

Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal

A Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR
MARINA SOARES MARINHO

Resumo: O presente artigo pretende investigar o contexto histórico de edição e aprovação da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), para avaliar em que medida a desoneração do ICMS nas exportações afetou o pacto federativo firmado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988. Para tanto, foram analisados registros históricos do processo legislativo do Projeto de Lei Complementar nº 95/1996, das propostas aprovadas para a alteração do art. 31 da LC nº 87/1996, da Emenda Constitucional nº 42/2003 (que elevou as desonerações ao status constitucional de imunidade) e, finalmente, do episódio mais recente dessa normatização, o julgamento da ADO nº 25 pelo Supremo Tribunal Federal. Além da investigação histórica, este estudo analisa o conteúdo jurídico-normativo do princípio federativo, cláusula pétrea da CRFB, e realiza o cotejo entre o necessário respeito a esse conceito e a prática legislativa e política no âmbito da Lei Kandir.

Palavras-chave: Federalismo. Autonomia. Lei Kandir. LC nº 87/1996. ADO nº 25.

1. Introdução

A desoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas exportações de produtos primários e semielaborados não constava originalmente da CRFB (BRASIL, 1988), tendo sido introduzida no ordenamento jurídico pela Lei Complementar (LC) nº 87/1996 (Lei Kandir) (BRASIL, 1996b) e, posteriormente, elevada

Recebido em 18/9/17
Aprovado em 28/11/17

ao *status* de imunidade pela Emenda Constitucional (EC) nº 42/2003 (BRASIL, 2003).

Com o Plano Real, a política macroeconômica da União de valorização cambial acabou prejudicando a competitividade externa dos produtos das exportações brasileiras. Para evitar a desvalorização do real e para reverter a queda das exportações líquidas, apesar da crítica da maioria dos economistas, a tecnoburocracia financeira da União, em 1996, optou por reduzir o chamado “Custo Brasil” por meio da desvalorização fiscal do ICMS, desonerando as exportações de produtos primários e semielaborados. Em outras palavras, a ideia era a de fazer a conta do Plano Real recair sobre o ICMS dos Estados e do Distrito Federal (DF).

À época da aprovação da Lei Kandir, a burocracia financeira da União afirmava que as perdas arrecadatórias dos Estados e Municípios seriam supridas pelo aumento da arrecadação marginal à atividade de exploração de recursos naturais (em decorrência do crescimento do PIB nacional). Entretanto, até que esse momento chegasse, a União deveria assegurar aos Estados, DF e Municípios, por meio de transferências financeiras, os recursos que antes lhes caberiam em razão de sua competência tributária constitucional. A desoneração do ICMS na exportação de produtos primários e semielaborados, portanto, deveria ser compensada com recursos transferidos da União para as demais pessoas políticas da Federação.

Entretanto, a União jamais compensou devidamente os Estados e Municípios, e as perdas experimentadas pelos entes subnacionais foram-se acumulando ao longo de décadas. Assim, o pacto federativo, sob a óptica da autonomia financeira, foi-se tornando gravemente desequilibrado. Sem êxito, sucessivas alterações legais sobrevieram na tentativa de eventualmente serem compensados os entes sacrificados. Só agora, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25 (ADO 25) pelo Supremo Tribunal Federal (STF), abre-se a possibilidade de serem compensadas as perdas sofridas e, sobretudo, surge a oportunidade de se rediscutir a federação brasileira e o necessário equilíbrio federativo.

O presente artigo pretende demonstrar como, independentemente do governante, a União tende sistematicamente a reduzir a autonomia das unidades subnacionais, em nítida ofensa ao pacto federativo firmado na CRFB. Da mesma forma, tomando as considerações subjacentes às reflexões levadas a cabo no julgamento da ADO 25, objetiva-se mostrar como a solução adequada da lide pode reequilibrar a República Federativa e conduzir a Nação em direção a um “federalismo de cooperação”, afastando o “federalismo canibal” em curso.

