



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7077

Requerente: Procurador-Geral da República

Requeridos: Governador e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Relator: Ministro ROBERTO BARROSO

Tributário. Artigo 14, incisos VI, alíneas “b” e “c”, e VIII, da Lei nº 2.657/1996, com a redação dada pela Lei nº 7.508/2016; e artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056/2002, alterado pela Lei nº 8.642/2019, todas do Estado do Rio de Janeiro. Aumento da alíquota do ICMS e do percentual do adicional destinado ao fundo de combate à pobreza estadual, incidentes sobre a energia elétrica e os serviços de comunicação. Alegada violação ao princípio da seletividade (artigo 155, § 2º, III, da Constituição), à vedação constitucional à vinculação de receita de impostos a fundo (artigo 167, inciso IV, da Carta) e ao artigo 82, § 1º, do ADCT. Essa Suprema Corte já chancelou a validade do adicional na alíquota do ICMS instituído pela lei fluminense atacada. Todavia, a despeito de sua convalidação decorrente da EC nº 42/2003, o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056/2002 viola diretamente o princípio da seletividade e a vedação à vinculação de receita de impostos a fundo, aspecto que ainda não chegou a ser abordado por esse Supremo Tribunal em julgados anteriores. O artigo 14, incisos VI, alíneas “b” e “c”, e VIII, da Lei nº 2.657/1996 também viola a seletividade, eis que estipula alíquotas muito mais elevadas para os serviços de energia elétrica e de comunicações, considerados essenciais. Precedente. Recurso Extraordinário nº 714.139. Tema 745 da repercussão geral. Manifestação pela procedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto o artigo 14, incisos VI, alíneas “b” e “c”, e VIII, da Lei nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 7.508, de 30 de dezembro de 2016; bem como o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056, de 30 de dezembro de 2002, alterado pela Lei nº 8.642, de 07 de dezembro de 2019, todas do Estado do Rio de Janeiro. Eis o teor dos dispositivos questionados:

Lei nº 2.657/1996.

Art. 14. A alíquota do imposto é:

(...)

VI - em operação com energia elétrica:

(...)

b) 27% (vinte e sete por cento) quando acima do consumo estabelecido na alínea "a" até o consumo de 450 quilowatts/hora mensais;

c) 28% (vinte e oito por cento) quando acima de 450 quilowatts/hora mensais;

(...)

VIII - na prestação de serviços de comunicação: 28% (vinte e oito por cento);

Lei nº 4.056/2002.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

(...)

II - Além do produto da arrecadação adicional de 2% (dois pontos percentuais) previsto no inciso I do Artigo 2º, serão adicionados ao produto da arrecadação mais 2% (dois pontos percentuais), transitoriamente até 31 de dezembro de 2023, no caso do serviço previsto na alínea “b” e “c” do inciso VI, e do serviço previsto no inciso VIII, ambos do art. 14 da Lei 2.657, de 26 de dezembro de 1996.

O requerente sustenta que tais disposições violariam os artigos 155, § 2º, inciso III; e 167, inciso IV, da Carta Republicana, bem como o artigo 82, §

1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹.

Alega que o artigo 82, § 1º, do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 31/2000, determinou que os Estados e o Distrito Federal instituíssem Fundos de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, a serem financiados por meio de adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas em lei complementar federal. Acrescenta que, a despeito de inexistir legislação federal dispendo sobre tais condições, vários entes federados instituíram a exação, inclusive o Estado do Rio de Janeiro.

Esclarece que, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 42/2003 convalidou os adicionais de ICMS criados até então pelos Estados e pelo Distrito Federal, e que a validade do adicional instituído pela Lei fluminense nº 4.056/2002 foi reconhecida por ambas as turmas dessa Suprema Corte.

Afirma que a Lei estadual nº 8.642/2019 recentemente alterou o

¹ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - 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;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;”

“Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”

“Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição.”

diploma anteriormente citado para majorar o adicional de ICMS incidente sobre a energia elétrica e os serviços de comunicação em mais dois pontos percentuais, o que extrapolaria o limite previsto no dispositivo constitucional transitório.

