

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.922 RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN  
**AUTOR(A/S)(ES)** : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**RÉU(É)(S)** : UNIÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**DECISÃO:** Trata-se de Ação Cível Originária, com pedido de tutela provisória *inaudita altera pars*, ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Sul em face da União Federal, com vistas à exclusão da receita do adicional do ICMS destinado ao Fundo de Proteção e Ambaro Social do Estado do Rio Grande do Sul – AMPARA/RS (art. 82, do ADCT, com a redação dada pela EC 31/2000) no cálculo da Receita Líquida de Impostos e Transferências Constitucionais (RLIT) – que constitui a base de cálculo da despesa mínima com saúde e educação –, no cálculo da Receita Líquida Real (RLR) – base de cálculo das parcelas da dívida do Estado –, bem como das receitas utilizadas para o cálculo da contribuição para o PASEP e na apuração de valores destinados ao FUNDEB.

Narra o Autor ter criado, por meio da Lei 14.742/2015, o AMPARA/RS e instituído, como receita desse fundo, o adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre produtos e serviços supérfluos (art. 3º, I), bem como outras fontes de recursos (art. 3º, II a IV), nos termos do disposto pelo art. 82, § 1º, do ADCT, introduzido pela EC 31/2000, que assim dispõe:

“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,

**ACO 2922 MC / RS**

da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição.”

Nessa esteira, sustenta que o valor correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre supérfluos é receita vinculada por determinação constitucional e, por isso, esse valor não pode ser considerado para qualquer outro fim orçamentário. Nessa quadra, alega que a União Federal, por meio da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), vem equivocadamente entendendo que essa receita deve ser computada:

“a) na Receita Líquida de Impostos e Transferências Constitucionais (RLIT), que constitui base de cálculo da despesa mínima com Manutenção e Desenvolvimento de Ensino (MDE) e da despesa mínima com Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS);

b) na base de cálculo da contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP);

c) na apuração dos valores destinados ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB);

d) na Receita Líquida Real (RLR), que constitui base de cálculo da parcela da dívida do Estado do Rio Grande do Sul com a União, classificada como intralimite”.

Segundo aduz, a inclusão dessa receita nas bases de cálculo acima elencadas vem impondo ao Estado a destinação de mais recursos do que o contratual e o constitucionalmente estabelecido para o pagamento da dívida com a União, para os serviços de educação e saúde (arts. 198 e 212, da Constituição Federal) e para as contribuições do PASEP e do FUNDEB, por aumentar artificialmente a sua arrecadação geral, pela inclusão de receita extravagante, de natureza especial.

Em suas palavras, essa situação “*coloca o ente da federação diante do seguinte paradoxo: ou bem consente que suas despesas com saúde, com educação, com a contribuição para o PASEP e com a parcela da dívida com a União sejam distorcidas para maior e, assim, efetua pagamentos além de sua real possibilidade*

ACO 2922 MC / RS

*de receita; ou se sujeita à situação de inadimplência e irregularidade fiscal nos cadastros restritivos da União (CAUC, CADIN e SIAFI), com o conseguinte contingenciamento das Transferências Voluntárias e restrições para firmar acordos de cooperação, convênios e operações de crédito” (eDOC 1, p. 7/31).*

O Estado suscita, ainda, que a inclusão da receita obtida com o adicional sobre a alíquota do ICMS, destinado ao AMPARA/RS, na base de cálculo de diversas contribuições incorre em vício de inconstitucionalidade formal, eis que a abrangência da RLIT e da RLR devem ser objeto de lei complementar (art. 163, I, II, V, c/c art. 165, § 9º, II e com o art. 192, da Constituição) e não podem decorrer de interpretação conferida pela STN ao art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.496/97, que trata da dívida pública dos Estados para com a União.

Argumenta, ademais, que a interpretação conferida à matéria pela STN seria também contrária ao disposto nos arts. 71 a 74, da Lei 4.320/64, que conceitua como fundo especial o produto de receitas vinculadas por lei e faculta, em tais casos, a adoção de normas especiais de controle, prestação e tomada de contas.

Por derradeiro, salienta que a sua pretensão encontra respaldo no art. 204, parágrafo único e incisos, da Constituição, com a redação dada pela EC 42/2003, que permite a vinculação de 0,5 (cinco décimos por cento) da receita tributária líquida dos Estados a programas de apoio à inclusão social, vedando a destinação desses recursos a qualquer despesa corrente não vinculada a investimentos ou ações relacionados àquela finalidade.

O pedido de tutela provisória *inaudita altera pars* estrutura-se sob os fundamentos de direito acima elencados e, no que toca ao requisito do *periculum in mora*, em razão dos sérios distúrbios administrativos que estariam sendo causados ao Autor pela consideração indevida das receitas do Estado pela União. Ressalta, ademais, que o Estado do Rio Grande do Sul enfrenta uma situação financeira extremamente delicada e, por isso, não pode ser privado de receitas tributárias próprias, de transferências voluntárias da União e de operações de crédito para a execução de políticas públicas essenciais à população gaúcha, que seriam

**ACO 2922 MC / RS**

prejudicadas caso inscrito o Estado em cadastros de inadimplência federal.

