



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília/DF, SBN Quadra 1, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, inscrita no CNPJ nº 33.665.126/0001-34, por seus advogados (procuração anexa), vem, com apoio nos arts. 102 (inciso I, alínea a) e 103 (inciso IX) da Constituição Federal, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

tendo por objeto a cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 199/2022, bem como a cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 15/2023, que vedam a apropriação de créditos de ICMS nas operações e prestações antecedentes às saídas de óleo diesel A, biodiesel (B100), gás liquefeito de petróleo (GLP) e gás liquefeito de gás natural (GLGN), bem como com a gasolina A e etanol anidro combustível (EAC) obrigando o contribuinte a estornar eventuais créditos, pelas razões que passa a expor.

I - SÍNTESE

1. Por meio da cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 199/2022 e da cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 15/2023, estabeleceram os Estados a proibição de aproveitamento e manutenção do crédito de ICMS das etapas anteriores às saídas de óleo diesel A, B100,



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

GLP e GLGN, bem como gasolina A e EAC, violando, a um só tempo, a não cumulatividade do ICMS, a vedação de tratamento desigual em razão da origem do produto e ainda provocando desequilíbrio concorrencial entre estruturas mais e menos verticalizadas.

2. As cláusulas em questão disciplinam o comportamento de contribuintes em caráter original, vez que tal regra **não consta** na Lei Complementar nº 192/2022. Assim, cabível o controle concentrado, tal como já reconhecido nas ADIs 3.103 e 4.171.

II - DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA À ADI 7.164

3. O objeto desta ADI já vem sendo debatido na ADI 7.164 por força da implementação do acordo firmado entre a União e os Estados.

4. Com efeito, na petição conjunta do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) e do Comitê Nacional de Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal (COMSEFAZ), pet. 33.472/2023 (doc. anexo¹), no item 2 do “*Alterações necessárias nos Convênios – Alta criticidade*” (original sem grifos) está indicado “*avaliar as sugestões do Setor e implementar alternativas para a vedação dos créditos conforme acordado*”. Note que o cronograma sugerido nessa petição foi homologado em recente decisão do Ministro Relator André Mendonça, proferida em 31/05/2023 (doc anexo).

5. Posteriormente, foi levado aos autos dessa ADI 7.164 o ofício COMSEFAZ nº 672/2022 (sic – doc. anexo), datado de 20/4/2023, em que aquele colegiado afirma, em resumo, que a vedação de crédito da cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 199/22 será mantida.

6. Ainda, naqueles autos da ADI 7.164 há manifestação da *amicus curiae* ABIOVE – Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais (doc. Anexo) dando conta de que não foi implementada a alternativa pactuada em relação à Cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 199/22.

¹ O ofício está anexado nos autos da ADI 7.164 como documento 1133 anexo à petição 45.370/2023.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

7. Os vínculos da matéria aqui debatida com o cumprimento do acordo firmado e homologado por esse Supremo Tribunal Federal na ADI 7.164 levam, no entender desta Confederação, à prevenção e necessária distribuição por dependência.

III - AS INCONSTITUCIONALIDADES APONTADAS

8. As duas cláusulas aqui atacadas violam, a um só tempo, os arts. 146-A, 152, 155 (§ 2º, I) e 170 (IV e IX) da Constituição Federal.

9. Isso se dá porque as cláusulas em questão vedam o crédito de ICMS das operações anteriores, tornando o imposto **cumulativo**, tendo como efeito direto a majoração do preço do combustível comercializado ao consumidor final, na medida em que onera toda a cadeia econômica dos produtos, em afronta à finalidade pretendida pelo legislador constituinte.

10. Além disso, essa cumulatividade não se dará para quem “*não tiver etapa anterior*”, a saber, quem importe o produto já pronto, ocasionando, assim, diferença tributária em razão da origem e em inusitada *xenofilia*, tratamento mais favorecido ao importado que ao nacional.

11. Não apenas isso, a regra distorce as condições de concorrência, do ponto de vista tributário, entre a empresas de maior porte, ou por serem mais verticalizadas, ou por terem em sua linha de produção outros produtos que não apenas os combustíveis, e empresas de menor porte ou menos verticalizadas. Nessas empresas de maior porte, o ICMS das etapas anteriores poderá ser mantido, ao menos em parte, em razão do uso em outras atividades tributadas pelo imposto, ou em função do valor agregado internamente.