Alega, ainda, que tal aumento contrariaria o princípio da seletividade, por entender que esta *“há de ser aferida em função da essencialidade do produto em si, e não da quantidade consumida, que nem sempre corresponde à capacidade contributiva”* (fl. 10 da petição inicial).

Outrossim, aduz que a vinculação do adicional de ICMS a um fundo constitui exceção criada pelo poder constituinte derivado, pontuando que *“não se admite a majoração de alíquota além dos dois pontos percentuais nele previstos, sob pena de se contrariar a regra contida no art. 167, IV, da CF, que veda a vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa”* (fl. 13 da petição inicial).

Por fim, o requerente se insurge contra as alíquotas de 27% e 28%, previstas no artigo 14, inciso VI, alíneas “b” e “c”, e inciso VIII, da Lei estadual nº 2.657/1996, incidentes sobre os serviços de energia elétrica e de comunicação, por entender que ofenderiam o princípio da seletividade, diante da essencialidade de tais operações. Invoca, a propósito, o que restou julgado por essa Suprema Corte ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 714.139, que analisou o Tema nº 745 da repercussão geral.

Com esteio em tais argumentos, o autor postula a concessão de medida cautelar para determinar a imediata suspensão dos efeitos das disposições impugnadas e, no mérito, a procedência do pedido para que se declare a sua inconstitucionalidade.

Distribuído o feito, o Ministro Relator ROBERTO BARROSO, nos termos do rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações às autoridades requeridas, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da

União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, a Assembleia Legislativa fluminense suscitou, preliminarmente, que a inicial não teria impugnado todo o complexo normativo, o que inviabilizaria o conhecimento da ação direta. No mérito, asseverou que *“eventual aumento de alíquota tributária em desacordo com as regras constitucionais dirigidas aos fundos estaduais de combate à pobreza e às desigualdades sociais não implica sua inconstitucionalidade, mas, somente, a perda dessa situação jurídica especial, devendo, pois, ser interpretado como mero aumento tributário”* (fl. 12 do documento eletrônico nº 11).

De modo semelhante, o Governador do Estado do Rio de Janeiro suscitou, preliminarmente, a ausência de impugnação do complexo normativo, capaz de causar efeitos repristinatórios indesejados, e, ainda, a inépcia da inicial. No mérito, defendeu a constitucionalidade das disposições questionadas, tendo sustentado que essa Suprema Corte teria convalidado o adicional do ICMS para o fundo estadual de combate à pobreza do Estado do Rio de Janeiro quando a alíquota era superior à atual, ora impugnada. Mencionou o impacto econômico da declaração de inconstitucionalidade das normas vergastadas e sustentou, por fim, que essa Suprema Corte modulou os efeitos da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 714.139, de modo que o entendimento ali firmado somente produziria efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento de mérito. Diante disso, alegou que *“eventual procedência desta ação deve, quando muito, respeitar a mesma modulação que acaba de ser estabelecida por esta Corte”* (fl. 16 do documento eletrônico nº 14).

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – MÉRITO

Conforme relatado, o requerente alega que o artigo 14, incisos VI, alíneas “b” e “c”, e VIII, da Lei nº 2.657/1996, com a redação dada pela Lei nº 7.508/2016; e o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056/2002, alterado pela Lei nº 8.642/2019, todas do Estado do Rio de Janeiro, ao aumentarem a alíquota do ICMS, bem como o percentual do adicional destinado ao fundo de combate à pobreza estadual, incidentes sobre a energia elétrica e os serviços de comunicação, violariam os artigos 155, § 2º, inciso III; e 167, inciso IV, da Carta Republicana, além do artigo 82, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Sobre o tema, cumpre rememorar que a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, incluiu no corpo provisório da Carta Republicana o artigo 82, que determinou a instituição, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de fundos de combate à pobreza. Nos termos de seu § 1º, os Estados e o Distrito Federal poderiam criar, para o financiamento de seus respectivos fundos, adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre os produtos e serviços supérfluos. Veja-se o teor original da norma sob exame:

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre os produtos e serviços supérfluos, não se aplicando, sobre este adicional, o disposto no art. 158, inciso IV, da Constituição.

