



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 68/DF**

**RELATORA:** MINISTRA ROSA WEBER  
**REQUERENTE:** PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**INTERESSADO:** CONGRESSO NACIONAL  
**PARECER AJCONST/PGR Nº 393194/2021**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. INCIDÊNCIA MONOFÁSICA. LEI COMPLEMENTAR. OMISSÃO LEGISLATIVA. UNIFORMIDADE DAS ALÍQUOTAS. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO. ESTADOS E DISTRITO FEDERAL. AUTONOMIA. RESTRIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENSO. OPÇÃO NORMATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO.

1. Há de ser declarada a omissão inconstitucional do Congresso Nacional na edição da lei complementar a que alude o art. 155, § 2º, XII, "h" da Constituição Federal, inserida pela Emenda Constitucional 33, de 11.12.2021, seja pela ocorrência de "*mora agendi*", seja pela caracterização da "*mora deliberandi*".
2. A edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 2º, XII, "h", da CF requer, no processo legislativo, a composição de interesses de complexo consenso político interfederativo, o que impõe a fixação de prazo razoável.
3. O campo do convênio de ICMS não se confunde com o da lei complementar de normas gerais em matéria de ICMS, de modo que a disciplina da incidência



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

monofásica do ICMS-combustíveis não repercuta automaticamente na adoção do regime uniforme de alíquotas em todo o território nacional, para o qual se exige convênio celebrado nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal.

4. A edição de convênio de ICMS insere-se no campo de opção político-normativa dos Estados-membros e Distrito Federal, pois exige prévio acordo de vontades desses entes federativos no âmbito do CONFAZ.

5. A opção político-normativa não é sindicável por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ante a ausência do dever constitucional de legislar.

6. Até que seja editada a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF, os Estados-membros e o Distrito Federal têm ampla margem de conformação na regulamentação provisória da matéria por convênio interestadual, nos termos do art. 4º da EC 33/2001.

7. Não cabe ao Judiciário suprir opção normativa dos entes tributantes em aderir, por convênio de ICMS, ao regime uniforme de alíquotas de que trata o art. 155, § 4º, IV, “a”, da CF, na disciplina provisória admitida pelo art. 4º da EC 33/2001, sob pena de atuar como legislador positivo.

— Parecer pela procedência parcial do pedido, para declarar a omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF, com fixação de prazo razoável para a edição do diploma normativo.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Excelentíssima Senhora Ministra Rosa Weber,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Presidente da República contra omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, da Constituição Federal.

Argui o requerente que o art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001, previu, em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, que a lei complementar definiria “*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*”.

Segundo o requerente, o art. 155, § 4º, da CF estabeleceu “*diretrizes a serem observadas na futura legislação complementar*”, pelas quais:

*§ 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;*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*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.*

Alega ainda que o art. 4º da Emenda Constitucional 33/2001 dispôs que, “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”.

Ressalta, no entanto, que, “embora transcorridos quase 20 (vinte) anos desde a promulgação da EC nº 33/2001, ainda hoje não foi aprovada a legislação complementar” de que trata o mencionado dispositivo constitucional.

Segundo o requerente, “esse impasse legislativo tem se mostrado bastante prejudicial para o país”, pois, “além de representar parcela expressiva da arrecadação



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*tributária”, o ICMS incidente sobre os combustíveis é “muito influente no cotidiano do consumidor, dos transportadores e da política energética do país”.*

*Diz que, “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 é definido a partir de alíquotas excessivamente assimétricas, além de obedecer à sistemática jurídica da substituição tributária, que torna a apuração do valor devido extremamente complexa e suscetível a fraudes”.*

Cita o requerente diversos projetos de lei complementar, em trâmite no Congresso Nacional, para disciplinar a matéria, incluindo o recente Projeto de Lei Complementar – PLP 16/2021, encaminhado pelo Executivo Federal. Todos, porém, ainda aguardando aprovação do Poder Legislativo.

Assevera, nesses termos, que esta ação direta tem “duas finalidades concomitantes: (i) a de ver declarada a mora do Poder Legislativo em editar a norma a que alude o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea 'h', da Constituição Federal; e (ii) complementarmente, a de obter fixação de interpretação conforme a Constituição da norma do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 33/2001, para que a sua aplicação prática seja orientada, desde logo, pelos princípios dos artigos 155, § 4º, inciso IV, alínea 'a'; 155, § 2º, inciso III; e 150, § 5º, todos da Constituição”.

