

A LEI KANDIR E A OFENSA AO EQUILÍBRIO FEDERATIVO

KANDIR ACT AND THE FEDERATIVE BALANCE

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR*

RESUMO

O objeto do presente artigo é lançar luz sobre as discussões subjacentes à declaração, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da mora do Congresso Nacional para regulamentar o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O dispositivo mencionado determina que seja editada lei complementar para regulamentar as transferências de recursos financeiros da União para os Estados, referentes à compensação pela perda de arrecadação pela desoneração do ICMS nas exportações. O primeiro ponto para o qual se chama a atenção é a relação entre autonomia fiscal e federalismo, principalmente sob o enfoque dos esforços centralizadores que a União empreende desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Em seguida, abordam-se os prejuízos ocasionados pela malfada política macroeconômica de incentivo às exportações praticada pela União, os quais ultrapassam as perdas de arrecadação e se relacionam, em grande medida, com a perda de autonomia política e com a desindustrialização dos Estados federados. Finalmente, a partir do estudo do resultado do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 25, conclui-se que a norma a ser produzida para suprir a lacuna da regulamentação do art. 91 do ADCT deve contemplar as perdas experimentadas desde 1996, de forma a prover a compensação

ABSTRACT

This article addresses the underlying discussions about the declaration by the Federal Supreme Court, on the inaction of the Brazilian Congress in regulating Article 91 from the Act of Temporary Constitutional Provisions. (ADCT). This provision determines that a supplementary law should be edited to regulate the financial resources transferred from the Union to the States, regarding the compensation for the collection loss due to the exoneration of ICMS on exports. The starting point to which we wish to draw attention is the link between fiscal autonomy and federalism, especially under the focus of centralizing efforts that the Union has undertaken since the enactment of the Brazilian Constitution from 1988 (CRFB/88). Subsequently, the losses incurred by the ill-fated macroeconomic policy of exportation stimulus carried out by the Union is discussed, which overcome the losses of tax collection and are correlated largely with the loss of political autonomy (and the growing dependency on the Union) and with the deindustrialization of the States. Finally, from the study of the judgment of the Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission n.25, we conclude that the rule which will be edited to complete the provision of Article 91 from the Act of Temporary Constitutional Provisions. (ADCT) must contain all the losses suffered since 1996, in a way to comply with the

* Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (Departamento de Direito Público). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais, integrante da carreira dos Procuradores do Estado. E-mail: onofrebj@hotmail.com

almejada pelos legisladores.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional.
Lei Kandir. Federalismo fiscal.

*compensation idealized by the Brazilian
lawmakers.*

KEYWORDS: *Constitutional law. Kandir Act.
Fiscal federalism.*

SUMÁRIO: 1 O equilíbrio federativo. 2 O histórico legislativo da desoneração do ICMS nas exportações de produtos primários e semielaborados. 3 Os prejuízos causados pela desoneração. 4 O julgamento da ADO 25 e as suas consequências jurídicas. 5 O encontro de contas. 6 Conclusões. Referências.

1 O EQUILÍBRIO FEDERATIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), instituída à luz da redemocratização do País, após período de ditadura militar (1964-1985), firmou o federalismo como princípio constitucional garantidor da descentralização do poder político e fiscal. Como sabido, o Brasil, desde sua independência, sempre foi gerido de forma centralizada. A CRFB/88 buscou romper com essa tradição, formatando uma verdadeira federação. Nesse compasso, o princípio federativo aparece como cláusula pétrea, devendo o equilíbrio federativo, portanto, ser mantido, não se admitindo sua ruptura sequer por emendas constitucionais. Trata-se, enfim, de norma que deve garantir o intento democrático-descentralizador da CRFB/88.

A nova Constituição, em última análise, descentralizou o poder, determinando que o Brasil não deveria mais ser um gigante comandado por um grupo centralizado na capital, mas deveria ser uma federação, com pessoas políticas autônomas.¹ Vale lembrar

1 De acordo com TORRES (2014, p. 26), a CRFB/1988 promoveu a organização e a estrutura estatal em integração com os fins do Estado determinados na Constituição e formatou um sistema cooperativo de federalismo. Ou seja, a Constituição cuidou de estabelecer formas suficientes para financiar as obrigações prestacionais e mesmo operacionais do Estado, obrigações essas determinadas de acordo os objetivos estampados na Constituição, numa espécie de sistema sustentável. Esse sistema depende da cooperação entre os entes federados, porque cada um deles é responsável por parcela das obrigações constitucionalmente determinadas e também porque cada um deles financia de alguma forma essas atividades. Nas palavras de Heleno Taveira Torres: “No Brasil, [a] dimensão integradora da Constituição financeira somente é possível em virtude do modelo de federalismo cooperativo adotado pela Constituição

que a CRFB/88 surgiu em um contexto de redemocratização do país, portanto, a separação vertical dos poderes vinha em sintonia com o ideal democrático. A propósito, um governo centralizado, em um país de mais de 200 milhões de habitantes e com dimensões continentais jamais pode estar próximo do povo e ser democrático.²

O federalismo, como princípio de organização política,³ pressupõe a autonomia política e financeira dos entes menores e previne o comprometimento da unidade da Federação, formada justamente “pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (DF).⁴ No que diz respeito à autonomia política, atuam, no sistema federativo, dois mandamentos capitais: “participação” e “autonomia”. A ideia de “participação” traduz a necessidade de os Estados-membros participarem do processo político relativo a toda a Federação, com voz ativa nas decisões tomadas em conjunto. Nesse compasso, é ofensiva ao princípio federativo a decisão política tomada pela União ao alvedrio dos Estados, DF e Municípios.⁵ A “autonomia” (política), por outro

de 1988, caracterizado pelo financiamento centrífugo (efeito virtuoso do federalismo centrípeto que tem início com a Constituição de 1934) em favor das autonomias de menor capacidade financeira. Deveras, se os poderes convergem para a unidade central do federalismo, este ente assume a responsabilidade pelo financiamento dos entes periféricos, pelo princípio de cooperação mútua (o que chamamos de “financiamento centrífugo”). Esse modelo de federalismo baseado em uma maior cooperação define o poder financeiro como “cooperativo”, em preferência sobre aquele “federalismo dual”, de reduzida colaboração ao mínimo indispensável, dos mecanismos de financiamento segundo as competências ou fontes de financiamento individual das unidades do federalismo.” Para aprofundamento sobre federalismo, recomendamos BARACHO (1986) e HORTA (2010).

- 2 Sobre as questões de desigualdades regionais, especialmente relacionadas com a tributação, ver BERCOVICI (2003) e BATISTA JÚNIOR (2014).
- 3 Cf. DERZI e BUSTAMANTE (2016, p. 8), para quem não se deve pensar no federalismo apenas como forma de Estado, mas antes como princípio de organização política. Isso porque o federalismo está vinculado diretamente a um emaranhado de valores políticos e princípios constitucionais dotados de conteúdo normativo mais específico, relacionados às ideias de autonomia política e autodeterminação do indivíduo.
- 4 Na dicção do *caput* do art. 1º da CRFB/1988, no qual, destaca-se, “união” vem grafada com letra minúscula.
- 5 Da mesma forma, é inconstitucional (por afronta ao princípio federativo) a decisão (autoritária) tomada pelo legislador da União em atenção às determinações do Executivo federal (atuando como um “rolo compressor”) em flagrante ofensa ao posicionamento

giro, autoriza os Estados-membros a legislar, a estatuir ordens constitucionais próprias e a exercer os poderes que habitualmente modelam o Estado (executivo, legislativo e judiciário), tudo em consonância com a Constituição Federal.⁶

No âmbito da “autonomia” financeira estadual, a cada ente federado é assegurada competência tributária, desde logo atribuída pela CRFB/88, nos artigos 153 (União), 155 (Estados e DF) e 156 (Municípios e DF). Da mesma forma, nos artigos 157 a 159, além dos tributos da competência de cada um dos entes, a CRFB/88 firmou transferências que deveriam complementar os recursos necessários, com os quais cada uma das pessoas políticas poderiam contar para cumprir seu papel. Nesse sentido, o texto constitucional estabeleceu, exaustivamente, as competências de cada um dos entes, bem como as fontes de receitas necessárias (tributos e transferências). Em outras palavras, estabelecidas as atribuições e firmadas as fontes de recursos necessários (autonomia financeira), poderia, finalmente, o Brasil ser uma federação. Vigente a CRFB/88, sob sua égide, começaram a funcionar as pessoas políticas em uma verdadeira federação. Assim foi firmado o pacto federativo; dessa forma é que se buscou concretizar um efetivo Estado Democrático de Direito de desiderato social. O novo “contrato social” buscou estabelecer, assim, um verdadeiro “federalismo cooperativo”. Entretanto, menos de 8 anos após a promulgação da CRFB/88, o pacto constitucional começou a ser arranhado pela Lei Complementar n. 87 de 1996 (LC n. 87/96); nesse compasso, cabe ao princípio federativo garantir o intento democrático-descentralizador da Constituição.

