

PODER JUDICIÁRIO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 715-7 - DF

(TRIBUNAL PLENO)

Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro
Requerido: CONFAZ - Conselho de Política Fazendária
Relator: Ministro Paulo Brossard

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Liminar. Art. 33 do Convênio CONFAZ ICM 66/88. ICMS. Não incidência nas operações que destinem Petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica, a outros Estados (art. 155, § 2º, X "b", CF). Anulação do crédito relativo às operações anteriores (art. 155, § 2º, II, "b", CF). Não exigência pelo art. 33, Convênio CONFAZ ICM 66/88.

Dispositivo que, com fundamento na ressalva da própria norma constitucional (inciso II, § 2º), estabelece como regra aquilo que a Constituição indicou como exceção. Suspensão de eficácia. Plausibilidade jurídica do pedido. Precedente ADIN nº 600-MG.

Pedido cautelar deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, deferir a medida cautelar para suspender, até decisão final, os efeitos do art. 33 do Convênio ICM 66/88, publicado no Diário Oficial da União de 16/12/88, vencidos os Ministros Relator e Francisco Rezek, que a indeferiam. Votou o Presidente. Os Ministros MARCO AURÉLIO e ILMAR GALVÃO retificaram seus votos.

Brasília, 08 de outubro de 1992

OCTÁVIO GALLOTTI
Presidente

PAULO BROSSARD
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: O Governador do Estado do Rio de Janeiro, com base no artigo 103, V, da Constituição Federal, propõe ação direta arguindo a inconstitucionalidade do seguinte dispositivo do Convênio CONFAZ ICM 66/88:

"Art. 33 - Não se exigirá a anulação do crédito relativos às entradas que corresponderem às operações de que trata o inciso II do art. 3º."

As operações de que trata o inciso II, do artigo 3º, são precisamente aquelas que destinam petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, a outros Estados.

2. Argumenta que a Constituição Federal determina no artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea b, que o ICMS - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicações - não incidirá sobre operações que se destinem a outros Estados - petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados; porém, esse mesmo dispositivo no seu inciso II, impõe que essa não incidência:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores."

3. Entende, o requerente, que o impugnado artigo 33 do Convênio ICM 66/88 dispôs em sentido inverso às normas constitucionais transcritas, "pois ao regular provisoriamente a matéria, determinou... que a não incidência nos casos de remessa de petróleo e seus derivados, de um Estado para outro, não acarreta a anulação do crédito relativo às operações anteriores, ao INVERSO do que está na dicção da Carta de 1988."

4. Em decorrência disto, as empresas que remetem petróleo e seus derivados para outros Estados passaram a ser dotadas de enormes créditos, contra o Estado a partir do qual promovem a remessa. Passaram a acumular créditos, que o texto constitucional impede, contra o Estado remetente, porque esses créditos foram havidos pelo Convênio como acumuláveis.

5. Assim dispondo, o artigo 33 violou os seguintes dispositivos e princípios constitucionais: a) alíneas a e b, do inciso II, do parágrafo 2º, do artigo 155; b) o princípio da não cumulatividade; c) o "princípio de isonomia das pessoas constitucionais, que deflui do princípio federativo (arts. 1º e 18) e do princípio constitucional tributário da uniformidade geográfica (art. 151, I); e d) princípio da vedação de tratamento desigual entre contribuinte (art. 150, II) e da não-discriminação tributária (art. 152).

6. Pela atual sistemática constitucional, a não incidência do ICMS não implica em crédito para compensação em operações futuras; ao contrário, acarreta a anulação do crédito relativo à operação anterior, "salvo determinação em contrário da legislação". Logo, tal ressalva só teria sentido se houvesse expressa disposição de lei consagrando-a.

Ofende, ainda, o dispositivo impugnado o princípio da não cumulatividade consagrado no inciso I, do mesmo parágrafo 2º, do artigo 155, ao qual as normas das alíneas a e b, do inciso II, do mesmo parágrafo 2º, deve coerência. Enquanto a compensação típica do preceito da não cumulatividade é sempre para diante, a compensação concebida pelo Convênio não o é, dado que somente adotou parte da regra constitucional que diz que a remessa para outro Estado não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, mas não adotou a outra parte, determinando não anular o crédito relativo às operações anteriores.

