

01/06/2006

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1 PIAUÍ

RELATOR	: MIN. CEZAR PELUSO
REQUERENTE(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ
ADVOGADO(A/S)	: PGE-PI - JOÃO EMÍLIO FALCÃO COSTA NETO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DO AMAZONAS
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DO CEARÁ
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DE SERGIPE
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DO MARANHÃO
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DO PARÁ
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DE PERNAMBUCO
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DE ALAGOAS
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
REQUERIDO(A/S)	: ESTADO DA BAHIA

EMENTAS: 1. **INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Petição inicial. Ilegitimidade ativa para a causa. Correção. Aditamento anterior à requisição das informações. Admissibilidade. Precedentes.** É lícito, em ação direta de inconstitucionalidade, aditamento à petição inicial anterior à requisição das informações.

2. **INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Tributo. ICMS. Operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, derivado de Gás Natural tributado na forma do Convênio ICMS 03/99. Ato normativo. Protocolo nº 33/2003. Cláusulas primeira e segunda. Prescrição de deveres instrumentais, ou obrigações acessórias. Subsistência do regime de substituição tributária. Inexistência de ofensa à Constituição. Ação julgada improcedente.** São constitucionais as cláusulas primeira e segunda do Protocolo nº 33/2003, que prescrevem deveres instrumentais, ou obrigações acessórias, nas operações com Gás Liquefeito de Petróleo sujeitas à substituição tributária prevista no Convênio ICMS 3/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das



Handwritten signature and initials.

notas taquigráficas, por unanimidade, em julgar improcedente a ação direta, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra ELLEN GRACIE, em sessão anterior. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro EROS GRAU, que proferiu voto na assentada anterior.

Brasília, 01 de junho de 2006.



CEZAR PELUSO - RELATOR

15/12/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1 PIAUÍ

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
REQUERENTE(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ
ADVOGADO(A/S) : PGE-PI - JOÃO EMÍLIO FALCÃO COSTA
NETO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO CEARÁ
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DE SERGIPE
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO PARÁ
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):**

1. O Estado do Piauí pede a declaração da inconstitucionalidade do Protocolo nº 33/2003, celebrado, no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, pelos Estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Sergipe, sobre *“procedimentos nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, derivado de Gás Natural tributado na forma estabelecida pelo Convênio ICMS 03/99”*. (fls. 20 a 24). É o seguinte o teor desse ato normativo:

“PROTOCOLO ICMS 33/03
Publicado no DOU de 17.12.03
Republicado no DOU de 22.12.03



Estabelece procedimentos nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, derivado de Gás Natural.

Os Estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Sergipe, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, tendo em vista o disposto no art. 199 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional:

Considerando que o Gás Liquefeito de Petróleo derivado de Gás Natural pode ser comercializado em conjunto com o Gás Liquefeito de Petróleo derivado do próprio Petróleo, não havendo distinção entre um e o outro produto.

Considerando a necessidade de se estabelecer procedimentos para identificar o valor do ICMS devido à unidade federada de origem, resolvem celebrar o seguinte:

PROTOCOLO

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, derivado de Gás Natural tributado na forma estabelecida pelo Convênio ICMS 03/99, deverão ser observados os procedimentos previstos neste Protocolo para a apuração do valor do ICMS devido à unidade federada de origem.

Cláusula segunda Os estabelecimentos industriais e importadores deverão identificar a quantidade de saída de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP derivado de Gás Natural e de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP derivado do próprio petróleo, por operação.

§ 1º Para efeito do disposto no "caput" desta cláusula a quantidade deverá ser identificada proporcionalmente à participação de cada produto no somatório do estoque inicial e nas quantidades produzidas ou importadas tendo como referência o mês imediatamente anterior.

§ 2º No corpo da nota fiscal de saída deverá constar o percentual de GLP derivado de gás natural na quantidade total de saída, obtido de acordo com o disposto no parágrafo anterior.