Observe-se que o artigo 83 do ADCT previa, à época, que “*lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, inciso II, e 82, §§ 1º e 2º*”, norma que, todavia, não chegou a ser editada pelo Congresso Nacional.

A despeito da inexistência de lei federal dispendo sobre tais regras, vários Estados instituíram o adicional, inclusive o Rio de Janeiro, que o fez através da Lei nº 4.056/2002, ora impugnada.

Em 19 de dezembro de 2003, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 42, que alterou o disposto no § 1º do artigo 82 do ADCT, o qual passou a prever o seguinte:

Art. 82. (...).

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e **nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição**, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. (Grifou-se).

Como se vê, passou-se a exigir que as condições para o financiamento dos fundos estaduais e distrital fossem definidas em lei complementar federal. Ocorre que, como bem pontuado na petição inicial, referida norma também não foi editada até o presente momento.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 42/2003 previu, em seu artigo 4º, que *“os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias².”*

Diante disso, essa Suprema Corte teve mais de uma oportunidade de

² “Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.”

chancelar a validade do adicional na alíquota do ICMS instituído pela Lei fluminense nº 4.056/2002.

O diploma estadual teve sua constitucionalidade questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2869, que teve seu seguimento negado, por perda de objeto. Extrai-se da decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator CARLOS BRITTO o seguinte:

DESPACHO: Vistos, etc. Legitimada pelo art. 103, inciso IX, da Cartacidadã, a Confederação Nacional da Indústria - CNI ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade, por meio da qual impugna o art. 1º, parágrafo único, incisos I a IV; o art. 2º, inciso I, alíneas "a" a "g" e o art. 2º, inciso II, todos da **Lei nº 4.056/2002, do Estado do Rio de Janeiro**, alterada pela Lei estadual nº 4.086/2003. (...) **A bem da verdade, observa-se que o art. 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, ainda que estes estivessem em desacordo com o previsto na Emenda Constitucional nº 31/2000. Sendo assim, se pairavam dúvidas acerca da constitucionalidade dos diplomas normativos ora adversados, estas foram expressamente extotadas pelo mencionado art. 4º.**

(ADI nº 2869, Relator: Ministro CARLOS BRITTO, Decisão Monocrática proferida em 04/05/2004, Publicação em 13/05/2004; grifou-se).

Referido entendimento foi reiterado por ambas as turmas dessa Suprema Corte, inclusive em precedente recente da Segunda Turma. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. ADICIONAL. INSTITUIÇÃO POR LEI ESTADUAL. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. **LEI 4.056/2002 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**. CONVALIDAÇÃO PELO ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 42/2003. AGRAVO IMPROVIDO. I – **O art. 4º da EC 42/2003 validou os adicionais instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal para financiar os Fundos de Combate à Pobreza. Precedentes.** II – Agravo regimental improvido.

(RE nº 508993 AgR, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 26/11/2013, Publicação em 13/06/2014; grifou-se);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. ADICIONAL. FUNDO ESPECIAL DE COMBATE À POBREZA (ICMS FECF). **LEI ESTADUAL 4.056/2002 E DECRETO ESTADUAL 32.646/2003 DO RIO DE**

JANEIRO. VALIDAÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 42/2003. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. 1. **A jurisprudência do STF já fixou entendimento no sentido de que os adicionais criados pelos estados membros e pelo Distrito Federal, para financiar os Fundos de Combate à Pobreza, foram validados pela Emenda Constitucional 42/2003, nos termos em que foram instituídos, ainda que esses acréscimos estivessem em discordância com o estabelecido na EC 31/2000.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE nº 1304360 AgR, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 17/05/2021, Publicação em 07/06/2021; grifou-se).

Inclusive, essa Excelsa Corte também já se posicionou no sentido de que é aplicável aos fundos estaduais a prorrogação, por tempo indeterminado, do prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza instituído no âmbito do Poder Executivo Federal³.