A isonomia das pessoas constitucionais foi radical e gravissimamente desdenhada pelo artigo 33 do Convênio que, às escâncaras, desfavoreceu uns poucos Estados em proveito de outros. É que ele jogou todos os ônus sobre os Estados de onde as empresas fazem a remessa do petróleo e derivados, os quais devem, sozinhos, suportar a sobrecarga decorrente da remessa para os outros Estados.

Investiu, finalmente, a norma do convênio contra os princípios que proibem a discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens e o que veda tratamento desigual entre contribuintes. O Convênio ICM 66/88 faz conviver com a norma impugnada a seguinte disposição, que bem reflete esta afronta:

"Art. 32 - Salvo determinação em contrário da legislação, acarretará a anulação do crédito:

I - a operação ou prestação subsequente, quando beneficiada por isenção ou não-incidência;"

Assim, para a generalidade das operações que ocorrem nos outros Estados e que são beneficiadas por isenção ou não-incidência, o Convênio adotou a regra geral (constitucional) da anulação do crédito anterior à operação em que se deu a isenção ou a não-incidência; porém, não a adotou em relação as operações que destinam petróleo e seus derivados a outros Estados.

7. A final pede a concessão de medida cautelar para que se suspenda a eficácia da norma, argüida de inconstitucional, por entender estarem presentes os requisitos do "*fumus boni iuris*" e do "*periculum in mora*". O primeiro decorre da própria fundamentação que desenvolveu, o segundo da situação em que se encontra o Estado do Rio de Janeiro que, discriminado e desfavorecido, tem a qualquer momento de satisfazer a exigibilidade de vultosos e progressivos créditos acumulados; suportando ele, por ser Estado produtor, o ônus do benefício da não incidência.

Nesse sentido, argumenta, com base em estatísticas oficiais - que sendo o Estado do Rio de Janeiro responsável por 60% da produção nacional de petróleo e de 50% da sua importação do exterior, o que perfaz um total de 650.000 barris diários de petróleo, dos quais consome somente 120.000, e - que tendo de remeter o excedente, equivalente a 530.000 barris diários, para os demais Estados, pode-se dimensionar o volume de crédito contra ele acumulado, em torno de cem milhões de dólares mensais, que hoje corresponde a um total geral de mais de um bilhão de dólares, que a qualquer momento pode ser exigido.

Junta documento produzido pelo Núcleo Superior de Estudos Fazendários - NUSEF, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que com base em dados fornecidos pela própria Petrobrás, demonstra que só essa empresa teria crédito acumulado da ordem de US\$ 41,65 milhões mensais.

Que esses dados são eloquentes e suficientes para demonstrar o perigo de instabilidade na execução de qualquer Orçamento.

8. Com base nesses argumentos, pede a concessão da cautelar para que seja suspensa a eficácia do artigo 33, do Convênio - ICM nº 66/88, editado pelo CONFAZ - Conselho de Política Fazendária.

9. Tendo em vista o tempo decorrido entre a data da celebração do referido Convênio - 16 de dezembro de 1988 - e a propositura da presente ação e considerando que o próprio Estado do Governador requerente o celebrou, solicitei previamente as informações.

Juntadas às fls. 42/49, trago o feito à mesa para o exame da medida cautelar.

É o Relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD (Relator): A Constituição Federal ao atribuir aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o:

"imposto sobre operações relativas à circulação de mercadoria e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações" (art. 155, I, b)

estabeleceu, ela própria, que este imposto não incidirá

"sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica." (art. 155, par. 2º, X, b)

Ainda, dispôs a Constituição Federal em relação ao referido imposto, entre os princípios de observância obrigatória, que:

"a isenção e a não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;" (art. 155, II, par. 2º)

Ressalvou expressamente a norma constitucional que tais compensações e anulações de crédito do "ICMS" não ocorreriam se não houvesse determinação em contrário da legislação.

