

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.716 PARAÍBA

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: ASSOCIACAO NACIONAL DAS OPERADORAS CELULARES - ACEL
REQTE.(S)	: ABRAFIX - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE CONCESSIONARIAS DE SERVICO TELEFONICO FIXO COMUTADO
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DA PARAÍBA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA PARAÍBA
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA PARAÍBA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional das Operadoras de Celulares (ACEL) e pela Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX), com pedido de medida cautelar, tendo como objeto o art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 7.611/04 e o art. 2º, inciso VII, do Decreto nº 25.618/04 do Estado da Paraíba.

Transcrevo o teor dos dispositivos questionados:

Lei Estadual nº 7.611/2004:

“Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB:

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados:

(...)

g) **serviços de comunicação;**” (grifo nosso).

Decreto Estadual nº 25.618/2004:

“Art. 2º As alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS dos seguintes produtos ficam acrescidas de 2 (dois) pontos percentuais, a saber:

(...)

VII - **serviços de comunicação;**” (grifo nosso).

Resumidamente, sustentam os requerentes que os dispositivos impugnados violaram o art. 82, § 1º, do ADCT, bem como o princípio da seletividade, referido no art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal. Afirmam que as normas hostilizadas submeteram os serviços de telecomunicação à incidência de adicional de alíquota de ICMS que o texto constitucional limitaria apenas a produtos e serviços supérfluos.

PRELIMINAR SUSCITADA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DA PARAÍBA

Nas informações por si prestadas, o Governador do Estado da Paraíba sustentou o não conhecimento da presente ação direta quanto ao art. 2º, inciso VII, do Decreto nº 25.618/04, por se tratar de norma infralegal.

Afasto a preliminar suscitada. Como bem consignaram os requerentes, o dispositivo em comento regulamenta o art. 2º, inciso I, alínea **g**, da Lei nº 7.611/04, o qual pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Na eventual declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo legal, pode ser declarada, por arrastamento, a

inconstitucionalidade daquela norma regulamentar. Nesse sentido: ADI nº 2.567/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Nunes Marques**, DJe de 2/10/23.

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SOBRE OS ADICIONAIS DE ALÍQUOTA DO ICMS DESTINADOS AOS FUNDOS ESTADUAIS DE COMBATE À POBREZA

Como se sabe, o Tribunal firmou, no julgamento do Tema nº 745, a compreensão de que, tendo sido adotada a técnica da seletividade no âmbito do ICMS, é inconstitucional a fixação de alíquotas sobre operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral. Reconheceu a Corte que essas utilidades são essenciais para todos.

É preciso, contudo, deixar claro que o que estava lá em discussão não era propriamente a aplicação do adicional de ICMS de até dois pontos percentuais referido no art. 82, § 1º, do ADCT, destinado a fundo de combate à pobreza. Isso é, o caso concreto paradigma do referido tema dizia respeito às alíquotas básicas do tributo, e não a essas acrescidas daqueles pontos percentuais.

Paralelamente a isso, é importante fazer algumas anotações a respeito da jurisprudência da Corte sobre os fundos estaduais e distrital de combate à pobreza e os adicionais de ICMS a eles destinados.

Como se sabe, a EC nº 31/00 estabeleceu, no ADCT, que as unidades subnacionais devem instituir Fundos de Combate à Pobreza. Para o financiamento dos fundos estaduais e distrital, o constituinte previu (art. 82, § 1º, do ADCT) a possibilidade de criação do adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre produtos e serviços supérfluos, não se aplicando sobre esse percentual o art. 158, inciso IV, do texto constitucional. Também firmou, no art. 83 do ADCT, a necessidade de a lei federal definir esses produtos e serviços supérfluos, a qual, contudo, nunca foi editada.

Em dezembro de 2003, adveio a EC nº 42/03, conferindo nova redação ao art. 82, § 1º, do ADCT, estipulando que, para o financiamento daqueles fundos, os estados e o Distrito Federal poderiam criar o referido

adicional de ICMS “sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição”. Ficou mantida a impossibilidade de os municípios participarem do produto da arrecadação do adicional de ICMS em questão. Retirou-se do art. 83 do ADCT a menção ao § 1º do art. 82 do ADCT.