Ressalte-se que o requerente se insurge contra o fato de a Lei nº 8.642/2019 ter alterado a redação do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056/2002 para prever que, além do produto da arrecadação adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, serão adicionados mais dois pontos percentuais, até 31 de dezembro de 2023, no caso dos serviços de energia elétrica acima de 300 quilowatts/hora e dos serviços de comunicação. Ou seja, no caso desses serviços, o adicional chegaria, transitoriamente, a quatro pontos percentuais. Alega, a esse

³ Referida prorrogação foi promovida pela Emenda Constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010. Com efeito, seu artigo 1º preleciona que “*prorrogam-se, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o caput do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001, que “Dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos arts. 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”*”

Ao apreciar a Ação Cível Originária nº 1.039, o Ministro Relator GILMAR MENDES proferiu decisão monocrática na qual mencionou expressamente que essa prorrogação por tempo indeterminado também se aplica às leis estaduais que instituam adicional de ICMS para financiar seus fundos de combate à pobreza, ainda que em desacordo com as Emendas Constitucionais nº 33/2001 e 42/2003. Veja-se: “*Dessa forma, qualquer legislação posterior à EC 33/2001, bem ainda anterior ou posterior à EC 42/2003, ou mesmo à Lei Complementar na forma do art. 155, §2º, XII, da Constituição (ainda não editada), naquilo em que conflitar com tais normas, prevaleceria, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (inicialmente até 2010 e atualmente prorrogado por tempo indeterminado). Consequentemente, naquilo que não conflitar com as ECs 33/2001 e 42/2003, até que sobrevenha a lei complementar federal prevista no art. 82, § 2º, do ADCT, valerá o disposto na legislação estadual.*” (ACO nº 1039, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática proferida em 21/11/2016, Publicação em 24/11/2016; grifou-se).

respeito, que haveria violação ao limite previsto no artigo 82, § 1º, do ADCT, que é de “*até dois pontos percentuais*” (grifou-se).

No entanto, como visto, os adicionais criados pelos Estados até a data da promulgação Emenda Constitucional nº 42/2003, ainda que em desacordo com o previsto nessa emenda, na Emenda Constitucional nº 33/2001 ou na lei complementar de que trata o artigo 155, § 2º, XII, da Constituição (até então não editada), prevalecem por tempo indeterminado, em razão do disposto no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 67/2010. Desse modo, não há como prosperar a alegação de inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056/2002 em razão de violação ao disposto no artigo 82, § 1º, do ADCT.

Por outro lado, o autor também invoca violação ao princípio da seletividade (artigo 155, § 2º, inciso III, da Carta de 1988), bem como à vedação constitucional à vinculação de receita de impostos a fundo (artigo 167, inciso IV, da Lei Maior). Isso porque os dois pontos percentuais instituídos em caráter transitório incidiriam sobre serviços essenciais e estariam vinculados ao Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais do Estado do Rio de Janeiro sem que haja permissão constitucional para tanto.

De fato, o requerente tem razão em tais alegações.

O artigo 167, inciso IV, da Carta Republicana veda expressamente “*a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa*”, estipulando determinadas ressalvas que não se aplicam à hipótese ora sob análise⁴. É verdade que o artigo 82, § 1º, do ADCT criou uma nova exceção ao permitir a criação do adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre produtos e

⁴ “Art. 167. São vedados: (...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;” (grifou-se).

serviços supérfluos para o fim específico de financiar os fundos estaduais e distrital de combate à pobreza.

No entanto, a lei fluminense, ao instituir, além desse adicional fundado no dispositivo constitucional transitório, outro adicional, de mais dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre os serviços de energia e telecomunicações, também para o financiamento do Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais do Estado do Rio de Janeiro, acaba por criar vinculação de receita de imposto a fundo estadual que não está abrangida pela exceção constitucional.

