacionais de petróleo e seus derivados.

71. Ademais, antes do advento da LC 192/2022, cabia supletivamente ao CONFAZ exercer essas atribuições, por força da regra transitória do art. 4º da EC 33/2001. Contudo, atualmente esse dispositivo encontra-se com eficácia exaurida, pois a competência das instâncias congressuais foi exercida em sua plenitude. Nessa linha, torna-se improcedente parcela do pleito no sentido de atribuir interpretação conforme a essa norma constitucional, conforme solicitado pelo Autor na cautelar e no mérito na seara do item (ii) da "IV - Conclusão" do aditamento à inicial, em função

ADI 7164 MC / DF

de sua impossibilidade jurídica.

72. Por conseguinte, para além de reproduzir a dicção constitucional (art. 3º, LC 192/2022), o Legislador nacional realizou as escolhas que lhe competiam quanto à definição dos combustíveis e lubrificantes sujeitos ao regime monofásico e à modalidade de alíquota incidente nos arts. 2º, 6º e 7º do mencionado diploma legal, nos seguintes termos:

“Art. 2º Os combustíveis sobre os quais incidirá uma única vez o ICMS, qualquer que seja sua finalidade, são os seguintes: I - gasolina e etanol anidro combustível;

II - diesel e biodiesel; e

III - gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado do gás natural.

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal disciplinarão o disposto nesta Lei Complementar mediante deliberação nos termos da alínea g do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

§ 1º Serão admitidas:

I - equiparações a produtores dos combustíveis referidos no art. 2º para fins de incidência do ICMS nos termos desta Lei Complementar; e

II - atribuição, a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título, da responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS incidente nos termos desta Lei Complementar.

§ 2º Os incentivos fiscais sobre as operações com os combustíveis referidos no art. 2º desta Lei Complementar, inclusive aquelas não tributadas ou isentas do imposto, serão concedidos nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, obedecidos os demais ditames constitucionais e legais.

ADI 7164 MC / DF

§ 3º Serão instituídos mecanismos de compensação entre os entes federados referidos no caput deste artigo, tais como câmara de compensação ou outro instrumento mais adequado, com atribuições relativas aos recursos arrecadados em decorrência da incidência do ICMS nos termos desta Lei Complementar.

§ 4º Na definição das alíquotas, nos termos do inciso V do caput do art. 3º desta Lei Complementar, deverá ser previsto um intervalo mínimo de 12 (doze) meses entre a primeira fixação e o primeiro reajuste dessas alíquotas, e de 6 (seis) meses para os reajustes subsequentes, observado o disposto na alínea c do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.

§ 5º Na definição das alíquotas, nos termos do inciso V do caput do art. 3º desta Lei Complementar, os Estados e o Distrito Federal observarão as estimativas de evolução do preço dos combustíveis de modo que não haja ampliação do peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor.

Art. 7º Enquanto não disciplinada a incidência do ICMS nos termos desta Lei Complementar, conforme o disposto no art. 6º, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária em relação às operações com diesel, será, até 31 de dezembro de 2022, em cada Estado e no Distrito Federal, a média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 (sessenta) meses anteriores à sua fixação.

73. Nesse tópico, em seara preliminar, **firmando convicção no sentido de que é dado ao Congresso Nacional fixar o regime de alíquotas, se específicas ou *ad valorem*, por meio de lei complementar de escopo nacional.** No art. 146, I e II, do texto constitucional, há reserva de lei qualificada para dispor, **de um lado**, sobre conflitos de competência, em

ADI 7164 MC / DF

matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e, **de outro**, acerca de regulamentação às limitações constitucionais ao poder de tributar. Do mesmo modo, as normas do art. 155, § 2º, XII, alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “f”, “h” e “i”, da Constituição da República, são, em maior ou menor grau, tangenciados pelo que disposto na LC 192/2022, como se depreende de seus **arts. 4º** (definição de contribuintes – aspecto pessoal da regra-matriz do ICMS incidente sobre os combustíveis); **5º** (aspectos espacial e temporal da regra-matriz do ICMS incidente sobre os combustíveis); **6º** (responsabilidade tributária e equiparações ao sujeito passivo, mecanismo de compensação, periodicidade de reajustes em complemento à anterioridade nonagesimal e consideração da atual base de cálculo na fixação das alíquotas); e, **7º**(base de cálculo do ICMS-diesel na hipótese de omissão do CONFAZ). Nessa mesma linha, também resta clara a regulamentação constitucional dos arts. 3º, V, “b”; e, 6º, §§4º e 5º do diploma, ao determinar que as alíquotas serão específicas e ao fixar a periodicidade mínima de reajustes e os critérios pertinentes às *“estimativas de evolução do preço dos combustíveis de modo que não haja ampliação do peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor”* na definição das alíquotas, como diretriz para o CONFAZ.

74. Nesse sentido, recorro ao escólio doutrinário de José Eduardo Soares de Melo a respeito da necessidade de prevenir-se conflitos tributários no caso do regime monofásico do ICMS-combustível por intermédio de lei complementar, nos termos do art. 146, I, da Constituição:

“Em princípio, a matéria pertinente à estipulação de alíquotas é de competência do Legislativo, por se tratar de elemento constitutivo da quantificação do tributo, que só pode ser veiculado por ato com força de lei, para que o tributo possa ser imputado aos sujeitos passivos da respectiva obrigação (princípio do consentimento). Inquestionável o dogma de que a obrigação tributária (compreendida a fixação de

alíquotas) somente pode ser prevista em lei, enquanto que ao Executivo compete a edição de atos para a sua fiel execução, mas nunca para inovar na ordem jurídica.