IV - CABIMENTO DESTA AÇÃO DIRETA E DO PEDIDO DE LIMINAR

12. É cabível o controle concentrado das cláusulas de Convênio ICMS aqui atacadas, pois elas possuem efeito normativo, abstração, generalidade e impessoalidade, além de natureza autônoma, criando originariamente restrição não prevista em outro normativo.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

13. Análise semelhante à presente já foi realizada por esse Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento proferido na ADI 3.103, cujo objeto impugnado era o Protocolo ICMS nº 33/2003.

14. Naquela oportunidade, a Corte se manifestou favoravelmente ao cabimento da ação, rejeitando a preliminar de carência da ação, forte no argumento de que o protocolo de ICMS²:

(...)

Pode, dependendo do conteúdo e do alcance, constituir instrumento só administrativo, aplicável apenas aos Estados signatários, ou, como se dá no caso, **assumir a função de ato normativo, tendente a disciplinar também, com abstração e generalidade, comportamento de terceiros, como os contribuintes. Nesta hipótese, é suscetível de controle direto.**

15. Some-se a tal constatação o disposto no § 5º do art. 155 da Constituição Federal, acrescentado pela EC 33/2001. Por meio desse dispositivo, o constituinte derivado delegou ao CONFAZ a normatização necessária à implementação da incidência monofásica do ICMS sobre combustíveis, prevista no § 4º do art. 155 da CF, também acrescentado por aquela emenda. Assim, verifica-se que foi outorgado aos convênios competência **normativa originária**, afastando a compreensão de eventuais inconstitucionalidades sejam meramente reflexas, insuscetíveis de controle concentrado.

16. Demonstrado o cabimento da ação direta, evidencia-se também a legitimidade ativa da autora. A Confederação Nacional da Indústria é parte legítima para propor a presente ação, conforme dispõe o art. 103, IX, da Constituição. Diversos são os precedentes desse Tribunal Constitucional reconhecendo sua legitimidade ativa.

17. O requisito da pertinência temática também está presente, eis que a incidência questionada prejudica em especial **as atividades industriais de produção de óleo diesel A, biodiesel (B100), gás liquefeito de petróleo (GLP) e gás liquefeito de gás natural (GLGN), bem como com a gasolina A e etanol anidro combustível (EAC).**

² STF, Pleno, ADI 3103/PI, rel. Min. Cezar Peluso, jul. 1/6/2006, DJ. 25/8/2006, unânime (trecho extraído do voto do Min. Cezar Peluso).



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

V - TEOR DAS NORMAS ATACADAS

18. Os dispositivos objeto do controle concentrado aqui atacado têm a seguinte redação:

18.1. Convênio ICMS nº 199, de 22 de dezembro de 2022³:

CAPÍTULO VI

DA IMPOSSIBILIDADE DE APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO NO REGIME DE TRIBUTAÇÃO MONOFÁSICA

Cláusula décima sétima. Em face das características do regime de tributação monofásica, incompatível com o regime geral de apuração do imposto, fica vedada a apropriação de créditos das operações e prestações antecedentes às saídas de Óleo Diesel A, B100, GLP e GLGN⁴ qualquer que seja a sua natureza, cabendo ao contribuinte promover o devido estorno na proporção das saídas destes produtos.

18.2. Convênio ICMS nº 15, de 31 de março de 2023⁵:

CAPÍTULO VI

DA IMPOSSIBILIDADE DE APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO NO REGIME DE TRIBUTAÇÃO MONOFÁSICA

Cláusula décima sétima. Em face das características do regime de tributação monofásica, incompatível com o regime geral de apuração do imposto, fica vedada a apropriação de créditos das operações e prestações antecedentes às saídas de Gasolina A e EAC qualquer que seja a sua natureza, cabendo ao contribuinte promover o devido estorno na proporção das saídas destes produtos.