Cumpra chamar atenção, todavia, para o fato de que esse adicional “temporário” compõe o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais do Estado do Rio de Janeiro desde a sua origem, sendo prorrogado, com pequenas variações, por sucessivas leis. Veja-se:

Lei nº 4.056/2002, redação original.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

I - o produto da arrecadação adicional de um ponto percentual correspondente a um adicional geral da alíquota atualmente vigente do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias - ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, com exceção das incidências previstas na alínea "b" do inciso VI do art. 14 da Lei nº 2657, de 26 de dezembro de 1966 com a redação que lhe emprestou a Lei nº 2880, de 1997 e no Inciso VIII do art. 14 da Lei nº 2657, de 26 de dezembro de 1996 com a redação que lhe emprestou a Lei nº 3082, de 1998, que, além, do acréscimo definido neste inciso, terão mais quatro pontos percentuais transitoriamente até 31 de dezembro de 2006;

Lei nº 4.056/2002, com a redação dada pela Lei nº 4.086/2003.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

I - o produto da arrecadação adicional de um ponto percentual correspondente a um adicional geral da alíquota atualmente vigente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, com exceção:

- a) - dos gêneros que compõem a Cesta Básica, assim definidos aqueles estabelecidos em estudo da Fundação Getúlio Vargas;
 - b) - dos Medicamentos Excepcionais previstos na Portaria nº 1318, de 23.07.2002, do Ministério da Saúde, e suas atualizações;
 - c) - do Material Escolar;
 - d) - do Gás Liquefeito de Petróleo (gás de cozinha);
 - e) - do fornecimento de energia elétrica residencial até 300 quilowatts/horas mensais;
 - f) - consumo residencial de água até 30 m³;
 - g) - consumo residencial de telefonia fixa até o valor de uma vez e meia a tarifa básica;
- II - além da incidência percentual prevista no inciso I, terão mais 4 (quatro) pontos percentuais, transitoriamente, até 31 de dezembro de 2006, os serviços previstos na alínea "b" do inciso VI do art. 14 da Lei nº 2.657, de 26.12.1996, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 2.880, de 29.12.1997, e no inciso VIII do art. 14 da citada Lei nº 2.657/96, com a alteração dada pela Lei nº 3.082, de 20.10.1998;

Lei nº 4.056/2002, com a redação dada pela LC nº 139/2010.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

(...)

II – relativamente aos serviços previstos na alínea “b” do inciso VI do art. 14 da Lei nº 2.657, de 26.12.1996, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 2.880, de 29.12.1997, e no inciso VIII do art. 14 da citada Lei nº 2.657/96, com a alteração dada pela Lei nº 3082, de 20.10.1998, comporá o Fundo, em substituição ao disposto no inciso I, o produto da arrecadação adicional de dois pontos percentuais da alíquota atualmente vigente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação- ICMS, acrescidos de:

- a) 3 pontos percentuais, no exercício de 2011;
- b) 2 pontos percentuais, nos exercícios de 2012 e 2013;
- c) 1 ponto percentual, no exercício de 2014.

Lei nº 4.056/2002, com a redação dada pela LC nº 151/2013.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

(...)

II – relativamente aos serviços previstos na alínea “b” do inciso VI do art. 14 da Lei nº 2.657, de 26.12.1996, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 2.880, de 29.12.1997, e no inciso VIII do art. 14 da citada Lei nº 2.657/96, com a alteração dada pela Lei nº 3082, de 20.10.1998, comporá o Fundo, em substituição ao disposto no inciso I, o produto da arrecadação adicional de dois pontos percentuais da alíquota atualmente vigente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação- ICMS, acrescidos de:

- a) 3 pontos percentuais, no exercício de 2011;
- b) 2 pontos percentuais, a partir do exercício de 2012;

Lei nº 4.056/2002, com a redação dada pela LC nº 167/2015.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

(...)

II - Além da incidência percentual prevista no inciso I, terão mais 2 (dois) pontos percentuais, transitoriamente até 31 de dezembro de 2018, os serviços previstos na alínea "b", do inciso VI do artigo 14 da Lei nº 2.657/1996, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 2.880/1997, e no inciso VIII do artigo 14 da citada Lei nº 2.657/1996, com a alteração dada pela Lei nº 3.082, de 20.10.1998.

Lei nº 4.056/2002, com a redação dada pela Lei nº 7.787/2017.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

(...)