Cabendo a definição das alíquotas relativas aos mencionados produtos à deliberação dos Estados e DF (§2º, XII, g, da CF), os representantes dos Governadores (Secretários de Fazenda e de Finanças) – sem a participação do Legislativo – é que quantificarão as respectivas obrigações tributárias, mediante a expedição de singelos Convênios (meros acordos administrativos).

Nesse contexto, atribui-se uma injurídica discricionariedade, porquanto a alíquota poderá ser específica (determinada quantidade de dinheiro aplicada sobre metragem, peso), ou *ad valorem* (determinada sobre um específico valor); além de revelar ampla margem de liberdade ao dispor que poderá incidir 'sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência', inserindo-se no âmbito do malsinado arbítrio.

(...)

É inconcebível entender que os Secretários de Estado e de Finanças (via convênios) possam estipular, aumentar, etc., as alíquotas de ICMS, majorando o preço de produtos (combustíveis, lubrificantes, gás natural) significativos para economia nacional, com total e inteira surpresa para os contribuintes e consumidores.

(...)

A matéria relativa à apuração e destinação dos impostos, também não poderia ser regulada por representantes do Executivo, uma vez que a discriminação constitucional das receitas tributárias

insere-se no âmbito da 'competência' (regime federativo), também insuscetível de modificação por emenda constitucional (art. 60, §4º, I).

(...)

Nesse sentido, os Estados e DF exercem suas competências tributárias (instituição de ICMS) relativamente às operações mercantis realizadas em seus âmbitos territoriais (limitações geográficas), segundo pautas constitucionais, o que não impede a ocorrência de conflitos, cuja solução deva observar parâmetros de lei complementar (art. 146, I), de natureza interpretativa, e nunca por meros convênios firmados por representantes do Executivo." (MELO, José Eduardo Soares de. Os Convênios de ICMS antes e depois da Emenda 33/2001. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O ICMS e a EC 33*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 135-137, grifos nossos)

75. Com espeque nesse raciocínio decisório, a partir dos arts. 146 e 155 da Constituição, este STF considerou na ADI 5.469, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 25.05.2021, que a regulamentação do diferencial de alíquotas no ICMS exige a forma de lei complementar, sendo incabível a substituição dessa espécie legislativa por Convênio CONFAZ.

76. Assim, verificada a higidez da LC 192/2022, uma vez que não houve extravasamento de competência legislativa de sua parte, em consonância ao art. 155, §5º, da Constituição da República, **competem aos Estados e DF, mediante convênio no âmbito do CONFAZ, estabelecer as regras necessárias à aplicação do regime monofásico da gasolina, etanol anidro combustível, diesel, biodiesel e gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado do gás natural. No que toca à margem de conformação de alíquotas de ICMS-combustível imputada a esse colegiado, há limites normativos claros decorrentes da leitura conjunta**

ADI 7164 MC / DF

dos arts. 2º, 6º e 7º, da LC 192/2022, e dos arts. 145, 150, 152 e 155, §§2º, XII, “g”, 4º e 5º, da Constituição da República. **Explicito-os** sob a forma de assertivas:

(a) as alíquotas devem ser uniformes em todo o território nacional (arts. 150, V, 152 e 155, §4º, IV, “a”, CRFB/88);

(b) as alíquotas devem, na maior medida possível, ser seletivas, em função da essencialidade do produto e de fins extrafiscais, de acordo com o produto (arts. 145, §1º, e 155, §4º, IV, “a”, *in fine*, CRFB/88);

(c) as alíquotas devem ser *ad rem* específicas, por unidade de medida adotada (art. 155, §4º, IV, “b”, CRFB/88 c/c art. 3º, V, “b”, LC 192/2022);

(d) a definição das alíquotas deve considerar um intervalo mínimo de 12 (doze) meses entre a primeira fixação e o primeiro reajuste dessas alíquotas, e de 6 (seis) meses para os reajustes subsequentes (art. 6º, §4º, LC 192/2022);

(e) a primeira fixação e sucessivos reajustes de alíquotas devem observância ao princípio da anterioridade nonagesimal em caso de aumento do tributo, embora não estejam sujeitos ao princípio da anterioridade de exercício (art. 6º, §4º, *in fine*, LC 192/2022);

(f) a definição das alíquotas não deve ampliar o peso proporcional do ICMS na formação do preço final ao consumidor, tendo em consideração as estimativas de evolução do preço dos combustíveis

(art. 6º, §5º, LC 192/2022); e

(g) a definição do aspecto quantitativo do ICMS-combustível deve observar o princípio da transparência tributária, de maneira a proporcionar, mediante medidas normativas e administrativas, o esclarecimento dos consumidores acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços (art. 150, §5º, CRFB/88).

77. Por esmero argumentativo, convém atentar que no conjunto de diretrizes estabelecidas não se está a elevar a LC 192/2022 a bloco de constitucionalidade ou a admitir no âmbito de ADI a resolução de crise de legalidade e ofensa indireta à Constituição. Na verdade, por meio de interpretação conforme, assentada a competência legislativa do Congresso Nacional para editar a referida lei, é da tradição jurisprudencial deste STF utilizar-se dessa técnica decisória para promover segurança jurídica e indicar à comunidade jurídica as normas aplicáveis e respectivos parâmetros jurídico-hermenêuticos em um campo constitucional polêmico. A título de exemplo, confirmam-se o que se passou na ADI-MC-Ref 6341, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Ac. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 13.11.2020, ou na ADI-MC 6529, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 15.10.2020. Justamente nesta, no que toca à Lei Geral de Proteção de Dados, o Ministro Gilmar Mendes bem esclareceu a diferença entre seu exame atento voltado a concretizar judicialmente o direito fundamental à proteção de dados e a utilização de legislação infraconstitucional como parâmetro de controle de constitucionalidade, nos seguintes termos:

“Assim, para análise do presente caso, far-se-á imprescindível o exame atento da legislação aplicável ao tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, não para que se faça das legislações infraconstitucionais um parâmetro de controle de constitucionalidade do ato do poder público, mas sim

para que os contornos das garantias constitucionais previstas no art. 5º, inciso X, da CF sejam mais bem compreendidas.”