Argui o requerente que “as determinações do texto constitucional referentes à tributação dos combustíveis pelo ICMS não estão sendo observadas pelas normas



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*que, atualmente, regulam a hipótese”, seja porque a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, ainda não foi editada, seja porque “o regime transitório consentido pelo artigo 4º da EC nº 33/2001 está significativamente distanciado das diretrizes preconizadas pelo artigo 155, § 4º, da Constituição Federal (sobretudo do princípio da uniformidade de alíquotas)”.*

Salienta a importância da uniformidade das alíquotas do ICMS-combustíveis em todo o território nacional. Pondera que *“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”.*

Alega que, das normas previstas no art. 155, § 4º, da CF, uma parte *“é de acatamento opcional pelos entes federativos”.* Haveria, porém, *“um núcleo principiológico desse diploma que é de aplicabilidade imediata, sendo exigível desde a promulgação da emenda [EC 33/2001]. É o caso do princípio da uniformidade, veiculado pelo artigo 155, § 4º, inciso IV, alínea ‘a’, da Constituição”.*

Pontua que *“embora a determinação constitucional de observância do princípio da uniformidade do ICMS-combustíveis exista há quase 20 anos, o estado de coisas vigente reflete uma realidade tributária absolutamente avessa ao espírito normativo da Constituição”.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Primeiro, porque o Congresso Nacional continua omissos *“em adotar a legislação complementar indicada no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘h’, da Constituição Federal, que deveria implementar a tributação monofásica”*. Segundo, porque o *“exercício federativamente irresponsável da competência transitória estabelecida em favor dos Estados e Distrito Federal pelo art. 4º da EC nº 33/2001 (...) possibilitou a manutenção de um sistema com alíquotas extremamente assimétricas”*.

Essa assimetria de alíquotas, segundo o requerente, tem acarretado *“três outros graves sintomas para a integridade da ordem constitucional brasileira, a saber: (i) a violação ao princípio da seletividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, inciso III; (ii) a afronta ao princípio da intelegibilidade da tributação incidente sobre mercadorias e serviços (artigo 150, § 5º); e (iii) a vulnerabilização excessiva dos consumidores (artigo 170, inciso V)”*.

Argumenta que *“atualmente há uma série de Estados-membros que praticam alíquotas elevadas para a tributação do ICMS-combustíveis, chegando a exigir recolhimento equivalente a 30% ou mais nas prestações sobre gasolina”*. Segundo o requerente, *“as alíquotas que se situam nessa faixa são claramente destoantes do princípio constitucional da seletividade”*.

Argui que *“o atual sistema, além de incompatível com a determinação constitucional que impõe a unidade das alíquotas em todo o território nacional, é marcado por complexidade excessiva, o que tem acentuado a volatilidade na precificação,*





**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*retirado a previsibilidade dos destinatários finais dos combustíveis e frustrado a preservação de um ambiente concorrencial minimamente adequado”.*

O requerente formula, então, os seguintes pedidos:

- c) que seja declarada a inconstitucionalidade por omissão decorrente da ausência de edição da lei complementar a que alude o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “h”, da Constituição Federal, com a fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional supra a mora legislativa; e*
- d) cumulativamente, que seja fixada interpretação conforme a Constituição ao artigo 4º da Emenda Constitucional nº 33/2001, para que se estabeleça que a competência normativa nele estabelecida deve ser exercida à luz dos princípios federativo e da uniformidade de alíquotas de ICMS-combustíveis (155, § 4º, inciso IV, alínea “a”, da Constituição), reparando-se, assim, as lesões constitucionais descritas na presente ação.*

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10.11.1999.

