

ÓLEO DIESEL: ESSENCIAL OU SUPÉRFLUO? TRATAMENTO DESIGUAL A CONTRIBUINTES EM SITUAÇÃO EQUIVALENTE PELO ICMS-RJ.

**Rodrigo Mattos Vieira de Almeida
Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque
Advogados no Rio de Janeiro**

No Estado do Rio de Janeiro, as operações com óleo diesel são tributadas pelo ICMS com alíquotas próprias (Lei estadual nº 2.657/96, art. 14, XIII, “a” e “b”). Até junho de 2018, essas alíquotas eram de 14%, em geral, e de 6% para o óleo diesel consumido no transporte coletivo de passageiros, terrestre e do sistema aquaviário, mais o adicional de 2% do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECP), em ambas e duas hipóteses.

Na esteira da crise provocada pela greve dos transportes de carga, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei estadual nº 7.982/2018, a qual reduziu a alíquota do ICMS das operações com óleo diesel em geral para 12% e dispensou, nesta hipótese, o pagamento do adicional de 2% destinado ao financiamento do FECP.

A criação e cobrança do referido adicional do ICMS para financiamento do FECP, pelos Estados, sempre foi controvertida, pois a matriz dessa exação remonta à Emenda Constitucional nº 31/2000, que subordinava o referido adicional à prévia definição, por lei federal, de uma lista de produtos e serviços supérfluos a serem onerados para o efeito.

Nem a lei federal, nem a lista de supérfluos jamais vieram, o que não impediu que os estados criassem seus fundos de erradicação da pobreza e os adicionais do ICMS para seus respectivos financiamentos. O Estado do Rio de Janeiro fê-lo através da Lei estadual nº 4.056/2002.

Num movimento surpreendente, o Congresso Nacional interveio, com a promulgação da Emenda Constitucional (E.C.) nº 42/2003 (art. 4º), convalidando as inconstitucionalidades das leis estaduais editadas até a data de promulgação da referida emenda, e garantindo sua validade até 2010, termo final de vigência dos fundos de erradicação da pobreza, a final prorrogado, por prazo indeterminado, pela E. C. nº 67/2010.

Apesar da posição de diversos Tribunais de Justiça dos estados a declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais e da própria emenda constitucional de convalidação, o Supremo Tribunal Federal tem sustentado a eficácia da legislação local e da própria E.C. nº 42/2003.

Não houve, entretanto, até o presente, o controle da constitucionalidade das inovações legislativas introduzidas a partir da promulgação da E.C. nº 42/2003, nem muito menos daquelas ocorridas depois de 2010, sem a observância das condições estipuladas na própria E.C. nº 42/2003, antes referida, a saber, existência de **lista de produtos e serviços supérfluos definidos por lei complementar federal**, a ser editada com fundamento no artigo 155, §2º, inciso XII, da Constituição Federal.

Neste quadro, é que o Estado do Rio de Janeiro publicou a Lei estadual nº 7.982/2018, reduzindo a alíquota das operações com óleo diesel em geral para 12%, e incluindo essas mesmas operações, na lista de exceções da incidência do adicional do ICMS para financiamento do FECF (Lei estadual nº 4.056/2002, art. 2º, I, “i”).

Tal desoneração importa em tratar um mesmo produto, a um só tempo, como essencial e como supérfluo, desafiando os princípios da não-contradição e da identidade lógica. À luz da lei fluminense: para consumo em geral, o diesel é produto essencial; mas, para consumo em transporte coletivo de passageiros, o mesmo diesel é produto supérfluo.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por simetria à Constituição Federal, estabelece proíbe tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente (art. 196, II); e permite que o ICMS seja seletivo, em razão da essencialidade das mercadorias (art. 199, III).

A Lei estadual nº 7.982/2018, ao tratar diferentemente os consumidores de diesel do Estado do Rio de Janeiro, contraverte, de modo flagrante, a proibição de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente. Isto fica ainda mais claro, na medida em que a Lei estadual nº 2.657/96, ao estabelecer uma alíquota menor para o diesel consumido no transporte de passageiros (6%), aumenta a essencialidade desse produto em tal hipótese, o que, por mais forte razão, deveria levar à conclusão de que o adicional do ICMS/FECF, nesta hipótese, é incabível.

Ademais, não é ocioso lembrar que a Tabela de Incidência do IPI (TIPI) considera o diesel ou gasóleo (posição 2710.19.21) tão essencial, que ainda o enquadra como produto não-

tributado pelo referido imposto federal (“NT”), não sendo nem mesmo caso de alíquota zero.

A única interpretação possível para a validade da norma contida no artigo 2º da Lei estadual nº 7.982/2018, seria aquela que considerasse **todas** as operações com diesel liberadas da incidência do adicional para o FECF, sendo, pois, inválida, sob a ótica constitucional, a distinção criada entre contribuintes em situação equivalente (operações com diesel), em face do que dispõe o artigo 196, inciso II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O ordenamento jurídico não pode ser entendido, senão como um todo, um conjunto de normas harmônicas e sem contradições. Em vista daquele tratamento jurídico-tributário diferenciado e discriminatório, haverá, contudo, contradição legislativa. O óleo diesel consumido num iate ou num veículo de passeio de luxo, não é atingido pelo adicional do ICMS para o FECF. Nesta hipótese, o combustível é considerado pelo legislador fluminense como produto essencial. Consumido o diesel em veículos empregados no transporte coletivo terrestre ou aquaviário, o adicional do ICMS-RJ é, todavia, devido, sendo o produto considerado supérfluo pela legislação fluminense.

Trata-se de evidente contradição legislativa a merecer pronto reparo em homenagem à isonomia tributária.