2. Neste sentido, é que veio a dispor o artigo 33 do Convênio, argüido de inconstitucional, que a não incidência nas referidas operações que destinem, a outros Estados, petróleo e seus derivados não acarretará a anulação do crédito relativo às entradas anteriores.

3. O Convênio assim dispôs porque a Constituição, em suas Disposições Transitórias, lhe autorizou:

"Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria." (art. 34, parágrafo 8º).

4. O exame da plausibilidade jurídica do pedido cautelar reside, precipuamente, em fase dessa disposição. Isto é, se o Convênio celebrado pelos Estados e Distrito Federal em substituição à lei complementar não editada no prazo estabelecido, poderia ressaltar, como fez, que a não incidência do ICMS sobre operações

"que destine a outro Estado petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, a outros Estados"

não se exigirá, como possibilita a ressalva constitucional (inc. II, par. 2º, art. 155), a anulação de créditos relativos às entradas correspondentes a essas operações.

5. Ora, se a Constituição estabeleceu, como regra geral, que a não incidência acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores, mas ela própria ressaltou que a legislação poderia determinar em contrário - é de se entender, pelo menos neste exame preliminar, que o Convênio que veio provisoriamente a regular a matéria, em substituição a lei complementar não editada, também poderia fazê-lo.

A matéria relacionada com a manutenção de crédito do "ICMS" está reservada à referida lei complementar, já que no inciso XII, do artigo 155, da Constituição, expressamente, dispõe que a ela cabe:

"f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;"

6. Se a não incidência do "ICMS" sobre determinada operação e a faculdade delegada à legislação de permitir o creditamento relativo à entrada dessa operação, decorre do próprio texto da Constituição, não há que se falar em violação dos princípios

constitucionais da não cumulatividade, da isonomia, da uniformização geográfica, da vedação de tratamento desigual entre contribuintes e da não discriminação tributária.

7. Ademais, é de se ter presente ainda que o próprio Estado do Governador requerente participou da celebração do impugnado Convênio que, vale repetir, foi celebrado em 1988.

Assim, por não ver a plausibilidade jurídica do pedido, que é o quanto me basta, e considerando ainda o tempo decorrido, que me parece secundário, indefiro a cautelar.

EXTRATO DA ATA

ADIN Nº 715-7 (Medida Liminar)

Origem: Distrito Federal

Relator: Min. Paulo Brossard

Reqte.: Governador do Estado do Rio de Janeiro

Adv.: Ricardo Aziz Cretton

Reqdo.: Confaz - Conselho de Política Fazendária

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, indeferindo a medida liminar, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista dos autos formulado pelo Ministro Carlos Velloso. Plenário. 07.08.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Néri da Silveira e Celso de Mello.

Vice-Procurador Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva.

LUIZ TOMIMATSU

Secretário

VOTO

(VISTA)

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: A espécie está resumida no parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, que o Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento, encaminhou ao Supremo Tribunal:

"(...)

a) umas poucas empresas remetem petróleo e seus derivados para outros Estados da Federação, e a Constituição Federal determina a não-incidência do ICMS nesse caso (art. 155, § 2º, X, b), mas dispõe que essa não-incidência não implicará crédito para a compensação com o montante devido nas operações seguintes (art. 155, § 2º, II, a) e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores (arts. 155, § 2º, II, b);

b) o art. 33 do Convênio 66 dispõe em sentido inverso ao art. 155, § 2º, II, b, da Carta Política vigente, e, em face disso, as empresas remetentes de petróleo e seus derivados passaram a ser dotadas de enormes créditos contra o Estado de onde remetem os produtos;

c) o atacado art. 33 fere o art. 155, § 2º, II, b da Lei Maior, afronta os princípios constitucionais da não-cumulatividade, da isonomia das pessoas constitucionais (defluente do princípio federativo - arts. 1º e 18 - e do princípio da uniformidade geográfica - art. 151, I), do tratamento isonômico entre os contribuintes (art. 150, II) e da não discriminação tributária (art. 152);

d) a não-incidência do ICMS sobre operações de remessa de petróleo e seus derivados já acarreta enormes perdas de receita por parte dos Estados produtores e o art. 33 do Convênio 66 veio "punir" ainda mais esses Estados e beneficiar os Estados recebedores." (fl. 44)