78. Trata-se, por conseguinte, de fixação de diretriz pretoriana, diante da eficácia expansiva, vinculante e *erga omnes* das decisões proferidas pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade. O fato de pleitear-se interpretação conforme à Constituição não altera ou obsta a fixação de tese, ainda que provisória e sujeita a referendo, para fins de estabilizar as expectativas federativas a respeito da temática ora submetida ao STF.

79. Em suma, **afirmo que não cabe interpretação conforme ao art. 4º da EC 33/2001, porque referido dispositivo ostenta eficácia exaurida. Por outro lado, a mesma técnica decisória é passível de adoção, em bases parcialmente diversas ao que pleiteado pelo requerente, no que toca ao art. 155, §5º, da Constituição da República, adicionado pela EC 33/2001, e ao art. 6º da LC 192/2002, que versam sobre a fixação de alíquotas ao ICMS-combustível por deliberação dos Estados e DF na forma do art. 155, §2º, XII, “g”, do texto constitucional.**

80. Desse modo, **defiro parcialmente o pedido (ii) da “VI - Conclusão” do pleito de aditamento à exordial, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 155, §5º, da Constituição, e 6º da LC 192/2022.** Fixo, portanto, orientação judicial no sentido de que, no exercício das competências previstas nesses artigos, as alíquotas de ICMS-combustível sejam: **(a) uniformes** em todo o território nacional (arts. 150, V, 152 e 155, §4º, IV, “a”, CRFB/88); **(b) seletivas**, na maior medida possível, em função da essencialidade do produto e de fins extrafiscais, de acordo com o produto (arts. 145, §1º, e 155, §4º, IV, “a”, *in fine*, CRFB/88); **(c) ad rem** ou específicas, por unidade de medida adotada (art. 155, §4º, IV, “b”, CRFB/88 c/c art. 3º, V, “b”, LC 192/2022). Além disso, importa que a definição das alíquotas pelo CONFAZ **(d) considere um intervalo mínimo** de 12 (doze) meses entre a primeira fixação e o primeiro reajuste dessas alíquotas, e de 6 (seis) meses para os reajustes

subsequentes (art. 6º, §4º, LC 192/2022); (e) observe o princípio da **anterioridade** nonagesimal **quando implicar em aumento de tributo** (art. 6º, §4º, in fine, LC 192/2022); e (f) **não amplie o peso proporcional do ICMS na formação do preço final ao consumidor**, tendo em consideração as estimativas de evolução do preço dos combustíveis (art. 6º, §5º, LC 192/2022). Ademais, a definição do aspecto quantitativo do ICMS-combustível (g) deve **observar o princípio da transparência tributária**, de maneira a proporcionar, mediante medidas normativas e administrativas, o esclarecimento dos consumidores acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços (art. 150, §5º, CRFB/88).

4) Omissão do CONFAZ em exercer a competência relativa à fixação de alíquotas do ICMS-combustível e medidas transitórias para atenuação do comportamento omissivo

81. Há, ainda, pleito cautelar atinente à certificação de ato inconstitucional omissivo por parte do CONFAZ, bem como atribuição de prazo de 30 (trinta) dias para o exercício em sua plenitude da competência tributária plena no que toca à definição de alíquotas. Transcorrido esse lapso *in albis*, requer-se a aplicação, por analogia, da regra do art. 7º da LC 192/2022 prevista para o diesel a todos os combustíveis.

82. Nesse ponto, as autoridades informantes apresentaram objeções que demandam detida análise nesta decisão. *Primeiro*, afirmaram que é contraditório por parte do proponente assentar, simultaneamente, uma omissão em relação a todos os combustíveis do art. 2º da LC 192/2022, com exceção do diesel, desejando em relação a este a aplicação de regra de transição e permanência de estado omissivo por parte do CONFAZ. *Segundo*, aludem que os Estados estavam impedidos de adotar o regime monofásico de tributação do ICMS-combustível, porquanto inexistia lei complementar na espécie. *Terceiro*, apontam que o exercício de competência tributária consiste em uma prerrogativa dotada de facultatividade, logo existiria a hipótese legítima de deixar de fazê-lo.

ADI 7164 MC / DF

Quarto, sustentam se tratar de silêncio eloquente do Congresso Nacional a opção por estabelecer regra transitória apenas para o diesel, o que inviabilizaria a aplicação analógica pretendida.

83. De saída, impende observar que não nos parece guardar razão a alegação de que os Estados e o DF estavam submetidos pelo Congresso Nacional a forçado estado de inércia, em função da ausência da lei complementar prevista no art. 155, §2º, XII, “g”, do texto constitucional. Verifico que o art. 4º da EC 33/2001 determinava a esses entes que fixassem normas para regular provisoriamente a sistemática do ICMS-combustível. Portanto, ao fazê-lo, certamente o CONFAZ deveria observar as diretrizes presentes no art. 155, §4º do texto constitucional, o que inclui a uniformidade em todo o território nacional.

84. Nessa linha, para além de não implementar o obrigatório regime monofásico na tributação dos combustíveis por ICMS, instituiu-se, por meio do Convênio ICMS 110/2007, uma complexa sistemática a partir de substituição tributária progressiva, que em muitos aspectos não atende as diretrizes interpretativas acima enunciadas.

