



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, representado pelo Advogado-Geral da União (artigo 4º, incisos VII e IX da Lei Complementar nº 73, de 1993), com fundamento no disposto no artigo 103, inciso I, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, perante essa Suprema Corte, ajuizar

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com **pedido de medida cautelar**, tendo 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, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA

A presente ação direta se destina a impugnar as cláusulas quarta e quinta, bem como o respectivo Anexo II, do Convênio ICMS nº 16, de 24 de março de 2022, celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária, 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”*.

Eis, em destaque, o teor das disposições questionadas:

Cláusula quarta - Os Estados e o Distrito Federal poderão estabelecer fator de equalização de carga tributária máximo, por litro de combustível, aplicável às saídas com óleo diesel A, ainda que misturado, destinadas a seus respectivos territórios, conforme estabelecido no Anexo II.

Parágrafo único. O fator de equalização de carga tributária previsto no "caput" vigorará pelo período mínimo de 12 (doze) meses contados da publicação deste convênio e não poderá ser superior ao valor da diferença apurada entre a alíquota "ad rem" fixada neste Convênio e a carga tributária efetiva vigente em cada Estado e no Distrito Federal na data da publicação deste convênio.

Cláusula quinta - Para aplicação do disposto na cláusula quarta, será considerado o fator de equalização de carga tributária da unidade federada em que se localizar o destinatário do combustível.

Parágrafo único. Nas operações interestaduais subsequentes, com fundamento no inciso II do § 1º do art. 6º da Lei Complementar nº 192/22, deverá o estabelecimento remetente do combustível, caso o fator de equalização de carga tributária da unidade federada de destino referida no "caput" seja:

- I – inferior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem, efetuar o recolhimento da diferença, na forma e no prazo que dispuser a legislação da unidade federada de destino;
- II – superior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem, ser ressarcido pelo seu fornecedor, nos termos previstos na legislação da unidade federada de origem.

(...)

ANEXO I – ALÍQUOTA “AD REM” NACIONAL

ALÍQUOTA COMBUSTÍVEL	ALÍQUOTA "AD REM" (R\$/POR LITRO)
Óleo Diesel A Outros	0,9986
Óleo Diesel A S10	1,0060

(*) NOTA: Alíquotas “AD REM” referentes ao percentual de óleo diesel A na mistura comercializada a consumidor final.

ANEXO II – FATOR DE EQUALIZAÇÃO DE CARGA
TRIBUTÁRIA (*)

UNIDADE FEDERAD A	COMBUSTÍVEL	FATOR DE EQUALIZAÇÃ O DE CARGA TRIBUTÁRIA (R\$/POR LITRO)
AC	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,0000
AC	ÓLEO DIESEL A S10	0,0000
AL	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1305
AL	ÓLEO DIESEL A S10	0,1192
AM	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1007
AM	ÓLEO DIESEL A S10	0,0903
AP	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1493

AP	ÓLEO DIESEL A S10	0,1381
BA	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,0466
BA	ÓLEO DIESEL A S10	0,0230
CE	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1763
CE	ÓLEO DIESEL A S10	0,0793
DF	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,2829
DF	ÓLEO DIESEL A S10	0,2763
ES	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,4579
ES	ÓLEO DIESEL A S10	0,4497
GO	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,2006
GO	ÓLEO DIESEL A S10	0,1974
MA	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1507
MA	ÓLEO DIESEL A S10	0,1479

MG	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,2902
MG	ÓLEO DIESEL A S10	0,2902
MS	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,4984
MS	ÓLEO DIESEL A S10	0,4969
MT	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1525
MT	ÓLEO DIESEL A S10	0,1435
PA	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1332
PA	ÓLEO DIESEL A S10	0,1458
PB	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1107
PB	ÓLEO DIESEL A S10	0,1026
PE	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,2989
PE	ÓLEO DIESEL A S10	0,2530
PI	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1292

PI	ÓLEO DIESEL A S10	0,1276
PR	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,4718
PR	ÓLEO DIESEL A S10	0,4756
RJ	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,4129
RJ	ÓLEO DIESEL A S10	0,4109
RN	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1025
RN	ÓLEO DIESEL A S10	0,0822
RO	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1120
RO	ÓLEO DIESEL A S10	0,1196
RR	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,1323
RR	ÓLEO DIESEL A S10	0,1196
RS	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,4213
RS	ÓLEO DIESEL A S10	0,4245

SC	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,4526
SC	ÓLEO DIESEL A S10	0,4516
SE	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,0919
SE	ÓLEO DIESEL A S10	0,0945
SP	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,3463
SP	ÓLEO DIESEL A S10	0,3442
TO	ÓLEO DIESEL A OUTROS	0,3560
TO	ÓLEO DIESEL A S10	0,3580

(*) NOTA: Fatores de equalização referentes ao percentual de óleo diesel A na mistura comercializada a consumidor final.

Segundo indicado nas considerações introdutórias do Convênio ICMS nº 16/2022, sua aprovação teria decorrido da necessidade de adaptar os sistemas de apuração do ICMS ao conteúdo da Lei Complementar nº 192/2022:

Considerando que a Lei Complementar nº 192/22 define os combustíveis sobre os quais o ICMS incidirá uma única vez, elencando entre seus objetivos, dentre outros, a uniformização das alíquotas no país e o estabelecimento de alíquotas específicas (“ad rem”), por unidade de medida, que mantenham, de acordo com o disposto em seu art. 6º, § 5º, o peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor;

Considerando que a mudança pretendida pela Lei Complementar nº 192/22 exigirá uma significativa adaptação nos sistemas de apuração do ICMS, tanto por parte dos contribuintes, quanto por parte dos fiscos, e o que precisa ser observado a partir de regra especial de início dos efeitos deste convênio;

A Lei Complementar nº 192/2022 foi promulgada poucos dias antes da edição do ato normativo aqui impugnado, tendo ela sido fruto de empenho do Congresso Nacional brasileiro para dar efetividade ao conteúdo do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional nº 33/2001 para implementar a monofasia e a uniformidade de alíquota na tributação de combustíveis pelo ICMS.

O referido ato legislativo definiu os tipos de combustíveis sobre os quais o ICMS passará a incidir uma única vez (artigo 2º) e avançou algumas alterações importantes na hipótese de incidência do ICMS-combustíveis, a saber:

(i) **quanto à alíquota**, determinou que ela seria definida por deliberação convencional de Estados e Distrito Federal, devendo ser: (i.a) **uniforme** em todo o território nacional (artigo 3º, inciso V, “a”); (i.b) **específica (ad rem)**, por unidade de medida (artigo 3º, inciso V, “b”); (i.c) passível de redução e restabelecimento no mesmo exercício financeiro (artigo 3º, inciso V, “c”); e (i.d) **fixada de modo a não ampliar o peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor** (artigo 6º, § 5º); e

(ii) **quanto à base de cálculo do diesel especificamente**, definiu que, enquanto não disciplinada a incidência monofásica do ICMS, ela deveria ser equivalente, até 31 de dezembro de 2022, à “*média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 (sessenta) meses anteriores à sua fixação*”.

O Convênio ICMS nº 16/2022 foi aprovado pelo CONFAZ, por

unanimidade, para estipular, no seu Anexo I, as alíquotas *ad rem* do ICMS que incidirão sobre o óleo diesel uma única vez.

