

A constitucionalidade dos fundos específicos do estado do Rio de Janeiro abastecidos com contribuições de beneficiários de incentivos fiscais referentes ao ICMS: uma análise das decisões do STF na ADI 5.635 e no RE 1.506.320 no âmbito da vedação à vinculação da receita de impostos

The constitutionality of the specific funds of the state of Rio de Janeiro funded by contributions from beneficiaries of ICMS tax incentives: an analysis of the STF decisions in ADI 5.635 and RE 1.506.320 within the scope of the prohibition on the earmarking of tax revenues

Arammis Raphael Medeiros Pereira Gatto¹

v. 14/ n. 3 (2026)
Julho/Setembro

Aceito para publicação em
16/07/2026.

¹Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Procurador Federal. ORCID: 0009-0003-2415-2500. E-mail: arammisraphael@hotmail.com.

<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP>

RESUMO: Buscando equilibrar suas finanças, os estados brasileiros procuram novas formas de obter recursos para suas atividades, mantendo a continuidade dos serviços cuja prestação é determinada pela Constituição. Nesse intento, o Estado do Rio de Janeiro instituiu, inicialmente pela Lei Estadual nº 7.428/2016, o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF, posteriormente substituído pelo Fundo Orçamentário Temporário – FOT, com o advento da Lei Estadual nº 8.645/2019. Tais fundos são abastecidos com recursos pagos pelos contribuintes do ICMS que gozam de benefícios fiscais no estado. Tal atuação estatal suscitou questionamentos acerca da observância das regras de Direito Financeiro previstas na Constituição Federal, notadamente quanto à vedação constitucional à vinculação de receitas de impostos. Instado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal analisou a matéria, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.635 e do Recurso Extraordinário nº 1.506.320, estabelecendo limites que podem ser, futuramente, observados pelos demais estados da federação.

Palavras-chave: Direito Financeiro. ICMS. Incentivos Fiscais. FEEF. FOT. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Seeking to achieve fiscal balance, Brazilian states search for new ways to raise revenue for their activities, while maintaining the continuity of services whose provision is mandated by the Constitution. To this end, the State of Rio de Janeiro initially established, through State Law nº 7.428/2016, the State Fiscal Balance Fund (FEEF), which was subsequently replaced by the Temporary Budgetary Fund (FOT) with the enactment of State Law nº 8.645/2019. These funds are funded by resources paid by ICMS taxpayers who enjoy tax benefits within the state. Such state action raised questions regarding compliance with the Financial Law rules enshrined in the Federal Constitution, notably regarding the constitutional prohibition on the earmarking of tax revenues. Called upon to rule, the Brazilian Federal Supreme Court reviewed the matter through Direct Action of Unconstitutionality nº 5.635 and Extraordinary Appeal nº 1.506.320, establishing limits that may, in the future, be observed by the other states of the federation.

Keywords: Financial Law. ICMS. Tax Incentives. FEEF. FOT. Brazilian Federal Supreme Court.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é segredo ou novidade que muitos estados brasileiros possuem severas limitações orçamentárias causadas pelo aumento insustentável das suas dívidas.

As causas dos problemas financeiros dos entes internos são diversas e estudadas pelos mais variados campos das ciências sociais, sendo difícil encontrar uma única explicação para uma questão tão multifacetada.

Porém as consequências dessas dívidas são conhecidas e sentidas por toda a população: queda na qualidade ou simples ausência de serviços públicos, salários do funcionalismo atrasados, incapacidade de investimento estatal, etc.

Na tentativa de contornar essa situação, os administradores públicos buscam soluções com acordos econômicos e políticos cuja criatividade muitas vezes enseja a análise do Poder Judiciário para aferir a juridicidade das medidas.

Nesse contexto, o Estado do Rio de Janeiro possui um histórico de problemas com suas contas públicas. Pontua-se, por exemplo, que nas vésperas de ver sua capital sediando as Olimpíadas de 2016, o ente estadual decretou “estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira”¹.

