

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

**RELATOR** : **MIN. ANDRÉ MENDONÇA**  
**REQTE.(S)** : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
**INTDO.(A/S)** : **CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA  
FAZENDÁRIA - CONFAZ**  
**ADV.(A/S)** : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**DECISÃO**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Presidente da República, 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, 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”*.

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

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

## ADI 7164 MC / DF

*Carta Republicana*”.

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

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

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

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

## ADI 7164 MC / DF

Argumenta ainda que tal 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”.

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

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

Ao final, requer:

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

(...)

“d) a procedência do pedido formulado, para que, confirmando-se a medida cautelar, seja declarada a inconstitucionalidade das Cláusulas quarta e quinta, bem como do Anexo II, do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ; e e)

## ADI 7164 MC / DF

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”.

É o relatório. **Decido.**

Em exame perfunctório da matéria, exercendo juízo de cognoscibilidade sumária, próprio à apreciação das medidas cautelares, entendo estarem presentes os requisitos autorizadores do deferimento da tutela de urgência requerida.

Quanto ao *fumus boni iuris*, parece-me ser patente a violação aos dispositivos constitucionais invocados, destacando-se a afronta manifesta ao *princípio da uniformidade*, veiculado pelo artigo 155, § 4º, inciso IV, alínea “a”, da Carta de 88, pelo estabelecimento do denominado “*fator de equalização*”, previsto na cláusula quarta do Convênio inquinado.

Nesse sentido, não há como negligenciar o teor da Nota Informativa SEI nº 16348/2022, elaborada pelo próprio Diretor da Secretaria-Executiva do CONFAZ, que afirma:

*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).*

## ADI 7164 MC / DF

*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. (grifei)*

A evidência do quanto alegado é robustecida pelo teor do Ofício nº 0751.2022- PRESID, encaminhado pelo Presidente do Senado Federal ao Presidente do CONFAZ, com o seguinte teor:

*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.*

## ADI 7164 MC / DF

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.*

## ADI 7164 MC / DF

No que pertine ao *periculum in mora*, além de compreender, na esteira do que preconizado pelos artigos 300 a 311 do CPC, que o caráter de evidência da tutela reflete na análise deste requisito, entendo-o configurado diante da proximidade de vigência do novo modelo, considerando ainda que a complexidade e relevância da questão justifica a urgência para que, a partir de tal decisão, se dê início imediato à construção de uma solução efetiva, perene e consentânea com os parâmetros constitucionais reguladores da matéria.

Ademais, a relevância e urgência da questão parece-me clara ao se verificar que tanto o Chefe do Poder Executivo - autor da presente demanda -, quanto o Chefe do Poder Legislativo federal - que instou o CONFAZ a reanalisar a questão por meio do Ofício *suso* mencionado -, ocupam-se da matéria, manifestando-se, cada um à sua maneira, pela necessária superação do *status quo*, inalterado pela norma vergastada.

Ante o exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999 e no art. 21, V, do RISTF, **defiro a medida cautelar pleiteada, ad referendum** do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia das Cláusulas quarta e quinta, bem como do Anexo II, do Convênio ICMS nº 16/2022, do CONFAZ.

Comunique-se, com urgência, o CONFAZ.

Na forma do art. 6º da Lei nº 9.868/99, determino sejam requisitadas, com urgência e prioridade, informações ao CONFAZ, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, a serem prestadas no prazo de cinco dias.

Em seguida, abra-se vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República pelo prazo de cinco dias, com a finalidade de que acostem aos autos suas manifestações.

**ADI 7164 MC / DF**

Publique-se.

Brasília, 13 de maio de 2022.

**Ministro ANDRÉ MENDONÇA**

Relator