§ 3º Na operação de importação, o estabelecimento importador, por ocasião do desembaraço aduaneiro, deverá quando da emissão da nota fiscal de entrada, discriminar o produto, identificando se é derivado de gás natural ou do petróleo;

§ 4º Relativamente à quantidade proporcional de GLP derivado de Gás Natural, deverá ser destacado o valor do ICMS próprio incidente na operação.

Cláusula terceira O contribuinte substituído que realizar operações interestaduais com os produtos a que se refere este Protocolo, deverá adotar os seguintes procedimentos:

I - identificar proporcionalmente a participação de cada produto no somatório do estoque inicial e nas quantidades adquiridas tendo como

referência o mês imediatamente anterior, preenchendo o Anexo único, conforme modelo anexo a este Protocolo;

II - emitir nota fiscal mencionando no seu corpo o percentual de GLP derivado de Gás Natural, na quantidade total de saída, obtido na forma do inciso anterior;

III - destacar nos campos próprios os valores da base de cálculo, do ICMS normal e do devido por substituição tributária, incidentes na operação, relativamente à quantidade proporcional de GLP derivado de Gás Natural.

Parágrafo único Para efeito do disposto no inciso I, nos três primeiros dias de cada mês, será considerada a proporcionalidade utilizada no mês anterior.

Cláusula quarta Para fins de ressarcimento do imposto o contribuinte substituído que adquirir o produto diretamente do sujeito passivo por substituição, deverá emitir nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do estabelecimento fornecedor que tenha retido originalmente o imposto.

§ 1º A nota fiscal prevista no “caput” deverá ser visada pelo órgão fazendário indicado pela unidade federada de origem do contribuinte, acompanhada de relação discriminando as operações interestaduais, o Anexo único previsto no inciso I da cláusula terceira e cópia da GNRE relativa às operações interestaduais.

§ 2º A relação das operações interestaduais previstas no parágrafo anterior poderá ser entregue no “layout” do Anexo II do Convênio ICMS 54/02.

§ 3º O valor do ICMS retido por substituição tributária a ser ressarcido, não poderá ser superior ao valor retido quando da aquisição do respectivo produto pelo estabelecimento.

§ 4º Quando for impossível determinar a correspondência do ICMS retido à aquisição do respectivo produto, tomar-se-á o valor do imposto retido quando da última aquisição do produto pelo estabelecimento proporcional à quantidade saída.

§ 5º O estabelecimento fornecedor, de posse da nota fiscal de que trata o *caput* desta cláusula, visada na forma do § 1º poderá deduzir o valor do imposto retido, do próximo recolhimento à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento.

Cláusula quinta O contribuinte substituído, que adquirir o produto de outro contribuinte substituído, domiciliado na mesma unidade da federação, para fins de ressarcimento do imposto, deverá emitir nota fiscal em nome do estabelecimento fornecedor, observando o disposto no § 1º da cláusula anterior.

§ 1º Na hipótese do “caput”, o estabelecimento fornecedor deverá emitir nota fiscal, exclusiva para fins de ressarcimento, em nome do contribuinte que tenha retido originalmente o imposto.

§ 2º A nota fiscal emitida na forma do parágrafo anterior deverá ser visada pelo órgão fazendário indicado pela unidade federada de origem do contribuinte.

Cláusula sexta O estabelecimento fornecedor fará o ressarcimento do imposto previsto nas cláusulas quarta e quinta, caso o órgão fazendário não se pronuncie sobre o pedido de ressarcimento no prazo de sessenta dias, contados a partir da data da protocolização do requerimento, anexada a documentação prevista no § 1º da cláusula quarta.

Cláusula sétima O procedimento a que se refere o § 1º da cláusula quarta não implica homologação dos valores ressarcidos.

Cláusula oitava A unidade federada de origem poderá exigir, para fins de ressarcimento, outros documentos que comprovem efetivamente a operação interestadual.

