

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.250 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. NUNES MARQUES
REQTE.(S)	: MESA DIRETORA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCOMBUSTÍVEIS - IBP
ADV.(A/S)	: ARIANE COSTA GUIMARAES

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): A Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro pretende interpretação conforme à Constituição à alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155, da Constituição Federal, bem como a declaração de inconstitucionalidade do inciso I do § 4º do mesmo artigo da Carta Magna.

1. Da alegada inconstitucionalidade no art. 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal

A requerente postula interpretação conforme à Constituição ao art. 155, § 2º, X, “b”, da Carta da República, para que prevaleça entendimento de que a norma não veda a tributação da extração de petróleo.

Todavia, consoante jurisprudência consolidada do Supremo, não é possível submeter normas constitucionais originárias a controle de constitucionalidade, dada a inexistência de parâmetro hierarquicamente superior.

No julgamento da ADI 815, o Tribunal firmou entendimento no sentido de não caber ao Poder Judiciário revisar a obra do Poder

ADI 6250 / DF

Constituinte originário, por se situar acima da própria Constituição Federal, como expressão de um ato político fundador. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. – A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida. – Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precípuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. – Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.

(ADI 815, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10.5.1996)

Na mesma linha, ao apreciar a ADI 2.231 (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 15.8.2002), o Colegiado reafirmou a impossibilidade de se questionar normas constitucionais originárias com base em princípios igualmente

ADI 6250 / DF

originários, visto inexistir hierarquia entre as normas.

Desborda das funções desta Corte atuar como fiscal do poder constituinte originário, razão pela qual incabível o pedido de interpretação conforme do art. 155, § 2º, X, “b”, da Carta Federal.

Não se ignora a existência de debate na doutrina acerca da viabilidade de serem invocados princípios supraconstitucionais, notadamente os ligados à proteção dos direitos humanos, como limites materiais ao constituinte. Todavia, no caso, ainda que se admitisse tal eventualidade, melhor sorte não assistiria à requerente.

O Supremo, ao analisar a ADI 5.481, assentou que o ICMS não incide nas operações envolvendo extração de petróleo, seja no regime de concessão, seja no de partilha, porquanto ausente negócio jurídico de natureza mercantil translativo de propriedade. Na oportunidade, foram declaradas inconstitucionais as Leis n. 4.117/2003 e 7.183/2015 do Estado do Rio de Janeiro, que estabeleciam a tributação. Transcrevo a síntese do acórdão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminares afastadas. Tributário. ICMS. Leis nºs 4.117/03 (Lei Noel) e 7.183/15 (nova Lei Noel) do Estado do Rio de Janeiro. Extração de petróleo. Inconstitucionalidade. Ausência dos elementos “operação” e “circulação”, necessários para a incidência válida do imposto. Aplicação da imunidade tributária recíproca caso o vício anterior seja considerado inexistente. 1. Possui a autora legitimidade para propor a presente ação direta. Precedentes. Não é inepta a inicial em que se deixou de questionar dispositivos que não tratam de matéria tributária nem fazem parte da cadeia normativa impugnada. Preliminares afastadas. 2. As leis impugnadas incidiram em inconstitucionalidade, pois os fatos geradores do ICMS por elas

ADI 6250 / DF

descritos não retratam a existência de ato ou de negócio jurídico que transfira a titularidade de uma mercadoria. 3. Seja no regime de concessão (Lei nº 9.478/97), seja no regime de partilha (Lei nº 12.351/10), a legislação estipula que o concessionário ou o contratado adquire, de modo originário, a propriedade do petróleo extraído ou de parcela dele. 4. Ainda que se considerasse que a União efetivamente transfere a propriedade do petróleo para o concessionário ou para o contratado por meio de um negócio ou de um ato de natureza mercantil, o tributo continuaria a ser indevido, em razão da imunidade tributária recíproca. 5. Ação direta julgada procedente, declarando-se a constitucionalidade das Leis nºs 7.183, de 29 de dezembro de 2015, e 4.117, de 27 de junho de 2003, do Estado do Rio de Janeiro. 6. Modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo-se que ela produza efeitos *ex nunc* a partir da publicação da ata de julgamento do mérito. Acolhendo proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, ficam ressalvadas: "(i) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS; (ii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; Em todos esses casos, dever-se-á observar o entendimento desta Corte e o prazos decadenciais e prescricionais".