O Senado Federal, em informações, defendeu inexistir a alegada omissão do Congresso Nacional. Disse haver projetos de lei em regular trâmite no Poder Legislativo, a fim de regulamentar o art. 155, § 2º, XII, “h”, da Constituição Federal. Arguiu que *“a normalidade do processo legislativo, ainda que sem aprovação, afasta a alegação de mora inconstitucional”.*

Referiu-se ao PLP 16/2021, de autoria do Presidente da República. Quanto a esse projeto, apresentado sob regime de urgência constitucional (CF, art. 64, § 1º), informou que, *“em 30/03/2021, por mensagem do Poder*





**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Executivo, foi solicitado tornar sem efeito o pedido de regime de urgência originário”. Posteriormente, “em 16/6/2021, houve requerimento de tramitação de urgência pelo deputado Ricardo Barros, líder do governo, aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 29/06/2021”.*

*Alegou que esta ação trata de “uma questão de articulação política dentro da complexa e necessária harmonia e independência dos poderes, não se justificando que o âmbito de discricionariedade política seja artificialmente transformado em conflito jurídico para suscitar a atuação do Supremo Tribunal Federal”.*

*Aduziu descaber, no caso, a interpretação conforme a Constituição pleiteada pelo requerente. É que a EC 33/2001, “ao delegar à lei complementar definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, também instituiu regra de transição no seu art. 4º”. Não se trataria, portanto, “de ausência de regulamentação da matéria, mas de vigência de regulamentação por norma constitucional de vigência temporária – mas legítima – e que não pode ser alterada ou afastada por intervenção do Poder Judiciário”.*

*Ressalta o Senado Federal que “a Constituição atribui ao Poder Legislativo Federal a competência para definir quais combustíveis e lubrificantes terão exaço monofásica, mas não necessariamente impõe essa solução para todos eles (ou, mais especificamente, para os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo). Dessa forma, a interpretação conforme pretendida pelo requerente busca impor ao*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Congresso Nacional uma restrição que não foi pretendida, tampouco normatizada, pelo poder constituinte derivado”.*

O Presidente da República, ratificando, integralmente, os termos da petição inicial, pugnou pela procedência do pedido.

A Câmara dos Deputados ainda não prestou informações.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido, ao argumento de que *“a excessiva assimetria de alíquotas e de outros determinantes do valor cobrado a título de ICMS-combustíveis deve-se à modalidade plurifásica de tributação hoje vigente, e revela quadro de omissão inconstitucional na regulamentação do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘h’, da Constituição Federal, uma vez que ofende o pacto federativo, os princípios da seletividade do ICMS e da inteligibilidade da tributação incidente sobre mercadorias e serviços, vulnerando excessivamente os consumidores”.*

Eis, em síntese, o relatório.

O art. 153 da Constituição Federal outorga à União competência tributária para instituir impostos. Da mesma forma, os arts. 155 e 156 da CF conferem aos estados, ao Distrito Federal (art. 155) e aos municípios (art. 156) competência para instituição dos impostos neles taxativamente previstos.

Tais dispositivos constitucionais delimitam campos de competência de cada ente da Federação quando da criação de impostos, assegurando a estes



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

diferentes esferas de possibilidade de atuação tributária. É dizer, a Constituição Federal não cria impostos, apenas delimita a competência tributária de cada um dos entes federativos para instituí-los por meio de lei em sentido estrito.

O imposto sobre as prestações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), apesar de ser tributo da competência dos Estados e do Distrito Federal, demanda configuração jurídica nacional, em razão da potencial repercussão extraterritorial da exação e da possibilidade de guerra fiscal.<sup>1</sup>

Nesse contexto, o art. 155, § 2º, XII, da CF estabelece as matérias relativas ao ICMS que demandam regulamentação por lei complementar de caráter nacional. Daí por que José Afonso da Silva afirma que a exigência de lei complementar para dispor sobre ICMS não se limita à previsão geral do art. 146, III, da CF, alcançando também as temáticas contidas no art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal.

1 *ICMS E REPULSA CONSTITUCIONAL À GUERRA TRIBUTÁRIA ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS: O legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a 'guerra tributária' entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste este tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributária, notadamente em face do seu caráter não-cumulativo, (c) justificam a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder elou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais (ADI 1.247/PA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 8.9.1995).*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Segundo o eminente constitucionalista, “a lei complementar mencionada no inciso XII do § 2º do art. 155, encaixa-se primordialmente na **função de limitar o poder de tributar relativamente ao ICMS**”, uma das funções precípua das normas gerais em matéria de legislação tributária.<sup>2</sup>

A locução “normas gerais em matéria de legislação tributária”, contida no art. 146, III, da CF, embora veicule conceito jurídico indeterminado, há de ser compreendida como modalidade de “lei nacional dirigida, indistintamente, ao legislador dos entes políticos — União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios — de forma isonômica”.<sup>3</sup> Enfatiza Sacha Calmon Navarro Coelho que o Código Tributário Nacional (CTN) é exemplo de norma geral em matéria de legislação tributária, porquanto:

*(...) as normas gerais de direito tributário, veiculadas pelas leis complementares, são eficazes em todo o território nacional, acompanhando o âmbito de validade especial destas e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da federação, em verdade, seus destinatários. A norma geral articula o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas, em matéria de tributação.*<sup>4</sup>

- 2 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 687-688.
- 3 CRUZ, Diniz Ferreira da. *Lei complementar em matéria tributária*. São Paulo: Bushatsky, 1978, p. 44-45.
- 4 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 146 – grifo nosso.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Portanto, norma geral em matéria de legislação tributária é a que se destina a unificar o sistema tributário nacional, de modo que, seja o tributo federal, estadual, distrital ou municipal, a hipótese de incidência, a base de cálculo, a alíquota, os elementos que compõem a obrigação tributária, a prescrição, a decadência e demais aspectos relacionados à norma tributária se conformarão ao regime geral que visa, na essência, a evitar desarmonia no sistema tributário nacional e na organização federativa.

No entanto, como já observava Aliomar Baleeiro, a norma geral não decreta *“tributo, nem lhe fixa alíquota. Isso cabe exclusivamente à lei ordinária da pessoa de direito público competente para instituí-lo”* (RTJs 65/194, 3/692, 2/508, 3/825, 1/192). É que os limites das normas gerais editadas pelo ente central em matéria de ICMS encontram-se, justamente, na autonomia das pessoas estatais que compõem a Federação.

Esclarece Misabel Derzi em atualização da obra de Aliomar Baleeiro:

*(...) as normas gerais jamais substituem o exercício da competência legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios em matéria financeira e tributária, de tal sorte que, havendo omissão do legislador ordinário estadual ou municipal, não poderá a União — mesmo editando lei complementar — regular o tributo de alheia competência, para valer no território daquela pessoa que renunciou à faculdade de legislar, atribuída na Carta Magna.*

*(...)*

*Assim, as normas gerais não suprimem nem reduzem, ou substituem o exercício da competência legislativa tributária por cada pessoa política,*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*que regulará o tributo de sua competência por meio da edição de lei própria, único ato normativo estatal apto a instituí-lo, validamente, dentro do respectivo âmbito territorial de validade. Tampouco a existência da norma geral poderá paralisar o exercício da competência legislativa estadual ou municipal.*<sup>5</sup>

É nesse contexto que a Emenda Constitucional 33, de 11.12.2001, inseriu a alínea “h” no inciso XII do § 2º do art. 155 e o § 4º no mesmo dispositivo da CF. É dizer, por se tratar de norma geral em matéria de legislação tributária, a possibilidade de incidência monofásica da tributação do ICMS sobre os combustíveis e lubrificantes foi remetida pelo texto constitucional à disciplina da lei complementar, nos seguintes termos:

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

*(...)*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e 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 o 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;*

*(...).*

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

5 BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 344 (e-book).





**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

- 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 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 do 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. (Grifos nossos)*

Ainda prevê o art. 4º da EC 33/2001 que, “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 art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF, inserido pela EC 33/2001, comete à União a edição de norma geral que defina os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o ICMS incidirá uma única vez. Instituído o **regime monofásico**,





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

determina o § 4º, IV, do mesmo dispositivo que as alíquotas serão definidas pelos estados e pelo Distrito Federal, nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF, ou seja, por convênio celebrado no CONFAZ, e serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto.

Passados vinte anos da promulgação da EC 33/2001, o Congresso Nacional ainda não editou a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF. A omissão legislativa está, portanto, caracterizada, uma vez que, até a edição da referida lei complementar ou da regulamentação provisória do art. 4º da EC 33/2001, *“as operações com combustíveis e lubrificantes continuam sujeitas à incidência plurifásica (em cada operação) e à imunidade prevista no art. 155, X, ‘b’, da CF/88, relativa às operações interestaduais de petróleo e combustíveis dele derivados”* (ADI 3.103/PI, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 25.8.2006).