85. Portanto, a omissão imputada pelo Autor ao CONFAZ tem razão de ser, quando se constata o **animus de manutenção de sistemática contrária aos ditames da EC 33/2001**, especialmente do art. 155, §§4º e 5º, da Constituição da República. Nessa senda, além do fator temporal referente a **duas décadas**, o mesmo argumento justifica a caracterização em jurisdição constitucional de um **“silêncio transgressor”**, como se depreende da doutrina de Clèmerson Clève:

“O silêncio transgressor, a inércia do legislador —é dizer, a omissão inconstitucional—, não podem ser concebidos de um ponto de vista puramente naturalístico. O comportamento só assume a qualificação de omissão em relação a uma norma que impõe a alguém o dever de agir, diriam com razão os penalistas. A contribuição do direito penal pode ser

aproveitada pela doutrina constitucional: **'necessariamente referida a uma ação, a omissão não existe em si: o que existe é a omissão de uma ação determinada', ou seja, o produto da vontade de não realizar a ação normativamente prescrita e, portanto, esperada.**

(...)

Ou de outro modo: só é juridicamente relevante o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, e, portanto, **'certa e determinada'.**" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 324, grifos nossos)

86. Sendo assim, **há no caso dos autos uma plêiade normativa de natureza constitucional e escopo individualizado**, especialmente o art. 155, §§4º e 5º, da Constituição de 1988. Além disso, conforme já posto na decisão interlocutória anterior, **remanesço convencido da existência no âmbito do CONFAZ de uma omissão de uma ação determinada**, isto é, produto da vontade deliberada de não realizar a conduta normativamente prescrita no altiplano constitucional. Em decisão anterior, já transcrevi o teor do Ofício nº 0751.2022- PRESID, encaminhado pelo **Presidente do Senado Federal** ao Presidente do CONFAZ, que comprova essa afirmação:

"5. Causou-nos estranheza, portanto, quando o Confaz, em 24 de março, estabeleceu alíquota única para o diesel no patamar mais elevado vigente e permitiu que cada ente federado pudesse determinar, a seu critério, um fator de equalização de carga tributária. Ao agir assim, neutralizou e esvaziou os objetivos da lei.

6. Na prática, a alíquota efetiva não passou a ser uniforme em todo o território nacional. Além disso, o valor praticado foi completamente dissociado da

proporcionalidade e ignorou os parâmetros trazidos pela própria lei na regra de transição. Não contribuiu, enfim, com os esforços envidados pelo Congresso Nacional no sentido de estabelecer uma tributação equilibrada, proporcional e justa, e que busque a redução dos preços dos combustíveis.

7. É oportuno observar que, imbuída desse espírito, a Lei Complementar nº 192, de 2022, reduziu a zero a alíquota do PIS e da Cofins incidentes sobre a importação e a comercialização no mercado interno de diesel até 31 de dezembro de 2022.

8. Diante do exposto, solicito a essa Presidência que compartilhe com os membros do Confaz as presentes ponderações, recomendando-lhes que reconsiderem a definição sobre a nova sistemática de tributação do ICMS sobre os combustíveis, de modo a privilegiar a justiça tributária e o interesse público, as expectativas do consumidor e a determinação do legislador, com vistas a redução final dos preços cobrados do consumidor.”(grifos nossos)

87. Da mesma maneira, em informações, a **Presidência da Câmara dos Deputados** aportou igual censura ao expediente levado a cabo no Convênio ICMS 16/2022:

“32. Como foi possível observar a cadeia normativa acima descrita, o Parlamento, tanto no papel de Constituinte Derivado quanto de Legislador Nacional, vem emitindo normas no sentido da estabilização e uniformidade da incidência do ICMS incidente sobre operações sobre combustíveis.

33. Por sua vez, o Convênio-ICMS n. 16/2022, que encontra fundamento de validade precisamente nas regras constitucionais e legais comentadas acima, permite aos Estados e Distrito Federal manterem

padrões tributários para o ICMS-Combustíveis distintos em seus territórios, frustrando os ideais de estabilização e uniformidade preceituados pelo Poder Legislativo.

34. Ao fixar uma alíquota *ad rem* nacional e permitir a aplicação de fator de equalização regional, o Convênio-ICMS n. 16/2022 perpetua o estado de inconstitucionalidade das alíquotas díspares de ICMS que foi rejeitado pelo Congresso Nacional na aprovação da Emenda Constitucional n. 33/2001 e da Lei Complementar n. 192/2022.

35. Mais precisamente, o Convênio busca afastar a incidência do art. 7º da Lei Complementar n. 192/2022, que já estabeleceu regra específica, ainda que transitória, para tributação de operações com diesel.

36. Com efeito, o Convênio-ICMS n. 16/2022 se afasta, de um lado, da interpretação literal da Constituição e da lei, pois textualmente autoriza alíquotas não uniformes de ICMS-Combustíveis. De outro lado, também desborda de uma interpretação teleológica das normas superiores que lhe fundamentam, justamente por buscar perpetuar o estado de inconstitucionalidade na cobrança do tributo." (eDOC 360, p. 15-16)

88. Nesses termos, **compreendo em juízo perfunctório que estão presentes todos os requisitos necessários para o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão**. Cita-se, a propósito, escólio doutrinário de Dirley da Cunha Júnior:

“Em suma, são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de ‘certa e determinada’ norma constitucional; b) que se trate de norma

constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada), e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional. Ademais disso, a inconstitucionalidade por omissão também pressupõe um juízo sobre o decurso do ‘tempo razoável’ para a edição da medida omitida” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124)

89. Ainda no que diz respeito ao descumprimento de norma constitucional certa e determinada, torna-se importante considerar o argumento de que a competência tributária é dotada de facultatividade. Nessa linha, seria possível conjecturar que não se está diante de omissão inconstitucional, pois não haveria dever específico de legislar na espécie. Conforme vaticinado por Georges Abboud, “para se caracterizar a omissão inconstitucional, não basta a simples inação do poder político responsável. É preciso que ele deixe de legislar sobre tema a que estivesse constitucionalmente obrigado” (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 433).