Cláusula nona A base de cálculo e respectiva alíquota do GLP derivado de Gás Natural e de GLP derivado do próprio petróleo, serão idênticas na mesma operação.

Cláusula décima Os índices de proporcionalidade previstos no § 1º da cláusula segunda e no inciso I da cláusula terceira, serão apurados nos seguintes períodos:

I - pelo estabelecimento industrial ou importador a partir de 1º janeiro de 2004 relativamente à produção ou importação, sem levar em consideração o estoque inicial deste mês, para utilização a partir do dia 1º do mês subsequente.

II - pelos contribuintes substituídos a partir do dia 1º de fevereiro de 2004 relativamente as aquisições efetuadas do contribuinte substituto, sem levar em consideração o estoque inicial deste mês, para utilização a partir do dia 04 (quatro) do mês subsequente.

III - pelos contribuintes substituídos a partir do dia 1º de março de 2004 relativamente as aquisições efetuadas de outro contribuinte substituído, sem levar em consideração o estoque inicial deste mês, para utilização a partir do dia 04 (quatro) do mês subsequente.

Cláusula décima primeira Aplica-se a este protocolo, no que couber, as regras previstas no Convênio ICMS 81/93.

Cláusula décima segunda Este protocolo entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º janeiro de 2004.

Apesar de certa obscuridade da petição, sobretudo quanto à identificação precisa do dispositivo impugnado, depreende-se-lhe do contexto que a inconstitucionalidade decorreria da disciplina, por Protocolo do CONFAZ, do regime de incidência monofásica de ICMS sobre combustíveis e lubrificantes, previsto pelo art. 155, § 2º, XII, "h", da Constituição da República, com a redação da EC 33/2001.



Segundo o requerente, “*tal protocolo se ressentia de claríssima inconstitucionalidade formal, já que tomou para si o trato de matérias (a) ora reservadas à lei complementar, posto tenha indicado o combustível que, escapando à regra imunizante, estaria sujeito à “imposição única”, e (b) ora reservadas à celebração de convênio entre as Unidades Federadas, cuja formalização deveria dar-se nos termos da Lei Complementar nº 24/1975*”, ou seja, por Convênios celebrados pelos Estados no CONFAZ.

2. Preceitua o art. 155, § 2º, XII, “h”, inserido pela EC 33/2001:

“Art. 155. (...)

§ 2º. (...)

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;”

O art. 4º da EC 33/2001, por sua vez, dispõe:

“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.”

3. Recebida a inicial no período de recesso, a apreciação da liminar foi postergada para depois da vinda das informações e dos pareceres da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

4. Das informações prestadas pelos Estados Signatários do Protocolo, sublinho os seguintes itens:
- 4.1. Ilegitimidade ativa do Estado do Piauí;
- 4.2. Falta de interesse de agir, pois o Protocolo somente se aplicaria aos Estados signatários;
- 4.3. inépcia da inicial, por ausência de impugnação direta dos dispositivos do Protocolo nº 33/2003;
- 4.4. Carência de ação, por não ser o Protocolo nº 33/2003 ato normativo sujeito a controle concentrado de constitucionalidade, mas ato administrativo calcado no *“art. 199 do CTN, que prevê a mútua assistência entre Estados para fiscalização dos respectivos tributos.”* (fls. 171)
- 4.5. O Protocolo nº 33/2003 não disciplinaria a incidência monofásica do ICMS sobre operações com combustíveis e lubrificantes (art. 155, § 2º, XII, “h” da CF/88), senão que apenas disciplinaria procedimentos comuns em relação à substituição tributária do ICMS (Convênio ICMS nº 3/99).
- 4.6. O protocolo instituiria, na cláusula segunda, formalidades para identificação do Gás Liquefeito de Petróleo produzido a partir do petróleo (imune nas operações interestaduais por força do art. 155, § 2º, X, “b” da CF/88), em relação ao derivado do Gás Natural (não imune ao ICMS nas operações interestaduais).
5. A Advocacia-Geral da União manifesta-se pelo não conhecimento da ação, por: i) ilegitimidade de parte; ii) falta de interesse de agir;



iii) ausência de pertinência temática; iv) inobservância de necessário cotejo analítico entre as normas. E, no mérito, é pela sua improcedência, diante da falta de correlação entre o Protocolo ICMS nº 33/2003 e os dispositivos tidos por ofendidos:

“Ressalta-se que o papel da referida lei complementar é o de “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’”. Da transcrição deste dispositivo, e do cotejo com o texto do protocolo, vê-se que este, em nenhum momento, versa sobre matéria reservada à lei complementar prevista no art. 155, § 2º, XII, “h”.” (fls. 265)

6. A Procuradoria-Geral da República opina pela procedência, alegando que “os Estados-requeridos, de fato, celebraram o Protocolo nº 33/2003, a fim de aplicar as regras da nova sistemática tributária do ICMS, previstas no art. 155, § 2º, XII, “h” e § 4º, da Carta Federal, sem a edição de lei complementar regulamentadora e, sem a deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, XII, “g”.” (fls.279)

7. Submeto o processo ao Plenário para julgamento definitivo.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. As preliminares não impedem o julgamento de mérito.

1.1. Os requeridos e o Advogado-Geral da União argüem a ilegitimidade ativa do Estado do Piauí.

Da inicial consta, deveras, como autor o ente federativo, não o Governador do Estado, segundo o previsto no art. 103, V, da Constituição da República. Mas foi o vício sanado mediante petição de aditamento, protocolada em 30 de dezembro de 2003 (fls. 119), antes da expedição dos ofícios que solicitaram as informações (13 de janeiro de 2004 – fls. 100).

Aditamento anterior à requisição das informações é plenamente lícito, como ponderou o Min. **GILMAR MENDES**, em trabalho acadêmico,¹ onde invoca os seguintes precedentes: **RP nº 1.182**, Rel. Min. **SOARES MUÑOZ**, *RTJ* n. 112, p. 97 e s.; **ADI nº 474-AgRg**, Rel: Min. **MOREIRA ALVES**, DJ, 8 nov. 1991, p. 15952; **ADI nº 722**, Rel. Min. **MOREIRA ALVES**, DJ, 19 jun. 1992, p. 9520.

O fato de ter sido assinado pelo Procurador do Estado é irrelevante, pois juntou-se instrumento de mandato outorgado pelo Governador,

¹ *Jurisdição Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 141.



com poderes específicos para “propor ADIN em face do Protocolo CONFAZ nº 33/2003 em matéria de ICMS” (fls. 19), tal como o autoriza o art. 3º da Lei 9.868/99:

“Art. 3º. A petição indicará:

(...)

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar sua impugnação.”

1.2. Quanto à falta de interesse de agir, diante da alegada aplicação exclusiva do Protocolo aos Estados signatários e da suposta falta de pertinência temática, entendo basta a suposição de que o ato normativo discipline matéria privativa de lei complementar ou de convênio, sem a participação do requerente, para caracterizar-se, em tese, prejuízo jurídico capaz de justificar recurso ao controle concentrado. Como se sabe, o interesse processual, como condição da ação, apura-se *in statu assertionis*, pois seria absurdo avançar exame do mérito para estimar a existência prévia de requisito necessário para fazê-lo.

1.3. Apesar de a inicial não apontar, explicitamente, o dispositivo que do Protocolo ICMS nº 33/2003 seria inconstitucional, vê-se ao cotejo das alegações e do parâmetro de controle que a discussão recai sobre as cláusulas primeira e segunda, que tratam da distinção entre operações relativas ao Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) derivado do Gás Natural e as concernentes ao derivado do Petróleo:

“Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, derivado de Gás Natural tributado na

forma estabelecida pelo Convênio ICMS 03/99, deverão ser observados os procedimentos previstos neste Protocolo para a apuração do valor do ICMS devido à unidade federada de origem.