A referida EC nº 42/03 consignou, em seu art. 4º, que os adicionais de ICMS criados pelos estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação dessa emenda, naquilo em que estivessem em desacordo com o previsto nessa própria emenda constitucional, na EC nº 31/2000 ou na lei complementar a que alude o art. 155, § 2º, inciso XII, da Constituição Federal, teriam vigência no máximo até o prazo estipulado pelo art. 79 do ADCT, o qual fazia alusão a 2010.

Nos idos de 2004, surgiu importante decisão da lavra do Ministro **Ayres Britto**, assentando que a EC nº 42/03 **“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” (ADI nº 2.869/RJ – grifo nosso). Para Sua Excelência, “se pairavam dúvidas acerca da constitucionalidade dos diplomas normativos ora adversados, estas foram expressamente enxotadas pelo mencionado art. 4º”. Para corroborar o entendimento, **vide** o RE nº 570.016/RJ-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, DJe de 12/9/08.

Em dezembro de 2010, adveio a EC nº 67/10, prorrogando o prazo mencionado naquele art. 79 do ADCT por tempo indeterminado. Nesse espeque, ainda continuam valendo os adicionais de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS criados até a data da promulgação daquela emenda (EC nº 42/03) em desconformidade com as determinações constitucionais mencionadas (isso é, em desacordo com a EC nº 31/00, ou com a EC nº 42/03, ou com a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, inciso XII, da CF).

Insta consignar que a Corte continuou replicando aquela orientação acerca da validação, pela EC nº 42/03, daqueles adicionais. Nessa direção:

ARE nº 999.890/RJ-AgR, Segunda Turma, de **minha** relatoria, DJe de 19/6/17; RE nº 576.283/RJ-AgR-terceiro-QO, Primeira Turma, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 10/8/20. O julgamento desse último foi assim ementado:

“AGRAVO INTERNO. SOBRESTAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DEMORA EXCESSIVA PARA JULGAMENTO DO LEADING CASE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Impõe-se a revogação do sobrestamento deste Recurso Extraordinário, pois: (a) a lide aguarda há 17 anos por sua resolução definitiva; (b) não há perspectiva de julgamento do leading case acerca da matéria; (c) há precedentes no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL relativamente à questão controvertida. 2. **A jurisprudência desta CORTE preconiza que a Emenda Constitucional 42/2003 validou os adicionais instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal para financiar os Fundos de Combate à Pobreza. Precedentes de ambas as Turmas desta CORTE.** 3. O adicional instituído pela Lei 4.056/2002, do Estado do Rio de Janeiro, não ofende o princípio da anterioridade tributária, pois sua cobrança iniciou-se no ano seguinte à publicação da norma. 4. Sobrestamento da causa revogado. Continuação do julgamento do Agravo interno, a que se nega provimento” (RE nº 576.283/RJ-AgR-terceiro-QO, Primeira Turma, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 10/8/20 – grifo nosso).

Registre-se, ainda, que a Corte reafirmou sua jurisprudência no julgamento do RE nº 592.152/SE-RG, Tema nº 1.305, Rel. Min. **Cristiano Zanin**, fixando a tese de que “[o] art. 4º da Emenda Constitucional 42/2003 validou os adicionais instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal para financiar os Fundos de Combate à Pobreza”.

Com base no contexto relatado, a Corte também passou a afirmar que

“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 1.039/MS, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 24/11/16).