90. No entanto, em seara de juízo de probabilidade cautelar, entendo que o argumento não procede por duas razões. **Primeiro motivo: trata-se de ICMS, tributo estadual de feições nacionais, sendo ele exceção a esse atributo das competências tributárias referente à facultatividade, por força do art. 155, §2º, XII, “g”, da Constituição da República, em consonância ao que ensina Roque Carrazza:**

“Corretíssimas e insofismáveis as lições. Em todas elas as ideias engastam-se perfeitamente, conduzindo-nos, com segurança, à certeza de que as pessoas políticas não estão obrigadas a exercitar suas

competências tributárias.

I – Pensamos que a única exceção a esta facultatividade – e, ainda sim, em termos – é a que toca ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços (ICMS), que os Estados e o Distrito Federal estão obrigados a instituir e a arrecadar, em decorrência do que dispõe o art. 155, §2º, XII, 'g', da CF (...)

No caso, os Estados e o Distrito Federal só poderão deixar de instituir o ICMS (descrevendo legislativamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota) e de percebê-los se celebrarem deliberações neste sentido (firmadas pelos Governadores e ratificadas, por meio de decreto legislativo, pelas respectivas Assembleias Legislativas ou, no caso do Distrito Federal, por sua Câmara Legislativa).

Por demais, este mandamento constitucional não pode ser desobedecido nem diretamente (por meio da não tributação, pura e simples), nem por via oblíqua (através da adoção de um sistema de reduções, remissões, devoluções, parcelamentos etc).” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 791-792)

91. Igualmente, chega à mesma conclusão Paulo de Barros Carvalho em prol do dever de legislar dos Estados e DF em matéria de ICMS:

“E sobrerresta a facultatividade do exercício, que apreço resistir a uma análise mais demorada. Por sem dúvida que é a regra geral (...) Todavia, a exceção vem aí para solapar o caráter de universalidade da proposição: refiro-me ao ICMS. Por sua índole

eminentemente nacional, não é dado a qualquer Estado-membro ou ao Distrito Federal operar por omissão, deixando de legislar sobre esse gravame. Caso houvesse uma só unidade da federação que empreendesse tal procedimento e o sistema do ICMS perderia consistência, abrindo-se ao acaso das manipulações episódicas, tentadas com tanta frequência naquele clima que conhecemos por 'guerra fiscal'. Seria efetivamente um desastre para a sistemática impositiva da exação que mais recursos carrega para o erário do País. O ICMS deixaria, paulatinamente, de existir" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222)

92. Especificamente sobre os dispositivos constitucionais em comento, Sacha Calmon e Misabel Derzi são enfáticos quanto à gravidade de situação na qual a lei complementar seja aprovada, mas a definição da alíquota uniforme esteja ausente:

"6.4. A aprovação de lei complementar definindo os combustíveis monofásicos, seguida de uma ausência de definição da alíquota uniforme, impediria os Estados de continuar cobrando ICMS com base na legislação atualmente vigente?"

Sim, a omissão legislativa do Estado-membro criará um vácuo normativo, gerando caos jurídico. Por isso mesmo, os Estados-Membros devem ser convocados para deliberar sobre o assunto. O atual regime de cobrança será derogado pela Constituição, existente já lei complementar instituidora de uma nova sistemática de tributação sobre combustíveis, predicando a uniformidade das alíquotas." (COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. A emenda constitucional nº 33/01 e

os princípios da não-cumulatividade, da legalidade e da anterioridade. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O ICMS e a EC 33*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 206)

93. **Segunda razão: a jurisprudência deste STF tem reconhecido a possibilidade de declarar omissão legislativa inconstitucional em razão do não exercício de competência tributária.** Além da ADO 25, Rel. Min. Gilmar Mendes, citada na última decisão, ainda no corrente mês de junho o Plenário do STF, por unanimidade, julgou procedente ADO 67, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.06.2022, acórdão pendente de publicação, de modo a assentar conduta omissa por parte do Congresso Nacional no que toca à regulamentação do ITCMD, em conformidade ao art. 155, §1º, III, da Constituição da República de 1988, em detrimento dos interesses arrecadatários dos Estados e DF. Em outras palavras, a partir desse julgamento paradigmático, **é viável a esta Corte assentar a existência de ato omissivo inconstitucional em razão do não exercício de competência tributária.**

94. Por esses fundamentos jurídicos, **acolho o pedido cautelar elaborado pelo Autor no sentido de reconhecer a existência de ato inconstitucional de matiz omissiva. Igualmente, defiro, de plano, o pedido de aplicação analógica do art. 7º da Lei Complementar 192/2022 prevista para o óleo diesel para os demais combustíveis em regime monofásico declinados no art. 2º da LC 192/2022, com efeitos a partir do dia 1º de julho de 2022, à luz do prazo de vigência então estabelecido na cláusula sétima do Convênio ICMS 16/2022 e do termo atualmente pactuado em favor da solução esboçada no Ato COTEPE/PMPF n. 38, de 22 de outubro de 2021. Em suma, filia-se de imediato a uma posição concretista geral intermediária para a colmatação da referida omissão normativa inconstitucional.**

95. Em sede cautelar, não nos impressiona a argumentação de que não haveria na espécie propriamente uma lacuna apta a justificar o emprego da analogia, a ponto de inviabilizar a aplicação analógica do art.

7º da LC 192/2022. Na visão de parcela das autoridades interessadas, haveria um silêncio eloquente por parte do Congresso Nacional, ao dispor unicamente sobre o óleo diesel quando versou sobre uma regra de transição, com prazo certo, prevista em lei complementar. **Isso porque considero *prima facie* estar-se diante de lacuna axiológica, cuja densidade é suficiente para ensejar solução de conotação aditiva no presente caso.** Dito de outra forma, reputo plausível a ausência de solução satisfatória na espécie aos problemas emanados dos demais combustíveis postos no art. 2º da LC 192/2022, o que possibilita, em nome da igualdade, o emprego da interpretação analógica pleiteada pelo proponente.