Cláusula segunda. Os estabelecimentos industriais e importadores deverão identificar a quantidade de saída de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP derivado de Gás Natural e de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP derivado do próprio petróleo, por operação.

§ 1º Para efeito do disposto no “caput” desta cláusula a quantidade deverá ser identificada proporcionalmente à participação de cada produto no somatório do estoque inicial e nas quantidades produzidas ou importadas tendo como referência o mês imediatamente anterior.

§ 2º No corpo da nota fiscal de saída deverá constar o percentual de GLP derivado de gás natural na quantidade total de saída, obtido de acordo com o disposto no parágrafo anterior.

§ 3º Na operação de importação, o estabelecimento importador, por ocasião do desembarço aduaneiro, deverá quando da emissão da nota fiscal de entrada, discriminar o produto, identificando se é derivado de gás natural ou do petróleo;

§ 4º Relativamente à quantidade proporcional de GLP derivado de Gás Natural, deverá ser destacado o valor do ICMS próprio incidente na operação.”

Ademais, toda a inicial ataca a forma sob a qual foi a distinção estabelecida, por Protocolo, e não, por Convênio ou lei complementar, sendo essa a razão por que o demandante lhe argúi a inconstitucionalidade.

1.4. Por fim, também quanto à alegação de carência da ação, por não ser o Protocolo nº 33/2003 ato normativo, mas administrativo, calcado no “art. 199 do CTN, que prevê a mútua assistência entre Estados para fiscalização dos respectivos tributos” (fls. 171), tenho que não procede.

O Protocolo é instrumento normativo celebrado por dois ou mais Estados e o Distrito Federal, no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de



Política Fazendária do Ministério da Fazenda, tendo por objeto (art. 38 do Regimento Interno do CONFAZ):

- i) implementação de políticas fiscais;
- ii) a permuta de informações e fiscalização conjunta;
- iii) a fixação de critérios para elaboração de pautas fiscais;
- iv) outros assuntos de interesses dos Estados e do Distrito Federal.

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, comportamentos de terceiros, como os contribuintes. Nesta hipótese, é suscetível de controle direto:

“A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade, elementos que lhe conferem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos, estatais ou individuais, futuros”. (ADI nº 587-1, rel. Min. **CELSO DE MELLO**, DJ 08.05.1992, Ementário nº 1660-1)

A cláusula segunda revela os atributos normativos de generalidade e abstração do Protocolo ICMS nº 33/2003, à medida que tende a subordinar-lhe todos os “estabelecimentos industriais e importadores de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP” derivado de gás natural e de Gás Liquefeito de Petróleo derivado de petróleo:

“Cláusula segunda. Os estabelecimentos industriais e importadores deverão identificar a quantidade de saída de Gás Liquefeito de Petróleo –

GLP derivado de Gás Natural e de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP derivado do próprio petróleo, por operação.”

2. O ponto nuclear da causa está em saber se o Protocolo nº 33/2003 regula, ou não, a incidência monofásica do ICMS sobre operações com combustíveis e lubrificantes (art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF/88, com a redação da EC nº 33/2001), e, em caso afirmativo, se o fez de modo válido, ou não.

Tal incidência deveria prevista em lei complementar editada nos termos do § 4º do art. 155, ou, enquanto não editada, por Convênio celebrado entre os Estados na forma da LC nº 24/70, conforme prescrito pelo art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF/88, e pelo art. 4º da EC nº 33/2003, os quais dispõem:

Constituição Federal:

“Art. 155 (...)

(...)

§ 2º *omissis*

(...)

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, *b*, observar-se-á o seguinte:

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

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

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

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

- a) serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto;
- b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência;
- c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.

