

## **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

## **ADI 7716 / PB**

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

## ADI 7716 / PB

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:

## ADI 7716 / PB

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”.

## ADI 7716 / PB

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. o 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).

Conseqüentemente, 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.

## ADI 7716 / PB

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).

## ADI 7716 / PB

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

## ADI 7716 / PB

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.