VI - A FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS

Violação ao princípio da não-cumulatividade: Equilíbrio entre a arrecadação e Proteção do mercado de consumo

19. Ao prever a não-cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I), a Constituição Federal teve a clara intenção de atenuar e/ou equilibrar os efeitos da carga tributária sobre o preço final dos produtos comercializados, realizando o interesse público de proteção ao mercado de consumo e fomento de toda a economia nacional e política fiscal.

³ https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2022/CV199_22

⁴ Conforme cláusula primeira, parágrafo único, incisos I, II, IV, e V do Convênio ICMS 199/2022, B100 é o biodiesel; óleo diesel A é o combustível puro, sem adição de B100; GLP é o gás liquefeito de petróleo e GLGN é o gás liquefeito de gás natural.

⁵ https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2023/CV015_23



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

20. Os dispositivos atacados impedem o aproveitamento e mesmo a manutenção do crédito de ICMS de etapas anteriores às saídas dos combustíveis indicados, fazendo com que o tributo devido pela unidade de refino na venda de combustíveis incida também sobre o ICMS recolhido em cada etapa de comercialização dos insumos de sua produção.

21. Nessa medida, as normas impugnadas violam a não-cumulatividade do ICMS na circulação de cada insumo utilizado na produção de combustível, pois fulminam todo o crédito acumulado nas diversas cadeias econômicas, onerando o preço desses produtos, em claro desestímulo aos respectivos setores.

22. Não apenas isso, o aumento da carga tributária incidente sobre a aquisição dos insumos e ativos, ocasionado pela vedação ao creditamento, implica na majoração dos custos da produção de combustíveis, que naturalmente serão repassados pela unidade de refino na venda de seus produtos às distribuidoras, que por sua vez irão transferir esse custo para os postos de combustível.

23. Assim, ao vedar a apropriação de créditos das operações antecedentes, as normas impugnadas têm o efeito direto e imediato de majoração dos preços de comercialização dos combustíveis ao consumidor final, em prejuízo aos interesses públicos protegidos pelo legislador constituinte na consagração do princípio da não-cumulatividade.

24. E, ao contrário do que afirmado pelos dispositivos atacados, não há qualquer incompatibilidade entre a não cumulatividade do ICMS na cadeia econômica de cada insumo, e a incidência monofásica do tributo na saída do combustível da refinaria.

25. Com efeito, é perfeitamente possível respeitar-se o regime não cumulativo nas etapas antecedentes de circulação econômica dos insumos, ativos e transporte até a unidade de refino, que continua integralmente plurifásica (e, portanto, exige que se admita o creditamento), com a incidência monofásica do ICMS sobre o combustível que será comercializado pela refinaria na sequência.

Inusitada 'xenofilia': tributação mais favorável aos importados que à produção nacional



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

26. Os dispositivos atacados **impedem o aproveitamento e mesmo a manutenção do crédito de ICMS de etapas anteriores às saídas dos combustíveis indicados.**

27. Obviamente que os combustíveis só podem ser disponibilizados para o mercado interno se aqui forem produzidos ou se forem importados já prontos.

28. Pelas regras aqui atacadas, se os combustíveis forem trazidos prontos do exterior, haverá apenas a incidência monofásica na importação prevista no art. 5º, I, da Lei Complementar nº 192/2022⁶, na cláusula 4ª, I, do Convênio ICMS nº 199/2022⁷ e na cláusula 4ª, I, do Convênio ICMS nº 15/2023⁸.

28.1. Por não haver etapas anteriores, não haverá incidência cumulativa, o gravame efetivo corresponderá apenas à incidência monofásica do ICMS.

29. Já se o combustível for produzido no Brasil, evidentemente haverá o uso de insumos, além de bens do ativo permanente e de serviços de transporte intermunicipal ou interestadual, todos tributados pelo ICMS, em etapas anteriores.

30. O montante de ICMS sobre insumos, frete e ativo permanente anteriores às saídas de diesel A, B100, GLP, GLGN, gasolina A e EAC não poderão ser aproveitados e terão que ser estornados, passando a configurar **custo** que incrementará a base de cálculo da incidência monofásica, configurando cumulatividade.