O eminente Ministro Relator, no seu voto, indeferiu a cautelar requerida. Assim o voto de Sua Excelência:

"A Constituição Federal ao atribuir aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o:

'imposto sobre operações relativas à circulação de mercadoria e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações' (art. 155, I, b) estabeleceu, ela própria, que este imposto não incidirá

'sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.' (art. 155, § 2º, X, b)

Ainda, dispôs a Constituição Federal em relação ao referido imposto, entre os princípios de observância obrigatória, que:

'a isenção e a não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;' (art. 155, II, § 2º).

Ressalvou, expressamente a norma constitucional que tais compensações e anulações de crédito do "ICMS" não ocorreriam se não houvesse determinação em contrário da legislação.

2. Neste sentido, é que veio a dispor o artigo 33 do Convênio, argüido de inconstitucional, que a não incidência nas referidas operações que destinem, a outros Estados, petróleo e seus derivados não acarretará a anulação do crédito relativos às entradas anteriores.

3. O Convênio assim dispôs porque a Constituição, em suas Disposições Transitórias, lhe autorizou:

'Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixará norma para regular provisoriamente a matéria.' (art. 34, § 8º).

O exame da plausibilidade jurídica do pedido cautelar reside, precipuamente, em face dessa disposição. Isto é, se o Convênio celebrado pelos Estados e Distrito Federal em substituição a lei complementar não editada no prazo estabelecido, poderia ressaltar, como fez, que a não incidência do ICMS sobre operações

'que destine a outro Estado petróleo inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica a outros Estados'

não se exigirá, como possibilita a ressalva constitucional (inc. II, § 2º, art. 155), a anulação do crédito relativo às entradas correspondentes a essas operações.

5. Ora, se a Constituição estabeleceu, como regra geral, que a não incidência acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores, mas ela própria ressaltou que a legislação poderia determinar em contrário - é de se entender, pelo menos neste exame preliminar, que o Convênio que veio provisoriamente a regular a matéria, em substituição a lei complementar não editada, também poderia fazê-lo.

Veja, ainda, que essa matéria relacionada com a manutenção de crédito do "ICMS" está reservada à referida lei complementar, já que no inciso XII, do artigo 155, da Constituição, expressamente, dispõe que a ela cabe:

'f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadoria'

6. Se a não incidência do "ICMS" sobre determinada operação e a faculdade delegada à legislação de permitir o creditamento relativo à entrada dessa operação, decorre do próprio texto da Constituição, não há que se falar em violação dos princípios constitucionais da não cumulatividade, da isonomia, da uniformização geográfica, da vedação de tratamento desigual entre contribuintes e da não discriminação tributária.

7. Ademais, é de se ter presente ainda que o próprio Estado do Governador requerente participou da celebração do impugnado Convênio que, mais uma vez é bom que se diga, foi celebrado em 1988.

Assim, por não ver a plausibilidade jurídica do pedido, que é o quanto me basta, indefiro a cautelar."

Pedi vista dos autos porque vi semelhança entre esta ação direta e a ADIN nº 600-2-MG, proposta pelo Governador de Minas, que tem por objeto a Lei Complementar nº 65, de 14.04.91, na qual o Tribunal, com base no meu voto, deferiu a medida cautelar.

Passo a votar.

Estabelece a Constituição Federal, no seu art. 155, I, b:

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

I - impostos sobre:

(...)

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

Dispõem, em seguida, o § 2º, II, a e b, X, b

"§ 2º. O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;"

O artigo 33 do Convênio, acioado de inconstitucional, estabelece que "não se exigirá a anulação do crédito relativo às entradas que corresponderem às operações de que

trata o inciso II do artigo 3º, vale dizer, as operações que destinem a outro Estado petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica. Quer dizer, o Estado produtor deverá suportar os créditos das empresas remetentes de petróleo e seus derivados.

