

LEI KANDIR: COMO RESOLVER UM CONFLITO FEDERATIVO (QUASE) INSOLÚVEL?

*Os aspectos jurisprudenciais, econômicos e circunstanciais
que tornaram possível o acordo na ADO 25*

Andrea de Quadros Dantas⁵

Gustavo José de Guimarães e Souza^{6 7}

Em setembro de 1996, foi promulgada a Lei Kandir (LC 87), que dispunha sobre o tributo estadual de maior arrecadação da federação brasileira, o ICMS (Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação). A referida Lei previa a desoneração sobre a exportação dos bens básicos e semielaborados, que acarretaria perda inicial de receita dos Estados e seus Municípios. A fim de compensar os Estados por essa perda, durante o período de transição entre os regimes de tributação, estabeleceu-se, no anexo da Lei, uma entrega temporária de recursos, denominado de Seguro Receita, que deveria vigorar até 2002. Isso porque houve entendimento de que essa redução na arrecadação seria temporária e, posteriormente, revertida em ganhos em função do aumento das exportações, importações e crescimento econômico. Todavia, essas entregas temporárias foram estendidas por sucessivos dispositivos legais até a presente data, o que resultou em um dos maiores e mais debatidos conflitos federativos entre União e Estados.

Vinte anos mais tarde, em 30 de novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) pautou simultaneamente o julgamento de três ações que discutiam aspectos distintos sobre o direito à pretensão compensação da Lei Kandir, quais sejam, a ADO 25 e a ACOs 779 e 1044. Findo os julgamentos, esperava-se a resolução do (quase) insolúvel conflito, o que, de fato, não ocorreu.

Tal litígio se manteve latente por mais 3 anos, até que, nos autos da ADO 25, foi instituída uma Comissão Especial de Conciliação, formada por representantes da União e dos Estados. A referida Comissão conseguiu propor um fim ao conflito mediante um histórico

⁵ Advogada da União lotada no Departamento de Controle Concentrado, na Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT), órgão da AGU responsável pela defesa da União perante o STF. Pesquisadora Visitante na Universidade de Stanford (Califórnia/EUA) em 2017/2018. Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília/Uniceub.

⁶ Servidor de carreira do Banco Central do Brasil atuando como Diretor na Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia. Professor permanente do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) e professor-pesquisador na Universidade Federal de Goiás (UFG). Economista com especialização em estatística e mestrado em economia. Doutor em Economia pela Universidade de Brasília – UnB com estágio doutoral na Columbia University (NYC, 2011-2012).

⁷ Os autores participaram da Comissão Especial de Conciliação na ADO 25 como representantes da União.

acordo que deverá ser homologado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na sessão de 20 de maio de 2020.

Paradoxalmente, as razões que impediram a resolução do conflito no julgamento de 30 de novembro de 2016 permitiram a construção do acordo em 2020. Para compreender aparente contradição, é imprescindível retomar o que restou decidido pelo Supremo, tanto na ADO 25, como nas ACOs 779 e 1044.

Inicialmente, há que se ressaltar que, em ambos os casos, o debate acerca da compensação dos Estados em função da desoneração do ICMS sobre exportação remete-se ao que foi previsto no artigo 91 do ADCT: a edição de uma nova lei complementar que iria regulamentar a forma de repasse de verbas da União aos Estados e ao Distrito Federal, a título de compensação temporária pelas supostas perdas de arrecadação ainda decorrentes da desoneração do ICMS sobre exportação.

O § 3º da norma estabelece que, enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002. Ademais, seu § 2º insere a denominada cláusula de cessação do repasse, o que ocorrerá quando o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a 80%, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços.

No âmbito da ADO 25, o Estado do Pará, autor da ação, alegava, em síntese, que o artigo 91 do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, teria previsto um sistema de compensação financeira, para amenizar os prejuízos sofridos pela desoneração do ICMS sobre as operações de exportação de mercadorias e serviços. Entretanto, tal dispositivo não fora regulamentado, o que, na visão do Estado, geraria perda de receitas para os entes estaduais exportadores de produtos primários e semielaborados.

Ao julgar tal ação direta, o STF reconheceu a omissão legislativa inconstitucional e declarou a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no artigo 91 do ADCT. Na ocasião, a Corte Suprema fixou o prazo de 12 meses para que fosse sanada a omissão legislativa, sob pena de transferência provisória da referida competência ao Tribunal de Contas da União (TCU). Assim, restou decidido que, na hipótese de a lei complementar em questão não ser editada no citado prazo, o TCU ficaria responsável por fixar o valor das supostas perdas para definição do montante a ser transferido, anualmente, aos entes federados como decorrência do art. 91 do ADCT.