96. Em relação às lacunas axiológicas ou ideológicas, a explanação de Norberto Bobbio é de clareza solar:

“Entende-se também por ‘lacuna’ a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de ‘ideológicas’, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de ‘reais’. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (do direito já estabelecido).” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 139-140)

97. Por seu turno, em relação às sentenças constitucionais aditivas, recorro ao escólio doutrinário de Clèmerson Clève, nos seguintes termos:

“A pronúncia aditiva, pelas suas peculiaridades, merece maior atenção. A sua manifestação exige a presença de situações análogas a reclamar uma igualdade de tratamento. Tem lugar, especialmente, quando a lei apresenta uma grave e injustificada lacuna originada de uma grave e injustificada desigualdade de tratamento em que seja necessário colmatar a denunciada ausência de previsão legislativa. O limite desta técnica é, segundo a própria Corte Constitucional italiana, o princípio da razoabilidade (...) A decisão aditiva será necessária enquanto única forma de atender ao princípio da igualdade. Fazendo uso da decisão manipulativa, a Corte.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 333-334)

98. Por essas razões, considero razoável e juridicamente possível estabelecer medida transitória apta a minorar os malefícios da omissão inconstitucional declarada consistente na aplicação por analogia do art. 7º da LC 192/2022 a todos os combustíveis enunciados no art. 2º do mesmo diploma. Em outros termos, **conquanto o CONFAZ esteja na pendência de exercer sua competência tributária plena no que se refere ao estabelecimento de alíquotas do ICMS incidente sobre os combustíveis, torna-se cabível concretizar os direitos fundamentais do contribuinte pela redução do aspecto quantitativo de sua regra-matriz por intermédio da base de cálculo, isto é, considerando-se a média de preços praticados nos últimos 60 (sessenta) meses.**

99. Em resumo, **defiro totalmente o pedido (iii) formulado na seção “VI - Conclusão” colocada na petição destinada ao aditamento da exordial para fins de declarar, em seara cautelar, omissão**

constitucional de índole normativa perpetrada pelo CONFAZ consistente em não exercer competência tributária, em sua plenitude e relativamente a todos os combustíveis dispostos no art. 2º da LC 192/2022, dotando de inefetividade o art. 155, §§4º e 5º, da Constituição de 1988. **Até que o referido ato omissivo seja saneado, determino que se aplique, por analogia, a regra do art. 7º da Lei Complementar 192/2022 aos demais produtos mencionados no art. 2º do mesmo diploma, a partir de 1º de julho de 2022.**

5) Das providências instrutórias: necessidade de informações adicionais com vistas ao oportuno exame do pedido (e) da peça inicial

100. Superada a análise das três indagações relacionadas aos pedidos cautelares deduzidos nos itens (i), (ii) e (iii) da petição de aditamento, resta-nos examinar a eventual necessidade de adoção de providências instrutórias com o escopo de viabilizar o oportuno exame do pleito formulado na alínea (e) da petição inicial, tal como sugestionado pela linha argumentativa desenvolvida na seção “III - O artigo 6º, § 5º, da LC nº 192/2022 - garantia da essencialidade e da transparência na tributação e na formação de preços de combustíveis” da peça de aditamento à exordial.

101. Rememoro os termos do pedido específico:

e) cumulativamente, a procedência do pedido formulado para que essa Suprema Corte fixe interpretação conforme a Constituição do artigo 6º, § 5º, da LC nº 192/2022, de maneira a enunciar que “Na implementação da alíquota única do ICMS sobre combustíveis, a deliberação de Estados e DF pode considerar a diretriz do artigo 6º, § 5º, da LC nº 192/2022 como indicativa de um peso proporcional médio do ICMS na formação do preço final”.

102. De proêmio, ao cotejar as razões esboçadas na peça vestibular com aquelas incrementadas na aludida seção III do aditamento, verifico

ADI 7164 MC / DF

que o pedido em espeque orbita em torno dois argumentos centrais: *a) primeiro*, funda-se no dever de observância ao princípio constitucional da seletividade; *b) em segundo lugar*, apresenta embasamento na norma inserta no art. 150, §5º, do Texto Constitucional, e na existência do dever constitucional de transparência pública, tanto no que pertine à “*dinâmica do cálculo do ICMS*”, quanto no que concerne à “*formação do preço dos combustíveis indicados no art. 2º da LC nº 192/2022*” – para os termos do próprio Autor.

103. Especificamente quanto à questão do dever constitucional de transparência na formação dos preços dos combustíveis, além da argumentação apresentada pelo requerente, é pertinente registrar ainda preocupação constantemente vocalizada pelos Secretários Estaduais de Fazenda, tanto no curso da instrução processual, quanto das tratativas conciliatórias, acerca dos efetivos impactos que eventuais alterações na atual sistemática de incidência do ICMS proporcionariam no preço final dos combustíveis percebido nos postos de revenda pelo consumidor.

104. A esse respeito, suscitaram os representantes dos entes subnacionais que apesar de terem mantido, desde novembro do ano passado, os mesmos valores na forma de base de cálculo da imposição tributária – os preços médios ponderados ao consumidor final (PMPF) –, essa medida não surtiu no médio prazo os efeitos esperados no decréscimo ou, no mínimo, na estabilização dos preços finais ao consumidor, em função dos reajustes de preços praticados pela PETROBRAS nos anos de 2021 e 2022.

105. Analisando, assim, tanto as alegações apresentadas pela União, quanto aquelas deduzidas pelos Estados, identifica-se como foco de atenção comum a necessidade de se ter uma adequada compreensão acerca da globalidade dos elementos que compõem o preço dos combustíveis.