Desse modo, observou-se naquele estado a criação de uma série de medidas para tentar contornar o problema fiscal, seja pela diminuição de passivos e venda de ativos, como a alienação das ações do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Estado do Rio de Janeiro (CEDAE), seja pela adesão ao Regime de Recuperação dos Estados estabelecido pela Lei Complementar nº 159/2017.

Nesse diapasão, o Poder Legislativo local aprovou a Lei Estadual nº 7.428/2016 que instituiu o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal do Estado do Rio de Janeiro.

Alguns dos institutos criados geraram celeuma quanto a sua constitucionalidade, cuja discussão acabou sendo levada ao Poder Judiciário, culminando com a análise da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 5.635, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, e por meio do RE 1.506.320, que teve como partes a OI S.A e o Estado do Rio de Janeiro.

As conclusões do STF no caso, para além de examinar a aplicação dos princípios constitucionais do direito financeiro, estabeleceram parâmetros que provavelmente serão aplicados por outros estados que planejem copiar a “solução” aplicada pelo Rio de Janeiro.

1 https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/17/politica/1466197872_869044.html

No trabalho que ora se apresenta, serão analisados os dispositivos da Lei Estadual nº 7.428/2016 (e da Lei Estadual nº 8.645/2019 que lhe sucedeu), os pontos que geraram questionamentos acerca da constitucionalidade dos atos normativos, bem como as conclusões do Supremo Tribunal Federal no caso.

Abordaremos ainda, de forma sucinta, os fundamentos apresentados pelas partes envolvidas nos casos e, ao final, analisaremos a solução trazida pelo Supremo Tribunal Federal, com o enfoque principal na ótica do Direito Financeiro e Tributário, com especial abordagem na aplicação da regra de vedação à vinculação de receita de impostos expressamente prevista na Constituição Federal.

1. DO FUNDO ESTADUAL DE EQUILÍBRIO FISCAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO CRIADO PELA LEI ESTADUAL Nº 7.428/2016.

Buscando aprimorar a situação fiscal dos entes federais, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, órgão colegiado de natureza federativa cuja existência encontra previsão na própria Constituição Federal, celebrou o Convênio ICMS 42/2016.

O ato autorizou que os estados e o Distrito Federal criassem condições para a fruição de incentivos e benefícios no âmbito do ICMS.

Tratava-se, à primeira vista, de medida comum de previsão de condições para o usufruto de isenções ou incentivos legalmente previstos no âmbito do imposto estadual, nos termos do art. 150, §6º da Constituição Federal.

O convênio, em seu texto original, previa a seguinte autorização com o respectivo detalhamento²:

Cláusula primeira Ficam os estados e o Distrito Federal autorizados a, relativamente aos incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros, inclusive os decorrentes de regimes especiais de apuração, que resultem em redução do valor ICMS a ser pago, inclusive os que ainda vierem a ser concedidos:

I - condicionar a sua fruição a que as empresas beneficiárias depositem no fundo de que trata a cláusula segunda o montante equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício; ou

(...)

Cláusula segunda A unidade federada que optar pelo disposto no inciso I da cláusula primeira instituirá fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas, constituídos com recursos oriundos do depósito de que trata o inciso I da cláusula primeira e outras fontes definidas no seu ato constitutivo.

A condição criada no Convênio ICMS 42/2016 deve ser compreendida na realidade histórica que o país atravessava no período. O Brasil vivia um momento de bastante insegurança econômica, com uma crise fiscal bastante difundida nos veículos de notícia da época³.

Desse modo, havia um esforço conjunto de vários atores públicos na tentativa de aumentar a arrecadação dos entes federais.