Em tal julgamento, entretanto, não restou esclarecido se a regra temporária prevista no artigo 91 do ADCT, a qual estava presente no Anexo da LC 87/96, teria sido declarada inconstitucional, em consequência do reconhecimento da omissão, ou se tal sistemática permaneceria válida até a edição da lei complementar ou a estipulação de novos critérios de repasse pelo TCU. Entretanto, a ausência de novas discussões sobre a sistemática de transferência a ser utilizada durante os primeiros 12 meses parecia indicar a validade da citada regra temporária.

Por sua vez, o debate posto nas ações cíveis originárias, entre elas a ACO 779 e ACO 1044, refere-se à cobrança dos Estados em face da União de valores correspondentes às

supostas compensações financeiras pelas alegadas perdas decorrentes da desoneração do ICMS sobre as exportações. Em tais processos, o STF aderiu à tese da União, no sentido da ausência de previsão normativa do alegado direito dos Estados, de uma compensação adicional àquela já efetivada pela União, visto que não se depreende de nenhum normativo legal ou constitucional a previsão de compensação integral por supostas perdas de arrecadação decorrentes da desoneração do ICMS exportação.

De fato, em tais precedentes foram firmadas duas teses, quais sejam: (i) a pretensão estadual de compensação integral pelas perdas decorrentes da arrecadação do ICMS sobre a exportação não sobressai, a priori, do art. 91 do ADCT; tampouco há na Lei Complementar nº 87/96 determinação nesse sentido; e (ii) enquanto não for editada a lei complementar a que se refere o caput do mesmo dispositivo, permanece vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da LC nº 87/96, com a redação dada pela LC nº 115/02.

A segunda tese, exposta expressamente em ambos os acórdãos (ACOs 779 e 1044), parecia confirmar a premissa subliminar presente no acórdão da ADO 25, no sentido da validade da metodologia de repasse temporário prevista no artigo 91 do ADCT, a despeito do reconhecimento da omissão inconstitucional.

Entretanto, em maio de 2017, o julgamento da ACO 792, com objeto idêntico às ACOs 779 e 1044, lançaria as primeiras dúvidas acerca do efetivo alcance da declaração de inconstitucionalidade por omissão nos autos da ADO 25. No referido acórdão, restou afirmado que “a declaração de inércia legislativa inconstitucional e a imposição de eventuais efeitos aditivos por decisão em controle abstrato e concentrado de omissão não guarda pertinência com esta demanda indenizatória deduzida pelas partes Agravantes em relação a período certo e anterior à asserção de mora inconstitucional”, tendo concluído que “o presente feito distingue-se e independe da ADO 25”. A partir de tal precedente, ganha força o argumento sustentado pelos Estados no sentido de que o STF, ao declarar a omissão inconstitucional na ADO 25, teria implicitamente reconhecido a inconstitucionalidade da sistemática temporária de repasse prevista no artigo 91 do ADCT.

Apesar de tal divergência, a interpretação conjunta dos precedentes do STF ainda parecia favorecer a União, na medida em que, ao menos até a data da declaração da omissão legislativa, em novembro de 2016, haveria que se reconhecer a validade da sistemática de entrega de recursos prevista no art. 91 do ADCT, bem como a ausência de direito dos Estados à compensação integral de supostas perdas decorrentes da desoneração do ICMS sobre as exportações.

Contudo, ao relembrar o único precedente de acordo já realizado no âmbito do STF, entre União e Estados, tem-se uma reversão dessa tendência de prolação de uma decisão favorável ao ente central. No caso, trata-se do julgamento dos Mandados de Segurança 34.023, 34.110 e 34.122, impetrados por diversos Estados, nos quais se discutia a incidência de juros simples ou compostos sobre os contratos de refinanciamento, nos termos da LC 151/2015. A peculiaridade de tal precedente refere-se ao fato de que, a despeito do reconhecimento pela maioria dos Ministros do STF da tese da União sobre a incidência de juros compostos, o processo foi suspenso para se permitir um acordo entre União e Estados para a elaboração de um projeto de lei, que revogaria a LC 151/2015.