A CRFB/88, desde sua promulgação, no art. 155, §2º, X, ‘a’, limitou negativamente o alcance das normas de incidência tributária, criando a imunidade à tributação das exportações de produtos industrializados, no intuito de garantir a competitividade dos produtos da indústria brasileira no mercado externo. Originalmente, então, a CRFB/88 estabelecia que o ICMS (principal tributo estadual) não deveria incidir sobre operações que destinassem ao exterior

e aos interesses dos Estados e Municípios.

6 Cf. BONAVIDES (2010, p. 195).

produtos industrializados (excluídos os semielaborados definidos em lei complementar). No pacto constitucional firmado, assim, os Estados deveriam contar, para fazer frente às suas atribuições constitucionalmente determinadas, com o ICMS incidente sobre os produtos importados, bem como com o imposto incidente sobre os produtos primários e semielaborados que fossem exportados.

Os repasses do IPI, previstos desde 1988 no texto constitucional (art. 159, inc. II), dizem respeito apenas a produtos industrializados, que foram beneficiados com a imunidade do ICMS pelo constituinte originário. O dispositivo buscou reforçar a ideia de que a União deveria mitigar as perdas sofridas pelos entes menores em seu esforço exportador (tanto assim que previu repasses apenas com relação aos produtos industrializados). Diferente, como se pode verificar, é a situação dos produtos primários e semielaborados. Na realidade, é ressabido que as *commodities* contam com pouco valor agregado e geram menos empregos. A exportação de produtos minerais, por exemplo, gera poucos encadeamentos econômicos (tanto a montante como a jusante); da mesma forma, os recursos naturais se exaurem e causam significativo impacto ambiental no território de sua exploração. Vale ressaltar que, muitas vezes, a mineração conta com posição monopolística⁷ e as possibilidades de tributação atendem ao interesse público. Nesse sentido, se os recursos do subsolo pertencem ao povo brasileiro, como determina a CRFB/88, não tributar a exportação de minério pode significar transformar tributos em lucros privados, ou seja, pode possibilitar a apropriação por empresas privadas de riquezas que pertencem ao povo. Por isso, andou acertadamente o constituinte originário ao retirá-los da hipótese de imunidade do ICMS na exportação.

Em 1996, o legislador complementar promoveu a desoneração completa do ICMS nas exportações, por meio do art. 3º, II, da LC n. 87/96 (a chamada “Lei Kandir”), ou seja, excluiu, também, da incidência do ICMS a exportação dos produtos

7 É o caso, por exemplo, do nióbio, elemento de liga que confere melhoria de propriedades em produtos de aço. De acordo com o Sumário Mineral de 2015, o Brasil possui 98,2% das reservas de nióbio existentes no mundo e respondeu, em 2015, por 93,7% do mercado desse metal (BRASIL, 2016a, p. 4-5).

primários e dos semielaborados, estabelecendo, desde então, a necessidade de compensação dos Estados pela perda de arrecadação. Independentemente da discutível constitucionalidade da LC n. 87/96, as compensações necessárias, nos moldes determinados pela lei, nunca foram suficientes. Vale registrar que a mencionada desoneração foi, pela EC n. 42/03, elevada ao *status* constitucional, na medida em que incluiu o art. 91 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual estabelece que a União deve compensar os Estados pelas perdas sofridas, nos termos a serem definidos em lei complementar (conforme critérios, prazos e condições nela determinados). Entretanto, a lei complementar exigida pela CRFB/88 nunca foi feita, razão pela qual foi proferida decisão unânime pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 25 para reconhecer a omissão lesiva do Congresso Nacional, bem como para estabelecer o prazo de 1 (um) ano para que fosse promulgada a norma em comento, sob pena de o Tribunal de Contas da União (TCU) regulamentar a questão.

Assim, fica claro que foram os Estados que pagaram a conta do Plano Real federal. Já a União alargou a incidência dos impostos sobre o consumo quando criou contribuições (não compartilhadas com os Estados) e instituiu um verdadeiro ICMS federal (PIS e COFINS). Curiosamente, se não compensou os Estados, por outro giro, a União avançou sobre os impostos sobre consumo.

A tecnocracia da União nunca absorveu os mandamentos democrático-decentralizadores da CRFB/88 e se ressentiu da lógica federalista. Nunca se conformou, o ente maior, com a descentralização do poder. Muitos são os exemplos de atitudes antifederalistas praticadas pela União, a começar pelo cálculo agravado da dívida pública dos Estados; a criação de contribuições sociais para alcançar a tributação sobre o consumo etc. No caso do PIS/COFINS, para exemplificar, a União conseguiu ampliar a base de cálculo do imposto estadual deixando para si o produto da nova arrecadação; entretanto, desvincula parcela dessa arrecadação para que tenha margem de governabilidade (art. 76 do ADCT). Em 2015, a arrecadação tributária bruta nacional correspondeu a 32,66% do PIB. Desse percentual, 68,26% correspondeu à arrecadação

da União; 25,37% se referiu à arrecadação estadual e 6,37% à arrecadação municipal. Com relação à arrecadação por tributo, o ICMS respondeu por 6,72% do PIB brasileiro e o PIS/COFINS a 4,28% do PIB. Detalhe importante é que a arrecadação total dos Estados foi de 8,28% do PIB, o que demonstra a sua enorme dependência da tributação pelo ICMS (BRASIL, 2016b, p. 6).

Como bem afirma o Ministro Gilmar Mendes vem ocorrendo uma “inversão do quadro de partilha constitucional”:⁸ ao longo dos anos, a União aprovou renúncias a tributos cuja arrecadação deve ser compartilhada com os Estados (exonerações do IPI, como em 2009; deduções no IR) e, para cobrir seu déficit, ampliou as contribuições sociais (tributos não compartilhados), desvinculando parcela das receitas. Com isso, os recursos foram se concentrando no ente federativo maior, em claro movimento centrípeto, contrário à tendência centrífuga idealizada pelo constituinte de 1988.

Na verdade, para a tecnoburocracia financeira da União, a nova Constituição foi um verdadeiro choque, porque, em última análise, descentralizou poder. O Brasil não deveria mais ser um gigante comandado por um pequeno grupo centralizado e encastelado em Brasília, mas deveria ser uma federação, com pessoas políticas autônomas. Enfim, foi assim que a segunda metade da década de noventa inaugurou uma nova fase do federalismo fiscal brasileiro, com o “fortalecimento do poder central” (mesmo que um pouco aquém dos padrões do regime militar). Na realidade, este fato parece ter decorrido do sucesso do Plano Real e da deterioração das finanças estaduais.⁹

2 O HISTÓRICO LEGISLATIVO DA DESONERAÇÃO DO ICMS NAS EXPORTAÇÕES DE PRODUTOS PRIMÁRIOS E SEMIELABORADOS

O incentivo à exportação de produtos primários e semielaborados dado pela Lei Kandir ocorreu às custas não apenas da

8 MENDES; BRANCO (2013, p. 1.357-1.360).

9 Nesse sentido, PELLEGRINI (2006, p. 9-10).

arrecadação estadual, mas de parcela da autonomia dos Estados, os quais viram reduzida a sua competência tributária constitucionalmente firmada. A União, para não desvalorizar o real e reverter a queda das exportações líquidas, empurrou a conta para os Estados, retirando dos entes estaduais parcela da arrecadação tributária. Foi por isso que os legisladores buscaram resguardar as perdas desde então anunciadas (e que acabaram acontecendo). Em outras palavras, a desoneração operada pela Lei Kandir buscou, sobretudo, dar suporte à política monetária estipulada pela União de valorização cambial que refletia na queda das exportações brasileiras.¹⁰ Tanto as políticas monetária, cambial, como a de comércio exterior estão na esfera de competência constitucional da União (art. 21, VI, VII e VIII da CRFB/1988), que deve executá-las no âmbito de suas atribuições. Entretanto, o governo federal empurrou a conta de sua atuação no sentido de salvar o Plano Real para os Estados e Municípios, fazendo com que tais políticas repercutissem na competência tributária dos entes menores, desequilibrando, por décadas, o equilíbrio federativo estabelecido na CRFB/88.