Requer, ao final, a concessão da medida de urgência para *“determinar à União Federal que se abstenha de considerar a inclusão da receita do adicional de ICMS a que se refere o art. 82, § 1º, do ADCT, na base de cálculo da Receita Líquida de Impostos e Transferências Constitucionais (RLIT) e da Receita Líquida Real (RLR) ou, de qualquer forma, na base de cálculo das parcelas da dívida do Estado do Rio Grande do Sul, das contribuições para o FUNDEB e para o PASEP e das despesas com saúde e educação”*.

É o relatório. Decido.

A discussão posta nos autos diz respeito à constitucionalidade da utilização da receita tributária obtida pelo adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre produtos e serviços supérfluos destinado à AMPARA/RS, regulado pela Lei estadual 14.742/2015, para fins de fixação da RLR, da RLIT e da RCL, utilizadas, respectivamente, para aferir o valor das parcelas para pagamento da dívida do Estado do Rio Grande do Sul com a União, da parcela mínima obrigatória destinada aos serviços de educação e saúde (arts. 198 e 212, da Constituição Federal), e do cálculo do valor das contribuições para o FUNDEB e para o PASEP.

No que se refere ao cálculo da RLR, para fins de apuração do valor da parcela destinada à amortização da dívida estadual com a União, nos termos em que definida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.496/97, ressalto que a questão já foi submetida à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que referendou as decisões cautelares proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, nos autos das ACs 921-MC, Dj 12.5.2006; 268-MC, DJ 10.8.2006; e 231-MC, Dj 25.8.2006, e assentou que a receita obtida pelos dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre supérfluos, instituída nos termos do art. 82, § 1º, do ADCT, tem destinação voltada ao financiamento do Fundo de Combate à Pobreza, motivo pelo qual não poderia ser utilizada para a satisfação de outros compromissos, como, no caso, para o cálculo das parcelas do pagamento das dívidas do Estado com a União. Confira-se a ementa daquele último

ACO 2922 MC / RS

julgado:

“DÍVIDA PÚBLICA – AMORTIZAÇÃO – RECEITA LÍQUIDA REAL – CÁLCULO – FUNDO DE COMBATE À POBREZA – RECEITA – COMPROMETIMENTO. De início surgem a relevância do pedido e o risco de se manter com plena eficácia o quadro a revelar o cômputo da receita prevista no § 1º do artigo 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias no cálculo da Receita Líquida Real definidora da amortização, pelo Estado, da dívida pública consolidada.”

Nesse mesmo sentido: AC 1.684-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, Dj 27.6.2007; e AC 958-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 13.10.2005.

A presente hipótese traz situação análoga àquelas decididas pelo Plenário desta Corte, motivo pelo qual caracterizados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, nesse ponto.

No que se refere à inclusão do adicional previsto no art. 82, § 1º, do ADCT à RLIT, para fins de apuração dos limites mínimos de gastos com ações e serviços em saúde e educação pelo Estado (arts. 198 e 212, da Constituição), ressalto que a definição da base de cálculo daquelas quantias é extraída da própria Constituição Federal, que assim dispõe sobre a matéria:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

(...)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, I, *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos referidos

**ACO 2922 MC / RS**

Municípios;

(...)

§ 3º Lei Complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º”.

“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir”.

Conforme se extrai da redação dos dispositivos acima transcritos, a própria Constituição estabeleceu quais as receitas tributárias são consideradas receitas do governo estadual para fins de apuração dos limites mínimos de gasto com saúde e educação, tendo excluído expressamente desse conceito as parcelas destinadas à transferência dos Estados para os referidos Municípios, nos termos do art. 158, III e IV, da Constituição.

Nessa conjuntura, o art. 82, § 1º, do ADCT também excluiu os dois pontos percentuais acrescidos à alíquota do ICMS sobre produtos e serviços supérfluos da base de cálculo do percentual do produto de arrecadação desse imposto destinado aos Municípios (art. 158, IV, da CF/88), em razão da sua vinculação ao financiamento do Fundo de Combate à Pobreza estadual.

As normas acima mencionadas, no entanto, não tratam da exclusão do percentual previsto no art. 82, § 1º, do ADCT do cálculo da RLIT para fins de apuração dos limites mínimos de gastos com ações e serviços de saúde e educação pelo Estado, nem a jurisprudência desta Corte incluiu essa hipótese dentro da determinação contida no julgamento das ACs

**ACO 2922 MC / RS**

921-MC, Dj 12.5.2006; 268-MC, DJ 10.8.2006; e 231-MC, Dj 25.8.2006.