Com a necessária permissão do CONFAZ, o Estado do Rio de Janeiro, um dos que sofria com a crise fiscal da época, promulgou a Lei Estadual nº 7.428/2016, com a seguinte redação⁴:

Art. 1º – Fica instituído o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF, temporário, pelo prazo de 2 (dois) anos e com a finalidade de manutenção do equilíbrio das finanças públicas e previdenciárias do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º- A fruição do benefício fiscal ou incentivo fiscal, já concedido ou que vier a ser concedido, fica condicionada ao depósito ao FEEF do montante equivalente ao percentual de 10% (dez por cento) aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de benefício ou incentivo fiscal concedido à empresa contribuinte do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, já considerado no aludido percentual a base de cálculo para o repasse constitucional para os Municípios (25%).

(...)

Art. 4º - Constituem receitas do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF:

I - depósito no valor correspondente ao percentual 10% (dez por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com e sem utilização de benefício ou incentivo fiscal, concedido a empresa contribuinte do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, já considerado o repasse constitucional para os municípios;

II - dotações orçamentárias;

III - rendimentos de aplicações financeiras de recursos do FEEF, realizadas na forma da lei;

IV - outras receitas que lhe venham a ser legalmente destinadas.

Desse modo, o legislador fluminense repassou ao contribuinte do ICMS que gozasse de benefício fiscal a obrigação de auxiliar com a construção do fundo de equilíbrio fiscal.

A contribuição, primeira na ordem de receitas que deveria alimentar o fundo, seria calculada a partir da décima parte da diferença entre o valor que o contribuinte de ICMS estava deixando de pagar com o gozo do benefício fiscal.

Importa notar que o fundo nasceu temporário e com prazo de duração estabelecido: 2 anos apenas. Todavia, esse prazo foi logo extirpado do texto normativo com a modificação promovida pela Lei Estadual nº 7.659/2017 que manteve a previsão do fundo ser temporário. Com a reforma realizada pela Lei Estadual nº 8.645/2019 e demais modificações legais, o atual Fundo Orçamentário Temporário deverá existir até o ano de 2032.

3 <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36375406>

4

<https://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/34e6ad20131389098325803b00633bab?OpenDocument>

A referida lei estadual previa ainda que o descumprimento do seu art. 2º resultaria em perda automática, porém não definitiva, da fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais e financeiros por parte do contribuinte.

Pontua-se também que o ato normativo trazia previsões um tanto genéricas que davam ao Poder Executivo a possibilidade de definição da aplicação dos recursos do FEEF, deixando claro apenas que esses valores deveriam ser aplicados nas despesas de Saúde, Educação e Segurança.

Como era de se esperar, a ideia de condicionar a fruição de benefícios relacionados ao tributo estadual ao pagamento de valores direcionados a um fundo estatal não agradou aos contribuintes. Desse modo, os atingidos pela medida passaram a discutir a constitucionalidade da previsão legal.

A partir dessas discussões, a Confederação Nacional da Indústria – CNI ajuizou a ADI nº 5.635 ainda no ano de 2016 na qual sustentou que a Lei Estadual nº 7.428/2016 padecia de inconstitucionalidade formal e material.

O raciocínio jurídico apresentado pela CNI girava em torno da concepção de que a previsão estampada no art. 2º da mencionada lei criava um novo tributo que, da maneira que havia sido desenvolvida, acabava por contrariar as regras da Constituição Federal.

Primeiramente, por se tratar tributo novo sem previsão constitucional, o Estado do Rio de Janeiro não poderia criá-la, tendo em vista que somente a União, por meio de lei complementar, pode criar tributo que não esteja previsto previamente na Constituição, conforme estabelecido no art. 149 e 154 da Carta Magna.

Havia, assim, dupla inconstitucionalidade formal, seja por ausência de legitimidade para que o Estado criasse tributo novo, tendo em vista que a Constituição Federal guardou tal atribuição à União, seja por uso de instrumento equivocado para tanto, pois o Estado criou tributo por meio de lei ordinária e não lei complementar.

Foram ainda sustentadas pelo CNI as teses de afronta ao princípio da não surpresa e das suas regras de anterioridade, tendo em vista que a cobrança da contribuição foi imediata, a violação ao direito adquirido dos contribuintes que gozam de benefício fiscal, a desproporcionalidade da medida e a previsão de vinculação de receitas tributárias a fundo, medida defesa pela Constituição Federal.