106. Isso porque, se, **de um lado**, é fato que a incidência tributária sobre os combustíveis gera, em maior ou menor medida, impacto sobre o

ADI 7164 MC / DF

seu preço; **de outro**, tanto a União quanto os Estados, têm apontado a implicação de outros aspectos de igual ou maior monta, realçando-se, dentre tais fatores, a política de preços da PETROBRAS.

107. Ante esse quadro, pelo menos em juízo perfunctório, verifico que a compreensão holística dos aspectos influenciadores da composição do preço final dos produtos em questão desponta como verdadeira condição *sine qua non* à adequada exegese – e consequente repercussão prática – da diretriz normativa inserta no art. 6º, §5º, da Lei Complementar nº 192/2022, além de consubstanciar-se em relevante fator de concretização da norma prevista pelo art. 150, §5º, do Texto Constitucional.

108. E, especificamente em relação à citada empresa, se é verdade que ela deve atuar no mercado segundo o regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II da Constituição) e em caráter de livre competição (art. 61, § 1º da Lei federal 9.478/1997); também é verdade que está sujeita, dentre outros, ao cumprimento do princípio da **transparência**. Daí a pertinência de se avaliar o pedido da União quanto à transparência na “*formação do preço dos combustíveis indicados no art. 2º da LC nº 192/2022*”.

109. No ponto, recordo ainda que, na qualidade de sociedade de economia mista da União, ente integrante da Administração Pública Indireta, a PETROBRAS submete-se não apenas à Constituição, como também às Leis que regem sua atividade, em especial a Lei do Petróleo (Lei 9.478/1997), e a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016). No tocante à Constituição, a empresa **deve atentar**, dentre outros, **(i)** para o princípio da transparência; **(ii)** para os princípios gerais da atividade econômica, cuja sistemática busca conciliar a livre iniciativa com a função social da propriedade e a defesa do consumidor (art. 170); bem como **(iii)** para o atendimento aos imperativos da segurança nacional, ao relevante interesse coletivo e sua função social (art. 173). Esses mesmos princípios estão presentes na Lei do Petróleo (art. 1º) e na Lei das Estatais (artigos 2º, § 1º; 6º; 8º, em especial seus incisos I, V e VI; e art. 27).

110. Reputo, contudo, que essa aludida compreensão holística dos aspectos que influenciam a composição do preço demanda envolvimento de outros entes, para além da referida companhia. Especificamente, a Agência Nacional do Petróleo – ANP, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

111. A ANP porque é a responsável pela regulação da indústria do petróleo, nos termos da Lei 9.478/1997 e do Decreto 2.455/1998. Assim, com base no art. 3º do decreto regulamentar, em sua atuação a ANP deverá observar, dentre outros, os princípios da:

- “regulação para uma **apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor**, pela sociedade e pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo” – inciso III;
- “regulação pautada na livre concorrência, na objetividade, na praticidade, na **transparência**, na ausência de duplicidade, na consistência e no atendimento das necessidades dos consumidores e usuários” – inciso IV;
- “criação de condições para a **modicidade dos preços** dos derivados de petróleo, dos demais combustíveis e do gás natural, sem prejuízo da oferta e da qualidade” – inciso V; e
- “**comunicação efetiva com a sociedade**” – inciso VIII.

112. O CADE porque, como integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é responsável por prevenir e reprimir possíveis “infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de **liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão do abuso do poder econômico**” (art. 1º da Lei. 12.529/2011 – destaques nosso).

113. Assim, com base no art. 9º, §1º, da Lei 9.868/1999, **urge a este juízo obter informações adicionais sobre a política de preços praticada nos mercados do petróleo e gás natural, em conformidade à Lei federal 9.478/1997, além das medidas fiscalizatórias adotadas pelos órgãos**

competentes nessa seara, sobretudo no que diz respeito ao traslado aos consumidores de esforços fiscais dos governos a partir da redução dos aspectos quantitativos dos tributos federais e estaduais.

114. Desse modo, no tocante à PETROBRÁS, requisito neste primeiro momento sejam prestadas minuciosas informações, **no prazo de 5 (cinco) dias**, a respeito dos critérios adotados para a política de preços estabelecida nos últimos 60 (sessenta) meses, mediante o envio a este Supremo Tribunal Federal de **cópia de toda documentação (relatórios, atas, gravações em áudio ou vídeo de deliberações etc.) que subsidiou suas decisões de reajuste neste período, para mais ou para menos**, pelos Acionista Controlador, Conselho de Administração, Diretoria e/ou Assembleia-Geral, acerca dos preços dos combustíveis dispostos nos incisos I a III do art. 2º da Lei Complementar nº 192/2022, cujos impactos se façam presentes na cadeia de formação dos preços praticados ao consumidor final.

115. Requisito, ainda, *em iguais moldes*, **cópia de toda documentação que subsidiou sua decisão (incluindo-se aí cópia do próprio ato decisório) quanto à adoção da atual política de preços, especificamente no que concerne à utilização do Preço de Paridade Internacional – PPI, como fator determinante desta política**, pelos Acionista Controlador, Conselho de Administração, Diretoria e/ou Assembleia-Geral.

116. De antemão, informa-se que essa plêiade de dados, informações, documentos, inclusive os audiovisuais e sonoros, tramitarão, *prima facie*, **em apartado a este feito e sob sigilo**, submetendo-se à restrição de acesso público, em consonância **(i)** ao art. 5º, XXXIII, *in fine*, da Constituição da República; e, **(ii)** ao art. 4º, III, da Lei federal 12.527/2011.