2. O federalismo de cooperação e autonomia dos entes federados

Como afirma Affonso, no domínio das Ciências Políticas, a federação pode ser entendida como “[a] difusão dos poderes em vários centros, cuja autoridade resulta não de uma delegação feita pelo poder central, e sim daquela conferida pelo sufrágio universal” (AFFONSO, 2000, p. 9). Na Federação, portanto, da mesma forma que o ente central, os demais entes são pessoas políticas autônomas (política e financeiramente) que recebem poderes diretamente da CRFB, não havendo relação de subordinação alguma entre eles. Nesse compasso, o federalismo está intrinsecamente relacionado a um movimento de descentralização (maior ou menor).¹

O Direito, por outro lado, combate a concepção de federalismo como conceito fechado e como mera forma de governo. Derzi e Bustamante (2015, p. 470) consideram o federalismo como princípio de organização política que se conecta diretamente com um amálgama de valores políticos e princípios constitucionais dotados de conteúdo normativo mais específico, os quais se relacionam com

as ideias de autonomia política e autodeterminação do indivíduo. Nesse sentido, a ideia de federação reclama o atendimento das exigências normativas do “princípio federativo”, tais como a conformação ao “(sub)princípio da subsidiariedade” e ao “(sub)princípio da maior participação possível”.

O “princípio da subsidiariedade”, forjado sobretudo pelo catolicismo, pressupõe uma atuação apenas subsidiária do ente maior (quando necessário) e, da mesma forma, prescreve que uma entidade de ordem superior não pode intervir em assuntos de uma esfera inferior; ao contrário, deve apoiá-la na persecução do bem comum (DERZI; BUSTAMANTE, 2015, p. 472). O “princípio da maior participação possível” está relacionado com a promoção da democracia e a aproximação dos cidadãos de seus governantes. Desse modo, como princípio de organização política, o princípio federativo (em sua forma juridicizada) mantém vínculos insuperáveis com a ideia de descentralização, e a autonomia dos governos menores é condição para a aproximação pretendida entre governantes e governados, bem como característica fundamental da subsidiariedade.

O princípio federativo aparece na CRFB como norma vinculante de contornos reforçados, ou seja, vem expresso como cláusula pétrea – portanto, impossível de ser abolido, inclusive por emendas constitucionais (art. 60, § 4º, I). Assim, como princípio de organização política, o princípio federativo 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” (BRASIL, 1988).²

¹Para Almeida (2005, p. 31-32), “as federações contemporâneas, em boa medida, não cabem mais no modelo de federalismo dual. Elas são melhor descritas por um dos dois modelos da tipologia baseada na natureza das relações intergovernamentais: o federalismo centralizado e o federalismo cooperativo. Ambos tratam de capturar as transformações do arranjo dual, em decorrência da expansão do escopo dos governos, em geral, e do governo federal, em particular. O primeiro é o federalismo centralizado, quando estados e governos locais quase se transformam em agentes administrativos de um governo nacional com grande envolvimento nos assuntos subnacionais, predomínio nos processos de decisão e no controle dos recursos financeiros. O segundo é o federalismo cooperativo, caracterizado por formas de ação conjunta entre esferas de governo, em que as unidades subnacionais mantêm significativa autonomia decisória e capacidade de autofinanciamento. Esse é um arranjo complexo que pode combinar as duas primeiras acepções de descentralização discutidas anteriormente, ou seja, pode ser mais ou menos centralizado.”

²Destaque-se que, no *caput* do art. 1º da CRFB, “união” é grafada com letra minúscula.