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

EC 33/2001:

“Art. 4º Enquanto não entrar em vigor a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, b, 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.”

Dos textos do Protocolo ICMS nº 33/2003 vê-se que não cuida da incidência monofásica de ICMS sobre combustíveis e lubrificantes:

“PROTOCOLO ICMS 33/03
(Publicado no DOU de 17.12.03
Republicado no DOU de 22.12.03)

Estabelece procedimentos nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, derivado de Gás Natural.

Os Estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Sergipe, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, tendo em vista o disposto no art. 199 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional:



Considerando que o Gás Liquefeito de Petróleo derivado de Gás Natural pode ser comercializado em conjunto com o Gás Liquefeito de Petróleo derivado do próprio Petróleo, não havendo distinção entre um e o outro produto.

Considerando a necessidade de se estabelecer procedimentos para identificar o valor do ICMS devido à unidade federada de origem, resolvem celebrar o seguinte:

PROTÓCOLO

Cláusula primeira - Nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, derivado de Gás Natural tributado na forma estabelecida pelo Convênio ICMS 03/99, deverão ser observados os procedimentos previstos neste Protocolo para a apuração do valor do ICMS devido à unidade federada de origem.

Cláusula segunda - Os estabelecimentos industriais e importadores deverão identificar a quantidade de saída de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP derivado de Gás Natural e de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP derivado do próprio petróleo, por operação.

§ 1º Para efeito do disposto no "caput" desta cláusula a quantidade deverá ser identificada proporcionalmente à participação de cada produto no somatório do estoque inicial e nas quantidades produzidas ou importadas tendo como referência o mês imediatamente anterior.

§ 2º No corpo da nota fiscal de saída deverá constar o percentual de GLP derivado de gás natural na quantidade total de saída, obtido de acordo com o disposto no parágrafo anterior.

§ 3º Na operação de importação, o estabelecimento importador, por ocasião do desembaraço aduaneiro, deverá quando da emissão da nota fiscal de entrada, discriminar o produto, identificando se é derivado de gás natural ou do petróleo;

§ 4º Relativamente à quantidade proporcional de GLP derivado de Gás Natural, deverá ser destacado o valor do ICMS próprio incidente na operação."

Limita-se, pois, a prescrever deveres instrumentais (ou obrigações acessórias, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN) em relação às operações com Gás Liquefeito de Petróleo sujeitas à substituição tributária

prevista no Convênio ICMS nº 3/99, o qual “*dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos.*” (ementa do Convênio ICMS nº 3/99)

Até a edição da lei complementar prevista no art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF/88, ou do convênio previsto no art. 4º da EC nº 33/2003, 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.

A cláusula segunda do Protocolo impugnado institui o dever de identificação, nas operações interestaduais, da origem do Gás Liquefeito de Petróleo e, conseqüentemente, permite aplicação da imunidade ao combustível derivado do petróleo e tributação do derivado do gás natural, sob regime de substituição tributária (não sujeito à imunidade do art. 155, X, “b”).

Eventual repercussão sobre o montante de ICMS devido a cada unidade federativa é apenas indireta, apoiada nas cláusulas constitucionais e na legislação complementar. O Protocolo nada inova em tal sistemática, senão que, antes, mantém o regime de substituição tributária, fazendo remissão expressa ao Convênio ICMS nº 3/99.

Como o Protocolo ICMS nº 33/2003 não ofende o art. 155, § 2º, XII, “h”, da CF/88, porque não disciplina a incidência monofásica do ICMS, é desnecessário excogitar inconstitucionalidade formal argüida pelo requerente.