Para a perplexidade de todos, ao mesmo tempo em que o ato em questão fixou essa alíquota, ele também instituiu, em seu Anexo II, um heterodoxo “fator de equalização” de carga tributária para cada Estado, determinando, em suas cláusulas quarta e quinta, que esse fator seria utilizado, a partir de 1º de julho de 2022, para “adaptar” a arrecadação de ICMS dos Estados e DF ao novo modelo de tributação monofásica.

Ocorre que, ao dispor dessa maneira, o CONFAZ virou as costas para a normatividade da EC nº 33/2001 e da LC nº 192/2022, pois as cláusulas aqui impugnadas do Convênio ICMS nº 16/2022 CONFAZ afrontaram as normas que lhe deram fundamento, dando continuidade a um sistema de tributação disfuncional, federativamente assimétrico e injustamente oneroso para o contribuinte.

II – SÍNTESE HISTÓRICA DO PROJETO CONSTITUCIONAL DE IMPLANTAÇÃO DA MONOFASIA E DA UNIFORMIDADE DE ALÍQUOTAS NA TRIBUTAÇÃO DO ICMS-COMBUSTÍVEIS

No ano de 2000, com a proximidade da liberalização do mercado nacional do petróleo e de seus derivados, o então Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 277/2000, que objetivava alterar os artigos 149, 155 e 177 da Constituição para delinear uma nova matriz tributária para esse tipo de matéria-prima, de modo a “evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado” e a garantir “a plena neutralidade tributária”¹.

¹ Exposição de motivos nº 509 M/F, de 27 de julho de 2000, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2001/emendaconstitucional-33-11-dezembro-2001-426596-exposicaoodemotivos-149203-pl.html>>, acesso em 09/05/2022.

O projeto em questão foi aprovado em 2001, tendo sido promulgado na forma da Emenda Constitucional nº 33/2001.

Entre outras disposições, esse diploma introduziu no artigo 155 da Constituição uma significativa reprogramação normativa do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação aplicado sobre combustíveis derivados de petróleo e lubrificantes – o ICMS-combustíveis, determinando a alteração da sua forma de incidência, dos elementos quantitativos da sua hipótese de incidência e da distribuição do produto da sua arrecadação.

A EC nº 33/2001 remeteu a regulamentação do tema ao legislador complementar, outorgando-lhe a responsabilidade de encontrar uma fórmula satisfatória para transformar o ICMS-combustíveis em uma exação monofásica, nos seguintes termos:

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

(...)

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

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 (grifou-se);

Para orientar esse trabalho legislativo, foi acrescentado um § 4º ao artigo 155 da Constituição, com diretrizes a serem observadas na futura legislação complementar, algumas das quais pertinentes aos traços gerais da alíquota que deveria ser adotada para o alcance dos objetivos do Constituinte Derivado:

Art. 155 (...)

§ 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. (grifou-se)

Enquanto não iniciada a vigência da lei complementar referida no artigo 155, §§ 2º e 4º, a EC nº 33/2001 estipulou que “*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*” (artigo 4º do texto da EC nº 33/2001).

Após o transcurso de quase 20 (vinte) anos desde a promulgação da EC nº 33/2001 sem que legislação complementar em questão tivesse sido editada, o Presidente da República foi compelido a propor, em 03 de novembro de 2021, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 68², que objetivava, em linhas gerais, a declaração de mora do Poder Legislativo em editar o ato normativo determinado pelo texto constitucional.

Porém, antes do respectivo julgamento, foi editada a Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022, que “*define os combustíveis sobre os quais incidirá uma única vez o Imposto sobre Operações Relativas à*

² Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 68. Requerente: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Ministra Relatora: Rosa Weber.

Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), ainda que as operações se iniciem no exterior; e dá outras providências”.

O diploma legal em destaque definiu, em síntese, (i) quais os combustíveis estão sujeitos à cobrança monofásica de ICMS; e (ii) reafirmou, nos termos do comando previamente sublinhado no texto constitucional, a uniformidade, em todo o território nacional, das alíquotas do ICMS. Confira-se:

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. 3º Para a incidência do ICMS nos termos desta Lei Complementar, será observado o seguinte:

(...)

V - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos da alínea g do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, observado o seguinte:

a) **serão uniformes em todo o território nacional** e poderão ser diferenciadas por produto; (grifou-se)

Diante da edição do diploma normativo em destaque, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 68 foi extinta, sem julgamento do mérito. Ao fundamentar a prejudicialidade da ação, a Ministra Relatora apontou, precisamente, que *“a Lei Complementar n. 192 atende o quanto determinado pelo comando da Carta Magna que estava inadimplido”*³ (grifou-se).

Nada obstante o quadro normativo sobre o tema estivesse, aparentemente, estabilizado, os Estados e o Distrito Federal, através do Conselho Nacional de Política Fazendária, celebraram, em 24 de março de 2022, o Convênio ICMS nº 16, que veiculou normas claramente conflitantes com as

³ ADO nº 68, Ministra Relatora: Rosa Weber, Decisão Monocrática, Julgamento em 14/03/2022, Publicação em 16/03/2022.

normas constitucionais originadas da EC nº 33/2001 e com a LC nº 192/2022.

Este ato convencional é que vem a ser objeto da presente ação. Isso porque, embora sua cláusula primeira e seu Anexo I tenham estabelecido alíquotas do ICMS uniformes e ad rem para o óleo diesel (em valores correspondentes, respectivamente, a R\$ 0,9986, por litro – óleo diesel A Outros; e R\$ 1,0060, por litro – óleo diesel A S10), suas cláusulas seguintes instituíram uma heterodoxa variável destinada a volatilizar novamente as alíquotas do tributo.

As Cláusulas quarta e quinta do Convênio nº 16/2022 estipularam um *“fator de equalização de carga tributária máximo, por litro de combustível, aplicável às saídas com óleo diesel A”*, tendo, ainda, **determinado obrigações de recolhimento de diferenças e ressarcimento do ICMS**, nos seguintes termos:

Cláusula quarta - Os Estados e o Distrito Federal poderão estabelecer fator de equalização de carga tributária máximo, por litro de combustível, aplicável às saídas com óleo diesel A, ainda que misturado, destinadas a seus respectivos territórios, **conforme estabelecido no Anexo II.**

Parágrafo único. O fator de equalização de carga tributária previsto no "caput" vigorará pelo período mínimo de 12 (doze) meses contados da publicação deste convênio e não poderá ser superior ao valor da diferença apurada entre a alíquota “ad rem” fixada neste Convênio e a carga tributária efetiva vigente em cada Estado e no Distrito Federal na data da publicação deste convênio.

Cláusula quinta - Para aplicação do disposto na cláusula quarta, será considerado o fator de equalização de carga tributária da unidade federada em que se localizar o destinatário do combustível.

Parágrafo único. **Nas operações interestaduais subsequentes, com fundamento no inciso II do § 1º do art. 6º da Lei Complementar nº 192/22, deverá o estabelecimento remetente do combustível, caso o fator de equalização de carga tributária da unidade federada de destino referida no "caput" seja:**

I – inferior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem, efetuar o recolhimento da diferença, na forma e no prazo que dispuser a legislação da unidade federada de destino;

II – superior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem, ser ressarcido pelo seu fornecedor, nos termos previstos na legislação da unidade federada de origem. (grifou-se).