Ainda que, nesse período, diversos projetos de lei tenham tramitado pelas Casas Legislativas, a circunstância é que nenhum deles, até o momento, foi devidamente aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. No ponto, é preciso ressaltar que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não considera bastante para desqualificar o interesse processual de agir, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a existência de projetos de lei em tramitação visando à regulamentação da matéria.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

É que a mera existência de projeto de lei, ainda que tramitando em regime de urgência, não descaracteriza a situação de omissão inconstitucional (ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 6.9.2007; ADOs 24-MC e 30/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 1º.8.2013 e de 6.10.2020).

A propósito, esclarece o Ministro Celso de Mello que, *“o estado de mora legislativa pode restar configurado tanto na fase inaugural do processo de elaboração das leis (**‘mora agendi’**) quanto no estágio de deliberação sobre as proposições já veiculadas (**‘mora deliberandi’**), desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo”* (ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 6.10.2020).

Assim, nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, há de ser declarada a inconstitucionalidade por omissão.

Quanto à estipulação de prazo para que o Congresso Nacional ultime a análise da matéria, o Supremo Tribunal Federal, em respeito ao princípio da divisão funcional de Poder, havia firmado jurisprudência no sentido de que *“a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional” (ADI 1.349-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 30.5.2003).<sup>6</sup>*

Ocorre que, como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, *“o princípio da separação de poderes confere ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas, evidentemente, não lhe dá o poder de inviabilizar a normatividade da Constituição”*. É que, *“admitir que o Judiciário nada pode fazer quando o Legislativo se nega a tutelar as normas constitucionais é não perceber que o dever de tutela da Constituição é acometido ao Estado e não apenas ao Legislativo”*.<sup>7</sup>

Com base nessa compreensão, passou-se a permitir que, diante do estado inconstitucional gerado pela omissão no dever de legislar, o Supremo Tribunal Federal estabelecesse prazo razoável para adoção de providências legislativas necessárias à colmatação, sem, no entanto, representar imposição constitucional de atuação legislativa (ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6.9.2007; ADO 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 18.8.2017).

Sobre o ponto, esclarece o Ministro Gilmar Mendes:

- 6 O entendimento tradicional do STF, a par dessa premissa, era no sentido de que o prazo de 30 dias para adoção de providências necessárias em caso de omissão inconstitucional, previsto no art. 103, § 2º, da CF, aplicava-se somente às atribuições administrativas do chefe do Poder Executivo (ADI 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.6.2001).
- 7 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.195.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*Um dos problemas relevantes da dogmática constitucional refere-se aos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade da omissão. Não se pode afirmar, simplesmente, que a decisão que constata a existência da omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional não produz maiores alterações na ordem jurídica. Em verdade, tem-se aqui sentença de caráter nitidamente mandamental que impõe ao legislador em mora o dever de, **dentro de um prazo razoável**, proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade. O dever dos Poderes Constitucionais ou dos órgãos administrativos de proceder à imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade parece ser uma das consequências menos controvertidas da decisão que porventura venha a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão que afete a efetividade de norma constitucional. O princípio do Estado de Direito (art. 1º), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e o disposto no art. 5º, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade.<sup>8</sup>*

No caso, como reconheceu o próprio requerente, o ICMS é a maior fonte de receitas tributárias dos estados e do Distrito Federal. Esse imposto tem, conseqüentemente, importância decisiva para que os entes regionais da Federação cumpram a contento suas funções constitucionais.

Diante disso, tal como afirmou o Senado Federal, é razoável que a busca por consenso legislativo acerca da matéria seja mais demorada. Trata-

8 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.200.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

se de questão política das mais delicadas, submetida a diversas formas de composição, bem como a grande variedade de interesses interfederativos.

Talvez já prevendo a dificuldade na aprovação da lei complementar em referência, a EC 33/2001, em seu art. 4º, previu regra transitória, delegando aos estados e ao Distrito Federal a disciplina da matéria, mediante convênio.

Ademais, o próprio Presidente da República, num reconhecimento de que o assunto merece análise mais acurada do Congresso Nacional, retirou o regime de urgência constitucional que havia imprimido ao PLP 16/2021.

Considerando que a edição da lei complementar prevista no art. 155, § 2º, XII, "h", da Constituição Federal requer complexo consenso legislativo, como observou o Senado Federal, impõe-se a fixação de prazo razoável para a colmatação da omissão legislativa.

O pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 4º da EC 33/2001, para que *"se estabeleça que a competência normativa nele estabelecida deve ser exercida à luz dos princípios federativo e da uniformidade de alíquotas de ICMS-combustíveis (155, § 4º, IV, 'a', da CF)"*, também há de ser julgado **improcedente**.

Ainda que se possa reputar omissão do Congresso Nacional na edição da lei complementar a que alude o art. 155, § 2º, XII, "h", da CF, da mera definição dos combustíveis sujeitos à incidência única do ICMS **não resultará**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**automática uniformização de alíquotas** do tributo em todo o território nacional, visto que o art. 155, § 4º, IV, “a”, da CF, em respeito à competência tributária dos entes federativos,<sup>9</sup> exige prévio consenso dos Estados-membros e do Distrito Federal em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ.<sup>10</sup>

A exigência de convênio interestadual tem por escopo assegurar, justamente, a autonomia dos Estados-membros e do Distrito Federal quanto à definição das alíquotas dos seus tributos, não cabendo à lei complementar federal, editada nos termos do art. 155, § 2º, XII, da CF, sobrepor-se à competência tributária dos entes federativos a fim de regular o aspecto quantitativo de tributo.

O campo do convênio de ICMS não há de ser confundir com o da lei complementar. As cláusulas do convênio subordinam-se à lei complementar e às demais normas jurídicas superiores. A reserva de convênio estabelecida no

- 9 Observa Misabel Derzi que “*os limites das normas gerais encontram-se na própria autonomia das pessoas estatais que compõem a Federação. Se, dentro do Direito Tributário, a prevenção de conflitos de competência é um marco importante, indicador desses limites, a função de orientação, padronização e uniformização ensejará dúvidas ao intérprete quanto à sua extensão. O federalismo integrativo, já por si centralizador, não pode sufocar, de forma nenhuma, a autonomia e a descentralização, enfim, a dessimetria a que se refere PONTES DE MIRANDA, sob pena de converter-se o País em verdadeira unidade política*” (BALEEIRO; DERZI, *Direito tributário brasileiro*. cit., p. 342 – grifo nosso).
- 10 Ricardo Alexandre define convênios interestaduais como “*acordos de vontade firmados por pessoas políticas de direito público interno para consecução de objetivos comuns*” (ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Método. 2009, p. 222). Ou seja, mesmo para os convênios que veiculem simples deveres instrumentais, nos moldes do art. 199 do CTN, é necessário o consenso dos entes federativos envolvidos.





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

art. 155, § 4º, IV, da CF, conquanto pressuponha a edição da lei complementar a que alude o art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF, com ela não se confunde.

Uma coisa é a **incidência monofásica** do ICMS sobre os combustíveis e lubrificantes que a lei eleger como sujeitos a essa sistemática de tributação em etapa única (CF, art. 155, § 2º, “h”); outra é a adoção de um **regime linear de alíquotas** para os combustíveis e os lubrificantes que vierem a ser definidos como sujeitos à incidência do ICMS uma única vez (CF, art. 155, § 4º, IV, “a”).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já consolidou jurisprudência no sentido de que os convênios de ICMS celebrados no CONFAZ, nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF, são meramente autorizativos e reclamam lei de cada Estado-membro e do Distrito Federal para sua internalização.

Veja-se, a propósito, a ementa do seguinte julgado:

*Ação direta de inconstitucionalidade. Perda de objeto. Direito Tributário. ICMS. Energia elétrica. Necessidade de instituição da substituição tributária por meio de lei estadual em sentido estrito, com densidade normativa. Operações interestaduais. Imprescindibilidade de submissão do Convênio ICMS nº 50/19 à Assembleia Legislativa. Aplicação da anterioridade geral e nonagesimal quanto à majoração indireta do ICMS provocada pela substituição tributária.*

1. A antecipação do ICMS com substituição tributária deve se harmonizar com a lei complementar federal que dispõe sobre a matéria (Tema nº 456, RE 598.677/RS, de minha relatoria, DJe de 5/5/2021). É imprescindível, ademais, que a instituição dessa substituição tributária





**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*seja feita por meio de lei estadual em sentido estrito, com densidade normativa (ADI nº 4.281/SP, redatora do acórdão Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18/12/2020).*

*2. Versando o convênio ICMS interestadual autorizativo sobre matéria em relação à qual se exige, ainda, disciplina em lei estadual em sentido estrito, deve ser ele submetido às respectivas Casas Legislativas. Nessa direção, vide: ADI nº 5.929/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 6/3/2020.*