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. Em virtude disso, é ofensiva ao princípio federativo a decisão política tomada pela União à revelia dos Estados e Municípios.³ A “autonomia” (política), por outro lado, 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 CRFB.⁴

No que diz respeito à “autonomia financeira”, a cada ente federado é assegurada a competência tributária, desde logo atribuída pela CRFB, nos artigos 153 (União), 155 (Estados e Distrito Federal) e 156 (Municípios e Distrito Federal). Da mesma forma, nos artigos 157 a 159, além dos tributos da competência tributária de cada um dos entes, a CRFB firmou transferências que deveriam complementar os recursos necessários e com os quais cada uma das pessoas políticas poderia contar para cumprir seu papel constitucionalmente determinado. Em outras palavras, o texto constitucional firmou, exaustivamente, as competências de cada um dos entes, bem como as fontes de receitas necessárias (tributos e transferências).

Assim, firmado o pacto federativo, buscou-se garantir o equilíbrio federativo e, sobretudo, a autonomia financeira dos entes federados. Dessa forma, a CRFB buscou estabelecer um

³Da 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 e aos interesses dos Estados e Municípios.

⁴Ver Bonavides (2010, p. 195).

verdadeiro “federalismo cooperativo”, no qual as várias esferas de governo pudessem atuar conjuntamente e em que as unidades subnacionais pudessem contar com significativa autonomia decisória e capacidade de autofinanciamento. Uma vez expresso o princípio na CRFB, está firmada a vinculação tendencial posta pela norma e, do mesmo modo, pode-se considerar antijurídica toda ofensa à sua ideia nuclear.

3. Federalismo no Brasil

3.1. O caminho de quase 100 anos entre a Proclamação da República e a “Nova República” de 1988

O Estado Democrático de Direito previsto na CRFB, formado pela “união” indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em sintonia com o ideal de democratização do País, que saía de um longo período de ditadura militar, surge com a ideia de federalismo constitucionalmente fortalecida. Entretanto, não foi essa a primeira vez que uma carta constitucional trouxe tal previsão. Ao contrário, a ideia de federação acompanha a história constitucional brasileira.

Com o golpe militar de 15 de novembro de 1889 e a Proclamação da República, instaurou-se o federalismo no Brasil, ainda no governo provisório de Deodoro da Fonseca. Em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil estatuiu o federalismo como forma de governo, fundando a nação por meio da união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias (cada uma delas formando um Estado) e do antigo Município Neutro (Distrito Federal).⁵

⁵Denominação da cidade do Rio de Janeiro a partir da proclamação do Ato Adicional à Constituição de 1824.

A Constituição de 1934 manteve o federalismo como forma de Estado, assim como, ao menos formalmente, a de 1937,⁶ quando se estabeleceu o Estado Novo. Posteriormente, em 1946, a redemocratização do pós-guerra manteve o federalismo na redação constitucional – sem, contudo, resgatar o grau de descentralização empreendido pela Constituição de 1891. Nessa linha de acontecimentos, a Constituição do Brasil, de 1967, também preservou o federalismo, mas foi marcada pelo comando do Presidente da República no processo legislativo e pelas regras de aceleração da deliberação congressional, que preparavam o cenário para o regime autoritário que se estabeleceria definitivamente após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (BRASIL, 1969). Historicamente, portanto, mesmo em contextos de forte centralização, as Constituições brasileiras mantiveram o federalismo como forma de Estado e, em períodos politicamente mais brandos, sempre ocorreram esforços no sentido da descentralização.

Na chamada República Velha, o governo central foi enfraquecido pelo sucesso da economia primário-exportadora cafeeira, capitaneado principalmente por São Paulo (Estado que, antes de levantar a bandeira do federalismo, aventou o separatismo). Adveio nesse ínterim a “política de governadores” de Campos Sales, modelo centrífugo de federalismo, marcado pela cooperação entre os Estados e o governo federal em troca de plena autonomia sobre a política e os negócios locais (PERISSINOTTO, 1994). Em 1937, após o golpe liderado por Getúlio Vargas, houve o fecha-