Também tratando sobre o tema, as empresas Telemar Norte Leste S/A e Oi Móvel S/A impetraram mandado de segurança junto ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro objetivando, em suma, a declaração de inexigibilidade do pagamento endereçado ao Fundo Orçamentário Temporário – FOT.

Aqui se faz um adendo: o FOT nada mais é que o FEEF com a roupagem estabelecida pela Lei Estadual nº 8.645/2019. A lei de 2019 ao revogar a Lei Estadual nº 7.659/2017 previu, no seu art. 2º, a seguinte regra⁵:

Art. 2º A fruição de incentivos fiscais e de incentivos financeiro-fiscais fica condicionada ao depósito no fundo disciplinado no artigo 1º, de percentual de 10% (dez por cento), aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de benefícios ou incentivos fiscais concedidos à empresa contribuinte do ICMS, já considerada, no aludido percentual, a base de cálculo para o repasse constitucional para os municípios.

Seguindo o seu trâmite, o mandado de segurança impetrado pelas empresas de telefonia no Estado do Rio de Janeiro acabou por se tornar o Recurso Extraordinário nº 1506320 no Supremo Tribunal Federal.

No recurso, os requerentes também alegaram a inconstitucionalidade das normas que criaram o fundo por considerarem que essas contrariavam o princípio da não afetação/vinculação de receita dos impostos.

Os recorrentes entendiam que o valor exigido àqueles que gozavam dos benefícios do ICMS tratava-se de verdadeira exação, um tributo que deveria seguir a proibição de vinculação estabelecida no art. 167 da CF/88.

O recurso ainda sustentava a violação ao princípio da cumulatividade, tendo em vista que: *“a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.645/19 e pelo Decreto nº 47.057/20 não permite que a Recorrente, na qualidade de contribuinte de direito (ou seja, de quem pratica o fato gerador do imposto) possa repassar, ao elo seguinte da cadeia, por meio de destaque em nota fiscal, essa nova parcela do ICMS que passou a gravar as suas operações”*

Por último, os recorrentes, assim como foi sustentado na ADI 5.635, entendiam que a obrigação de contribuição ao FEEF/FOT acabava por ensejar a revogação de benefícios fiscais concedidos sob condição e prazo certo, em contrariedade à garantia constitucional de respeito ao direito adquirido.

Assim sendo, os contribuintes se dirigiram ao STF portando esses argumentos objetivando, ao fim, a declaração de inconstitucionalidade da cobrança de contribuição ao Fundo criado pelo Estado do Rio de Janeiro.

5

<https://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/5536b8ab9d43675d032584cc0063da30?OpenDocument>

2. O SUPREMO E A SOLUÇÃO QUE ESTABELECEU A CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE EQUILÍBRIO FISCAL.

A partir da análise dos diplomas legais, o Supremo Tribunal Federal construiu uma interpretação interessante e, em alguns pontos, inovadora.

Primeiramente, ao examinar o mérito da ADI nº 5.635, a Corte Superior deixou claro que o valor cobrado dos contribuintes que gozavam de benefícios fiscais no Estado do Rio de Janeiro não constituía um novo tributo.

O que a Lei Estadual nº 7.428/2016 estava obrigando a ser depositado no FEEF nada mais era que a receita do próprio ICMS cobrado pelo Estado do Rio de Janeiro.

Nos termos utilizados no voto do Min. Luís Roberto Barroso, a contribuição consistia apenas em uma redução transitória de benefícios fiscais de ICMS.

Desse modo, foram afastadas as teses dos autores da ADI e do Recurso Extraordinário que sustentavam a ocorrência de violação aos princípios constitucionais referentes à criação de novo tributo.