*3. Por meio do Convênio ICMS nº 50/2019, os estados signatários acordaram em adotar, quanto ao ICMS, o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica neles iniciadas com destino a distribuidora localizada no Estado do Amazonas.*

*4. O Decreto nº 40.628/19 do Estado do Amazonas, ao instituir substituição tributária relativamente ao ICMS e incorporar à legislação amazonense o referido convênio, sem a prévia submissão dessa à Assembleia Legislativa, incidiu em inconstitucionalidade formal.*

*5. Está sujeita às anterioridades geral e nonagesimal a majoração indireta do ICMS provocada pela instituição de substituição tributária em questão. Precedentes.*

*6. Ação direta julgada prejudicada quanto ao inciso II do art. 1º do Decreto nº 40.628/19, na parte em que fixou a Margem de Valor Agregado (MVA) de 150% em relação à energia elétrica, e procedente quanto à parte subsistente, declarando-se a inconstitucionalidade formal – por ofensa ao princípio da legalidade tributária – e material – por violação das anterioridades geral e nonagesimal – dos arts. 1º, I e II – na parte remanescente –, e 2º do mesmo decreto.*

*7. Ficam modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que a decisão produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ressalvando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito.*

*(ADI 6.144/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 3.9.2021)*

Assim, embora o convênio de ICMS legitime restrições de ordem constitucional que afetem o exercício da competência tributária dos estados-



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

membros e do Distrito Federal, pressupõe ele o **prévio acordo de vontades** que, se não existente, impede a sua própria materialização, que é imprescindível para internalização por lei em sentido estrito dos entes federativos.

É dizer, em respeito ao princípio federativo e à autonomia dos estados e do Distrito Federal para exercerem competência tributária em relação ao ICMS — respeitados os limites traçados pela Constituição Federal e por normas gerais de direito tributário — não há como se extrair do art. 155, § 4º, IV, “a”, da CF, a obrigatoriedade de celebração do convênio que unifique as alíquotas do ICMS em todo o território nacional, mesmo após a edição da lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, da Constituição Federal.

A edição de convênio de ICMS na forma do art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF — a que se remete o art. 155, § 4º, IV, da CF e o art. 4º da EC 33/2001 —, por exigir consenso prévio dos estados e do Distrito Federal, insere-se no campo da opção normativa.

Da mesma forma, o art. 4º da EC 33/2001 confere ampla margem de discricionariedade aos estados e ao Distrito Federal para, na falta da lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF, fixar “normas para



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*regular provisoriamente a matéria*”,<sup>11</sup> de modo que a aplicação ou não de alíquotas uniformes do ICMS-combustíveis, na regulamentação provisória da matéria, constitui opção político-normativa a ser tomada mediante prévio acordo de vontades no âmbito do CONFAZ.

A **omissão normativa** distingue-se da **opção normativa**, de modo que, ausente o dever constitucional de editar a norma na segunda, apenas a primeira é sindicável por ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 53-AgR/BA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 7.11.2019).

Tratando-se de opção político-normativa, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, nem mesmo pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atuar como legislador positivo, substituindo-se aos estados-membros e ao Distrito Federal na deliberação da matéria, para determinar observância da uniformidade de alíquotas do ICMS-combustíveis na regulamentação provisória de que trata o art. 4º da EC 33/2001, ou mesmo para suprir a vontade dos entes federativos quanto ao consenso exigido para deliberação da matéria no CONFAZ.

11 *“Inexistindo lei complementar da União, que previna conflitos de competência; regulamente as limitações ao poder de tributar ou defina os tributos, suas espécies, os fatos geradores e as bases de cálculo dos impostos discriminados na Constituição, conforme prescreve o art. 146, I, II, e III, nem por isso ficará bloqueado o exercício da competência legislativa de cada ente político da Federação, competência resultante das normas atributivas dos arts. 145, 148, 149-A, 153, 155 e 156 e daquelas restritivas e proibitivas do art. 150, 151 e 152”* (BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 346; e-book).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pela procedência parcial do pedido, para declarar a omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, “h”, com fixação de prazo razoável para a edição do diploma normativo.

Brasília, data da assinatura digital.

*Augusto Aras*  
Procurador-Geral da República  
*Assinado digitalmente*

JMR/PC