O argumento básico do eminente Ministro Relator, para indeferir a cautelar, é este: "ora, se a Constituição estabeleceu como regra geral, que a não incidência acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores, mas ela própria ressaltou que a legislação poderia determinar em contrário, é de se entender, pelo menos neste exame preliminar, que o Convênio que veio provisoriamente a regular a matéria, em substituição a lei complementar não editada, também poderia fazê-lo".

Em linha de princípio, estou de acordo com o eminente Ministro Relator.

Na verdade, o ADCT à CF/88, art. 34, § 8º, estabeleceu que, "se no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria".

Quer dizer, os Estados e o Distrito Federal estabelecerão convênio que substituirá, provisoriamente, a lei complementar inscrita no inc. XII do § 2º do art. 155. Noutras palavras, enquanto não editada a lei complementar inscrita no citado inc. XII, do § 2º, do art. 155, valerá o convênio estabelecido pelos Estados e o Distrito Federal.

Isto, aliás, está afirmado no parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que o Ministro de Estado adotou e transmitiu a esta Corte com o ofício de fl. 42:

(...)

12. O § 8º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias delegou aos Estados-Membros e ao Distrito Federal competência para, mediante convênio celebrado nos moldes da Lei Complementar nº 25/75, legislarem provisoriamente a respeito do ICMS. Dessa delegação nasceu o Convênio 66/88, o qual ganhou força de lei complementar, face a natureza da norma que substituiu temporariamente (art. 155, XII, da CF). ... (fl. 46).

Posta assim a questão, indaga-se: ao convênio seria lícito estabelecer, como regra, a não exigência da anulação do crédito nas operações de remessa, para outros Estados da Federação, de petróleo e seus derivados?

Penso que não.

Tentarei justificar o meu entendimento.

Na hipótese, ocorre a imunidade da alínea b, do inc. X, do § 2º, do art. 155 da Constituição: o ICMS não incidirá sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica".

Em caso assim, salvo determinação em contrário da legislação - C.F., art. 155, § 2º, II, a e b - a regra é a não existência de crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes (alínea a) e a anulação do crédito relativo às operações anteriores (alínea b).

É certo que a Constituição ressalva "determinação em contrário da legislação" (art. 155, § 2º, II).

A legislação, entretanto, não poderá transformar a exceção na regra. Porque a regra está inscrita nas alíneas a e b do inc. II do art. 155: a não existência de crédito para

compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

E tanto não poderá assim proceder, que a Constituição, ao dispor sobre a lei complementar do ICMS - e o convênio, aqui, faz as vezes dessa lei complementar - estabeleceu que ela, lei complementar, deveria "prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias" (C.F., art. 155, XII, f). Cabe à lei complementar, portanto, estabelecer casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias, e não estabelecer, como regra, a manutenção do crédito.

No ponto, aliás, a questão é, na verdade, semelhante à que foi examinada e discutida por ocasião do julgamento da cautelar pedida na ADIN nº 600-MG, que tem por objeto a Lei Complementar nº 65, de 15.04.91, que disciplina o ICMS relativamente a produtos destinados ao exterior.

Destaco do voto que proferi por ocasião do citado julgamento:

"(...)

Estabelece o art. 3º, *caput*, da Lei Complementar nº 65, de 14.04.91:

"Art. 3º. Não se exigirá a anulação do crédito relativo às entradas de mercadorias para utilização como matéria-prima, material secundário e material de embalagem, bem como o relativo ao fornecimento de energia e aos serviços prestados por terceiros na fabricação e transporte de produtos industrializados destinados ao exterior."

A Lei Complementar nº 65, de 1991, consagra, como regra, no art. 3º, *caput*, que os créditos relativos às entradas de matéria-prima, material secundário e material de embalagem, bem como o relativo ao fornecimento de energia e aos serviços prestados por terceiros na fabricação e transporte de produtos industrializados destinados à exportação, não serão anulados.

Poderia a lei complementar assim proceder?

A Constituição concede autorização à lei complementar para "prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias" - C.F., art. 155, parág. 2º, XII, "f".