Como se nota e será visto em detalhe a seguir, 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, a Cláusula quarta do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, 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.**

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 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 Republicana⁴.

III – DO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA

A presente ação direta – proposta por legitimado contemplado pelo artigo 103, inciso I, da Carta Republicana⁵ – tem por finalidade combater inconstitucionalidades detectadas no Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, ato normativo marcado por generalidade, abstração e autonomia.

O ato ora questionado se assemelha, em toda medida, a outros tantos já apreciados e admitidos pela jurisprudência dessa Suprema Corte como passíveis de controle de constitucionalidade pela via objetiva, o que pode ser

⁴ “Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

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

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

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

⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;”

exemplificado pelo seguinte precedente:

Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da associação autora. Emenda Constitucional nº 87/15. **ICMS. Operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar. (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade.** Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, inciso III, d, e parágrafo único CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, *ad referendum* do Plenário. (...) 2. Cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores, as bases de cálculo, os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição e a obrigação tributária (art. 146, I, e III, a e b). Também cabe a ela estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, podendo instituir regime único de arrecadação de impostos e contribuições. 3. **Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i). (...)** 5. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispondo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015. 6. A Constituição também dispõe caber a lei complementar – e não a convênio interestadual – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, o que inclui regimes especiais ou simplificados de certos tributos, como o ICMS (art. 146, III, d, da CF/88, incluído pela EC nº 42/03). (...) 8. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional nº 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte. 9. Existência de medida cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS

nº 93/15, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), até o julgamento final daquela ação. 10. **Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal. (...).**

(ADI nº 5469, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 24/02/2021, Publicação em 25/05/2021; grifou-se);

Assim, dada a demonstração do cabimento e adequação da presente medida processual, passa-se à comprovação da contumaz inconstitucionalidade que marca as Cláusulas quarta e quinta, bem como o Anexo II, do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ.

IV – DA FUNDAMENTAÇÃO

A incidência do ICMS-combustíveis representa uma das maiores fatias da arrecadação tributária brasileira. Segundo dados elaborados pelo Instituto Brasileiro do Petróleo e Gás – IBP, em 2018 o ICMS incidente sobre petróleo, combustíveis e lubrificantes representou 18,1% do ICMS total arrecadado no país, além de traduzir cifra correspondente a 1,44% do Produto Interno Bruto nacional⁶.

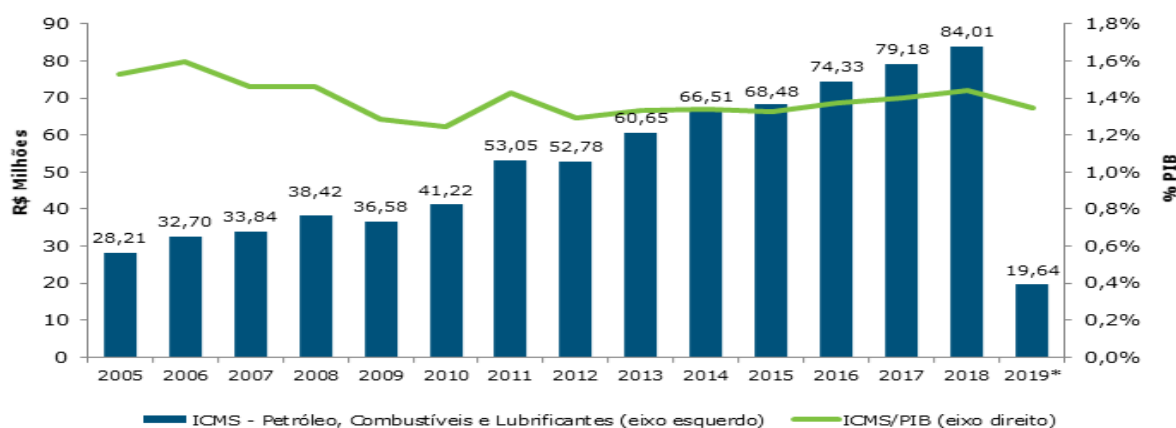
⁶ Disponível em <<https://www.ibp.org.br/observatorio-do-setor/snapshots/icms-petroleo-combustiveis-e-lubrificantes/>>, acesso em 09/05/2022.

Informações publicadas recentemente pela imprensa⁷ brasileira, constantes do Boletim de Arrecadação de Tributos Estaduais do CONFAZ, dão conta de que a arrecadação do ICMS sobre petróleo e combustíveis bateu seu recorde histórico ao alcançar a soma de ao menos R\$ 34,3 bilhões entre os meses de janeiro e abril de 2022. O referido montante representa o expressivo aumento de 12,9% na arrecadação, se comparado ao mesmo período do ano passado. Conquanto o preço médio ponderado ao consumidor final esteja congelado desde novembro de 2021, a forte alta na arrecadação decorre da elevação histórica dos preços dos combustíveis, a qual corresponde, apenas no ano de 2021, a 54,95% para o etanol, 45,72% para o óleo diesel e 42,71% para a gasolina.

Além de representar parcela expressiva da arrecadação tributária no país, o ICMS-combustíveis também se destaca no cenário tributário nacional por ser uma condicionante muito influente no cotidiano do consumidor, dos transportadores e da política energética do país.

Segundo pesquisas do IBGE, a parcela de gastos das famílias

Evolução da arrecadação ICMS com petróleo, combustíveis e lubrificantes



*Dados até Março
Atualização - Agosto 2019
Fonte: Elaboração IBP com dados IBGE e CONFAZ/MF



⁷ Informações disponíveis em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/05/10/arrecadacao-de-icms-sobre-petroleo-e-combustiveis-bate-recorde-na-parcial-deste-ano.shtml>>, acesso em 10 de maio de 2022.

brasileiras com transporte já representava, em 2017/2018, aproximadamente 18,1% das despesas do orçamento doméstico⁸. Não por acaso, em maio de 2018, o Brasil assistiu a eclosão de um amplo movimento grevista de caminhoneiros, que protestavam, entre outras coisas, contra o alto custo do diesel.

Tendo em vista todas essas repercussões, a Empresa de Pesquisa Energética, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, publicou estudo⁹ em que ressaltou a importância de uma ação harmônica e coordenada da União e dos demais entes federados na definição da tributação de combustíveis, evitando-se, assim, os danos decorrentes de comportamentos não cooperativos:

A política tributária incidente sobre os combustíveis afeta o comportamento do consumidor, promovendo mudanças em suas preferências e alterando o nível de demanda de um país. Diante desta perspectiva, os tributos podem se tornar instrumentos de política energética, mesmo quando não explicitados como tais. Mesmo durante a análise na viabilidade de rotas tecnológicas e fontes energéticas alternativas, é importante haver transparência e conhecimento dos objetivos das políticas energética e tributária, a fim de identificar e minorar eventuais conflitos, bem como ampliar a eficácia de ações conjuntas nos âmbitos federal e estadual, potencializando resultados para as demais políticas implementadas.