31. Cabe ressaltar novamente que o aumento do custo da cadeia produtiva nacional impacta não somente o setor produtivo diretamente envolvido, mas todos os setores

⁶ Art. 5º Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS incidente nos termos desta Lei Complementar no momento: II - do desembaraço aduaneiro dos combustíveis de que trata o art. 2º desta Lei Complementar, nas operações de importação.

⁷ Cláusula quarta. Nos termos da Lei Complementar nº 192/22, o imposto incidirá uma única vez sobre as operações com combustíveis, considerando-se ocorrido o fato gerador no momento: I - do desembaraço aduaneiro do combustível, nas operações de importação;

⁸ Cláusula quarta. Nos termos da Lei Complementar nº 192/22, o imposto incidirá uma única vez sobre as operações com combustíveis, considerando-se ocorrido o fato gerador no momento: I - do desembaraço aduaneiro do combustível, nas operações de importação;



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

indiretamente dependentes de combustíveis, com reflexos negativos sobre toda a economia e, em instância final, sobre os consumidores. Isso porque, com a vedação aos créditos no regime monofásico, as atividades econômicas usuárias de combustíveis como insumos terão seus custos majorados, por conta do potencial aumento de preços dos combustíveis, e esse aumento de custos poderá ser repassado como aumento de preços para os consumidores.

32. Há, portanto, evidente violação ao art. 152 da CF, pois o combustível produzido no Brasil tem incidência cumulativa do ICMS monofásico sobre o valor correspondente aos créditos de etapas anteriores ao passo que o importado tem apenas a incidência monofásica, sem cumulatividade.

33. Esse ambiente pode estimular a importação do combustível pronto, sobretudo em cenários de redução da cotação internacional do produto, ou de desvalorização do preço do dólar, em que o custo de aquisição no mercado externo poderá ser menor do que os custos de produção interna, justamente em razão do impacto da cumulatividade do ICMS.

As regras questionadas distorcem as condições de concorrência entre estruturas de produção verticalizada ou integrada, prejudicando estruturas produtivas horizontalizadas

34. Mesmo dentro da produção nacional, as regras atacadas fazem discriminações incompatíveis com a Constituição.

35. As regras, como visto, implicam uma quebra da cadeia de crédito e débito com a desconsideração do que incidiu antes da monofasia.

36. A incidência do ICMS se dá, conforme jurisprudência tranquila do STF, nas operações de transferência de titularidade sobre a mercadoria. Operações dentro da mesma empresa, entre estabelecimentos seus, não são tributadas.

37. Assim, aquelas empresas que tiverem condições de estruturar suas operações de modo mais verticalizado, produzindo o petróleo que do refino se extrairá o óleo diesel A, o GPL e a gasolina A, ou os insumos dos quais serão produzidos o biodiesel (B100) tenderão a ter um valor menor de ICMS de etapas anteriores à incidência monofásica.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

37.1. No regime normal, tal ordem de coisas é irrelevante, pois na incidência posterior o menor volume de crédito implicará maior valor a recolher, ao passo que um maior volume de crédito implicará valor menor a recolher, de tal modo que a tributação será neutra para as diferentes estruturas produtivas.

38. As cláusulas aqui atacadas **rompem com a neutralidade do imposto**, desequilibrando a concorrência. Isso é incompatível com o disposto no art. 146-A da Constituição, bem como art. 170, IV e IX.

38.1. Ainda que se possa questionar a aplicação literal do inciso IX do art. 170 da CF ao presente caso, ao argumento de que talvez não haja propriamente empresas de pequeno porte atuando na produção de combustíveis, é preciso lembrar que, nos termos do *caput* do art. 170, nos seus incisos há princípios. O princípio do favorecimento a empresas de pequeno porte é violado em sua eficácia mínima, de bloqueio, quando a norma infraconstitucional adota o valor oposto, desequilibrando as condições de concorrência para o lado de estruturas empresariais de maior porte. Ao menos por gerar o efeito de bloqueio, de dificultar que empresas de menor porte possam ingressar no mercado, as normas atacadas violam o **princípio** escrito no inciso IX do art. 170 da Constituição.

39. Já no que diz respeito aos arts. 146-A e 170, IV, da Constituição, não há dúvidas que estabelecer um regime que favorece a importação em detrimento da produção nacional, que altera a dinâmica concorrencial entre a produção verticalizada em detrimento da produção em rede de diversos operadores especializados nas diferentes etapas causa desequilíbrio competitivo, incompatível com a eficácia mínima, de bloqueio, dos dispositivos mencionados.