A Constituição, está-se a ver, não autoriza o legislador da lei complementar estabelecer, como regra, a manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o estrangeiro, de serviços e de mercadorias (C.F., art. 155, parág. 2º, XII, "f"). A Lei Complementar nº 65, de 1991, ao invés de simplesmente estabelecer, no *caput* do art. 3º os casos de manutenção de crédito, nas operações mencionadas, fixou, como regra, nas operações indicadas, a manutenção do crédito, pelo que foi além da autorização constitucional. Convém registrar, aliás, que, tal como sustenta o autor da ação direta, a Constituição consagra, como regra geral, o estorno do crédito relativo à matéria-prima e serviços empregados na fabricação e transporte de produtos industrializados destinados ao exterior, beneficiários da imunidade prevista pela alínea "a" do inc. X, do parág. 2º, do art. 155, da Constituição, *ex vi* do disposto na alínea "b", do inc. II, do parág. 2º, do mesmo artigo 155.

Em suma: além de extrapolar da autorização constitucional inscrita no art. 155, parág. 2º, XII, "f", instituiu o legislador ordinário regra contrária à regra inscrita na

Constituição (C.F., art. 155, parág. 2º, X, "a", *ex vi* do disposto no mesmo art. 155, parág. 2º, II, "b").

Assim procedendo, incidiu em ilegitimidade constitucional, ilegitimidade constitucional que mais se evidencia quando se verifica que a Lei Complementar nº 65, no art. 3º, ao extrapolar da autorização constitucional inscrita no art. 155, parág. 2º, XII, "f", aplicou maus tratos no princípio da autonomia do Estado-membro, que "constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal", na lição de RAUL MACHADO HORTA, *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, 1964, p. 13), ou "elemento vital do federalismo", segundo GEORGES SCHELLE (*Précis de Droit des Gens*, Paris, Recueil Sirey, 1932, I/199; *ap.* Raul Machado Horta, *ob. e loc. cit.*).

Do exposto, tenho como relevante o fundamento da inicial. O *periculum in mora* está na significativa baixa na arrecadação do tributo, que implica, segundo informa o autor da ação, "agravamento maior ainda às combatidas finanças" dos Estados-membros. No que toca ao Estado de Minas Gerais, o seu Governador, autor da ação, deixa expresso que essa baixa na arrecadação "poderá levar até à inviabilidade do Estado, que não terá dinheiro para fazer face nem aos serviços públicos essenciais, como saúde e educação." (Inicial, fls. 11/12)

Também aqui o fundamento da inicial é relevante. O *periculum in mora* parece-me ocorrer, também, no caso. Está na inicial:

"(...)

Se assim é (como parece ser aos eminentes juristas atrás transcritos), mas ainda mesmo que, porventura, não o fosse, é imediata, impositiva, indefectível a conclusão de que o Estado discriminado pelo Convênio 66 encontra-se no instante, trágica, apavoradoramente diante de uma ameaça que se pode a qualquer momento consumir, qual a de vir a ser ponderabilissimamente sangrado em sua receita.

Fala-se do ICMS, que, sabidamente, é o sustentáculo dos dinheiros do Estado. Fala-se, ainda, de ICMS sobre petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, fala-se de produto que, em país de perfil energético como o do Brasil, envolve somas astronômicas. E é impossível o arrazoado - mesmo que cuide de norma em tese - abstrair-se desta realidade, que é, indisfarçavelmente, uma realidade federativa.

A título subsidiariamente ilustrativo, cumpre trazer o que toca ao Estado do Rio de Janeiro. Como demonstram os documentos acostados, inclusive estatísticas oficiais nacionais, ele responde por cerca de 60% da produção de todo petróleo que é produzido no Brasil; importa mais de 50% de todo o petróleo que do exterior chega ao País. Tais parcelas significam o total de cerca de 650.000 barris diários de petróleo (cerca de 450.000 que produz mais aproximadamente 200.000 que importa). E como, no Estado do Rio de Janeiro, somente se consome algo como 120.000 barris diários, o excedente, o equivalente a 530.000 barris diários, é remetido para os demais Estados da Federação.

Estes alucinantes números importam em correspondência com cifra mensal de "crédito" em torno de 100 milhões de dólares, e no acumulado de mais de um bilhão de dólares, que se poderia exigir a qualquer momento!!!" (fls. 13)

Mais:

"(...)