A justificativa para a proposição do Projeto de Lei Complementar (PLP) n. 95, de 1996, que resultou na chamada Lei Kandir, era exatamente “compensar” as perdas de arrecadação dos entes menores. A propósito, foi a previsão das transferências e os potenciais benefícios aos Estados o argumento usado para convencer os Governadores a apoiarem a aprovação da referida Lei. Originalmente, o PLP n. 95/96 pretendia desonerar apenas a exportação de produtos semielaborados, e não a de produtos primários. Por isso, o art. 19 da proposição original previa expressamente que “a União compensar[ia] financeiramente os Estados e o Distrito Federal pela perda de arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços decorrente da revogação da Lei Complementar nº 65/91”. Após ter assumido o Ministério do Planejamento, pouco depois da propositura do PLP n. 95/96, Antônio Kandir trabalhou pela aprovação de uma versão mais ampla da desoneração, envolvendo também os produtos primários.

10 No mesmo sentido, CARVALHO (2000, p. 3-4); RIANI; ALBUQUERQUE (2008, p. 3); VARSANO (2013, p. 10).

Sob pressão da tecnoburocracia financeira da União, a votação do PLP ocorreu a “toque de caixa”.¹¹

O verbo compensar, no contexto da norma mencionada, significa “reparar um prejuízo com uma vantagem correspondente; contrapesar, reciprocamente”.¹² Conforme exposto na própria justificativa do PLP, os Estados deveriam efetivamente experimentar significativa queda na arrecadação em decorrência do estreitamento do universo das operações tributáveis, em prol da política de incentivo das exportações conduzida pela União. Nesse compasso, era necessário assegurar as receitas (tributárias e transferências) necessárias para que os Estados e Municípios pudessem cumprir seu papel constitucionalmente atribuído. Em outras palavras, para que se mantivesse o equilíbrio federativo e se assegurasse a autonomia financeira dos entes federados, os Estados e Municípios deveriam ser compensados.

O governo federal tinha duas opções para resolver a questão e cumprir seu papel, sem ferir o pacto constitucional: alargar a esfera de incidência do imposto (estadual) sobre o consumo, compensando assim as perdas de arrecadação, ou transferir recursos da União para os entes menores. Uma alternativa, portanto, ao emprego de transferências entre esferas de governo seria compensar a desoneração das exportações por meio do aumento da tributação sobre outros agregados da base tributária do ICMS.¹³ A Lei Kandir, porém, em seu art. 31, optou por criar um sistema de entrega de recursos financeiros da União para os Estados e Municípios.

O equilíbrio federativo foi colocado em causa logo quando da promulgação da LC n. 87/96, em razão da previsão legal da compensação dos Estados por meio do mecanismo chamado de “seguro-receita”. A tecnoburocracia federal afirmava, à época, que, em um período de 5 (cinco) anos, os ganhos com o desenvolvimento

11 Desde a leitura e publicação da matéria na Câmara dos Deputados até a sanção presidencial, decorreram apenas 3 (três) meses, período extremamente exíguo para a aprovação de modificação tão drástica na estrutura de arrecadação de Estados e Municípios.

12 Verbetes retirados do Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa MICHAELIS (2015).

13 Nesse sentido, PELLEGRINI (2006, p. 21).

da indústria brasileira superariam o montante não tributado (o que nunca ocorreu). Nesse sentido, o mecanismo do “seguro-receita” destinado a “compensar” os Estados e Municípios, garantia a manutenção do nível de arrecadação dos anos anteriores. Da mesma forma, em razão dos cálculos e estudos levados a cabo pelos tecnoburocratas da União, o aumento de receitas pelo incentivo dado às exportações possibilitaria o estabelecimento de um limite global de gastos anual para a União. Evidentemente, porém, os alegados ganhos com o desenvolvimento da indústria, nos termos previstos (e prometidos) pela tecnoburocracia federal, jamais ocorreram e, obviamente, nunca superaram o montante não tributado. Entretanto, a desoneração operada, que buscou incentivar as exportações, além de provocar o fenômeno da “desindustrialização”, feriu mortalmente a fonte de recursos dos Estados que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários, como Minas Gerais, Pará etc. Como, afinal, poderia um Estado exportador que viu suas exportações serem desoneradas ter aumentada sua receita tributária? Como ressabido, a desoneração das *commodities* promoveu um grave processo de desindustrialização que levou ao colapso a indústria de diversos Estados e a receita do ICMS.

Se, desde a discussão do PLP n. 95/96, haviam muitas dúvidas com relação às previsões da tecnoburocracia financeira e flagrante insatisfação com a obscuridade da política proposta, a colocação em prática do “seguro-receita” só fez aumentar esse descontentamento. Logo no ano seguinte à edição da Lei Kandir, os Governadores já reclamavam veementemente da insuficiência do mecanismo para compensar as perdas experimentadas. A tecnoburocracia federal respondia, porém, que a modificação no mecanismo de compensação era inviável em razão dos riscos de se “desequilibrar as finanças públicas” e “abalar o Real”. A situação se deteriorou ainda mais com a redução das transferências da União a partir de 1999. Em decorrência dessa insatisfação generalizada,¹⁴ foi apro-

14 Em virtude das perdas verificadas nacionalmente, após 28 meses de vigência da LC 87/96, foi apresentado o Projeto de Lei Complementar 02/99, que pretendia alterar o art. 31 da LC 87/96 para prever tanto (i) o imediato ressarcimento dos estados conforme a receita que deixasse de ser auferida como (ii) a compensação retroativa pelo que foi

vada a Lei Complementar n. 102/00 (LC n. 102/00), que alterou a LC n. 87/96, no intuito de ajustar as fórmulas de compensação e estabelecer que os repasses, a partir de então e até o ano de 2002, fossem realizados segundo um “fundo orçamentário”, valendo-se de coeficientes de participação pré-fixados. Em 2002, porém, também para abafar os veementes protestos dos Governadores, sobreveio a Lei Complementar n. 115/02 (LC n. 115/02), que postergou essa sistemática de repasses até 2006 e inovou ao prever que o limite global dos repasses fosse determinado durante a tramitação do orçamento geral da União no Congresso Nacional e não mais no próprio texto da Lei Kandir.

Como fica evidenciado pelas sucessivas alterações legislativas, a União, para aplacar a ira dos Estados, era forçada a propor adequações na sistemática de cálculo das compensações devidas. Ano após ano, assistiu-se a um verdadeiro duelo entre a tecnoburocracia financeira da União (que detinha os dados e “trancava a sete chaves” seus cálculos e projeções) e os Estados e Municípios, que assistiam suas finanças se deteriorar. Em 2003, o Congresso Nacional, em vestes de constituinte derivado, aprovou a Emenda Constitucional n. 42 (EC n. 42/03), que elevou a desoneração das exportações ao *status* de imunidade, mas que firmou a necessidade de se elaborar lei complementar que resolvesse definitivamente a questão, estabelecendo um mecanismo de compensação efetiva aos Estados e Municípios. Mesmo para os que equivocadamente entendem que a compensação das perdas com a desoneração das exportações de produtos primários e semielaborados deveria vigor apenas enquanto perdurasse a sistemática de transferências segundo o chamado “seguro-receita”, dúvidas não restam no sentido de que a EC n. 42/03 determinou a prorrogação da vigência das transferências e mandou que fossem editadas novas regras de apuração dos repasses pelo ente maior de modo a efetivamente compensar as perdas ocorridas com a desoneração heterônoma levada a cabo pela União.