Em um cenário de elevado comprometimento com as funções do Estado (alocativa, distributiva, estabilizadora e de redução de falhas de mercado), há dificuldade em implementação de ações em prol de uma política ambiental ou de diversificação energética por meio de renúncias à receita tributária em distintas administrações (esfera estadual ou federal). **Como desafio para o federalismo fiscal brasileiro, é fundamental conciliar autonomia de competência tributária, interesses locais e estratégias nacionais.**

O planejamento energético nacional necessita ser realizado de maneira integrada entre as distintas esferas governamentais, evitando-se competição entre entes subnacionais em função de estratégias não cooperativas, mas levando-se em consideração as necessidades tributárias para o equilíbrio fiscal. Nesse sentido, a análise da carga tributária incidente sobre os combustíveis e o seu respectivo papel na formação de preços dos combustíveis é

⁸ Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/10/04/internas_economia,1090218/brasileiro-gasta-mais-com-moradia-saude-e-educacao-diz-ibge.shtml>, acesso em 09/05/2022.

⁹ Disponível em: <<https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/serie-de-formacao-de-precos-de-combustiveis>>, acesso em 09/05/2022.

imprescindível para que uma política tributária, resultante de uma ação harmônica e coordenada da União e demais entes federados, potencialize os resultados das políticas públicas (energética, ambiental e socioeconômica).

Porém, nada obstante as determinações constantes no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, e § 4º, inciso IV, alínea “a”, da Constituição Federal, cujos termos foram corroborados pela Lei Complementar nº 192/2022, o que se observa na prática é exatamente o contrário disso.

Enquanto a tributação federal sobre combustíveis se caracteriza pela cobrança monofásica e pela aplicação de alíquotas “*ad rem*”, o ICMS-combustíveis cobrado por Estados e Distrito Federal ainda é definido a partir de alíquotas assimétricas, além de obedecer à sistemática jurídica da substituição tributária, que torna a apuração do valor devido extremamente complexa e suscetível a fraudes.

A forte assimetria das alíquotas de ICMS enseja problemas que vão muito além da integridade do federalismo fiscal brasileiro, onerando sobretudo o consumidor final, que acaba penalizado com o alto custo gerado por alíquotas excessivas para combustíveis – que são insumos essenciais, e, por isso, deveriam ser tratados com modicidade – e com a dificuldade no entendimento da composição do preço final desses produtos.

IV.I. A imperatividade inequívoca do modelo constitucional e legal de uniformidade de alíquotas

Embora a competência impositiva do ICMS (artigo 155, inciso II) seja predominantemente dos entes estaduais, a Constituição reservou ao crivo do legislador complementar federal a disciplina de algumas peculiaridades da regulamentação do tributo que demandam uniformidade. Nesse sentido, por exemplo, o seu artigo 161 inseriu no domínio do legislador complementar a

responsabilidade por definir o conceito de valor adicionado para os fins do disposto no artigo 158, parágrafo único, inciso I.

Opção semelhante foi adotada pelo Constituinte Derivado para a normatização do ICMS-combustíveis.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 33//2001, a Constituição passou a atribuir à lei complementar nacional a definição dos combustíveis e lubrificantes sobre os quais o ICMS possuirá incidência monofásica, hipótese em que a imunidade tributária de que trata o artigo 155, § 2º, inciso X, alínea “b”, da Magna Carta, deve ser afastada:

Art. 155. (...)

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

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

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; (grifou-se)

A norma constitucional do artigo 155, § 2º, inciso X, alínea “b” preconizou que, ao tratar do tema, o legislador complementar deveria considerar o uso da técnica de **tributação monofásica** para ao menos alguns combustíveis e lubrificantes, opção essa que se justifica pela simplificação da incidência do tributo dentro da cadeia de comercialização.

O recolhimento monofásico, contudo, não foi a única técnica fiscal concebida pela EC nº 33/2001 para o aperfeiçoamento do modelo tributário dos combustíveis. Além dela, o legislador ficou vinculado à observância de outros condicionantes normativos, tais como o **princípio da uniformidade de**

alíquotas, que foram elencados da seguinte forma:

Art. 155. (...)

§ 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. (grifou-se)

Ainda nos termos da Emenda Constitucional nº 33/2001, ficou definido que as regras necessárias à aplicação do citado § 4º do artigo 155 da Constituição Federal seriam estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal. Confira-se:

Art. 155. (...)

§ 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.

No mesmo sentido, o artigo 4º da Emenda Constitucional nº 33/2001 autorizou que os Estados e o Distrito Federal estabelecessem, enquanto não editada a lei complementar a que alude o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Carta de 1988, normas provisórias sobre a matéria, mediante convênio:

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.

O bloco de dispositivos referidos acima 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.**

Essa uniformidade busca fundamento no pacto federativo e no correlato dever de lealdade por ele agenciado. Afinal, como esse Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de reconhecer em iterativa jurisprudência, as normas dos artigos 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Lei maior determinam que a concessão de benefícios fiscais sobre o ICMS dependem, sempre, da celebração prévia de convênio pelos Estados e Distrito Federal.

O repúdio à decretação unilateral de benefícios é um moderador normativo elementar para a prevenção de riscos para o equilíbrio federativo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DE CRÉDITO PRESUMIDO. INSTITUIÇÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO INTERESTADUAL (ARTIGO 155, § 2º, XII, g, da CRFB/88). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional. 2. In casu, padecem de inconstitucionalidade os dispositivos impugnados da Lei 10.259/2015 do Estado do Maranhão, porquanto concessivos de

benefícios fiscais de ICMS sem atendimento à exigência constitucional (artigo 155, § 2º, XII, g). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente, conferindo à decisão efeitos ex nunc, a partir da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (artigo 27 da Lei 9.868/99).

(ADI 5467, Relator Ministro LUIZ FUX; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Publicação em 16/09/2019)

Outro exemplo da importância da uniformização normativa para a garantia do equilíbrio fiscal do país foi recentemente apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2238, Rel. Min. Alexandre de Moraes (DJe de 15/09/2020), que destacou, em seu voto-condutor, como a Lei de Responsabilidade Fiscal contribui para minorar condutas contraditórias que acabam sendo deletérias para o Estado brasileiro como um todo:

A definição de um teto de gastos particularizado segundo os respectivos poderes ou órgãos afetados não representou uma intromissão nos centros de autonomia financeira dos entes subnacionais, tampouco em relação aos Poderes de Estado e órgãos autônomos, mas sim consagrou o necessário equacionamento das exigências constitucionais estabelecidas nos artigos 167, X, e 169 da Constituição Federal, e no artigo 38 do ADCT.

Em respeito à regra de definição da amplitude da Administração Pública estabelecida no art. 37 da Constituição Federal, que, repita-se, contém princípios norteadores a serem aplicados obrigatoriamente no âmbito de todos os Poderes e órgãos autônomos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, houve a veiculação de uma estratégia de reforço da autoridade jurídica dos tetos de gastos com pessoal, que tinha o propósito federativamente legítimo de vencer um histórico de displicência fiscal injustificada dos Entes federativos, afastando dinâmicas de relacionamento predatório.

Do ponto de vista formal, a LRF respeitou o federalismo e a separação de poderes, pois a previsão do art. 169, caput, da CF é suficiente para viabilizar esse modelo, porque atribui à União competência legislativa para disciplinar exaustivamente o tema, dentro de uma função de harmonização federativa.

O caso do ICMS-combustíveis é mais uma hipótese emblemática da importância do princípio da uniformidade para o funcionamento adequado do sistema tributário dentro do paradigma federalista.