3. Do exposto, **julgo improcedente a ação**, declarando constitucionais as cláusulas primeira e segunda do Protocolo ICMS nº 33/2003.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1

PROCED.: PIAUÍ

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ

ADV.(A/S): PGE-PI - JOÃO EMÍLIO FALCÃO COSTA NETO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS

REQDO.(A/S): ESTADO DO CEARÁ

REQDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE

REQDO.(A/S): ESTADO DO MARANHÃO

REQDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ

REQDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO

REQDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

REQDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

REQDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Relator), Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, conhecendo e julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Falou pelo requerido, Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Emerson Barbosa Maciel, Procurador do Estado. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.12.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1 PIAUÍ

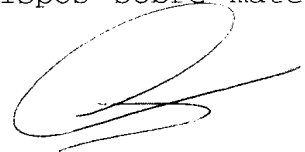
RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
REQUERENTE(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ
ADVOGADO(A/S) : PGE-PI - JOÃO EMÍLIO FALCÃO COSTA NETO E
OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO CEARÁ
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DE SERGIPE
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO PARÁ
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
REQUERIDO(A/S) : ESTADO DA BAHIA

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

O Governador do Estado do Piauí ajuizou esta ação direta de inconstitucionalidade em face do Protocolo nº 33/2003, celebrado, no âmbito do Conselho de Política Fazendária - CONFAZ, pelos Estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Sergipe. Protocolo, esse, que dispõe "*sobre procedimentos nas operações interestaduais com Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, derivado de Gás Natural tributado na forma estabelecida pelo Convênio ICMS 03/99*".

2. Diz o requerente que o Protocolo nº 33/03 é manifestamente inconstitucional porque **a)** tratou de matéria reservada à lei complementar, uma vez que indicou o combustível sujeito à incidência monofásica de ICMS; e **b)** dispôs sobre matéria



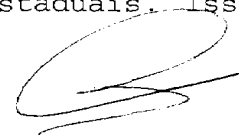
reservada a convênio do CONFAZ, nos termos da Lei Complementar nº 24/1975.

3. Muito bem. Na assentada plenária de 15. 12.2005, o Min. Cezar Peluso, relator do feito, votou pela improcedência do pedido, no que foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Naquela ocasião, pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

4. Ultimado esse abreviado resumo do sucedido na sessão de 15.12.05, tenho que o reconhecimento da improcedência do pedido se impõe.

5. Em boa verdade, a Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe deu a EC 33/01, reservou à Lei Complementar - ainda não editada - a tarefa de "definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade..." (art. 155, § 2º, XII, "h"). De sua parte, o art. 4º da Emenda Constitucional nº 33/01 estatui que, enquanto não entrar em vigor a lei complementar de que trata o precitado dispositivo, o Estados e o Distrito Federal podem fixar, mediante convênio, as normas de incidência monofásica de ICMS.

6. Sucede que, do exame do Protocolo ICMS nº 33/2003, resta claro que ele não cuida de incidência monofásica de ICMS. Apenas, didaticamente, aponta as regras de identificação do GLP de petróleo a serem seguidas nas operações interestaduais. Isso tudo,



agregue-se, a fim de permitir a aplicação da regra imunizante sobre o GLP derivado do petróleo (alínea "b" do inciso X do art. 155) e a incidência do ICMS sobre as operações com GLP derivado do gás natural. Tudo, aliás, conforme precisa análise do Ministro Cezar Peluso, ao dizer que "O Protocolo nada inova em tal sistemática, senão que, antes, mantém o regime de substituição tributária, fazendo remissão expressa ao Convênio ICMS nº 3/99".

7. Com estas considerações, Senhor Presidente, também voto pela improcedência do pedido que se contém na presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.



15/03/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1 PIAUÍ

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Peço
escusas ao Ministro Marco Aurélio, tendo em vista a circunstância já
conhecida em que me afasto do Tribunal.

Acompanho também o voto do Relator.