Estabelecendo a natureza jurídica da prestação pecuniária paga pelos contribuintes e deixando claro que se tratava de renda proveniente do ICMS, chega-se ao ponto crucial do julgamento da causa no Supremo: é constitucional o direcionamento dos valores ao fundo de equilíbrio fiscal?

No julgamento dessa questão, o Ministro Relator da ADI nº 5.635 desvencilhou-se da interpretação literal da Constituição e afastou a tese de que a contribuição estabelecida aos fundos contrariava o princípio da proibição de vinculação de receita de impostos.

O art. 167, IV da Constituição Federal de 1988 é bastante expresso em vedar a vinculação de receita de impostos a fundo. Tal princípio/regra somente é excetuada em hipóteses específicas previstas no próprio corpo da Carta Magna.

O Supremo, porém, entendeu que a generalidade do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal e do Fundo Orçamentário Temporário acabou por ensejar uma verdadeira desvinculação das receitas ali angariadas.

Descrevendo as características dos fundos públicos, o voto condutor deixou assim assentado:

“13. De acordo com o art. 167, IV, da CF/1988, os fundos são necessariamente instituídos por lei e constituem reservas de receitas para aplicação determinada. Além de terem os seus recursos definidos em lei, estão vinculados à realização de programas específicos de certo órgão da Administração, possibilitando uma gestão descentralizada de verbas públicas. A principal característica dos fundos públicos, por conseguinte, é que não oferecem efetiva margem de liberdade ao gestor para a alocação dos recursos. Configuram exceção ao princípio da unidade de tesouraria, tendo em vista que as receitas que o compõem não ingressam na Conta Única do ente federado.”

Todavia, ainda segundo o voto condutor, os fundos em questão não tinham uma função específica e nem estavam vinculados à execução de programas pré-determinados.

Analisando o histórico legislativo das normas impugnadas, o Relator observou que o FEEF teve, durante certo período, uma destinação parcialmente direcionada, pois suas receitas seriam utilizadas prioritariamente ao pagamento de salários.

Com as reformas promovidas pela Lei Estadual nº 8.645/2019 e a criação do FOT, ficou melhor assegurada a ausência de destinação das receitas a quaisquer despesas.

Desse modo, o FEEF e o FOT destoariam da condição clássica de um fundo de recursos públicos. Seriam então fundos atípicos *“por não se destinarem a organizar programações específicas e detalhadas, que possam viabilizar o controle e a aplicação dos recursos em ações ou objetivos predeterminados.”*

De modo geral, o Supremo entendeu que, conforme os fundos em questão não possuíam uma destinação específica, não se tratariam de fundos públicos autênticos e a vinculação de parte do ICMS estabelecida nas Leis Estaduais nº 7.428/2016 e nº 8.645/2019.

Afinal, a vinculação a um fundo que não possui nenhuma destinação prévia não seria vinculação alguma.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria do Colegiado, afastou uma mera aplicação literal do art. 167, IV, da Constituição Federal estabelecendo uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional.

A ementa do julgado estabeleceu que a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme a Constituição às leis estaduais para afastar qualquer exegese que vinculasse as receitas vertidas ao FEEF/FOT a um programa governamental específico

A interpretação observada na decisão não se mostrou isenta de críticas.

Em seu voto-vista, o Ministro André Mendonça divergiu do posicionamento apresentado pelo Relator apontando, inicialmente, que os fundos criados pela legislação estadual tinham natureza de fundos especiais, instrumento orçamentário previsto no art. 71 e seguintes da Lei nº 4.320/64, que assim prevê:

Artigo 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Artigo 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Artigo 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Artigo 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem, de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

Como fundamentos para tal conclusão, foram citadas a própria previsão constante da Lei Estadual nº 8.645/2019, que estabelece a aplicação do Título VII da Lei Federal nº 4.320/1964, a previsão contida na cláusula segunda do Convênio ICMS nº 42/2016 e, por último, um parecer da própria Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro que detectou a referida inconstitucionalidade “por considerar o FOT um fundo especial, ao contrário do que se passava com o FEEF”.