Mais interessante do que o encaminhamento do acordo foi a mensagem expressa do STF, no sentido da necessidade de que essa nova lei trouxesse condições de refinanciamento

mais favoráveis aos Estados. Assim, nem mesmo a sinalização antes realizada na sessão de julgamento acerca do direito da União aos juros compostos, foi suficiente para lhe garantir alguma vantagem na futura negociação com os Estados. Tal acordo culminou, posteriormente, na edição da LC 156/2015.

Percebe-se, assim, que o cenário jurisprudencial não permitia a nenhum dos entes federados afirmar com segurança qual seria a solução jurídica adotada pelo STF, no caso da permanência da inércia legislativa.

Se havia dúvidas razoáveis na esfera judicial, as discussões no âmbito financeiro apresentavam-se ainda mais extremadas. Tais debates desenvolveram-se na Comissão Mista do Congresso Nacional sobre a Lei Kandir, instaurada após a decisão do STF na ADO 25.

De um lado, os Estados mantinham o argumento de existência de vultosos créditos perante a União, a despeito dos citados precedentes do STF, afastando o direito à uma compensação integral pelas perdas decorrentes da arrecadação do ICMS sobre a exportação. Nesse contexto, apresentaram perante tal comissão mista estudos do Comsefaz, que estimava perdas no período de 1996-2016 de R\$ 548,78 bilhões.

Com base em tais estimativas, o projeto de lei complementar incluído no relatório da citada Comissão Mista estabelecia duas obrigações para a União decorrentes da incidência do artigo 91 do ADCT: (i) a compensação, no prazo de 30 anos, das supostas perdas, que de acordo como os dados apresentados pelos Estados alcançavam o montante de R\$ 548,78 bilhões em julho de 2017; e (ii) o repasse anual de R\$ 39 bilhões, atualizados anualmente pela inflação, até que cumprida as condições previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 2º do projeto de lei, não sendo possível definir, a priori, quando até quando perduraria tal repasse.

De outro lado, a União encaminhou estudos à citada comissão mista do Congresso, os quais resultavam em três cenários possíveis sob a perspectiva do ente central. Em primeiro plano, não haveria como reconhecer nenhum débito pretérito da União com os Estados, eis que o STF já havia afirmado a ausência de direito dos Estados à compensação integral das perdas de arrecadação de ICMS sobre exportação, e a União já teria efetivado os repasses nos termos da regra temporária prevista no artigo 91 do ADCT.

O segundo cenário reportava-se à implementação da cláusula de cessação prevista no § 2º do artigo 91 do ADCT, o que resultaria no reconhecimento de que a União não mais teria a obrigação de efetivar qualquer repasse a título de compensação pela exoneração do ICMS sobre a exportação. A efetiva implementação da cláusula de cessação restou demonstrada na Nota Técnica nº 44, de 09 de novembro de 2017, elaborada pela Assessoria Especial do Gabinete do Ministro da Fazenda.

De acordo com a citada nota técnica, no ano de 2017, “23 estados já não deveriam receber qualquer entrega da União de acordo com o que prevê o art. 91 do ADCT”, de modo que somente DF, MA, PI, RJ e RN não teriam obtido os critérios da cláusula de cessação até 2017. Da mesma forma, a nota exemplificava diversas mudanças normativas recentes como a Resolução do Senado 13/2012, a Emenda Constitucional 87/2015 e Convênio ICMS 106/2017 que contribuem para que o ICMS tenha cada vez mais o produto de sua arrecadação destinado ao Estado onde ocorre o consumo das mercadorias, bens ou serviços. Nesse sentido, em poucos anos todos os Estados já teriam cumprido o que estabelecido na regra de cessação do artigo 91 do ADCT.

Em terceiro plano, considerando os dados apresentados na Nota Técnica nº 42, de 11 de outubro de 2017, elaborada pela Assessoria Especial do Gabinete do Ministro da Fazenda apresentado na Comissão Mista Especial sobre a Lei Kandir (Ofício 47/MF de 2017), a União afirmava que se fosse possível efetuar o cálculo efetivo do fluxo de arrecadação dos Estados, poder-se-ia demonstrar que, decorrido um período inicial, tais entes subnacionais tiveram ganhos, e não perdas, em termos da arrecadação de ICMS com o advento da Lei Kandir.

