



O curioso caso do ICMS que não é ICMS

24/01/2026

Na penúltima sessão plenária de 2025, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento presencial da ADI 7.077/RJ, ajuizada pelo procurador-geral da República em face de dispositivos da legislação tributária fluminense, em especial do que estabeleceu a incidência do adicional de ICMS destinado ao Fundo de Combate à Pobreza (ICMS-Fecp), exação prevista no artigo 82, §1º, do ADCT [1], sobre operações com energia elétrica e serviços de telefonia.

Na ocasião, o relator, ministro Flávio Dino, embora antecipando sua convicção pela preservação dos Fundos de Combate à Pobreza, entendeu conveniente apreciar o caso em conjunto com outras ações que também versam sobre ICMS-Fecp (ADIs 7.634/RJ, 7.632/AL, 7.716/PB, 7.815/MT e 7.816/SE) [2].

Anuncia-se, assim, uma excelente oportunidade para que o STF revise alguns aspectos do tema que parece ainda estar mal encaminhado, especialmente se dedicando a perguntas cujas respostas devem, pelo menos, ser melhor explicadas, a saber:

1ª) O sistema brasileiro admite a constitucionalização superveniente de tributos originalmente inconstitucionais? Depende. Caso se trate de qualquer outro tributo, a resposta é liminarmente negativa, inclusive no tocante ao “ICMS principal” (cf. ADI 4.596, relator: ministro Dias Toffoli, e ARE 683.849 AgR, rel. min. Roberto Barroso).

Mas, em relação o ICMS-Fecp, a desassombrada convalidação veiculada pelo artigo 4º da EC 42/2003 [3] não apenas foi avalizada pelo Tema 1.305, como, ainda, tem merecido um alcance generoso: de um lado, tratando-se de exação preexistente, permitiu-se que sua cobrança fosse mantida indeterminadamente, mesmo a sanatória se projetando, em princípio, até 2010 (cf. ARE 1.415.671 AgR, rel. min. Nunes Marques); de outro, ela tem sido estendida a adicionais sequer existentes à época (cf. ARE 1.551.057 ED-AgR, rel. min. Edson Fachin), apesar de a norma de 2003 ser textual em contemplar apenas aqueles criados “até a data” da sua promulgação.

2ª) É necessária prévia lei complementar nacional para a válida instituição ou cobrança, pelos Estados e pelo Distrito Federal, de tributação a título de ICMS? Depende. Caso se trate do “ICMS principal”, a resposta é peremptoriamente afirmativa, considerando a configuração nacional que notabiliza esse imposto (cf. Temas 171 e 1.094 – ICMS ref. importações contribuintes não habituais, e 1.093 – “ICMS-Difal”).

Mas, relativamente ao ICMS-Fecp, a inexistência de tais balizas uniformes não obsta a sua exigência, apesar expressa remissão à lei complementar pelo artigo 82, §1º, do ADCT, na redação dada pela mesma EC 42/2003 (cf. RE 1.467.163 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes).

Spacca

3ª) Energia elétrica e telecomunicações podem ser considerados supérfluas para fins de tributação pelo ICMS? Depende. Se for a título de “ICMS principal”, mesmo sendo facultativa a seletividade prevista no artigo 155, §2º, III, da CF/88, deve-se dar prevalência à notória essencialidade de tais serviços públicos, que, por isso, não podem se sujeitar a carga tributária superior à estabelecida para a generalidade das mercadorias (cf. Tema 745), como veio, depois, a ser “legalizado” pela LC 194/2022.

Mas, se se tratar de “ICMS-Fecp”, já não haveria inconstitucionalidade, ainda que o respectivo âmbito material de incidência seja expressamente limitado pelo artigo 82, §1º, do ADCT a artigos (verdadeiramente) supérfluos (cf. ARE 1.516.921 ED-segundos, rel. min. Cármen Lúcia).

4ª) Enfim, o ICMS-Fecp tem ou não natureza acessória? Depende. Se tal associação concorrer para a restrição da tributação, então não haveria pontos de contato com o regime jurídico-constitucional do “ICMS principal”, tratando-se de exações autônomas e inconfundíveis. Com efeito, além do já referido *distinguishing* frente ao Tema 745 (energia elétrica e telefonia), a inclinação tem sido também no sentido da inaplicabilidade do precedente relativo ao “ICMS-Difal” nesse específico recorte (cf. RE 1.462.655 AgR-EDv, rel. min. Flávio Dino); é essa, ainda, a tese central dos estados que ainda insistem na incidência do ICMS-Fecp sobre os artigos tipificados como essenciais pela LC 194/2022.

Buraco negro

No entanto, se for para determinar a futura parcela do IBS cabível aos estados, a qual, nos termos do artigo 131, §2º, I, “a”, do ADCT (cf. EC 132/2023), toma por base a receita auferida com o imposto previsto no artigo 155, II, da CF/88 (“ICMS principal”), então, os cálculos correspondentes devem considerar também a arrecadação a título de ICMS-Fecp, como trataram de fazer as notas técnicas juntadas pelo Rio de Janeiro aos autos das ADIs 7.077/RJ e 7.634/RJ.

Juristas eminentes, de Carl Schmitt a Eros Grau, têm dedicado particular interesse ao fenômeno do “estado de exceção” constitucional, que, muito ao contrário de um anômalo contraexemplo, denota a reacomodação da regra a situações atípicas, para preservar a própria *ratio iuris* (*exceptio probat regulam*)[4]; mas, por enquanto, nada indica ser esse o caso do ICMS-Fecp, recorte que tem cada vez mais adquirido a forma de um “buraco negro” constitucional, onde as regras mais elementares e os critérios interpretativos mais aceitos, em vez de topicamente readequados, são postos simplesmente em suspenso.





[1] “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”.

[2] Link da sessão de julgamento (a partir de 9:00):

https://www.youtube.com/watch?v=Y_RnQllwDhs

[3] “Art. 4º 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 Transitórias”.

[4] DANIEL NETO, Carlos Augusto. Tributação e Exceção: A Derrotabilidade das Regras Tributárias. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2022, p. 55-72.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jan-24/o-curioso-caso-do-icms-que-nao-e-icms/>