Acerca do apontamento feito em relação ao Convênio ICMS nº 42/2016, ato esse que serviu como fundamento inicial tanto para a criação do FEEF quanto do FOT, insta trazer os termos do normativo:

Cláusula segunda A unidade federada que optar pelo disposto no inciso I da cláusula primeira instituirá fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas, constituídos com recursos oriundos do depósito de que trata o inciso I da cláusula primeira e outras fontes definidas no seu ato constitutivo.

Observou assim o voto-vista que os fundos criados pelo Estado do Rio de Janeiro apresentavam sim uma destinação específica.

O Ministro finaliza seus apontamentos declarando que, ainda que não se tratassem de fundos especiais com destinação específica, a existência do FEEF e o FOT ainda violaria a previsão constitucional do art. 167,IV, tendo em vista que a vedação se aplicaria a qualquer fundo.

O raciocínio do voto-vista se apresentou da seguinte forma:

45. Contudo, independentemente de serem especiais ou atípicos, o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal e o Fundo Orçamentário Temporário não deixam de ser fundos contábeis, nos termos do art. 172, § 2º, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, portanto excepcionam o princípio da unidade de caixa, brilhantemente abordado pelo Procurador-Geral da República nos autos do presente caso. Nesse sentido, conceitualmente, os fundos de redefinição de fontes particularizam recursos em fontes próprias, em detrimento do caixa único do erário, justamente com a finalidade de garantir a consecução de ações e objetivos predeterminados. Com efeito, ocasionam exatamente o que se busca evitar com o princípio da não afetação, isto é, reduzir a liberdade do Legislador orçamentário. Nas palavras de José Maurício Conti, “a finalidade desta vedação é evitar o ‘engessamento’ das verbas públicas, que pode impedir o administrador público de ter liberdade para aplicá-las onde se mostrem necessárias, tendo em vista o interesse da sociedade” (CONTI,

José Maurício. *Direito financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 103).

(...)

46. Na esteira desse escólio doutrinário, conjuntamente à leitura do art. 167, inc. IV e §4º, do texto constitucional, torna-se inarredável a conclusão de que fundos, independentemente da qualificação como especiais ou atípicos, submetem-se à vedação constitucional do princípio da não vinculação. Se assim não fosse, as ressalvas contidas no princípio da não afetação dos impostos aos FPE, FPM e Fundeb (todos “atípicos” na classificação proposta) seriam absolutamente sem sentido, em descompasso ao brocardo “*verba cum effectum sunt accipienda*” (“as palavras devem ser entendidas com efeito” ou “a lei não contém palavras inúteis”)

Ainda na senda do voto-vista do Ministro André Mendonça seguiu o parecer da Procuradoria-Geral da República. Além de estabelecer o entendimento que as contribuições para FEEF e o FOT violariam a vedação à vinculação de receitas de impostos, *custos iuris*, teceu ainda os seguintes comentários:

Estatuído nos aludidos dispositivos, o princípio da unidade de caixa, ou da unidade de tesouraria, estabelece que a realização de receita e de despesa há de ser feita por via bancária e a arrecadação de todas as receitas importa ser, obrigatoriamente, recolhida em conta única.

Se a natureza jurídica dos valores recolhidos é de imposto, criar fundo para recebê-los sem que haja “engessamento” da receita é instrumento que retira a visibilidade como Receita Corrente Líquida – RCL, dificultando a verificação transparente dos recursos disponíveis para que o Estado quite dívidas e faça frente a compromissos prévios.

(...)

Desse modo, sem dispositivo constitucional que autorize a criação de fundo de “equilíbrio econômico” e a respectiva vinculação de receita de impostos, tanto o Convênio CONFAZ 42/2016 quanto as leis fluminenses que instituíram o FEEF e o FOT não encontram respaldo constitucional, afrontando os arts. 164, § 3º, e 167, IV, da Constituição.

Existe, aqui, um sério risco ao controle do patrimônio público, que ficaria contingenciado em um fundo cuja aplicação independeria de um prévio direcionamento legal.