3º requisito ("irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados"):

- os colossais montantes de créditos que poderão, a qualquer momento, ser exigidos, importariam em danos emergentes catastróficos, sobre as receitas públicas, inviabilizando, por longo tempo, os orçamentos anuais envolvidos, com graves e insuportáveis efeitos nas áreas sociais. Estariam mortalmente fulminados um dos objetivos constitucionais da República: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo "o bem de todos", sem quaisquer formas de discriminação (Constituição Federal, art. 3º, II, III e IV);

- pior que tudo: de um lado, encontra-se o interesse de umas poucas empresas e, de outro, o das populações de algumas também possíveis unidades federativas notoriamente desfavorecidas no conceito da Federação". (fls. 16/17)

Do exposto, com a vênua do Sr. Ministro Relator, defiro a suspensão da eficácia do artigo 33 do Convênio ICMS 66/88, que dispõe a respeito da não exigência de anulação de créditos de ICMS nas operações de remessa de petróleo e seus derivados para outros Estados da Federação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Senhor Presidente, com as vênias do eminente Relator, acompanho o voto do Ministro Carlos Velloso.

Creio que S. Exa. demonstrou, *mutatis mutandis*, que o deferimento se impõe, no caso, por coerência, com a decisão da Corte na Ação Direta 600.

VOTO

(Medida Liminar)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, apreciando apenas o que se contém no inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal e tendo em vista a autorização do artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, manteria o voto proferido na ação direta de inconstitucionalidade nº 600. Não obstante, o caso, em si, tem peculiaridades que conduzem à convicção de que o Estado será apenado pelo fato de ser um grande produtor de petróleo, com um desequilíbrio incrível em termos de orçamento, talvez até mesmo com violência ao princípio da unidade constitucional em matéria de tributo, ou seja, o princípio da isonomia de tratamento.

Na alínea "b", inciso X do aludido parágrafo, evocada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, encontramos a regra segundo a qual não incide imposto sobre operações que se destinem a outros Estados, isto quanto ao petróleo, incluindo lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados.

Ora, quando se cogita de ausência de anulação de crédito, pressupõe-se que, numa operação seguinte, ocorra algo que acabe compensando esse procedimento, ou seja, a cobrança do próprio ICM. Mas, no caso, a cobrança far-se-á por Estados diversos, arcando o produtor, de forma total, com o ônus decorrente da manutenção do crédito.

Diante da extensão da norma contida no Convênio e das repercussões perniciosas, apenando-se, repito, a população de um Estado, já que este não contará com a receita indispensável ao implemento de obras públicas, reformulo o entendimento inicial, para

acompanhar o Ministro Carlos Velloso na concessão da liminar, com a devida vênia do Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI (PRESIDENTE): Também peço vênia, aos eminentes Ministros Relator e FRANCISCO REZEK, para acompanhar o voto do Ministro CARLOS VELLOSO, em coerência com o voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 600, onde se julgava tese semelhante à presente, ou seja, a de que não se poderia estatuir, como regra, aquilo que é indicado, pela Constituição Federal, como exceção, no art. 155, § 2º, inciso X, letra "a".

Defiro a medida cautelar.

VOTO

(Medida Liminar)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, gostaria de, nesta assentada, ajustar o meu voto ao que pronunciei quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 600, que tinha por objeto a exportação dos minérios de Minas Gerais.

Com a devida vênia do eminente relator, acompanho o Ministro CARLOS VELLOSO.

EXTRATO DE ATA

ADIN Nº 715-7 (Medida Liminar)

Origem: Distrito Federal

Relator: Min. Paulo Brossard

Reqte.: Governador do Estado do Rio de Janeiro

Adv.: Ricardo Aziz Cretton

Reqdo: CONFAZ - Conselho de Política Fazendária

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, indeferindo a medida cautelar, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Carlos Velloso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Néri da Silveira e Celso de Mello. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva. Plenário, 07.08.91.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu a medida cautelar para suspender, até decisão final, os efeitos do art. 33 do Convênio ICM 66/88, publicado no Diário Oficial da União de 16.12.88, vencidos os Ministros Relator e Francisco Rezek, que a indeferiam. Votou o Presidente. Os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão retificaram seus votos. Plenário, 08.10.92.