II- além da incidência percentual prevista no inciso I, terão mais 2% (dois) pontos percentuais, transitoriamente até 31 de dezembro de 2018, os serviços previstos nas alíneas b e c do inciso VI e no inciso VIII do artigo 14 da Lei nº 2.657/96, de 26/12/96, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 7.508, de 30 de dezembro de 2016, com efeito a partir de 28 de março de 2017.

Lei nº 4.056/2002, com a redação dada pela LC nº 183/2018.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

(...)

II - além da incidência percentual prevista no inciso I, terão mais 2 (dois) pontos percentuais, transitoriamente até 31 de dezembro de 2019, os serviços previstos na alínea "b", do inciso VI do Artigo 14 da Lei nº 2.657, 26 de dezembro de 1996.

Lei nº 4.056/2002, com a redação dada pela Lei nº 8.642/2019.

Art. 2º Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

(...)

II - Além do produto da arrecadação adicional de 2% (dois pontos percentuais) previsto no inciso I do Artigo 2º, serão adicionados ao produto da arrecadação mais 2% (dois pontos percentuais), transitoriamente até 31 de dezembro de 2023, no caso do serviço previsto na alínea "b" e "c" do inciso VI, e do serviço previsto no inciso VIII, ambos do art. 14 da Lei 2.657, de 26 de dezembro de 1996.

Assim, embora essa Suprema Corte já tenha chancelado a validade do adicional ao ICMS criado pelo Estado do Rio de Janeiro através da Lei nº 4.056/2002, mostra-se relevante que aprecie esse aspecto específico da composição do Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, que não chegou a ser abordado nos precedentes anteriormente mencionados⁵.

Sobre a vedação constitucional à vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, confirmam-se os seguintes precedentes dessa Excelsa Corte:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 12 da Lei nº 4.546/2005 do Estado do Rio de Janeiro. Concessão de créditos tributários de ICMS em contrapartida a contribuições realizadas para o Fundo de Aplicações Econômicas e Sociais do Estado do Rio de Janeiro (FAES). Indevida vinculação de receita de impostos a fundo público. Violação do art. 167, IV, da Constituição Federal. 1. Como forma de preservação de um mínimo de flexibilidade orçamentária, a Constituição veda, em seu art. 167, IV, a “vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”. 2. Para a incidência da vedação, a Corte considera “irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos” (ADI nº 1.750/DF, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 13/10/06). No mesmo sentido: ADI nº 3.576/RS, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/2/07. 3. Declara-se a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 4.546/2005 do Estado do Rio de Janeiro, que concede créditos presumidos de ICMS aos contribuintes que destinarem recursos para o denominado Fundo de Aplicações Econômicas e Sociais do Estado do Rio de Janeiro (FAES), criado pela mesma lei, em igual proporção às contribuições realizadas, mecanismo que consiste em indevida vinculação de receita de impostos a fundo, ao arripio do art. 167, IV, da Constituição. 4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para que a decisão somente produza efeitos *ex nunc*, a partir da data desta sessão de julgamento. 5. Ação direta julgada procedente. (ADI nº 3550, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 18/12/2019, Publicação em

⁵ A Confederação Nacional da Indústria, requerente da mencionada ADI nº 2869, chegou a alegar a inconstitucionalidade desse adicional extra, mas, como o feito não chegou a ser conhecido, essa Suprema Corte não teve a oportunidade de se pronunciar quanto a esse aspecto específico. Com efeito, extrai-se da decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator CARLOS BRITTO o seguinte excerto do relatório: “5. Não é só! A demandante defende a inconstitucionalidade das normas sob exame, na medida em que criaram, além do acréscimo de um ponto percentual sobre a alíquota do ICMS de energia elétrica e de comunicações, um outro adicional de quatro pontos percentuais incidente sobre a alíquota do ICMS dos referidos setores. Logo, no entender da requerente, a norma vergastada padece de inconstitucionalidade exatamente porque o artigo 82, § 1º, do ADCT possibilita a criação de adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre energia elétrica e comunicações.”