Ao final, o raciocínio apresentado no voto do Ministro André Mendonça, que julgava integralmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, não convenceu os demais julgadores.

O Ministro Cristiano Zanin, baseado no voto do Relator, ao tratar sobre a violação ao princípio da não afetação de receitas, entendeu que havia ficado demonstrado que os fundos em debate não estavam ligados a uma unidade gestora e que, apesar de serem nomeados fundos, eram na realidade “fontes de recursos sem destinação em receita específica”.

Desse modo, o entendimento do Relator foi recepcionado pela Corte, que estabeleceu a seguinte ementa:

Ementa: Direito Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fundos destinados ao equilíbrio fiscal. FEEF e FOT. Redução de benefícios fiscais de ICMS. Vedação à vinculação da receita de impostos. Não cumulatividade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade originalmente proposta contra os arts. 2º, 4º, caput e inciso I, e 5º, da Lei nº 7.428/2016, do Estado do Rio de Janeiro, que dispunham sobre a destinação de recursos ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF. Petição inicial aditada para impugnar os arts. 2º, 3º, caput e inciso I, 5º e 8º da Lei nº 8.645/2019, também do Estado do Rio de Janeiro, que revogou aquele primeiro diploma e instituiu o Fundo Orçamentário Temporário – FOT. Pedido de declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do Convênio ICMS nº 42/2016 e dos Decretos estaduais nºs 45.810/2016, 45.973/2017 e 47.057/2020. 2. Questão preliminar: não ocorrência de perda de objeto. A atual disciplina do tema não consubstancia efetiva modificação em relação à exigência e à apuração do depósito na sistemática anterior. Mantêm-se inalterados os fundamentos constitucionais empregados para impugnar a validade da legislação estadual atual. A parte autora formulou, oportunamente, pedido de aditamento à petição inicial. 3. Natureza jurídica dos depósitos destinados aos fundos estaduais. Redução transitória no importe de 10% de benefícios fiscais já usufruídos pelo contribuinte, em prol da formação de fundo voltado ao equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro. Medida emergencial e temporária, pensada em razão da notória crise fiscal suportada pelo ente federativo. A figura tributária criada pela Lei nº 7.428/2016 e mantida pela Lei nº 8.645/2019 tem a natureza jurídica de ICMS. 4. Vedação à afetação da receita de impostos. A Lei estadual nº 7.428/2016 criou o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF, que se destina ao equilíbrio fiscal do Estado. Com o advento da Lei estadual nº 8.645/2019, tal fundo foi substituído pelo Fundo Orçamentário Temporário – FOT, com a mesma natureza e finalidade. O FEEF e o FOT são fundos atípicos, que não constituem unidades orçamentárias, haja vista não se destinarem a programações específicas e detalhadas. Por cautela, afasta-se qualquer exegese que vincule as receitas vertidas ao FEEF/FOT a um programa governamental específico, sob pena de violação ao art. 167, IV, da CF/1988. 5. Anterioridade tributária. Decisão proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 0083082-60.2019.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, suspendeu a eficácia do art. 10, I, da Lei estadual nº 8.645/2019, de maneira que as normas em tela entraram em vigor apenas noventa dias contados da sua publicação. Prejudicada a discussão sobre o tema. 6. Direito adquirido a benefício fiscal. Acolher a premissa da revogação indevida de benefício fiscal requer verificar, em cada caso concreto, o atendimento aos requisitos necessários à fruição do favor fiscal, providência inviável em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Eventual hipótese de supressão indevida de benefício fiscal deverá ser solucionada em via própria, com base em legislação infraconstitucional. 7. Proporcionalidade. A medida é (i) adequada para a promoção do equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro; (ii) necessária, por se valer de uma redução parcial e temporária dos benefícios fiscais concedidos ao contribuinte, no importe mínimo recomendado pelo Convênio ICMS nº 42/2016; (iii) proporcional em sentido estrito, tendo em vista que as vantagens geradas para o equilíbrio fiscal do Estado superam o custo individual de cada contribuinte. 8. Não cumulatividade. A metodologia de apuração do depósito não afasta a natureza jurídica do ICMS nem inviabiliza que se mensurem os respectivos créditos. Interpretação conforme a Constituição para garantir a não cumulatividade, sem prejuízo de análises particulares dos benefícios fiscais para impedir o aproveitamento indevido dos créditos. Aplicam-se aos depósitos em questão as regras próprias do ICMS. 9. Procedência parcial dos pedidos, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei nº 7.428/2016 e ao art. 2º da Lei nº 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, de modo a (i) afastar qualquer exegese que vincule as receitas vertidas ao FEEF/FOT a um programa governamental específico; e (ii) garantir a não cumulatividade do ICMS relativo ao depósito instituído, sem prejuízo da vedação ao aproveitamento indevido dos créditos. 10. Fixação da seguinte tese: “São constitucionais as Leis nºs 7.428/2016 e 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF e, posteriormente, o Fundo Orçamentário