(ADI 5.481, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 4.5.2021)

A proponente, ao postular interpretação do art. 155, § 2º, X, "b", da Carta Magna que admite a tributação da extração de petróleo, busca, na verdade, alterar a norma constitucional originária, criando hipótese de incidência do ICMS.

ADI 6250 / DF

A técnica da interpretação conforme à Constituição é aplicável somente quando a norma impugnada admite múltiplas interpretações, e uma ou algumas delas é compatível com a Constituição. Quando o sentido da norma é unívoco e claro, como no caso da vedação à incidência do ICMS sobre operações que destinem petróleo a outros Estados, conferir-lhe uma interpretação que extrapole as possibilidades semânticas faria do Poder Judiciário legislador positivo, com ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Do exposto, não conheço da ação quanto ao pedido de interpretação conforme do art. 155, § 2º, X, “b”, da Carta de 1988.

2. Da suposta constitucionalidade do art. 155, § 4º, I, da Constituição Federal

A requerente sustenta que o art. 155, § 4º, I, da CF/1988, incluído pela EC n. 33/2001, restringiu indevidamente a possibilidade de o Estado do Rio de Janeiro tributar operações com lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo.

Os dispositivos constitucionais que versam a matéria têm a seguinte redação:

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

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

ADI 6250 / DF

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:

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

Segundo a requerente, a limitação de tributação impacta o patrimônio e a renda do Estado do Rio de Janeiro, o que configuraria violação à imunidade tributária recíproca, garantia constitucional que impede os entes federativos de instituírem impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros (art. 150, VI, a, CF).

Assevera que a EC n. 33/2001 gerou um tratamento anti-isonômico para o Estado do Rio de Janeiro, que tem na extração de hidrocarbonetos parte substancial de sua economia, mas é impedido de tributar as operações que se destinam a outros Estados.

Sem razão.

O dispositivo impugnado apenas define o sujeito ativo do ICMS devido nas operações com lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, cujo imposto deve incidir uma única vez. Essa definição de competência tributária não se confunde com tributação sobre patrimônio, renda ou serviços.

Não se vislumbra, portanto, tributação direta do Estado do Rio de Janeiro por outro ente federativo, sendo descabida a alegação de violação à imunidade recíproca.

ADI 6250 / DF

Além disso, no sistema de tributação e distribuição de recursos relacionados à exploração de petróleo, os entes produtores, como o Estado do Rio de Janeiro, são beneficiados com participação nos resultados (*royalties*) e compensações financeiras. Isso equilibra a situação particular desses entes com a promoção do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, II e III).

Qualquer redefinição desse pacto estruturante deve ser submetida ao Poder Legislativo, que detém a legitimidade democrática e a capacidade institucional para tal discussão.

A propósito, oportuno apontar as razões constantes da Exposição de Motivos da PEC 277/2000 (que resultou na EC n. 33/2001), que justificaram a alteração do texto constitucional:

Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e ao gás natural, tornam-se necessárias as alterações propostas, como única forma de se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual.

[...]

A alteração do art. 155, § 4º, I, da Constituição Federal, permitirá à lei complementar disciplinar adequadamente a tributação do ICMS sobre combustíveis e lubrificantes, assegurando uniformidade e neutralidade fiscal.

Como se vê, quis-se garantir a neutralidade tributária entre produtos nacionais e importados, de modo a não prejudicar a produção interna.

ADI 6250 / DF

Também se pretendeu coibir práticas desleais entre os Estados-membros, tendo em conta que a arrecadação poderia ser concentrada em etapas específicas e repartida segundo critérios previamente fixados.

No fim, percebe-se que a alteração do texto constitucional na distribuição de competências tributárias buscou promover um maior equilíbrio entre os entes, preservando o pacto federativo, sem violação à imunidade tributária recíproca, uma vez que não resulta em tributação direta de patrimônio ou renda de outro ente.

Incabível, portanto, qualquer conclusão de ofensa ao art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

3. Dispositivo

Ante o exposto, conheço em parte da ação para, nessa extensão, julgar improcedentes os pedidos e confirmar a presunção de constitucionalidade do art. 155, § 4º, I, da Constituição Federal.

É como voto.