39.1. O art. 146-A da CF comete à lei complementar estabelecer critérios especiais de tributação *com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência*. Não há dúvidas de que o artigo em questão cometeu à lei complementar o juízo de oportunidade temporal (quando) e material (o que criar) para atingir um objetivo já assinalado: prevenir desequilíbrios da concorrência.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

39.2. Criar regra que implica **desequilíbrio concorrencial** entre importadores e produtores nacionais, entre estruturas verticalizadas e estruturas horizontalizadas, em favor das primeiras, é agir no sentido oposto ao do objetivo constitucionalmente assinalado: evitar desequilíbrios da concorrência.

40. Do mesmo modo, o princípio constitucional da livre concorrência estabelece a liberdade de empreender e a vedação a que sejam criadas regras que obstem a concorrência, salvo se fundadas em outros princípios e valores constitucionais, como proteção ao trabalho, meio ambiente, consumidor.

41. Essa liberdade de empreender e concorrer é embaraçada pelas regras aqui questionadas, visto que a opção por produzir no Brasil é apenas com uma estrutura de tributação mais onerosa, bem como pelo desequilíbrio concorrencial entre se dedicar a uma fase da produção dos biocombustíveis, em comparação à disciplina aplicável à produção verticalizada.

O equívoco fundamental da posição dos Estados: a Constituição não se interpreta em tiras

42. Conforme se lê no Ofício COMSEFAZ nº 672/2022 (sic!), de 20/4/2023 (doc. anexo), a justificativa das normas questionadas é que a Constituição previu para a implantação da incidência monofásica o uso de alíquota *ad valorem* ou *ad rem* (CF, art. 155, § 4º, IV, *b*). Essa opção não seria exemplificativa, mas disjuntiva. Tendo havido a opção, pela Lei Complementar, de uma alíquota *ad rem*, não caberia a sistemática de débito e crédito, típica da tributação *ad valorem*.

42.1. Confira-se:

Sendo assim, na verdade, tem-se que apreender quais as implicações que de cada uma das espécies emana.

Neste desiderato, em relação à modalidade *ad rem*, objeto desta manifestação, percebe-se que sua característica principal e inata é estabelecer o valor monetário para um determinado bem de forma definitiva. O imposto se revelará no mesmo montante, independente dos ciclos econômicos supervenientes à sua incidência única. Sendo que, esta revelação não deve ser aparente no que tange à receita



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

tributária auferida pelos entes. Ao contrário, deve ser também uniforme e na sua integralidade, salvo a previsão de benefícios fiscais.

Desta forma, no modelo monofásico previsto pela CF, a opção pela *ad rem*, estabelecida de forma equivocada pelo legislador federal, deve ser aplicada harmonicamente em relação a uma outra condição estrutural, ou seja, deve conviver com a uniformidade do imposto, mas, como explicado acima, não somente na concepção da sua dimensão geográfica.

Neste sentido, caso houvesse qualquer creditamento pelas aquisições de insumos tributados, face às características individuais de cada planta industrial, o montante dos créditos apropriados em cada estabelecimento, certamente, traria disfuncionalidades na aplicação da monofasia. Em primeiro plano, não seria uniforme em termos de receita tributária e, num segundo momento, em havendo operações interestaduais, por exemplo, entre distribuidoras, poderia gerar ausência de lastro financeiro para o devido repasse à unidade federada de consumo do combustível.

A conjugação, dentro do regime monofásico, dessas duas estruturantes, revela mais ainda a obrigatória previsão conveniente quanto à vedação ao crédito no sentido de deixar claro qual a conformação mais adequada do imposto.

Qualquer outra definição sobre créditos dos insumos levaria inarredavelmente à subversão da monofasia e da uniformidade como perscrutado pelo constituinte nacional.

Também não se poderia entender que o princípio da não cumulatividade estaria preterido pela vedação ao crédito, pois, a construção da presente lógica tem alicerce na própria exegese do texto constitucional. Ou seja, normas constitucionais se apresentam organizadas em coerência endógena e não contraditórias ou excludentes.