O art. 91 do ADCT da CRFB/88 (alterado pela EC n. 42/03) impôs um marco temporal para os repasses (§ 2º) e, sobretudo, em

prometido e não foi entregue. Nada disso efetivamente redundou em reposição de perdas.

seu § 3º, estabeleceu o dever de o Congresso Nacional legislar. O artigo deixa claro que a efetiva compensação deveria ser estabelecida em lei complementar a ser elaborada e que os repasses na forma da Lei Kandir (com a redação dada pela LC 115/2002) deveriam ser temporários e só poderiam perdurar pelo tempo necessário para se elaborar a nova lei. A propósito, a LC n. 115/02 estabelece repasses até o exercício de 2006, portanto, a EC 42/2003 firmou um período máximo de três anos para o Congresso Nacional fazer nova lei complementar. Em outras palavras, o art. 91 do ADCT reclama que a lei complementar seja publicada até 2006, quando termina o período de repasses de acordo com o *caput* do art. 31 da LC n. 87/96 (alterado pela LC n. 115/02). A EC n. 42/03 firmou, portanto, prazo mais do que razoável para que o Congresso Nacional firmasse um mecanismo de compensação efetiva dos entes menores e para que apurasse as perdas sofridas por todos esses anos (desde 1996). Não foi por outra razão que, na ADO 25, o STF, à unanimidade, decretou a inconstitucionalidade por omissão, firmando que houve omissão lesiva aos Estados e Municípios por parte da União.

A confusa e tendenciosa sistemática de repasses proposta pelos técnicos da União não compensou efetivamente os valores que os Estados deixaram de arrecadar. De acordo com os cálculos do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em 1997, as transferências realizadas pela União Federal cobriram apenas 37,3% das perdas no exercício; em 1998 somente 40,8% e, em 1999, 55,4%.¹⁵

3 OS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA DESONERAÇÃO

Como visto, a chamada Lei Kandir promoveu a desoneração do ICMS de produtos primários como o minério, o café etc., bem como admitiu, ainda, o direito de crédito relativo aos insumos que integram o processo produtivo, agravando ainda mais o rombo nas

15 Estudo realizado pela Comissão Técnica Permanente do CONFAZ (COTEPE), considerando os valores do imposto que deixou de ser cobrado nas exportações de produtos primários e semielaborados, bem como a parcela do ICMS que deixou de ser cobrada nas operações com ativo permanente, descontados dos valores repassados pela União a título de ressarcimento ou de auxílio às exportações.

contas estaduais. Por outro giro, os mecanismos de compensação firmados pela União sempre se mostraram insuficientes. Em larga medida, os Estados e Municípios tiveram perdas muito superiores à compensação recebida.¹⁶ As previsões iniciais de superação das perdas decorrentes da desoneração do ICMS na exportação não se concretizaram, motivo pelo qual sobrevieram sistemáticas alterações legais objetivando resolver a questão. A Lei Kandir buscou incentivar as exportações, porém, além de provocar o fenômeno da desindustrialização, feriu mortalmente a fonte de recursos dos Estados que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários, como Minas Gerais e Pará.

Costuma-se afirmar que a desoneração operada pela Lei Kandir buscou modernizar a estrutura tributária e a conformar ao princípio segundo o qual não se deve exportar tributos. Na realidade, não existe esse princípio! O princípio que verdadeiramente existe é o de que as normas tributárias, no comércio internacional, devem favorecer ao interesse do povo do Estado que tributa. O que existe é um consenso econômico de que o Estado deve atuar para “favorecer” a competitividade do produto nacional no mercado internacional (o que a CRFB/88, em sua redação original, corroborava); deve gerar emprego; deve favorecer a economia nacional. Não existe, obviamente, um princípio que determine que o tributo deva ser transformado em lucro privado. Favorecer a inserção do produto nacional no mercado externo não equivale ao comando de fazê-lo a qualquer custo, ignorando a possibilidade de se deflagrar um processo de desindustrialização, bem como de causar prejuízos diretos à arrecadação tributária. O raciocínio é econômico e se orienta tão somente pela possibilidade de se trazer benefícios econômicos para o país. Nesse compasso, não faz sentido alegar um pretenso “princípio de não exportação de tributos” em prejuízo dos interesses nacionais. Salvo quando a tributação onera o exportador a ponto de retirar a competitividade do produto nacional no mercado externo (e tão somente nessa medida), o tributo

16 No caso de Minas Gerais, isso tem sido apontado continuamente pelos Pareceres do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG). Nesse sentido, vale conferir MOURÃO (2012, p.43) Da mesma forma, MINAS GERAIS (2013, p. 28).

deve incidir, porque a receita resultante se destina ao interesse da coletividade. Em outras palavras, quando possível e recomendável economicamente, a tributação deve existir.¹⁷

Se a desoneração não se sustenta pelo suposto benefício de incremento da receita (que, obviamente, nunca chegou), tampouco se pode amparar na suposta justificativa de que não se pode exportar tributo. Pelo menos quanto aos recursos naturais esgotáveis, escassos e fadados à exaustão natural, essa alegação não faz sentido. É que se a tributação ocorrer unicamente no destino (ou seja, no estado estrangeiro, já que se trata de exportação), o ativo natural exportado será exaurido na origem e produzirá retornos apenas no destino. A propósito, é muito estranho se falar de “competividade” e “exportação de tributos” em casos de “posição monopolística” ou ainda em situações de “minas que oferecessem um retorno extraordinário” (como as denominadas *world class mines*).¹⁸ Se o país possui o monopólio ou ao menos a liderança mundial no comércio de determinado recurso natural exaurível é evidente que não existe prejuízo algum em se praticar a tributação na origem. É a política contrária que ofende aos interesses nacionais.¹⁹ Na medida em que a Lei Kandir favorece a exportação de produtos primários, os males causados à exportação de produtos agrícolas é, por vezes, muito similar. A título de exemplo, a exportação do café em grão, da mesma forma, padece do mesmo mal. Países, como a Alemanha, se

17 Em direção similar, SCAFF (2012, p. 43) afirma que a exportação de tributos agregados à mercadoria não faz sentido em contextos de concorrência, mas ressalva as situações de posição monopolística, as quais, segundo o Autor, não fizeram parte do debate normativo sobre a desoneração do ICMS.

18 *World class mines* são minas de alta qualidade que se enquadram no decil superior do valor de desconto para todas as minas de uma reserva específica (WORLD BANK, 2006).

19 O próprio Banco Mundial (WORLD BANK, 2006) reitera o presente posicionamento, nos seguintes termos: “Na Austrália, por exemplo, contratos de royalties separados foram negociados entre os proprietários e os estados para o desenvolvimento de depósitos excepcionalmente grandes ou ricos - por exemplo, *Olympic Dam*, *Mount Isa*, e *Broken Hill*. [...] No Canadá, *Saskatchewan* desenvolveu royalties especiais para commodities em que a província tem uma grande vantagem competitiva do ponto de vista de dotação: potássio e urânio. Mais uma vez, a riqueza e o tamanho dos depósitos nesta jurisdição permitem que os governos capturem uma parcela maior dos lucros a partir da reserva”.

tornaram grandes exportadores de café solúvel sem plantar café! O Brasil exporta o grão, gerando tão somente uns poucos empregos na agricultura. Os encadeamentos produtivos, a montante e a jusante, são pouco significativos, na medida em que se utiliza, nesses casos, poucos insumos. O café exportado vai gerar empregos nas indústrias do primeiro mundo e lá agregar valor.

Afinal, de onde se tirou esse pretensão mandamento tributário aplicável a todos os casos, mesmo quando ocorrem situações de prejuízo ao interesse nacional? Não seria essa ideia o resultado de uma interpretação provinciana de ordenamentos estrangeiros? Estariam outros interesses particularizados sobrepujando os interesses nacionais? Não se estaria assim tão somente aumentando o lucro de exportadores à custa dos recursos do erário estadual? O Brasil não estaria com a Lei Kandir sendo condenado a se tornar um país meramente exportador de *commodities*? Não estaria a LC n. 87/96 impondo uma “africanização” do país?