###

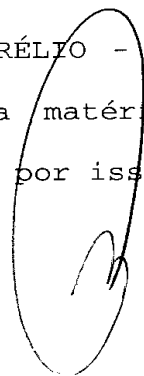
Obs.: Texto sem revisão (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

15/03/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1 PIAUÍ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente,
não tenho convencimento formado sobre a matéria, porque já não
guardo os parâmetros do voto do relator e, por isso, peço vista.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1**

PROCED.: PIAUÍ

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ

ADV.(A/S): PGE-PI - JOÃO EMÍLIO FALCÃO COSTA NETO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS

REQDO.(A/S): ESTADO DO CEARÁ

REQDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE

REQDO.(A/S): ESTADO DO MARANHÃO

REQDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ

REQDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO

REQDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

REQDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

REQDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Relator), Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, conhecendo e julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Falou pelo requerido, Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Emerson Barbosa Maciel, Procurador do Estado. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.12.2005.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que julgava improcedente a ação, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carlos Britto, Eros Grau, Gilmar Mendes e Presidente (Ministro Nelson Jobim), julgando-a improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 15.03.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

01/06/2006

TRIBUNAL PLENO

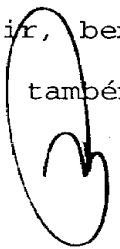
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1 PIAUÍV O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A certidão de folha 317 revela que, iniciado o julgamento em 15 de dezembro de 2005, prolataram votos o relator e os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, pela admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade e improcedência do pleito formulado. Ante o pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto, a apreciação foi retomada em 15 de março de 2006, quando Sua Excelência acompanhou os ministros que haviam votado. Na ocasião, solicitei vista, registrando:

Senhor Presidente, não tenho convencimento formado sobre a matéria, porque já não guardo os parâmetros do voto do relator e, por isso, peço vista.

O processo deu entrada no Gabinete em 22 imediato, nele havendo lançado visto em 8 de abril de 2006.

Acompanho Sua Excelência, o relator, quanto às preliminares, admitindo, portanto, a valia formal da ação ajuizada. Apesar de a inicial ter vindo ao processo consignando como requerente o Estado e não o respectivo Governador, o vício foi sanado mediante aditamento. Sob o ângulo do interesse de agir, bem asseverou o relator a mesclagem com o mérito da própria ação, também



ADI 3.103 / PI

refutando a carência, presente a circunstância de o protocolo atacado possuir contornos normativos.

No mérito, o texto impugnado apenas regulamenta procedimentos voltados a identificar e aferir as quantidades de mercadorias circuladas - gás liquefeito de petróleo produzido do insumo petróleo e o gás liquefeito de petróleo produzido a partir de gás natural. Tem-se, no protocolo, a sistematização, a forma de identificar e quantificar os produtos, individualizando-os, em virtude das diferenças contabilizadas pelas movimentações mensais de estoques, devendo haver destaque na nota fiscal dos resultados das operações, ante a semelhança de características, bem como aplicações dos gases envolvidos, no que podem apresentar distinção de preço e valor de tributação. Não é dado assentar que a norma impugnada disponha acerca de fixação de base de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, quando indispensável seria o trato via lei complementar. Acompanho o relator e os ministros que já votaram, julgando improcedente o pedido formulado.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.103-1

PROCED.: PIAUÍ

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ

ADV.(A/S): PGE-PI - JOÃO EMÍLIO FALCÃO COSTA NETO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS

REQDO.(A/S): ESTADO DO CEARÁ

REQDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE

REQDO.(A/S): ESTADO DO MARANHÃO

REQDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ

REQDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO

REQDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

REQDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

REQDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso (Relator), Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, conhecendo e julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Falou pelo requerido, Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Emerson Barbosa Maciel, Procurador do Estado. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.12.2005.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que julgava improcedente a ação, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carlos Britto, Eros Grau, Gilmar Mendes e Presidente (Ministro Nelson Jobim), pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 15.03.2006.

Decisão: O Tribunal, à unanimidade, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, em sessão anterior. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, que proferiu voto na assentada anterior. Plenário, 01.06.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso

de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

72) 
Luiz Tomimatsu
Secretário