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sydney Sanches, Presidente e Moreira Alves.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva.

LUIZ TOMIMATSU

Secretário

COMENTÁRIO À ADIN Nº 715-7-DF - MARCUS DE MORAES

Primeiro, impositiva, uma referência às raízes sediadas na crença, para não dizer na obstinação com que o ilustre Procurador do Estado, Doutor HUMBERTO RIBEIRO SOARES, desde os primórdios da eficácia dispositiva do Convênio ICMS nº 66/88, vindo à luz oficial no dia 16 de dezembro de 1988, sustentava, ao afincado de loquaz convicção, a fundamental desconformidade do disposto no art. 33 do citado Diploma, chegando, mais tarde, a produzir alentado escrito, sobre o qual foi decalcada a inicial da ADIN nº 715-7, cuja decisão vestibular é o foco das presentes e despreziosas disceptações.

Segundo, importa em que se preantecipe a retorção ao argumento afluído pelo ilustre Ministro PAULO BROSSARD, na alusão, embora ligeira e de acepção secundária, ao decurso do tempo entre a eficácia e o alvejamento... É que a relativa tardança na decisão juspolítica de adotar a medida processual argüente de inconstitucionalidade - ao passo, lembre-se, a pessoa do governante migrou exatamente no intertempo - esteve diretamente ligada a um dos fundamentos do "*meritum casuae*" e, portanto, indiretamente a um dos supedâneos do cabimento da medida processual, o "*fumus boni juris*".

Veja-se: a questão tem como fulcro o tratamento legislativo-tributário imprimido à produção (inclua-se importação) e circulação de petróleo de um Estado-Membro para outro. O Estado do Rio de Janeiro, seguido muito ao longe, mas ao par, pelo de Sergipe, está incluído entre os únicos cinco ou seis que se dão ao luxo privilegiado de ter e de explorar petróleo bruto no seu território e de remetê-lo para outros Estados, no quanto sobeje ao seu consumo, respondendo por sessenta por cento (60%) DE TODO O PETRÓLEO BRASILEIRO.

Não editada a lei complementar prevista como instrumento de regulação do aspecto tributário envolvido, ao lastro do disposto no art. 34 do A.D.C.T. sobreveio o Convênio ICMS nº 66/88, cujo art. 33, por desaviso ou incompetência de então governantes, passou a custodiar o interesse de algumas empresas produtoras de petróleo fluminense, coincidente com o dos grandes Estados não-produtores (São Paulo, Paraná, Mato Grosso do Sul e mais cerca de uma vintena) no sentido de que a IMUNIDADE TRIBUTÁRIA que reveste a espécie (art. 155, parág. 2º, inciso X, letra "b" da Constituição Federal) resultasse em *crédito acumulado* (sic) contra a Fazenda do Estado-produtor (sic) em favor das empresas remetentes de petróleo (sic) para outros Estados.

Está dito com todas as escandalosas letras no malsinado adminículo convenial (art. 33) "*ab verbis*"

"Não se exigirá a anulação do crédito relativo à entrada que corresponderem às operações de que trata o inciso II do art. 3º."

O art. 3º, inciso II do Texto versa, exatamente a circulação, para outros Estados, de petróleo (combustíveis líquidos e gasosos) produzidos no Estado remetente.

Aqui fica, de logo, esfusiantemente claro que a sistemática convenial, excepcionalmente revivescida (art. 34 do A.D.C.T.), terá sido influenciada pelo verdadeiro rolo compressor de Estados-Membros paritariamente representados sobre a achapante minoria dos Estados-Membros produtores... A par e passo, a acumulação de créditos contra a Fazenda fluminense passava a representar a cifra estonteante a estupefaciente de *três milhões e quinhentos mil dólares DIÁRIOS* de créditos acumulados, pelo menos como moeda escritural, nas mãos de umas que poucas empresas, em subtração de recursos indispensáveis à gerência econômico-financeira do Estado do Rio de Janeiro.