Os resultados danosos da LC n. 87/96 não se restringem à perda direta de arrecadação por parte dos Estados e Municípios. Por detrás da política macroeconômica, ocorrem, ainda, graves efeitos indiretos nefastos e de longo prazo. A malfadada político-econômica da União, ao favorecer indiscriminadamente as exportações, penalizou gravemente as indústrias nacionais, criando outra realidade para os Estados (sobretudo para Minas Gerais, maior exportador de minério de ferro):²⁰ o desmantelamento da política industrial existente e a consequente “desindustrialização”.²¹ Esta, inestimável

20 Minas Gerais, ao contrário do que afirmam os tecnoburocratas federais, sofreu um grave processo de desindustrialização provocada pela malfadada política macroeconômica brasileira. Apenas em 2015, 60,2% das exportações (por fator agregado) se referiram a produtos básicos e apenas 39,8% a produtos manufaturados e semimanufaturados em conjunto. Não surpreende que 61,4% das exportações em 2015, por intensidade tecnológica, sejam de produtos não industriais, sendo o principal grupo dessa categoria os minerais metalúrgicos. Vale conferir, nesse sentido, MINAS GERAIS (2016, p. 43).

21 O próprio Plano Nacional de Mineração (PNM - 2030) reconheceu o efeito da desindustrialização, mostrando que, ao longo da primeira década deste século, o Brasil tem vivenciado um processo que os especialistas chamam de “reprimarização” ou “especialização reversa” de sua pauta de exportações, com a proeminência de bens primários em detrimento aos bens de média e alta tecnologia. Cf. BRASIL. (2010, p. 14). Como afirma BERCOVICI (2016), desde 1964, e de modo acelerado a partir dos anos 1990, o Brasil passou por uma especialização regressiva, “com a perda do dinamismo

e, talvez, irrecuperável. Por certo, os prejuízos ao povo dos Estados e dos Municípios exportadores de *commodities* são muito maiores. No caso de Minas Gerais, por exemplo, na década de 1970, todo o investimento feito para implantação de um “parque guseiro” que pudesse dar suporte à indústria siderúrgica e lastreasse a almejada implantação da indústria automobilística foi fulminado. O minério passou a ser exportado e, hoje, o aço chinês chega em condições competitivas à Minas Gerais, feito com minério exportado pelo próprio Estado. Vale registrar que as insuficientes compensações pelas perdas (que precisam ser feitas) visam tão somente reparar as perdas diretas de arrecadação; não contemplam o ressarcimento pela destruição provocada ao parque industrial, nem ao desemprego consequente etc.

Na realidade, as perdas diretas de arrecadação impostas pela Lei Kandir com desoneração do ICMS na exportação de produtos primários e semielaborados, bem como as perdas indiretas decorrentes da desindustrialização perversa provocada, atingiram o equilíbrio federativo e ofenderam o pacto firmado na CRFB/88. A autonomia financeira dos Estados e Municípios, fundamental para uma federação, nessa toada, foi evidentemente maculada. A ideia constitucional de uma “união de Estados” vem sendo substituída pela contraditória imagem de uma “nuvem escura de poder”, que promove, por vezes, a “desunião” (“dividir para conquistar”). Basta ver que o governo federal, distante da realidade do país, simplesmente optou por se manter impávido e assistir de camarote o Nordeste e o Sudeste se digladiarem em uma guerra fiscal rumo ao fundo do poço. Bem assim, ao quebrar Estados e Municípios, a União cria relações de dependência e subordinação, no claro propósito de preservar sua eterna posição de supremacia, colocando-se como única saída para aqueles que querem se salvar. A minimização da autonomia financeira provoca, inevitavelmente, prejuízos severos à autonomia política. Às subunidades, para conseguir executar suas obrigações constitucionalmente impostas, resta nada mais do que se socorrerem nos braços da “mãe-madrasta”, implorando de pires

industrial, cada vez com maiores acréscimos de conteúdo importado e redução de inovações tecnológicas, chegando, em alguns setores, à desindustrialização”.

na mão. Não bastasse a ofensa causada ao princípio federativo, as medidas imediatistas propostas pela tecnoburocracia financeira da União prejudicam o crescimento do país e destroem a capacidade dos Estados e Municípios de cumprirem seu papel constitucionalmente determinado. Esse quadro deplorável se agrava quando se verifica que os serviços mais essenciais à população, e que também são os mais dispendiosos (saúde, segurança e educação) ficam, em grande parte, a cargo dos Estados e Municípios.

Enfim, o que resta evidente é que, a política de desoneração das exportações de produtos primários e semielaborados da União desequilibrou o equilíbrio federativo e, cabalmente, promoveu grave ofensa ao princípio federativo. Entretanto, como bem afirma Dalmo de Abreu DALLARI (1999, p. 78), “o respeito ao federalismo como princípio deve condicionar a legislação, as iniciativas e ações dos governos e também as decisões judiciais. Todo ato com implicações jurídicas que for antifederativo será, por isso mesmo, inconstitucional”.

4 O JULGAMENTO DA ADO 25 E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Dez anos após a promulgação da EC n. 42/03 sem que fosse sanada a omissão legislativa do art. 91 do ADCT, o Estado do Pará ingressou em juízo com a ADO 25. Na ação em comento, que tramitou por pouco mais de 3 (três) anos, requereu-se que fosse declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional. O STF, em 30 de novembro de 2016, no julgamento da referida ADO, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, à unanimidade, decretou a inconstitucionalidade por omissão, ou seja, firmou que houve omissão lesiva aos Estados e Municípios por parte da União. Trata-se de decisão extremamente relevante tanto por seu conteúdo de mérito quanto pelas suas implicações processuais. Explica-se: além de significar um marco para que se retome o equilíbrio das relações federativas no Brasil, representou uma virada no entendimento quanto aos efeitos do julgamento de ADO, não apenas por ter declarado a omissão e determinado prazo para a sua resolução, mas principalmente por restar estabelecido

que caso a norma prevista no *caput* do art. 91 não seja editada no decurso de um ano, caberá ao TCU fixar o valor do montante a ser transferido aos Estados.

O art. 103, § 2º, da CRFB/88 dispõe que a ADO tem por objetivo tornar efetiva norma constitucional. Para tanto, deve ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O entendimento mais ortodoxo acerca da ADO,²² agora transposto, vai no sentido de que as ações constitucionais têm caráter meramente declaratório. Com relação à eficácia temporal dos pronunciamentos do STF em sede de ADO, parece não haver divergências quanto aos efeitos *ex tunc* da decisão, salvo quando expressamente o tribunal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 12-H c/c/ art. 27, § 2º da Lei n. 9.868/99). Nesse compasso, no caso em tela, parece evidente que, não tendo havido determinação expressa do STF em sentido contrário, a decisão tem efeitos *ex tunc*, ou seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão retroagem. Para autores como MENDES; BRANCO (2014, p. 1.178), a amplitude da eventual retroatividade apenas deve ser aferida no caso concreto; para outros, como CARRAZZA (1993, p. 39), a retroação dos efeitos deve alcançar a data em que a omissão se materializou. No caso da ADO 25, resta evidenciado que os Estados e os Municípios deveriam ser compensados pelas perdas que ocorrem desde 1996, porque as leis editadas para restaurar o equilíbrio federativo não cumpriram sua função primordial. Entendimento contrário seria evidente ofensa ao princípio federativo. É patente que deve a União responder por todo o período pelo qual existiu a omissão lesiva aos interesses dos entes menores.

22 Nesse sentido, não seria possível ao julgador suprir lacunas deixada pelo legislador, o que não retira da decisão o seu caráter mandamental (CARRAZZA, 1993, p. 39; MORAES, 2016, p. 1.204; e MENDES; BRANCO, 2014, p. 1.177). Diverge CUNHA JÚNIOR (2010, p. 249-250), que defende a criação de norma temporária para sanar a omissão.

Os Estados e Municípios tinham o direito de serem ressarcidos pelas perdas em sua arrecadação e não foram por omissão deliberada da União, que não pode se beneficiar por sua própria inação. Nesse mesmo sentido vai a lição de autores como MORAES (2016, p. 1.204), que entendem que, declarada a inconstitucionalidade por omissão e dada ciência ao Legislativo, a ocorrência da omissão resta fixada judicialmente, devendo ser dados efeitos retroativos (*ex tunc*) e *erga omnes* à decisão, sendo cabível a responsabilização da União por perdas e danos, se da omissão decorrer qualquer prejuízo.