No mesmo sentido vão os seguintes julgados:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. ADICIONAL DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE À POBREZA. CONVALIDAÇÃO DE LEIS POSTERIORES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 31/2000 E 42/2003. ACÓRDÃO IMPUGNADO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. AGRAVO NÃO PROVIDO. I. Caso em exame 1. Exigência, até o advento de Lei Complementar Federal, da alíquota destinada ao Fundo de Erradicação da Miséria. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se é exigível, até o advento de Lei Complementar Federal, a alíquota destinada ao Fundo de Erradicação da Miséria. III. Razões de decidir 3. **Na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte art. 4º da**

Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal destinados aos Fundos de Combate e Erradicação à Pobreza, bem como a legislação estadual que os instituiu, ainda que posterior, até que sobrevenha a lei complementar federal sobre a matéria. Precedentes. IV. Dispositivo 4. Agravo interno conhecido e não provido” (RE nº 1.484.518/MG-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Flávio Dino**, DJe de 27/11/24 – grifo nosso).

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ADICIONAL DESTINADO AO FUNDO DE PROTEÇÃO SOCIAL DO ESTADO DE GOIÁS (PROTEGE). **CONVALIDAÇÃO DE LEIS POSTERIORES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 31/2000 E 42/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO SUPREMO.** 1. Ambas as Turmas do Supremo possuem entendimento no sentido de o art. 4º da Emenda Constitucional n. 42/2003 ter convalidado os adicionais para os fundos de combate à pobreza instituídos por leis estaduais. 2. **O Plenário do Supremo assentou a validade das leis estaduais instituidoras dos fundos de combate à pobreza, naquilo que não conflitassem com as Emendas Constitucionais n. 33/2001 e 42/2003, até o advento de lei complementar federal regulamentadora** (STP 107 AgR, Tribunal Pleno, ministro Dias Toffoli, Presidente, DJe de 18 de dezembro de 2019). 3. Agravo interno desprovido” (ARE nº 1.386.253/GO-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Nunes Marques**, DJe de 24/1/24 – grifo nosso).

Na mesma direção: RE nº 1.467.163/CE-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 6/3/24; RE nº 1.344.588/GO-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJe de 14/11/23.

Com a LC nº 194/22, dispositivos da Lei Kandir e do Código Tributário Nacional foram modificados, passando-se a prever que, para fins do ICMS, as operações relativas a, entre outros itens, energia elétrica e comunicações seriam consideradas operações de bens e serviços essenciais e indispensáveis, não podendo ser tratados como supérfluos.

À luz das orientações acima, a Primeira Turma da Corte já afastou, no ARE nº 1.344.927/GO-AgR, DJe de 23/10/23, a tese de que seriam inconstitucionais os adicionais de alíquotas de ICMS instituídos após a EC nº 42/03, mas antes da LC nº 194/22, sobre energia elétrica. Vale realçar, de outro giro, que, na apreciação desse caso, o Ministro **Roberto Barroso** indicou que a incidência de tais adicionais fica afastada a partir dessa lei complementar, que, reitero, firmou ser essencial e indispensável a energia elétrica (afora outros itens), não podendo ser tratada como supérflua. Essa compreensão, como se nota, tem amparo no art. 24, § 4º, da Constituição Federal. Transcrevo a seguinte passagem do voto proferido por Sua Excelência:

“21. Vale frisar que os adicionais criados pelos Estados até a data da promulgação da EC nº 42/03, ainda que em desacordo com o previsto nessa Emenda, na EC nº 33/01 ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da CF, prevalecem por tempo indeterminado, em razão do disposto no art. 1º da EC nº 67/2010 e das decisões correlatas do Supremo Tribunal Federal que validaram os fundos de combate à pobreza e seus respectivos adicionais, instituídos na esfera dos Estados e do DF. (...)

(...)

24. De se notar, ainda, nos termos do § 1º do art. 82 do ADCT, que a criação do adicional de ICMS pelos Estados e pelo DF deverá observar as condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal, ou seja, as condições definidas em lei complementar específica do

ICMS. Nesse ponto vale mencionar que sobreveio a Lei Complementar nº 194/2022 com disposição geral acerca dos bens e serviços essenciais no contexto do imposto estadual em deslinde. A referida lei acrescentou o art. 18-A ao Código Tributário Nacional, consignando que os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, não podendo ser tratados como supérfluos.

