

A inconstitucionalidade de adicional de ICMS para Fundos de Combate à Pobreza

16/01/2024

A incidência do adicional de ICMS destinado aos Fundos Estaduais de Combate à Pobreza (FECP) sobre bens e serviços essenciais tem gerado debates.

A Emenda Constitucional 31/2000 inseriu os artigos 82 e 83 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), outorgando aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a competência para instituição de adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS para financiamento do Fundo Estadual de Combate à Pobreza.

Nos termos do artigo 83, o referido adicional deveria incidir sobre as operações realizadas com produtos e serviços a serem definidos em lei federal como supérfluos.

Vale destacar que, não obstante a ausência de legislação federal estabelecendo os produtos e serviços considerados supérfluos, diversos Estados exerceram a competência que lhes foi outorgada, instituindo o adicional de ICMS para financiamento do FECP, incidente nas operações acima comentadas.



Posteriormente, foi editada a Emenda Constitucional 42/2003, que, além de alterar a redação do §1º, do artigo 82 do ADCT, convalidou os adicionais instituídos pelos Estados que estivessem em desacordo com a norma constitucional (ausência de legislação federal estabelecendo os produtos e serviços considerados supérfluos).

Nesse sentido, após a EC 42/2003, é preciso ressaltar que: (1) o adicional de ICMS incide apenas sobre produtos supérfluos; e (2) devem ser observadas as condições previstas em lei complementar para exigência do mencionado adicional.

Com base nisso, fácil é de se concluir que os bens ou serviços considerados essenciais não podem estar sujeitos ao adicional do ICMS, justamente em virtude de que não se enquadram na hipótese prevista no artigo 82, §1º, do ADCT.

Ocorre que, até recentemente, de igual sorte, não havia legislação estabelecendo os bens e serviços que seriam essenciais, e, portanto, indispensáveis.

No entanto, em 2021, o Supremo Tribunal Federal julgou, em sede de repercussão geral (RE 714.139 – Tema 745), a inconstitucionalidade da alíquota de 25% incidente sobre energia elétrica. Ficou consolidado o entendimento de que a seletividade do ICMS pelo legislador estadual deve observar a essencialidade de determinados bens e serviços, não podendo estes



terem alíquota maior do que aquelas incidentes em operações em geral (alíquota modal).

Em seguida, em 2022, foi publicada a Lei Complementar 194, que incluiu os artigos 18-A e 32-A no Código Tributário Nacional (CTN) e na Lei Kandir, respectivamente, para expressamente descrever os bens e serviços tidos como essenciais e que, por esta razão, também não se sujeitariam à alíquota superior à modal.

Desta forma, fica evidente que a norma estadual que determina a incidência do adicional de ICMS destinado aos FECPs sobre as operações envolvendo combustíveis, gás natural, energia elétrica, telecomunicações e transporte coletivo, fere dispositivos constitucionais e legais. É, portanto, inconstitucional.

Com base em tais fundamentos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou procedente o Agravo de Instrumento nº 0039006-09.2023.8.19.0000, afastando a incidência do adicional do ICMS destinado ao FECP, previsto no artigo 2º do Decreto nº 48.664/2023, sobre o fornecimento do serviço de telecomunicação, como se vê abaixo:

“Agravo de Instrumento. Tributário. Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais – FECP. Adicional incidente na alíquota do ICMS. Lei Estadual n.º 4.056/02. Assento Constitucional. Artigo 82 das disposições transitórias, incluído pelas Emendas Constitucionais nº 31/2000 e 42/2003, cuja incidência se aplica aos serviços de natureza não essenciais, ou seja, supérfluas. Lei Complementar Federal nº 194/2022, em vigor desde a publicação em 23/06/2022, que incluiu o artigo 18-A no Código Tributário Nacional e o artigo 32-A na Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir), dispondo que os serviços e operações relativas à comunicação e energia elétrica dentre outros são considerados essenciais e indispensáveis. Alteração que afasta apenas a incidência do adicional do FECP. Liminar deferida para suspender a exigibilidade do crédito tributário referente a cobrança do adicional do FECP na alíquota do ICMS sobre o fornecimento de telecomunicação, com fundamento no artigo 151, IV, do CTN. Provimento do Recurso.”

Desta forma, são relevantes os fundamentos para se afastar a incidência do adicional do ICMS, instituído pelos estados e destinado ao FECP, sobre as operações envolvendo combustíveis, gás natural, energia elétrica, telecomunicações e transporte coletivo, especialmente em virtude de que tais bens e serviços, após a publicação da LC 194/2023, foram alçados à categoria de essenciais e indispensáveis.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jan-16/a-inconstitucionalidade-de-adicional-de-icms-para-fundos-de-combate-a-pobreza/>