A propósito, embora a União insista na falsa tese de que as deliberações tomadas na elaboração da Lei Kandir contaram com a participação dos Estados (exigência do princípio federativo), é sabido e consabido que essa afirmativa não é verdadeira. A União sempre modelou seus planos à revelia dos Estados e os “enfia”, sistematicamente, “goela abaixo”, particularmente porque comanda o processo legislativo no Congresso Nacional. Em especial na difícil aprovação de leis complementares, é óbvio que a bancada governista sempre tem força suficiente para bloquear a aprovação de diplomas legislativos que possam prejudicar os interesses da União.²³ Afinal, o legislador encarregado de elaborar a lei complementar reclamada é membro do Congresso Nacional e o legislativo nacional é parte integrante da União. Portanto, parece evidente que a União não pode se beneficiar por sua própria inação.

23 Desde 2002, sobrevieram pelo menos 10 (dez) projetos de lei complementar para alterar a sistemática de compensação na LC n. 87/96, além dos que foram apensados, e quatro propostas de Emenda à Constituição para assegurar o ressarcimento ou extinguir a desoneração do ICMS. Atualmente, pelo menos 6 (seis) projetos de Lei Complementar e 3 (três) PEC aguardam deliberação. Da análise dos dados acerca da tramitação dos principais projetos de lei e de propostas de PEC que até hoje foram apresentados perante o Congresso Nacional, verifica-se que apenas 2 (dois) projetos de lei complementar receberam pareceres pela sua aprovação na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE). Três PEC foram aprovadas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, mas duas delas acabaram arquivadas ao final da legislatura. Também é de se notar que os relatores das Comissões instaladas, sempre pertenciam à base governista. Além disso, pode-se afirmar que todos os projetos e PEC apresentados sempre traziam como justificativa a necessidade de se buscar reverter as perdas decorrentes da desoneração do ICMS nas exportações. Seria mesmo uma ingenuidade acreditar que, sem a ADO, a força da União no Congresso Nacional (o “rolo compressor” legislativo) pudesse ser transposta.

Como já afirmado, sequer aqueles que entendem que a compensação das perdas com a Lei Kandir deveria vigor apenas enquanto perdurasse a sistemática de transferências segundo o “seguro-receita” duvidam que a EC 42/2003 prorrogou a vigência das transferências e mandou que fossem editadas regras de apuração dos repasses de modo a compensar efetivamente as perdas decorrentes da desoneração promovida pela União.²⁴ Quando, em 2006, deveria acabar o sistema de repasses com base no “fundo orçamentário”, o Congresso Nacional se manteve omissivo em notório benefício da União, mantendo repasses insuficientes e incapazes de traduzir os valores a que faziam jus os Estados em virtude da perda de arrecadação. Ao não legislar, o Congresso Nacional claramente fez uma opção deliberada por não promover os repasses nos valores justos em detrimento do Estados e Municípios, e em benefício da União,²⁵ em desrespeito ao já tão combatido pacto federativo brasileiro firmado na CRFB/88.²⁶

24 Aplicado o entendimento de MENDES; BRANCO, CARRAZA ou MORAES, os efeitos da ADO 25 retroagiriam, necessariamente, pelo menos até 2006, período em que, sem sombra de dúvidas, restou materializada a omissão legislativa pela ausência de regramento novo, uma vez que o *caput* do art. 31 da LC n. 87/1996 apenas previa repasses para “os exercícios financeiros de 2003 a 2006”. Por certo, porém, as perdas, ocorrem desde 1996, em razão de omissão lesiva deliberada da União.

25 Um dos poucos relatórios legislativos elaborados pelo Senado Federal ao longo desses 20 anos de destruição da economia dos Estados e Municípios, do Senador Delcídio do Amaral (no PLS n. 312/13), deixa tudo muito claro: “Como o autor alega, as perdas anuais estimadas chegam a R\$ 18 bilhões, sendo que as compensações estão estacionadas em R\$ 5,2 bilhões; observa-se, assim, que elas deveriam sofrer acréscimos anuais da ordem de R\$ 13 bilhões. [...] Nesse ponto, independentemente da maior ou menor precisão dessas estimativas, importa ressaltar que a União não dispõe de meios para atender tal demanda, a não ser que comprometa a obtenção dos resultados e metas fiscais aprovados pelo próprio Congresso Nacional. [...] É fato que a EC 42 convalidou esse sistema de entrega de recursos compensatórios aos Estados e seus Municípios, e ao Distrito Federal, até que nova lei complementar seja editada (art. 91, § 3º, do ADCT). É verdade, também, que a norma está inserida nas disposições transitórias. Mas o legislador não definiu prazo para a institucionalização de nova partilha, e, em razão das condições macroeconômicas reais do País, entendo ser conveniente manter-se a regra de entrega de recursos pela compensação com base na fixação de coeficientes de participação individuais e nas dotações anualmente alocadas para tanto na Lei Orçamentária da União (artigo 31 e Anexo da LC 87/96 introduzido pela citada LC 115, de 2002).” (BRASIL, 2014, grifos nossos).

26 O relatório do Senador Flexa Ribeiro à PEC n. 83/07 também é elucidativo. Confira-

Fica evidente pelo voto do Ministro Relator²⁷ que o art. 91 do ADCT exige que os Estados e Municípios sejam efetivamente compensados em razão das perdas de arrecadação sofridas como consequência de uma política nacional que não beneficiou a todos os entes federados em igual medida (se é que o fez para algum deles). A omissão constitucional, como deixou gizado o Ministro, “existe e já perdura por mais de uma década”, portanto, “há omissão, há estado de inconstitucionalidade”. O direito, por princípio, consagra a máxima de que aquele que causou prejuízo a outrem deve compensar o dano causado. O que o voto do Ministro Gilmar Mendes deixou evidenciado é que foi a política da União que deu causa à sensível queda de arrecadação dos Estados exportadores de *commodities*. O que causou o prejuízo aos Estados foi claramente a política (por certo atabalhoada e danosa) da União. Dúvidas não restam, portanto, no sentido de que deve a União repor as perdas pretéritas dos Estados. Evidentemente, se a União avançou por sobre a competência tributária estadual (nos termos do pacto constitucional) ao criar contribuições que se traduzem em um verdadeiro alargamento da base dos impostos sobre o consumo, por certo, deve restaurar o equilíbrio federativo e compensar os

se: “A desoneração total dos bens e serviços exportados, extremamente prejudicial às finanças estaduais, foi concebida e executada no contexto do Plano Real, numa fase em que, como forma de estabilização da moeda era extremamente necessário criar uma âncora cambial baseada na sobrevalorização da moeda nacional. A forma de compensar os Estados, chamada inicialmente de “seguro receita” funcionou razoavelmente por algum tempo. Todavia, de uma compensação parcial que cobria cerca de sessenta por cento da perda de receita, chegou-se, ao final, a algo beirando os vinte e dois por cento. Ou seja, a política de exportação do Governo Central se assenta, em grande parte, no sacrifício das finanças estaduais. A constitucionalização da desoneração total das exportações, operada pela Emenda 42, de 2003, deveria estar num contexto mais amplo de reforma do ICMS, o que não ocorreu, considerando que a promulgação fatiada transferiu o restante da reforma para outra PEC que, embora aprovada pelo Senado, não prosperou na Câmara dos Deputados. Também não produziu o efeito desejado a constitucionalização do ressarcimento, pela inclusão do artigo 91 do ADCT, pois o Poder Executivo negligenciou na proposição da lei complementar que deveria regulamentar a matéria.” (BRASIL, 2009, grifos nossos).

27 O acórdão do Plenário não foi publicado até a 09/07/2017, mas da Ata do julgamento é possível extrair o exato conteúdo da decisão (que vale como termo inicial do prazo de 1 ano para que seja sanada a omissão). O inteiro teor do voto do Ministro Relator já foi divulgado (BRASIL, 2016e, grifos nossos).

Estados pelas perdas sofridas com a desoneração heterônoma da exportação dos produtos primários e semielaborados.

A propósito, o STF estipulou que, se decorrido o prazo de 1 (um) ano a partir da publicação da ata de julgamento (30/11/2016) sem que o Congresso supra a lacuna identificada, deverá o TCU atuar. O TCU, porém, é um órgão técnico e não legislativo, portanto, a determinação do STF é a de que o vácuo reconhecido deve ser resolvido tecnicamente, ou seja, a lei complementar a ser elaborada deve tão somente proceder ao cálculo do valor das perdas efetivamente sofridas e estabelecer um mecanismo que propicie a compensação adequada (efetiva) dos entes menores. Não cabe, no caso, decisão política que dosifique ou tempere a necessidade de compensação.