117. Em complemento, impende observar a imprescindibilidade desses dados para a formação do adequado juízo de convencimento da autoridade julgadora, assim como a possibilidade jurídica dessa requisição judicial, à luz do art. 1º, II, da referida Lei federal 12.527/2011 e do que decidido por este STF no MS 33.340, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira

Turma, DJe 03.08.2015.

118. Igualmente, na esteira dos artigos (i) 170, III e 173, *caput* e § 1º, I, da Constituição; (ii) 1º, I e III da Lei federal 9.478/1997; e (ii) 27 da Lei federal 13.303/2016, à luz do objeto da presente ação objetiva, que envolve a formação de preços ao consumidor final e a imputação de condutas comissivas e omissivas a entes governamentais de distintos níveis federativos, **informe a PETROBRAS o conjunto de medidas tomadas pelas mesmas instâncias decisórias voltadas ao cumprimento da função social da empresa estatal em face das flutuações de preços dos combustíveis eventualmente ocorridas nos últimos 60 (sessenta) meses.**

119. Noutro giro, em relação à ANP, requisito inicialmente, que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente informações relativas aos procedimentos e atos adotados a respeito da fiscalização, acompanhamento e transparência da política de preços de combustíveis no país, em especial em relação a PETROBRAS.

120. Ainda, em relação ao CADE, requisito inicialmente que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente informações a respeito de eventuais procedimentos abertos em relação à PETROBRAS, seus respectivos objetos e o prazo estimado para conclusão levando-se em conta os princípios da eficiência e da duração razoável do processo.

6) *Dispositivo*

121. Pelo exposto, em relação à Petição STF 37.526/2022 (eDOC 10) aviada pelo Presidente da República, defiro parcialmente os pedidos cautelares nela formulados, nos exatos termos desta decisão interlocutória.

122. Defiro *in totum* o pedido (i) e, por consequência, suspendo a eficácia da íntegra do Convênio ICMS 15/2022, editado pelo CONFAZ.

123. Defiro parcialmente o pedido (ii), com a finalidade de conferir

interpretação conforme à Constituição aos arts. 155, §5º, da Constituição, e 6º da LC 192/2022. Fixo, portanto, orientação judicial no sentido de que, no exercício das competências previstas nesses artigos, as alíquotas de ICMS-combustível sejam: (a) uniformes em todo o território nacional (arts. 150, V, 152 e 155, §4º, IV, “a”, CRFB/88); (b) seletivas, na maior medida possível, em função da essencialidade do produto e de fins extrafiscais, de acordo com o produto (arts. 145, §1º, e 155, §4º, IV, “a”, *in fine*, CRFB/88); (c) *ad rem* ou específicas, por unidade de medida adotada (art. 155, §4º, IV, “b”, CRFB/88 c/c art. 3º, V, “b”, LC 192/2022). Além disso, **determino que a definição das alíquotas pelo CONFAZ (d) considere um **intervalo mínimo** de 12 (doze) meses entre a primeira fixação e o primeiro reajuste dessas alíquotas, e de 6 (seis) meses para os reajustes subsequentes (art. 6º, §4º, LC 192/2022); (e) observe o princípio da **anterioridade nonagesimal quando implicar em aumento de tributo** (art. 6º, §4º, *in fine*, LC 192/2022); e (f) **não amplie o peso proporcional do ICMS na formação do preço final ao consumidor**, tendo em consideração as estimativas de evolução do preço dos combustíveis (art. 6º, §5º, LC 192/2022). Ademais, **fixo** que a definição do aspecto quantitativo do ICMS-combustível (g) deve **observar o princípio da transparência tributária**, de maneira a proporcionar, mediante medidas normativas e administrativas, o esclarecimento dos consumidores acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços (art. 150, §5º, CRFB/88).**

124. **Defiro totalmente o pedido (iii) para fins de declarar omissão constitucional de índole normativa perpetrada pelo CONFAZ consistente em não exercer competência tributária, em sua plenitude e relativamente a todos os combustíveis dispostos no art. 2º da LC 192/2022, dotando de inefetividade o art. 155, §§4º e 5º, da Constituição de 1988. Até que o referido ato omissivo seja saneado, determino que se aplique, por analogia, a regra do art. 7º da Lei Complementar 192/2022 aos demais produtos mencionados no art. 2º do mesmo diploma, com eficácia a partir de 1º de julho de 2022.**

125. **Por fim, como providência instrutória, requisito:**

ADI 7164 MC / DF

I - à **PETROBRÁS**, que **no prazo de 5 (cinco) dias**, envie [a] a documentação referida nos itens 114 e 115 da presente decisão (a qual, *prima facie*, tramitará **em apartado a este feito e sob sigilo**), bem como [b] as informações referidas no item 118, supra.

II - à **ANP**, que **no prazo de 5 (cinco) dias**, apresente informações relativas aos procedimentos e atos adotados a respeito da fiscalização, acompanhamento e transparência da política de preços de combustíveis no país, em especial em relação à PETROBRAS.

III - ao **CADE**, que **no prazo de 5 (cinco) dias**, apresente informações a respeito dos procedimentos abertos em relação à PETROBRAS, seus respectivos objetos e o prazo estimado para conclusão levando-se em conta os princípios da eficiência e da duração razoável do processo.

126. Após a comunicação dos atores integrantes desta demanda, **abra-se vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República** para que se manifestem, cada um, no prazo de 3 (três) dias, sobre a medida cautelar pedida nesta ação direta, nos termos do art. 10, §1º, da Lei federal 9.868/1999.

127. À Secretaria Judiciária para as providências decorrentes, **em caráter de urgência**.

Observe-se, ainda, o que contido no **item 116** desta decisão quanto ao tratamento **em autos apartados e com restrição de acesso público** da documentação solicitada à PETROBRÁS quanto aos itens 114 e 115.

Publique-se.

Brasília, 17 de junho de 2022.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA
Relator