Em 2018, instado pelo STF a parametrizar uma possível entrega de recursos conforme previsão do art. 91 do ADCT, o relatório técnico do TCU concluiu que, pelos cálculos realizados em 2018, a regra de cessação prevista no § 2º do artigo 91 do ADCT teria sido implementada em todos os Estados, indicando o fim das entregas temporárias. Ressalte-se que, a despeito de o TCU não ter firmado um posicionamento oficial sobre tal relatório, é fato que lhe foi conferida ampla publicidade, inclusive no âmbito do STF e dos Poderes Executivo federal e estaduais.

Em resumo, quanto à discussão acerca dos valores envolvidos em eventual acordo a ser firmado entre União e Estados e DF, tem-se, de um lado, a União afirmando não ter absolutamente nenhum débito com os Estados e sequer uma obrigação futura, seja em razão da implementação da cláusula de cessação, conforme estudos disponíveis, seja pela inexistência de perdas permanentes mesmo após duas décadas do advento das desonerações; e de outro, os entes subnacionais sustentando uma dívida atualizada de mais de R\$ 700 bilhões.

Como já ressaltado, esse cenário extremo em termos de valores financeiros associava-se ao contexto de incerteza jurídica acerca do alcance da decisão do STF na ADO 25, especialmente diante da possibilidade de eventual atuação da Corte como legislador positivo.

No caso, como dito no início do texto, paradoxalmente as contradições dos precedentes do STF acabaram por conferir incentivos aos Estados e à União para avançarem nas negociações, eis que nenhum dos lados podia fiar-se completamente na tese por eles defendida. De fato, a despeito dos valores apresentados pelos Estados no âmbito da Comissão Mista do Congresso Nacional, os precedentes do STF, fixados nas citadas ACOs, pareciam indicar a ausência de qualquer débito da União, ao menos até o reconhecimento da omissão inconstitucional, em novembro de 2016.

Ademais, embora a União estivesse em uma posição aparentemente mais favorável, alguns fatores indicavam sua predisposição à negociação. O primeiro, e mais importante deles, deriva de um dos temas de campanha do atual Presidente da República, intitulada “Mais Brasil, Menos Brasília”. Trata-se do Plano Mais Brasil apresentado pelo Ministério da Economia e consubstanciado na PEC 188 de 2019, a qual prevê uma reestruturação federalista, ampliando-se a descentralização de responsabilidade e de recursos, com a instituição de um novo repasse financeiro aos Estados, o que viria a permitir uma disponibilidade orçamentária indispensável ao sucesso da conciliação.

A utilização desse novo sistema de entrega de recursos, prevista no pacto federativo, para solucionar esse complexo litígio entre União e Estados, com a possibilidade de previsão de um período de transição entre o antigo e novo modelo federativo, mostrou-se uma solução boa para todas as partes envolvidas, gerando o que John von Neumann e Oskar Morgenstern conceituam de um jogo de soma positiva. Assim, o novo pacto federativo

poderia ser efetivamente construído sob os pilares da cooperação, encerrando-se definitivamente tal conflito.

Outro fator reporta-se exatamente à indefinição do alcance e das consequências da decisão proferida pelo STF na ADO 25. No ponto, embora o curto lapso temporal favorecesse a União, a existência de precedente no qual o STF decidira a favor dos Estados, a despeito do reconhecimento do direito da União, corroborava com a construção de um cenário de incerteza acerca do futuro posicionamento do Supremo. Ademais, considerando os fundamentos postos no acórdão da ADO 25, não parecia crível um cenário no qual a decisão ali proferida não resultasse efetivamente em algum proveito econômico aos Estados.

Por fim, o esgotamento do prazo de funcionamento da Comissão de Conciliação, que poderia gerar eventual retorno do tema ao TCU, ou mesmo uma atuação positiva do próprio STF, somado à insurgência da atual crise de saúde pública com graves consequências econômicas e a necessidade urgente de direcionar recursos adicionais aos entes subnacionais no enfrentamento da pandemia de Covid-19, funcionou como um último fator decisivo para que o acordo se tornasse realidade.

Apesar do reconhecimento da relevância e da singularidade do referido acordo, o qual reflete a potencialidade de cooperação dos entes federados, não se pode ignorar que a sua concretização deu-se em função da presença de inúmeros elementos convergentes, mas, surpreendentemente, a incerteza jurídica parece ter sido a pedra de toque sobre a qual se fundou o acordo.⁸

⁸ Artigo originalmente publicado em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-kandir-como-resolver-um-conflito-federativo-quase-insoluvel-20052020