O Estado Democrático de Direito, de desiderato social, desenhado pela CRFB/88, consagra uma série de direitos sociais passíveis de serem exigidos judicialmente do Estado pelo cidadão, ou seja, deu aplicabilidade imediata aos direitos de saúde, educação etc., independentemente de intermediação legislativa. Se os deveres prestacionais de cunho social de cada um dos entes federados não podem ficar na dependência do legislador, a CRFB/88 impõe um “dever de legislar” para assegurar a eficácia desses mesmos direitos sociais. Nesse compasso, não faria sentido exigir dos entes menores a plena efetividade do atendimento de direitos fundamentais sem garantir-lhes as fontes de recursos. Entendimento contrário significaria esvaziar a efetividade dos direitos sociais pela sua contraface. Em outras palavras, se a prestação de serviços públicos essenciais (como a educação, o fornecimento de medicamentos etc.) pode ser exigida judicialmente dos Estados e Municípios, como hoje a jurisprudência mais atualizada admite, não faria o menor sentido entender que a contraface desses direitos sociais (tributos e transferências) não pudesse ser da mesma forma reclamada. Portanto, se os Estados e Municípios sofreram perdas significativas em seus recursos financeiros por culpa da União, que não cumpriu seu “dever de legislar”, colocando assim em causa a prestação de serviços essenciais, as transferências não realizadas devem ser exigidas da mesma forma que podem ser reclamados os direitos sociais (imediatamente). Os Estados dependem sobremaneira da sua arrecadação tributária e

das transferências federais para a execução de políticas públicas e são responsáveis pelos maiores gastos com o funcionalismo público. São os governos estaduais que devem arcar com as demandas mais próximas da população, sobretudo, com as despesas relativas à segurança pública e educação primária, além dos gastos relacionados aos sistemas de saúde e previdenciário. A contraface essencial dos direitos sociais são os recursos públicos. A omissão no “dever de legislar” lesou os Estados e Municípios, ou seja, subtraiu recursos públicos do Estados que são a contraface de direitos sociais passíveis de serem exigidos judicialmente dos entes menores.

A CRFB/88 não desenha um rol de promessas vazias e inatingíveis, especialmente quando firma um “dever de legislar” expresso (como no caso do art. 91 da ADCT). É dever do Estado maximizar o acesso aos direitos fundamentais e reduzir progressivamente os limites da “reserva do possível”.²⁸ Assim, a fundamentalidade dos direitos sociais impõe ao legislador o “dever de legislar” no que se refere à matéria de conteúdo financeiro e orçamentário, mormente para regulamentar os preceitos constitucionais carentes de intervenção legislativa. Exatamente por isso é que a ideia de normas constitucionais programáticas está absolutamente superada. No caso em tela, a União tinha o expresso “dever de legislar” acerca de matéria de conteúdo financeiro e, não o fazendo, decotou capacidade prestacional dos Estados e Municípios, atentando, pela contraface financeira, contra direitos sociais passíveis de serem exigidos em juízo (aplicabilidade imediata). Nesse compasso, a omissão lesiva da União reclama um entendimento diverso do mais ortodoxo acerca da inconstitucionalidade por omissão, mais próximo da evolução jurisprudencial acerca do mandado de injunção.

O STF, de fato, inovou na ADO 25 e fez evoluir a interpretação constitucional no sentido de fazer efetivos os mandamentos constitucionais. A CRFB/88 não comporta mais manobras no sentido de fazer vazias suas determinações. A propósito, a declaração de inconstitucionalidade por omissão (pelo

28 Cf. CALIENDO (2010, p. 177).

menos a que traduz uma omissão lesiva e deliberada específica a pessoas determinadas) não pode redundar em mera informação do STF ao legislador que se omitiu deliberadamente. Tal como no caso do mandado de injunção, é muito bem vinda a evolução jurisprudencial, que busca dar efetividade máxima à Constituição. Exatamente, por isso, que, se o Congresso Nacional insistir em não cumprir seu “dever de legislar”, cabe ao TCU apurar as perdas e estabelecer o mecanismo de compensação efetiva. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “[n]a realidade constitucional brasileira, atormenta-nos o risco de julgados do Supremo Tribunal Federal estarem se transformando em meros discursos lítero-poéticos” (BRASIL, 2016e, p. 30).

O problema é que o Congresso Nacional conta com legisladores que representam ao mesmo tempo a pessoa jurídica União (federais) e a nação (nacionais). Com os mesmos trajes, as normas do ente maior são feitas pelos mesmos parlamentares que fazem as normas nacionais. O STF sabe da força do Governo Federal na feitura das leis; o julgador da magna Corte sabe da influência da tecnoburocracia da União e de seu esforço hercúleo, sobretudo quando o que está em jogo são repasses de recursos da União para os entes menores. Foi por isso que, por décadas, o dinheiro dos Estados e dos Municípios se manteve nas mãos da União. Isso foi o que STF, como guardião do pacto federativo, por 11 X 0, expressamente, afastou.

A evolução jurisprudencial que resolve o problema da omissão legislativa de uma forma mais adequada se deu com o julgamento do MI 543, em 26 de outubro de 2000, quando o entendimento do STF sobre o caráter meramente declaratório da ação constitucional sofreu maiores alterações. A partir desse precedente, o STF entendeu desnecessário que os impetrantes pleiteassem reparação em ação de conhecimento perante instâncias inferiores: o procedimento caminharia por meio de ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação. A jurisprudência do STF evoluiu no sentido de dar efetividade aos mandamentos da CRFB/88 e passou a reconhecer o direito subjetivo do lesado ao objeto da prescrição normativa de cunho patrimonial, uma vez extrapolado o prazo razoável dado ao legislador nacional para

cumprir seu “dever de legislar”. No caso em tela, esse “dever de legislar” veio expresso no texto constitucional e a omissão lesiva foi deliberada e pilotada pela União, portanto, deve ser garantida aos Estados e Municípios a compensação de que trata o art. 91 do ADCT, independentemente da necessidade de ações ordinárias de cobrança. Por essa razão, mais uma vez, a liquidação deve ser feita pelo TCU, nos termos decididos pelo STF.

Na omissão legislativa relativa ao art. 91 do ADCT, a ausência de norma impediu que os pagamentos atendessem ao comando normativo constitucional, uma vez que foram desarrazoadamente insuficientes para compensar as perdas verificadas desde 1996. Mais do que isso, a omissão ofendeu o princípio federativo (cláusula pétrea da CRFB/88) na medida que afetou gravemente o equilíbrio federativo estabelecido no pacto constitucional. Dessa forma, após décadas de inércia legislativa, que ilegitimamente (inconstitucionalmente) beneficiou a União, os efeitos do julgamento da ADO 25 só podem mesmo ser *ex tunc* e os efeitos da decisão devem retroagir a 1996, ocasião em que o equilíbrio federativo foi gravemente prejudicado e que o princípio federativo foi severamente atingido.

5 O ENCONTRO DE CONTAS

Conforme amplamente noticiado, os Governos estaduais vêm pleiteando um encontro de contas entre os créditos que possuem relativos às perdas com a Lei Kandir com os débitos referente à dívida com a União. A questão, que mereceu os encômios do empresariado e da classe política, vem enfrentando, porém, severa resistência da tecnoburocracia federal. O Estado de Minas Gerais corrigiu as perdas de arrecadação pela taxa Selic capitalizada (mesmo índice utilizado pela União para atualizar a dívida que mantém com os Estados) até 2015 e chegou ao montante de 135 bilhões de reais apenas para Minas Gerais.²⁹ Cumpre frisar que a dívida

29 Apesar de o FEX não possuir relação direta com a LC n. 87/96, as transferência de recursos realizadas em virtude desse auxílio foram consideradas no cálculo das perdas de arrecadação pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

mineira para com a União, corrigida pelo mesmo índice, gira em torno de 88 bilhões de reais. É consabido que a crise financeira dos Estados se arrasta há décadas e a relação com as perdas financeiras experimentadas pela Lei Kandir é direta, clara, evidente. Com a arrecadação perdida, Minas Gerais, por exemplo, estaria em condições de resolver todas as suas dívidas, em especial as existentes para com a própria União e poderia avançar; poderia proporcionar ao povo mineiro aquilo que se espera: mais educação, mais saúde, mais segurança. Tudo isso pode ser traduzido por uma fórmula simples: aquilo que Estados, DF e Municípios perderam de arrecadação (e que deveria ser compensado pela União) encheu as burras do Tesouro Nacional. O dinheiro que deveria vir para os entes menores, ficou nos cofres da União.