Afinal, a existência de disparidades muito drásticas nas alíquotas

sobre esses produtos termina por fomentar a existência de práticas de sonegação, que dificultam o trabalho da arrecadação tributária, em detrimento do interesse dos próprios Estados-membros.

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”, abaixo reproduzido:

Art. 3º Para a incidência do ICMS nos termos desta Lei Complementar, será observado o seguinte:

(...)

V - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos da alínea g do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, observado o seguinte:

a) serão uniformes em todo o território nacional e poderão ser diferenciadas por produto;

b) serão específicas (ad rem), por unidade de medida adotada, nos termos do § 4º do art. 155 da Constituição Federal; e

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas no mesmo exercício financeiro, observado o disposto na alínea c do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.

Ademais, em seu artigo 6º, a LC nº 192/2022 estipulou um outro condicionante a incidir na definição das alíquotas do ICMS, a saber:

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.

(...)

§ 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.

(...)

§ 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.

Com a aprovação da LC nº 192/2022, a transformação aguardada desde a EC nº 33/2001 no modelo de tributação do ICMS-combustíveis enfim parecia na iminência de se concretizar. Desafortunadamente, **um novo obstáculo veio a frustrar novamente essa expectativa de observância da Constituição Federal, dessa vez na figura do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ.**

Isso porque o ato normativo em destaque contemplou, 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. Elas possibilitaram 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.

Na prática, a regra possibilita que cada ente federativo adote sua própria alíquota de ICMS.

Esse efeito é admitido pelo próprio CONFAZ, como se pode depreender da Nota Informativa SEI nº 16348/2022, da lavra do Diretor da Secretaria-Executiva do Conselho (doc. anexo):

12. A intenção dos Estados ao celebrar o Convênio ICMS nº 16/22 foi fixar as alíquotas nacionais *ad rem* para as operações com óleo diesel que, combinadas com os respectivos fatores de equalização de carga tributária resultarão, em cada Estado e no Distrito Federal, numa tributação idêntica à realizada desde o "congelamento" do PMPF (novembro de 2021 para o óleo diesel).

12. Em termos efetivos, a construção aprovada pelo CONFAZ por meio o Convênio ICMS nº 16/22 redundará não em uma única alíquota monofásica, *ad rem*, mas em 27, uma vez que os 26 estados e o DF utilizarão os fatores de equalização de carga tributária para mimetizar uma tributação idêntica à realizada com o “congelamento” do PMPF.

Para a melhor compreensão das consequências práticas das normas questionadas basta observar que, caso o Óleo diesel A seja adquirido no Estado do Paraná, a alíquota única de R\$ 0,9986, por litro, sofre o abatimento do “*fator de equalização*” aplicável ao Estado (R\$ 0,4718), o que acarreta carga tributária “*ad rem*” de ICMS de R\$ 0,5268 para cada litro de combustível.

Considerando, em outro extremo, o “*fator de equalização*” do Estado do Acre (R\$ 0,0000 por litro), o mesmo produto enseja exação a título de ICMS no valor de R\$ 0,9986. Como se nota, nos termos do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, **a tributação no Estado do Acre do citado derivado de petróleo será 89,5% superior à exercida no Estado do Paraná.**

O referido exemplo deixa evidente que **a alíquota “*ad rem*” nacional resta esvaziada pela incidência do “*fator de equalização*”, que torna possível que os Estados e o Distrito Federal adotem alíquotas distintas do imposto, perpetuando, inconstitucionalmente, o cenário de acentuada assimetria da exação.**

Por fim, impende ainda destacar que a atuação dos Estados e do Distrito Federal manifestada através da edição das cláusulas questionadas do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, não encontra mais amparo no quanto previsto no artigo 4º da Emenda Constitucional nº 33, o qual condicionava a fixação de regime transitório à não edição da Lei Complementar de que trata o artigo 155, § 2º, XII, alínea “h”, da Constituição Federal.

A edição da Lei Complementar nº 192/2022, nesta medida, hiperboliza a inconstitucionalidade no exercício das competências normativas do CONFAZ.

Afinal, a pretexto de dar concretude à norma constitucional que obriga a uniformidade de alíquotas do ICMS monofásico que incide sobre os

derivados de petróleo (desde março regulamentada pela LC n° 192/2022 — editada pelo Congresso Nacional), os entes federados mantiveram, de maneira oblíqua, a sistemática inconstitucional que a LC n° 192/2022 pretendeu extinguir definitivamente.

IV.II. Da incompatibilidade das normas questionadas com as competências legislativas da União e com o princípio da legalidade tributária

Como dito anteriormente, nada obstante o ICMS configure exação de natureza estadual, a necessidade de uniformidade nacional de algumas de suas regras motivou o Constituinte a delegar à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria tributária, nomeadamente quanto a fato gerador, obrigação e crédito tributário.

Ao Congresso Nacional, na mesma linha, foi conferida a atribuição de editar lei complementar definindo os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o ICMS incidirá uma única vez.

As referidas atribuições legislativas conferidas à União estão expressamente contempladas pelo texto constitucional. Confira-se:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

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

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a **dos respectivos fatos geradores**, bases de cálculo e contribuintes;

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

(...)

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

(...)

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

XII - **cabe à lei complementar:**

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. (grifou-se)

Com a aprovação da LC nº 192/2022, o Congresso Nacional deu conformação ao seu encargo constitucional, estabelecendo o regime monofásico para os seguintes produtos:

Art. 1º Esta Lei Complementar define, nos termos da alínea *h* do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, 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), ainda que as operações se iniciem no exterior.

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.

A despeito da clareza desses 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). Confira-se:

Cláusula quinta Para aplicação do disposto na cláusula quarta, será considerado o fator de equalização de carga tributária da unidade federada em que se localizar o destinatário do combustível.

Parágrafo único. **Nas operações interestaduais subsequentes, com fundamento no inciso II do § 1º do art. 6º da Lei Complementar nº 192/22, deverá o estabelecimento remetente do combustível, caso o fator de equalização de carga tributária da unidade federada de destino referida no "caput" seja:**

I – inferior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem, efetuar o recolhimento da diferença, na forma e no prazo que dispuser a legislação da unidade federada de destino;

II – superior ao fator de equalização de carga tributária da unidade federada de origem, ser ressarcido pelo seu fornecedor, nos termos previstos na legislação da unidade federada de origem. (Grifou-se).

Ao prever hipóteses de **complementação da exação paga a menor em operações estaduais subsequentes (Cláusula Quinta, parágrafo único, inciso I, acima transcrito)**, quando o “*fator de equalização*” da unidade federada de origem for inferior à de destino; e de **ressarcimento do tributo pago a maior (Cláusula Quinta, parágrafo único, inciso II, acima transcrito)**, nas circunstâncias em que o “*fator de equalização*” da unidade federativa de origem for superior àquela praticada no local de destino, as normas em questão violaram os parâmetros constitucionais antes indicados, que estabelecem reservas de atuação do legislador complementar.

A um só tempo, foram afrontados *i*) o artigo 146, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Carta de 1988, o qual vincula à lei complementar a disciplina sobre fato gerador, obrigação e crédito tributário; e *ii*) o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Constituição Federal, que confere ao Poder Legislativo Federal a atribuição de dispor, por lei complementar, sobre os combustíveis sobre os quais o ICMS incidirá uma única vez.