Temporário – FOT, fundos atípicos cujas receitas não estão vinculadas a um programa governamental específico e detalhado”. (ADI 5635, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-11-2023 PUBLIC 24-11-2023)

Seguindo o estabelecido na ADI 5635, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.506.320 caminhou no mesmo sentido.

Nele, também de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, foi reafirmada a conclusão obtida na ADI 5635, estabelecendo-se a tese de que o FEEF e o FOT são válidos pois visam o equilíbrio fiscal e não configuram novo tributo ou empréstimo compulsório, mas sim uma alteração indireta nas condições de fruição dos incentivos.

Desse modo, o STF parece ter estabelecido um entendimento que deverá ser duradouro, abrindo o caminho para que outros estados da federação possam seguir o caminho trilhado pelo Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal chancelou a criação e manutenção do FEEF e do FOT, estabelecendo a constitucionalidade dos preceitos contidos na legislação que os instituiu.

Apesar das posições dissidentes na Corte, voto do Ministro Relator da ADI nº 5635 apresentou fundamentos convincentes o suficiente para persuadir a maioria do Tribunal que promoveu uma interpretação finalística da regra prevista no art. 167, IV, da Constituição.

A partir da sedimentação desse entendimento, é esperado que outros estados da federação organizem fundos semelhantes que sejam sustentados, parcial ou totalmente, com o produto de impostos.

Os pontos indicados pela PGR e pelo Ministro André Mendonça em suas manifestações indicam que, a despeito do trânsito em julgado do feito, a matéria é academicamente tormentosa e, quem sabe, pode ser revisitada no futuro com outros olhos.

De toda a forma, resta aos contribuintes, qualidade em que todos nos encontramos, esperar que os recursos sejam fielmente empregados na melhoria das finanças públicas e na manutenção de serviços essenciais em um patamar de qualidade aceitável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC NEWS BRASIL. Entenda a crise fiscal que afeta os Estados brasileiros. BBC News Brasil, 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36375406>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017. Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.635/RJ. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em: 18 out. 2023. Diário da Justiça Eletrônico: DJe, divulgado em 23 nov. 2023, publicado em 24 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.506.320/RJ. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ). Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a criar condições para a fruição de incentivos e benefícios no âmbito do ICMS. Brasília, DF: CONFAZ, 2016. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2016/CV042_16.

ROSSI, Marina. Estado de calamidade pública na administração financeira do Rio de Janeiro. El País Brasil, São Paulo, 17 jun. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/17/politica/1466197872_869044.html.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 7.428, de 25 de agosto de 2016. Institui o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal do Estado do Rio de Janeiro – FEEF. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 7.659, de 16 de agosto de 2017. Altera a Lei nº 7.428, de 25 de agosto de 2016. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 8.645, de 9 de dezembro de 2019. Institui o Fundo Orçamentário Temporário – FOT. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://alerjin1.alerj.rj.gov.br/>.