06/03/2020; grifou-se);

IMPOSTO - VINCULAÇÃO A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA. A teor do disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. A regra apanha situação concreta em que lei local implicou majoração do ICMS, destinando-se o percentual acrescido a um certo propósito - aumento de capital de caixa econômica, para financiamento de programa habitacional. Inconstitucionalidade dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 6.556, de 30 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo.

(RE nº 213739, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 06/05/1998, Publicação em 02/10/1998).

Além disso, resta vulnerado o princípio da seletividade, segundo o qual o ICMS poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

De fato, essa Suprema Corte, ao apreciar o Tema nº 745 da repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário nº 714.139, fixou a tese de que *“adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços”*. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. **Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral.** Eficácia negativa da seletividade. 1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço. 2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características

intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa. 3. **A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade.** 4. **Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateu a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional.** 5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 745: Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. 6. Recurso extraordinário parcialmente provido. 7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).

(RE nº 714139, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Relator para o acórdão: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 18/12/2021, Publicação em 15/03/2022; grifou-se).

Cumprindo observar, apenas, a modulação dos efeitos da decisão, tendo essa Suprema Corte determinado que sua produção de efeitos se daria a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, ou seja, 05 de fevereiro de 2021.

Assim, a estipulação de um outro adicional de ICMS, além daquele cuja criação fora facultada pelo artigo 82, § 1º, do ADCT, incidente especificamente sobre os serviços de energia elétrica e de comunicações, gera

uma alíquota de ICMS para esses serviços essenciais que é superior àquela que onera as operações em geral, vulnerando, portanto, o princípio da seletividade.

Percebe-se, portanto, que o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056/2002 do Estado do Rio de Janeiro incide em violação direta aos artigos 155, § 2º, inciso III; e 167, inciso IV, da Constituição Federal.

A ofensa ao princípio da seletividade se agrava diante do contido no artigo 14, incisos VI, alíneas “b” e “c”, e VIII, da Lei nº 2.657/1996. Com efeito, o dispositivo objurgado eleva a alíquota do ICMS em operação com energia elétrica para 27% (vinte e sete por cento) quando o consumo for superior a 300 quilowatts/hora até o limite de 450 quilowatts/hora, e para 28% (vinte e oito por cento), quando o consumo for acima de 450 quilowatts/hora. No caso da prestação de serviços de comunicação, a alíquota também foi fixada em 28% (vinte e oito por cento).

Tendo em vista que tais percentuais são bastante superiores a alíquota geral do ICMS no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, que é de 18% (dezoito por cento), nos termos do artigo 14, inciso I, da Lei estadual nº 2.657/1996, a técnica da seletividade, nos moldes em que praticada pelo legislador estadual, contraria o texto constitucional, consoante restou assentado por essa Suprema Corte ao apreciar o mérito da repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 714.139, cuja ementa encontra-se transcrita linhas acima.

Vale consignar, por oportuno, que, no referido precedente, deu-se parcial provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17% (dezessete por cento), conforme previsto na Lei nº 10.297/1996, do Estado de Santa Catarina, em vez da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) que o referido diploma previa para mencionados serviços essenciais. Como se vê, os índices são bastante similares

aos contidos na lei fluminense impugnada, revelando a inconstitucionalidade do artigo 14, inciso I, da Lei estadual nº 2.657/1996, por ofensa ao disposto no artigo 155, § 2º, inciso III, da Carta de 1988.

Feitas essas considerações, conclui-se pela incompatibilidade das disposições impugnadas com o Texto Constitucional.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido formulado pelo requerente, para que se declare a inconstitucionalidade do artigo 14, incisos VI, alíneas “b” e “c”, e VIII, da Lei nº 2.657/1996, com a redação dada pela Lei nº 7.508/2016, bem como do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 4.056/2002, alterado pela Lei nº 8.642/2019, todas do Estado do Rio de Janeiro.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer até o presente momento, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de março de 2022.

BRUNO BIANCO LEAL
Advogado-Geral da União

ADRIANO MARTINS DE PAIVA
Secretário-Geral de Contencioso Substituto

CAROLINA SAUSMIKAT BRUNO DE VASCONCELOS
Advogada da União