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. Afinal, como seria possível conciliar o modelo monofásico – em que, por definição, há uma única incidência em toda a cadeia de consumo do bem – com a instituição de uma segunda fase de exação fiscal para “*efetuar o recolhimento da diferença*” do tributo na hipótese de que o fator de equalização no destino seja inferior àquele do Estado-membro de origem?

As referidas regras criam obrigações fiscais não amparadas pela Lei Complementar nº 192/2022. Isso porque elas geram novas hipóteses de exação fiscal com repercussões no âmbito do próprio fato gerador do tributo, e, por isso, contrariam diretamente o artigo 146, inciso III, alínea “a” da Constituição. Ao dispor dessa maneira, o Convênio ICMS nº 16/2022 CONFAZ está criando um

tipo de situação fática (à revelia de previsão legal) que origina uma nova obrigação tributária.

A tal respeito, a lei federal de regência – a Lei Complementar nº 192/2022 – define apenas dois possíveis fatos geradores para que haja incidência de ICMS sobre os combustíveis nela indicados, a saber:

Art. 5º Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS incidente nos termos desta Lei Complementar no momento:

I - da saída dos combustíveis de que trata o art. 2º do estabelecimento do contribuinte de que trata o art. 4º desta Lei Complementar, nas operações ocorridas no território nacional; e

II - do desembarço aduaneiro dos combustíveis de que trata o art. 2º desta Lei Complementar, nas operações de importação. (grifou-se)

Como se verifica, o artigo 5º da LC nº 192/2022 não incluiu como hipótese fática apta a gerar dever tributário em operação interestadual o fator de equalização a maior na UF de destino do produto.

Constata-se, destarte, que a criação de um novo crédito tributário, impondo uma segunda fase de apuração fiscal, nos termos da Cláusula quinta, parágrafo único, e incisos do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, não encontra respaldo algum na Constituição, nem tampouco na legislação complementar de regência.

Quando menos, essa realidade é indicativa de violações ao princípio da legalidade tributária (artigo 150 da Constituição) e à reserva de competências estabelecida em favor do Congresso Nacional.

Em situação semelhante, de usurpação de competências do legislador por atos do CONFAZ, a jurisprudência dessa Suprema Corte teve oportunidade de veicular censura enérgica, como se vê abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC. CABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO AÇÃO PARA O QUESTIONAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DE CONVÊNIO FIRMADO PELOS ESTADOS MEMBROS. INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. PARÁGRAFOS 10 E 11 DA CLÁUSULA VIGÉSIMA DO CONVÊNIO ICMS 110/2007, COM REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 101/2008 E, MEDIANTE ADITAMENTO, TAMBÉM COM A REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 136/2008. ESTORNO, NA FORMA DE RECOLHIMENTO, DO VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS DIFERIDO. NATUREZA MERAMENTE CONTÁBIL DO CRÉDITO DO ICMS. O DIFERIMENTO DO LANÇAMENTO DO ICMS NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO. **ESTABELECIMENTO DE NOVA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA POR MEIO DE CONVÊNIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 145, § 1º; 150, INCISO I; E 155, § 2º, INCISO I E § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (...) II - Cabe a ação direta de inconstitucionalidade para questionar convênios, em matéria tributária, firmado pelos Estados membros, por constituírem atos normativos de caráter estrutural, requeridos pelo próprio texto Constitucional (art. 155, § 5º). Precedente da Corte. (...) VI - **As matérias passíveis de tratamento via convênio são aquelas especificadas no § 4º do art. 155 da Constituição Federal. Portanto, não poderia o Convênio, a título de estorno, determinar novo recolhimento, inovando na ordem jurídica, transmutando a medida escritural – anulação de um crédito - em obrigação de pagar.** VII - Além disso, considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, na medida em que destacado na operação de aquisição do álcool e do biodiesel, tendo sido recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de novo recolhimento de valor correspondente, dessa feita, a outro Estado, implica bitributação não autorizada pela Carta Magna. (...) X - Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (ADI nº 4171, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Relator para o Acórdão: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/05/2015, Publicação em 21/08/2015; grifou-se).**

Nesse contexto, fica claro que, ao subverter a regra da monofasia, tornada imperativa pelo artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Constituição Federal, o Convênio nº 16/2022 do CONFAZ também incorreu em usurpação da competência legislativa da União, o que denota a existência de vício formal nas cláusulas aqui impugnadas.

IV.III. Da nocividade da manutenção do sistema assimétrico de alíquotas e de substituição tributária para as políticas públicas de controle de fraudes fiscais, de planejamento energético/transporte e de transparência de preços

Além dos argumentos antes expendidos, que são bastantes para evidenciar a contravenção direta das normas atacadas com normas constitucionais orgânicas ao sistema tributário nacional, cumpre perceber que o Convênio ICMS nº 16/2022 do CONFAZ exporta seu efeito corrosivo para outras políticas públicas atreladas à tributação de combustíveis.

Em primeiro lugar, o ato convencional perpetua um convite a práticas predatórias, seja no âmbito meramente fiscal, mediante o estímulo a rotinas fraudulentas de simulação da ocorrência do fato gerador em UF's com alíquota menor; seja no plano federativo, ao incentivar a concorrência desleal entre os membros da Federação na concessão de incentivos fiscais setoriais.

Em segundo plano, esse comportamento predatório termina por se refletir na desestabilização das políticas energéticas nacionais – cuja atribuição constitucional foi dada à União (exercida na forma dos capítulos I e II da Lei nº 9.478/1997). Não só isso. Tendo em vista o peso que o ICMS assume no preço dos combustíveis, a assimetria geográfica das alíquotas também ameaça de corrosão as diretrizes da política nacional de transportes¹⁰ (cuja competência para estabelecimento é privativa da União – inciso IX do art. 22 da CF).

A par dessas violações, há outro claro viés de rompimento de paradigma insculpido na Carta da República.

Trata-se da simplificação da complexa cadeia polifásica de incidência do tributo (com cobrança pelo regime de substituição tributária) que

¹⁰ < <https://www.metropoles.com/brasil/empresas-de-transporte-coletivo-exigem-compensacao-apos-alta-do-diesel>>, Acesso em 16/05/2022.

esteve por trás da aprovação da EC 33/2001 e da LC 192/2022 pelo Congresso Nacional. O incremento na inteligibilidade fiscal do ICMS dos combustíveis (atendendo ao que disposto no art. 150, §5º, da CF) culmina em ganhos para os principais envolvidos na exação – incluídos, aí, os entes federados.

A complexidade tributária é invariavelmente apontada pelos mais diversos estudos técnicos como um dos maiores problemas da sistemática fiscal vigente no Brasil, e decorre principalmente da prática relacionada ao ICMS, com prejuízos naturais para o consumidor. Afinal, um regime fiscal complexo traz como consequência inexorável um setor de combustíveis menos competitivo, menos eficiente, que suporta maiores custos e que, dessa forma, acaba transferindo preços maiores ao consumidor.

O oposto também é verdadeiro: uma regulamentação simplificada e uniforme reduz os custos burocráticos/operacionais – traduzindo-se em preços mais competitivos ao usuário final. Ao mesmo tempo, afasta do mercado agentes que atuam à margem da lei e garante um regime concorrencial mais hígido.