25. Em obediência ao comando instaurado pela lei complementar federal, extrai-se dos repositórios oficiais disponibilizados nos sítios eletrônicos da Casa Civil e da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, que a legislação do Estado de Goiás foi adaptada para afastar a incidência do adicional de ICMS sobre operações com energia elétrica (Lei Estadual nº 21.762/2022, do Estado de Goiás). Portanto, **as leis estaduais e distritais que definiram os produtos e serviços sobre os quais incidiria o adicional de alíquota de ICMS, destinado aos Fundos Estaduais de Combate à Pobreza, continuam válidas desde que não contrariem o disposto (i) no art. 82, § 1º, do ADCT, bem como, (ii) a partir de 23.06.2022, o disposto na Lei Complementar Federal nº 194/2022”** (grifo nosso).

Vistas as orientações prevalecentes na Corte, passo a tratar mais especificadamente da lei impugnada na presente ação direta.

CONSTITUCIONALIDADE DO ADICIONAL IMPUGNADO, O QUAL, CONTUDO, FICA AFASTADO A PARTIR DE 23/6/22 (LC Nº 194/22)

Na espécie, o adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba (FUNCEP/PB), incidente sobre serviços de comunicação, foi instituído pela Lei Estadual nº 7.611/04 (art. 2º, inciso I, alínea g).

Como se nota, trata-se de lei posterior à EC nº 42/03, mas anterior à LC nº 194/22, a qual definiu que as operações relativas às comunicações são operações de serviços essenciais e indispensáveis, não podendo ser tratados como supérfluos.

Aplicando a orientação acima referida (Min. **Roberto Barroso**, ARE nº 1.344.927/GO-AgR) no presente caso, chega-se à conclusão de que o art. 2º, inciso I, alínea **g**, da Lei nº 7.611/04 é constitucional. Contudo, com a superveniência da LC nº 194/22, ficou afastado o referido adicional.

Para corroborar esse entendimento, **vide** trecho do parecer do Procurador-Geral da República:

“Na espécie, a Lei estadual n. 7.611/2004, que instituiu o adicional de 2% do ICMS para o Fundo de Combate e de Erradicação da Pobreza do Estado da Paraíba (FUNCEP/PB), incidente, inclusive, sobre os serviços de comunicação (art. 2º, I, 'g'), é posterior à Emenda Constitucional n. 42/2003.

Tendo em vista que, na data da edição da Lei estadual n. 7.611/2004, não havia lei complementar federal reconhecendo a essencialidade e a indispensabilidade dos serviços de comunicação ou vedando considerar esses serviços como supérfluos, tal como fez a Lei Complementar n. 194/2022, não haveria que se falar que o adicional de 2% do ICMS sobre esses serviços, à época em que instituído, estaria em contrariedade com o art. 82, § 1º, do ADCT ou com o princípio constitucional da seletividade (art. 155, § 2º, III), tampouco que divergiria das condições estabelecidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição.

Considerando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal chancelou os adicionais de ICMS criados pelos Estados e pelo Distrito Federal após as Emendas Constitucionais n. 33/2001 e 42/2003, até que sobrevenha a lei complementar federal disciplinadora, pode-se cogitar, porém, de suspensão da eficácia do adicional de ICMS por incompatibilidade com os

arts. 18-A do CTN e 32-A da Lei Kandir, ambos supervenientemente incluídos pela Lei Complementar n. 194/2022, nos termos do disposto no art. 24, § 4º, da Constituição. A hipótese não conduz, porém, a um juízo de inconstitucionalidade.

O parecer é por que o pedido seja julgado improcedente, com o reconhecimento, porém, da suspensão da eficácia do art. 2º, I, 'g', da Lei estadual n. 7.611/2004, a partir da superveniência da Lei Complementar n. 194/2022, nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição.”

Em resumo, embora o art. 2º, inciso I, alínea **g**, da Lei nº 7.611/04 do Estado da Paraíba seja constitucional, sua eficácia foi suspensa com a superveniência da LC nº 194/22.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, com o reconhecimento de que houve a suspensão da eficácia do art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 7.611/04 do Estado da Paraíba a partir da superveniência da LC nº 194/22.

É como voto.