A não cumulatividade do imposto tem afeição a regimes plurifásicos de tributação, nos quais o evidente resultado é tornar o imposto neutro. Em oposição, a monofasia, uniforme e *ad rem*, visa fixar a expressão monetário do tributo em um determinado montante e momento, de forma a satisfazer a imposição tributária sem a necessidade de processos burocráticos de apuração do imposto.

Não há que se falar, tampouco, em custo tributário adicional aos contribuintes, uma vez que, é do conhecimento geral que nem todos os bens são hábeis a serem utilizados como crédito fiscal pelas indústrias quando da apuração do imposto e, neste caso, há a devida compensação na formação do preço.

Feitas as considerações acima, é possível concluirmos com razoabilidade jurídica que, para a efetiva aplicabilidade do regime monofásico, uniforme e *ad rem*, há que se perceber a sua incompatibilidade com o regime geral de apuração do imposto.

A vedação, consubstanciada no disposto na cláusula décima sétima do Convênio ICMS nº 199/22, na verdade, apenas dá a correta conformação do imposto,



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

evitando-se, com isto, o estabelecimento de certa entropia sistêmica no modelo conceitual que da monofasia, uniforme e *ad rem*, deriva.

43. O entendimento, portanto, é que o § 4º do art. 155 da CF deve ser interpretado desgarrado de qualquer “contaminação” com outras regras que não as que o disciplinam. Tendo ele previsto uma incidência monofásica com uso de alíquota *ad rem*, não caberia considerar créditos de etapas anteriores.

44. No próprio texto em questão, a monofasia prevista está restrita aos combustíveis. Nada no texto constitucional autoriza entender que seja levada a outras etapas, seja a montante, seja a jusante no ciclo produtivo.

45. Combustíveis, todavia, são frutos de atividade industrial. Logo, há etapas anteriores. A exceção seria a importação, mas assim porque o ciclo produtivo tributado no país de origem se encerra com a exportação e desoneração, enquanto outro se inicia no país importador, com a oneração correspondente.

46. Não apenas há etapas anteriores, mas há também posteriores. Combustíveis não raro são insumos para outras atividades, a mais evidente os serviços de transporte intermunicipal e interestadual.

46.1. *Curiosamente*, ou não, a questão do uso de combustíveis tributados pela alíquota *ad rem* em incidência monofásica em operações posteriores, tributadas pelo ICMS, foi tratada pelos Estados, de modo a evitar a cumulatividade, através dos Convênios ICMS nº 21⁹, 22¹⁰, 26¹¹ e 29¹², todos de 2023.

46.2. De se notar que **todos** os convênios mencionados no parágrafo anterior invocam a disciplina da Lei Complementar nº 192/2022 e o acordo firmado perante esse Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 7.164.

⁹ https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2023/CV021_23

¹⁰ https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2023/CV022_23

¹¹ https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2023/CV026_23

¹² https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2023/CV029_23



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

47. Com todas as vênias, não há texto nem contexto que permita entender o disposto no § 4º do art. 155 da Constituição como a outorga, ao CONFAZ, do poder de decidir se respeita ou não o disposto nos arts. 146-A, 152, 155 (§ 2º, I) e 170 (IV e IX) da CF, ainda mais para afastar a cumulatividade apenas nas operações posteriores com combustíveis.

48. Na ausência de texto expresso, não cabe ao intérprete imaginar que tenha sido afastada a aplicação das demais regras constitucionais sobre tributação, notadamente a vedação à discriminação em razão da origem e as vedações ligadas à livre concorrência.

48.1. Tais regras estão ligadas às liberdades fundamentais e, assim, são cláusulas pétreas.

Parecer do professor Humberto Ávila

49. Nos autos da ADI 7.164, em anexo à já mencionada petição 45.370/2023, há parecer do Professor Humberto Ávila (doc. anexo) tratando, dentre outros temas, da mesma cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 199/2022, objeto desta ADI.