A finalidade vislumbrada pela EC 33/2001 (e consolidada pela LC nº 192/2022) de mudança de regime da cobrança do ICMS mantém-se mais do que atual: recente operação da Polícia Federal apontou rombo ao Fisco de mais de cinco bilhões de reais em fraudes na distribuição de combustíveis, práticas que seriam mais facilmente tolhidas com a modelagem de exação fiscal única¹¹.

Dados da Agência Nacional do Petróleo, ademais, dão conta de que até 19% do volume de combustível é vendido no Brasil através de vantagem desleal (obtida, por exemplo, mediante sonegação, inadimplência ou fraude volumétrica). A evasão operacional (definida como as perdas ligadas a adulteração, fraude em bombas e os chamados “postos piratas”) somada à já

¹¹ <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/10/pf-indicia-14-por-rombo-de-r-51-bilhoes.html>>. Acesso em 16/05/2022.

referida evasão fiscal pode ter atingido (apenas no exercício de 2019) a assombrosa cifra de R\$ 29 bilhões¹² – dando a tônica dos efeitos adversos que as disposições do ato impugnado podem gerar.

A injustificável assimetria nas alíquotas do ICMS-combustíveis frustra gravemente as ideias de cidadania fiscal e de transparência embutidas na norma do artigo 150, § 5º, da Constituição Federal (princípio da intelegibilidade fiscal), que assim dispõe:

Art. 150. (...)

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

No intuito de dar efetividade ao comando constitucional contido no § 5º do artigo 150 da Constituição, diversas medidas normativas estão sendo adotadas com o intuito de esclarecer os consumidores sobre os tributos incidentes em produtos e serviços.

Nessa linha, relevante frisar que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), após alteração legislativa operada pela Lei nº 12.741/2012, passou a elencar, em seu artigo 6º, inciso III, entre os direitos básicos do consumidor, o direito à “*informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*” (grifou-se).

Tal previsão legal deriva da norma contida no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, o qual orienta a interpretação de todas as normas consumeristas, e prevê que “*A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua*

¹² <https://institutocombustivellegal.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio_FGV_ICL.pdf>. Acesso em 16/05/2022.

dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (grifou-se).

Além disso, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 10.634/2021, cujo artigo 3º estabelece que “*Os postos revendedores de combustíveis automotivos ficam obrigados a informar os valores estimados de tributos das mercadorias e dos serviços oferecidos por meio de painel afixado em local visível do estabelecimento*”.

Ocorre que, a ser mantida a ambiência de comportamentos predatórios na fixação das alíquotas do ICMS-combustível, as medidas acima referidas trarão um alento muito limitado para os consumidores. Ao impedir o acesso a informações precisas sobre a composição dos encargos fiscais presentes no preço de combustíveis e lubrificantes, o modelo assimétrico de alíquotas do ICMS-combustível compromete a efetivação da tutela do consumidor.

É em função da necessidade de se contemplar uma legislação tributária mais obsequiosa ao pacto federativo, ao princípio da intelegibilidade fiscal e à proteção do consumidor que se justifica a opção normativa constante do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Constituição, pelo modelo monofásico de tributação. Essas razões também inspiraram a aprovação da LC nº 192/2022, que passou a impor que as alíquotas do ICMS sobre combustíveis e lubrificantes determinados passem a ser específicas, por unidade de medida adotada.

O atual sistema de tributação polifásica, que o Convênio nº 16/2022 do CONFAZ tende a perpetuar, é marcado por complexidade excessiva, o que tem acentuado a volatilidade na precificação, retirando a previsibilidade do valor dos combustíveis para os destinatários finais e frustrando a preservação de um ambiente concorrencial minimamente adequado.

Percebe-se, pois, que a transparência fiscal ao consumidor, prevista no citado § 5º do artigo 150 da Carta Federal, insere-se no âmbito do direito à informação, o qual representa um dos principais pilares da defesa do consumidor, e que também corrobora a lesividade constitucional do ato do CONFAZ.

IV.IV. Da complexidade técnica no encontro de uma solução normativa de introdução imediata da uniformidade de alíquota: aplicação da premissa do “pensamento do possível” na interpretação do artigo 6º, § 5º, da LC nº 192/2022

A par dos inúmeros vícios de inconstitucionalidade provenientes do conteúdo das cláusulas quarta e quinta do Convênio ICMS nº 16/2022, ninguém duvida das dificuldades técnicas envolvidas na pavimentação de uma disciplina jurídica que possa dar a efetividade reclamada para o modelo monofásico e de uniformidade de alíquota do ICMS-combustíveis.

O problema de descontrole na tributação de combustíveis não decorre somente da assimetria das alíquotas do tributo, que historicamente foram fixadas em valores muito díspares.

Além disso, o arcabouço fiscal acolhia uma margem de alta fluutuabilidade na base de cálculo – devido ao sistema de substituição tributária progressiva, regulamentado, entre outros, pelo Convênio ICMS nº 110/2007 – que utiliza o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), como componente significativo da incidência¹³.

Assim, o valor total arrecadado a título de ICMS-combustíveis também oscila fortemente em razão de alterações determinadas pelos Estados na base de cálculo presumida, por meio do reajuste do PMPF. O mesmo ocorre com o Fator de Correção de Volume (FCV), um outro componente integrante na

¹³ Em decorrência da alta expressiva do valor do combustível no último ano, desde novembro de 2021 o PMPF foi “congelado” por sucessivas decisões do CONFAZ, vide Convênios ICMS nº 192/2021, 1º/2022 e 15/2022.

fórmula do cálculo do ICMS, que traduz a correção do volume de combustível comercializado tendo em vista a variação da temperatura ambiente de cada unidade federada.

Aliás, foi para tentar neutralizar esse grande número de variáveis flutuantes, que o artigo 7º da LC nº 192/2022 estabeleceu uma norma transitória, segundo a qual *“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”*.

A uniformização de alíquotas é outra medida fundamental para tornar os combustíveis menos suscetíveis a flutuações conjunturais, para aperfeiçoar a transparência e a previsibilidade no preço desses insumos. Naturalmente que, ao propor um valor único, cabe aos entes com capacidade normativa avaliar uma solução capaz de atender a essa nova dinâmica, sem prejudicar desproporcionalmente nenhum dos Estados brasileiros, e sem prejudicar os consumidores, que padecem sobremaneira com a alta de preços.

Mas proceder a uma regulamentação na forma do Convênio nº 16/2022 do CONFAZ é se esquivar do problema, mantendo o “status quo ante” que a própria lei quis corrigir.

Também seria completamente irrazoável propor uma alíquota única abusiva, tomando como referência o preço mais elevado atualmente praticado nos Estados para os combustíveis do artigo 2º da LC nº 192/2022. Haveria aí um clássico exemplo de ilícito atípico, de desvio de finalidade, uma violação frontal ao clássico postulado do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual a aplicação da lei deve atender aos fins

sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Felizmente, situações dramáticas como essa, que escapam à normalidade da experiência de normatização constitucional, já foram solucionadas por essa Suprema Corte por meio de técnicas de interpretação constitucional receptivas ao “pensamento do possível”.