Diante da falta de previsão constitucional expressa no sentido da pretensão do Autor, não se reveste o pedido da fumaça do bom direito, apta a justificar a concessão da medida cautelar nesse ponto.

Nessa ambiência, as normas constitucionais e legais que regem as contribuições do PASEP e do FUNDEB também não socorrem ao Autor.

No que se refere ao PASEP, esta Corte já assentou que a Constituição, em seu art. 239, constitucionalizou o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, instituído pela LC 8/1970 (ADI 1.417, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 23.3.2001), a qual determina, em seu art. 2º, II, que a contribuição a ele destinada pelos Estados dar-seá mediante o recolhimento mensal de:

“a) 1% (um por cento) das receitas correntes próprias efetivamente arrecadadas, deduzidas as transferências feitas a outras entidades da Administração Pública, a partir de 1º de julho de 1971; 1,5% (um e meio por cento) em 1972 e 2% (dois por cento) no ano de 1973 e subsequentes;

b) 2% (dois por cento) das transferências recebidas do Governo da União e dos Estados através do Fundo de Participações dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a partir de 1º de julho de 1971.”

Por sua vez, a Lei 4.320/1964, que estatui normas gerais de direito financeiro, conceitua, em seu art. 11º, Receitas Correntes como “*receitas tributárias, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial e de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em despesas correntes*”.

Já o FUNDEB, instituído no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, nos termos do art. 60, do ADCT, é regulamentado pela Lei 11.494/2007, a qual define, em seu art. 3º, a sua composição como sendo de 20% (vinte por cento) das receitas obtidas pela arrecadação dos impostos previstos no art. 155, I; 155, II c/c 158, IV; 155, III c/c 158, III; da parcela do produto da arrecadação dos impostos previstos nos arts. 154, I

**ACO 2922 MC / RS**

e 157, II; 158, II; 159, I, a e b; 159, II da Constituição; das receitas da dívida ativa tributárias relativa aos impostos mencionados, bem como de juros e multas eventualmente incidentes.

Assim, estando inserido o produto de arrecadação do ICMS no conceito de receita própria do Estado, nos termos do art. 155, II, da Constituição, enquanto vigentes a LC 8/1970, a Lei 4.320/1964 e a Lei 11.494/2007, me parece correta, nesse juízo perfunctório, a consideração do adicional de 2% (dois por cento) sobre a alíquota do ICMS para fins de financiamento do Fundo de Combate à Pobreza estadual na base de cálculo da contribuição para o PASEP e na apuração dos valores destinados ao FUDEB.

Ressalte-se, por fim, que apesar de os arts. 71 e 74, da Lei 4.320/64 preverem a possibilidade da adoção de normas peculiares de aplicação, controle, prestação e tomada de contas dos fundos especiais, os Fundos de Combate à Pobreza tiveram as balizas de sua constituição e regência delineadas pelo próprio Texto Constitucional (arts. 79 80, e 82, do ADCT) que, por sua vez, não adotou qualquer normatização peculiar quanto à exclusão do adicional previsto para o financiamento daqueles Fundos da base de cálculo dos conceitos aqui tratados (RLIT, RLR, RCL), para fundamentar a pretensão do Autor.

Assim, ressalvado melhor juízo quando da apreciação da matéria, em seu mérito, defiro parcialmente a medida liminar pleiteada, apenas para determinar à União a exclusão, da base cálculo da RLR, para fins de apuração do valor da parcela destinada à amortização da dívida estadual com a União, da receita prevista no art. 3º, I, da Lei 14.742/2015, do Estado do Rio Grande do Sul, conforme previsto no art. 82, § 1º, do ADCT, até o julgamento final desta ação.

**PROVIDÊNCIAS ORDINATÓRIAS:**

1) Cite-se a União para se manifestar sobre o interesse de submeter a questão à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF e para responder a presente ação no prazo legal (art. 335, CPC/2015).

**ACO 2922 MC / RS**

2) Com o retorno dos autos, manifeste-se o Autor, no prazo de (quinze dias), sobre o interesse em submeter a questão ao CCAF e sobre a contestação.

3) Caso ambas as partes expressem não possuir interesse na conciliação e sendo reiterados, na réplica, os argumentos da inicial, abra-se o prazo de 10 (dez) dias às partes, sucessivamente, para indicar eventuais provas que pretendam produzir.

4) Verificada a dispensabilidade de instrução probatória, fica desde já autorizada a abertura de prazo sucessivo de 15 (quinze) dias para a apresentação das razões finais pelas partes (art. 364, § 2º, do CPC/2015).

5) Ao fim, rementam-se os autos à Procuradoria-Geral da República, para parecer.

Havendo pedidos pendentes – não amparados nos itens supra – em qualquer fase, venham conclusos para análise.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 28 de setembro de 2016.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

*Documento assinado digitalmente*