50. Desse parecer destacamos os parágrafos abaixo:

2.2.5.14 Como referido anteriormente, por imposição constitucional, o ICMS é imposto não-cumulativo, de modo que é proibida a tributação em cascata desse imposto. Isso significa que o Convênio ICMS nº 199/22 jamais poderia negar aos produtores de Óleo Diesel A, B100, GLP e GLGN o crédito do imposto incidente sobre as operações de circulação de mercadorias que constituem insumo dessas atividades. O problema aqui consiste em reputar que por estarem os combustíveis submetidos à tributação monofásica, então nenhum produto que tenha entrado no estabelecimento do contribuinte e que tenha sido adquirido para o exercício da sua atividade geraria direito ao crédito do ICMS. A monofasia do ICMS incidente sobre combustíveis não se confunde, de modo algum, com a não-cumulatividade desse imposto ou interfere no fato de que esses produtos continuam precisando de matérias-primas para serem produzidos. Noutro dizer, o fato de que Óleo Diesel A, B100, GLP e GLGN sujeitam-se à tributação monofásica não significa que para sua produção não tenham sido adquiridos bens sobre os quais houve a incidência de ICMS em momento anterior.

2.2.5.15 Vale ainda destacar que **a vedação de crédito de ICMS no processo produtivo (refino) de combustível sob o regime de apuração monofásica representaria um ônus cumulativo que inclusive geraria assimetria tributária em comparação com o importador de combustível**, também sujeito ao regime monofásico. Por um lado, a vedação de aproveitamento de créditos sobre os insumos tributados para a produção de combustíveis (como, por exemplo, diesel e GLP) impõe



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

ônus para a indústria nacional; enquanto, por outro lado, o importador de combustível pronto para o consumo, sujeito ao regime monofásico, apenas recolherá o ICMS devido na importação (o ICMS monofásico), sem agregar qualquer custo de operação antecedente, porquanto não há crédito antecedente porque não há processo industrial no país. (original sem grifos)

51. Os mesmos argumentos são aplicáveis à cláusula 17^a do Convênio ICMS nº 15/2023, publicado após a data que consta no parecer mencionado.

VII - RAZÕES DO PEDIDO DE LIMINAR

52. A plausibilidade da tese já está exposta nos parágrafos anteriores. O risco na demora está caracterizado pelo início da produção de efeitos das normas.

53. Para além do risco de recolher tributo em montante que ao final se mostre indevido, há outro risco, este de reparo inviável.

53.1. Ao onerar determinadas formas de suprir o mercado de modo mais forte que outros, as regras em questão favorecem uns, importadores por exemplo, em detrimento de outros, quem produz no Brasil, gerando empregos no Brasil.

53.2. A perda de mercado, perda de vendas, não é passível de reparação. Aquele que tem preço mais competitivo torna mais atrativo seu produto e o desejo de a ela se juntar, atraindo o interesse de distribuidores e varejistas. A diminuição ou perda dos canais de venda são danos que mantêm seus efeitos por muito longo tempo. Nada disso é passível de reparação, vez que a quantificação é por demais incerta.

54. A necessidade do provimento liminar se faz, também, necessária para que não se tenha como cancelada a *inconstitucionalidade muito útil*.

VIII - PEDIDOS

55. Por todo o exposto, pede-se, a distribuição da presente ação por dependência à ADI nº 7.164.



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

56. Pede-se, também, na forma dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.868/99, seja concedida liminar, pelo Relator, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 199/2022 e da cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 15/2023.

57. Pede-se, ainda, que ao final seja julgada procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade *ex tunc* da cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 199/2022 e da cláusula 17ª do Convênio ICMS nº 15/2023.

58. Pede-se, por fim, sejam solicitadas informações ao Conselho Nacional de Política Fazendária, na forma do art. 6º da Lei nº 9.868/99, bem como que sejam ouvidos o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, em respeito ao disposto no art. 8º da já mencionada Lei nº 9.868/99.

59. Os advogados informam que possuem endereço profissional, nesta capital, no SBN Quadra 01, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, 13º andar, CEP 70.040-903.

E. Deferimento.

Brasília, 02 de junho de 2023

CASSIO AUGUSTO BORGES
OAB/RJ 91.152 e OAB/DF 20.016-A

MARCOS ABREU TORRES
OAB/BA 19.668

GUILHERME DE ALMEIDA COSTA
OAB/SP 299.892