Não se pense, porém, que quem perde são tão somente os Estados e o DF. Todos os Municípios, da mesma forma, saem perdendo muito. A questão é que, nos termos do §1º do art. 91 do ADCT, do montante dos recursos a serem compensados, 75% pertencem ao Estado e 25% aos Municípios. Nesse compasso, um quarto do valor devido pela União pertence diretamente aos Municípios. Todos os entes federativos menores, Estados e Municípios, estão, com a omissão do legislador federal, perdendo bilhões de reais para o caixa da União.

O que fica evidenciado é que a União dispõe de créditos com os Estados e possui uma dívida com relação às perdas acumuladas com a desoneração da Lei Kandir, que nunca foram devidamente compensadas. O que ficou claro na decisão do STF é que autonomia financeira e política dos Estados foi severamente arranhada e o princípio federativo foi flagrantemente violado. Enfim, por maior que seja a resistência da tecnoburocracia federal, a democracia reclama que o equilíbrio federativo seja imediatamente restaurado.

6 CONCLUSÕES

Existem, atualmente, em trâmite no Congresso Nacional pelo menos 5 (cinco) Projetos de Lei Complementar para alterar a sistemática de compensação da LC n. 87/96, destacando-se, dentre eles, o PLP n. 62 apresentado pelo Deputado Reginaldo Lopes (PT/

MG), que prevê o “acerto de contas” entre Estados, DF e União para quitar ou reduzir significativamente as parcelas referentes ao pagamento da dívida que os entes menores mantêm com a União. Na realidade, a compensação das perdas de arrecadação decorrentes da desoneração do ICMS representa uma oportunidade de os Estados, DF e Municípios, que em sua maioria enfrentam dificuldade financeira (quando não calamidade), voltarem a investir em atividades produtivas sustentáveis a longo prazo, o que é essencial em um contexto de crise.

A política da tecnoburocracia financeira da União vem desmantelando o pacto federativo, alongando seus poderes, restringindo competências estaduais e sacrificando os entes subnacionais. É evidente que a União, sistematicamente, federaliza ganhos e subnacionaliza custos. O federalismo canibal resultante, dia após dia, vem destruindo o Brasil. É ressabido que os rumos do federalismo brasileiro estão a depender da solução que for dada para essa questão. Os problemas mais gritantes que afligem o povo brasileiro, como as condições dos hospitais, dos presídios etc., está a depender de um justo encontro de contas.

Como já afirmou Carlos Leite, o século XIX foi a “Era dos Impérios”; o Século XX, a “Era das Nações” e, ao que tudo indica, expurgados os desavisados espasmos nacionalistas, o Século XXI merece ser a “Era das Cidades”.³⁰ Por certo, a democracia reclama que o presente século seja a “Era dos Entes Federados menores” e não anos de políticas centralizadas, afastadas da realidade, insensíveis aos anseios da população.

REFERÊNCIAS

BARACHO, Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Out of the mud. Law, Justice and Development*. Washington, Mundial Bank, v.1, 2016.

30 Cf. LEITE (2012, p. 4).

_____. Minas Gerais pós-colonial? “Minérios com mais justiça.” **Revista de Estudos Políticos**, v.109, 2014, p. 437-469. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2014v109p437>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Brasil continua com a política da acumulação primitiva de capitais. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/estado-economia-brasil-continua-politica-acumulacao-primitiva-capitais>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max limonada, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar n. 95, de 1996**. Brasília, 1996a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C3B348723319BFAE49E7AF560C433D8C.proposicoesWebExterno2?codteor=368485&filenome=Tramitacao-PLP+95/1996>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. Departamento Nacional de Produção Mineral. **Sumário Mineral – 2015**. Brasília, DNPM, 2016a. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/sumarios/sumario-mineral-2015>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

_____. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LI. Brasília, Imprensa Oficial, 28 ago. 1996b.

_____. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996**. Brasília, 1996c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Carga Tributária no Brasil – 2015 (Análise por Tributo e Bases de Incidência)**. Brasília, 2016b. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

_____. Ministério das Minas e Energia. **Plano Nacional de Mineração 2030 (PNM – 2030)**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/1138775/1732821/Book_PNM_2030_2.pdf/f7cc76c1-2d3b-4490-9d45-d725801c3522>. Acesso em: 9 dez. 2016.

_____. Senado Federal. **Relatório do Projeto de Lei do Senado n. 312, de 2013 (complementar)**. Relator Senador Delcídio do Amaral, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113831>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. Senado Federal. **Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n. 83, de 2007**. Relator Senador Flexa Ribeiro, Brasília, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82257>>. Acesso em 6 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 543**. Impetrante: Renato Arantes Tinoco e outros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 26 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81863>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes na ADO n. 25**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Interessado: Congresso Nacional. Brasília, 2016e. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ado-25-lei-kandir-renuncia-fiscal-voto.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais - orçamento e ‘reserva do possível’**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 175-186.

CARRAZA, Roque Antônio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Justitia**, São Paulo, v. 55, n. 163, p. 35-52, jul./set. 1993. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/edicao.php?ID=163>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

CARVALHO, David Ferreira. **ICMS: Desoneração das Exportações e Perdas de Arrecadação dos Estados da Região Norte do Brasil: 1996 - 1998**. **Papers do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA)**, Universidade Federal do Pará, Belém, v. 140, p. 1-25, 2000.

CUNHA JR., Dirley. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. ver., ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Implicações do pacto federativo. **Direito Público: Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais**, v. 1, n. 1, p. 77-82, 1999.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O Princípio Federativo e a Igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. *In*: _____. **Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo: três escritos sobre direito constitucional e o Estado federal brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 1-37.

HORTA, Raul Machado. **DIREITO CONSTITUCIONAL: Estado contemporâneo e tendências do federalismo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 273-287.

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. [S.l.]: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=49Ez>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MINAS GERAIS. Exporta Minas. **Panorama do comércio exterior de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.exportaminas.mg.gov.br/images/documentos/Panorama%20do%20Comercio%20Exterior%202016.pdf>>. Acesso em: 26 dez. de 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Ementa de Parecer Prévio – Tribunal Pleno**. Balanço Geral do Estado - Exercício de 2013. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/709957>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

MOURÃO, Licurgo. **Parecer do Auditor: Prestação de Contas do Governador – 2011**. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/797b93_615fcbdd5144505a555dd9ee54114f0.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*.

PELLEGRINI, Josué Alfredo. **Dez Anos da Compensação Prevista na Lei Kandir: conflito insolúvel entre os entes federados?** Brasília: ESAF, 2006.

RIANI, Flávio; ALBUQUERQUE Célio Marcos Pontes de. Lei Kandir e a perda de receita do estado de Minas Gerais. *In Seminário sobre a Economia Mineira*, 13, 2008, Diamantina, MG. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A032.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir – Análise com foco no setor mineral. *R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFDDE*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, 2012, p. 39-56.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição Financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Ano 3, n. 5, p 25-54. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/311934/mod_resource/content/1/D_HTO_Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Finance.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

VARSANO, Ricardo. **Fazendo e desfazendo a Lei Kandir**. Textos para debate, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Divisão de Gestão Fiscal e Municipal (IFD/FMM), Instituições para o Desenvolvimento. Ago. 2013. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5774/DMM%20DP%20Fazendo%20e%20desfazendo%20a%20Lei%20Kandir%20FINAL.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

WORLD BANK. OTTO, James *et al.* **Mining Royalties: A Global Study of Their Impact on Investors, Government, and Civil Society**. Washington, 2006. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/336099-1156955107170/miningroyaltiespublication.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Recebido em: 10/08/2017

Aprovado em: 16/03/2018