Essa categoria teórica é típica do pensamento de Peter Häberle, constitucionalista tedesco traduzido para o português pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja obra sinaliza o seguinte:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor. (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3)

Dentro da experiência brasileira, esse princípio indagativo foi exaltado pelo Ministro Gilmar Mendes para a solução de impasses fáticos que tensionaram a capacidade de normatização da Constituição, dentre eles a ADI 4277, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 14/10/2011:

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann). É a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível. (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p.10).

Então, destaquei essa questão para resolver, à época, dois casos básicos, um aqui e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Aqui era um caso muito mais técnico, era aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos TRTs. A Constituição é muito clara. Diz que eles só

poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

(...)

Então, eu destacava outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos, Ministro Luiz Fux, o Ministério Público – artigo 68 do Código de Processo Penal – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o artigo 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que aqui havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

No Eleitoral, eu me lembro, também, que tivemos um outro caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. De que se cuidava? Pedido formulado por várias pessoas para que aqueles casos da chamada deficiência grave houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. São familiares que reclamam que determinadas pessoas estão tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral – a cada dois anos, a obrigação de comparecer ou de fazer a justificção. A leitura do artigo 14 – diziam muitos dos colegas no Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Então, a meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução, tal como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, a partir da aplicação, per analogiam, por analogia poderíamos chegar a essa aplicação. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

A hipótese fático-jurídica aqui experimentada sem dúvida alguma convoca todos as instâncias decisórias brasileiras a refletir, cada qual dentro de suas competências, sobre as alternativas que podem se apresentar para a

efetivação do modelo monofásico e de alíquotas uniformes na tributação do ICMS-combustíveis.

Um dos caminhos possíveis para orientar essa tarefa parece ter sido apontado pelo legislador complementar em dois parágrafos do artigo 6º da LC nº 192/2022, que assim dispõem:

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.

(...)

§ 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.

(...)

§ 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.

O § 5º que se vem de referir estabelece um princípio bastante relevante a ser observado nessa decisão, a orientar que a decisão sobre a alíquota uniforme não deve ampliar o “*peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor*”.

Trata-se de um parâmetro que pode vir a ser interpretado em busca de um equilíbrio reflexivo entre as necessidades fiscais dos Estados e DF, os interesses dos consumidores e as exigências das políticas públicas pertinentes, mediante a definição de uma espécie de “peso proporcional médio”, refletindo a média da composição do preço dos combustíveis em todos os Estados brasileiros no momento da aprovação da LC nº 192/2022, a ser observado pelo CONFAZ para justificar a escolha de uma alíquota única.

A partir dessa definição, Estados eventualmente prejudicados

poderiam vir a ser compensados, ao menos provisoriamente, pelos Estados que vierem a ter sua arrecadação majorada pela implementação da alíquota única, em algum tipo de dinâmica a ser definida com fundamento no artigo 6º, § 3º, da LC nº 192/2022.

No intuito de fomentar de modo propositivo o encontro de uma solução nesse sentido, a presente ação também requer a essa Suprema Corte que 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*”.

V – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

É sabido que, para a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, assim como nas medidas cautelares em geral, faz-se necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro requisito, tem-se que a verossimilhança das alegações expostas na presente inicial restou satisfatoriamente demonstrada, tendo em vista a relevância dos preceitos constitucionais violados pelo atual modelo assimétrico de tributação do ICMS-combustíveis, o qual será ilegítimamente continuado pelo Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ, que tem previsão de início de vigência a partir de 1º de julho de 2022.

Se a EC nº 33/2001 já constituía normatividade suficiente para determinar a transição do modelo de tributação do ICMS-combustíveis para uma realidade monofásica e de uniformidade de alíquotas, com a promulgação da LC nº 192/2022 a imperatividade dessa mudança torna-se ainda mais incisiva, o que ressalta, a mais não poder, a ostensividade dos vícios jurídicos existentes no

Convênio do CONFAZ sob censura.

A propósito, a deturpação dos objetivos da LC nº 192/2022 pelo referido ato normativo foi exposta, de maneira veemente, no Ofício nº 0751.2022-PRESID, encaminhado pelo Presidente do Senado Federal ao Presidente do CONFAZ. Confira-se (doc. anexo):

1. A Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 33/2001, prevê que as alíquotas dos combustíveis sejam estabelecidas pelos Estados, mediante convênio, com três características: ser uniforme em todo o território nacional, incidindo apenas uma vez na cadeia de produção (monofasia); ser ad valorem ou por unidade de medida adotada (*ad rem*); ser passível de alteração sem respeitar o princípio da anterioridade.

2. O objetivo do legislador é o de uniformizar a tributação no mercado interno, reduzindo a complexidade da legislação e facilitando a fiscalização, seguindo princípio adotado no recolhimento dos tributos federais. A opção pela tributação *ad rem* tem a vantagem adicional de minimizar o impacto dos tributos na flutuação dos preços, aumentando a transparência e a previsibilidade de seu comportamento.

3. Devido ao aumento significativo dos preços dos combustíveis, que tem penalizado a população e a economia, o Congresso Nacional decidiu regulamentar a Emenda Constitucional nº 33, de 2001, ao aprovar a Lei Complementar nº 192, de 2022, e indicou os combustíveis que deveriam adotar a sistemática prevista na Constituição Federal, com alíquotas específicas de modo a adotar estrutura tributária mais moderna e eficiente.

4. Em relação ao óleo diesel, em razão de sua importância central para a economia, foi estabelecida regra de transição para que a base de cálculo, provisoriamente, equivalesse à média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 (sessenta) meses anteriores à sua fixação. O objetivo dessa transição foi o de dar imediata efetividade à nova sistemática tributária, que mitiga o efeito da oscilação do petróleo no mercado internacional, reduzindo o efeito dos tributos na formação do preço final.

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. (grifou-se)

Quanto ao perigo com a demora, ele está sobejamente configurado ante à iminente produção de efeitos do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ. Além de juridicamente insustentável, a persistência da prática de alíquotas assimétricas onera significativamente os contribuintes, que já se encontram pesadamente impactados pela variação drástica do preço dos combustíveis na atual conjuntura.

Conforme se demonstrou nesta peça, a monofasia e o princípio da uniformidade devem ser observados por todos os entes federativos na imposição fiscal do ICMS-Combustíveis. Sua aplicação imediata decorre de determinação constitucional, reiterada no plano infraconstitucional pela Lei Complementar nº 192/2022, e é essencial para impedir o comportamento federativo predatório, para viabilizar um sistema de tributação mais justo e menos vulnerável a fraudes.

VI – DO PEDIDO

Diante do exposto, pede-se:

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;

b) a solicitação de informações ao CONFAZ, órgão responsável pela edição do ato normativo aqui atacado, bem como às Casas Legislativas do Congresso Nacional, que tiveram suas competências usurpadas pelo ato normativo aqui impugnado;

c) a subsequente oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República;

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

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 12 de maio de 2022.

JAIR MESSIAS BOLSONARO
Presidente da República

BRUNO BIANCO LEAL
Advogado-Geral da União

Rol de documentos que acompanham a inicial:

Doc. 01 – Convênio ICMS nº 16/2022, do Confaz;

Doc. 02 – Nota Informativa SEI nº 16348/2022/ME;

Doc. 03 – Ofício nº 0751.2022-PRESID - Ofício encaminhado pelo Presidente do Senado Federal ao Presidente do Conselho Nacional de Política Fazendária.