⁶O art. 3º Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, estabelece que “[o] Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (BRASIL, 1937), redação que constou em todas as Constituições brasileiras desde 1891 – inclusive na Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

mento do Congresso Nacional e a substituição dos governadores eleitos por interventores. De acordo com Abrucio (2005, p. 12), o interregno 1946-1964 foi um momento de equilíbrio na federação, tanto sob a óptica da relação entre as esferas de poder quanto da prática democrática. A harmonia foi interrompida por novo golpe militar, apoiado por boa parte da elite política como consequência do temor gerado pelas medidas empreendidas, ou meramente anunciadas, pelo então presidente João Goulart (ABRUCIO; SAMUELS, 1997, p. 142). Finalmente, em 28 de novembro de 1985, foi convocada, pela Emenda Constitucional nº 26 (BRASIL, 1985), a Assembleia Nacional Constituinte, que formularia a Constituição até hoje em vigor.

Durante o regime militar, inúmeras foram as ações praticadas para modificar a estrutura da federação estabelecida desde 1946. Como se sabe, o decurso de tempo entre 1964 e 1985 foi marcado por atitudes autoritárias do governo central, como a extinção do pluripartidarismo, a censura, o fechamento do Congresso Nacional e a repressão violenta aos opositores do regime. Tratando mais especificamente do papel das unidades subnacionais como partes relevantes da federação, houve rápida movimentação no sentido da subordinação de Estados e Municípios por meio de medidas como a eleição indireta dos governadores promovida pelo AI-2 (decretado em 1965)⁷ ou a obrigatoriedade de os governos estaduais e municipais se submeterem às normas de organização administrativas federais (com o Decreto-Lei nº 200, de 1967) (BRASIL, 1967b). Os governos estaduais recuperaram alguma

⁷É importante destacar que as eleições para os Poderes Legislativo e Executivo municipais continuaram sendo diretas, apesar da influência nas disputas proporcionada pelas regras de candidatura e pela legislação eleitoral. Para maiores detalhes, ver Abrucio e Samuels (1997).

influência no governo de Ernesto Geisel (1974-1985), porque as elites locais passaram a não concordar mais com a estratégia presidencial de privilégio de “governadores técnicos”, afastados das classes políticas tradicionais.⁸

Para Affonso (2000, p. 134), a descentralização no Brasil é caracterizada por não ter sido uma iniciativa preponderante do governo federal (“descentralização por demanda”), por ter ocorrido simultaneamente com o processo de redemocratização e por ter reforçado a ideia de federação. Explica o autor que o hiato de quase dez anos entre as eleições diretas para governadores (nos anos 1980) e a eleição presidencial (em 1989) favoreceu a identificação da luta pela descentralização com a luta pela redemocratização. Lopreato (2002, p. 98) expõe que a crise econômica e a abertura política no período deixaram evidentes as divergências dos interesses locais e regionais com os do governo central. As lideranças subnacionais eram contrárias à perda de controle sobre recursos tributários, mas haviam sido silenciadas até então pela possibilidade de alimentar seus gastos por meio de articulações com a esfera federal. Entretanto, a crescente dependência com relação à negociação de verbas com a União e ao endividamento interno dos Estados prenunciava a necessidade de se promoverem alterações na estrutura tributária para recuperar o potencial de arrecadação dos entes federados.⁹ Almeida (2005) também reconhece o crescimento da força dos governadores e prefeitos durante a transição do autoritarismo para a nova democracia, mas expõe que o apoio à descentralização era mais amplo e incluía as forças políticas mais relevantes. Em suas palavras, “[d]emocracia com descentralização era uma ideia-força e como tal tinha gravitação própria” (ALMEIDA, 2005, p. 32).

Foi nesse cenário que a CRFB, promulgada a partir da transição do regime militar e buscando promover a redemocratização do País, refor-

⁸Para Abrucio e Samuels (1997, p. 150), além do papel relevante que tiveram as crises do regime militar, principalmente a partir de 1982, essa ampliação de poder deveu-se a três fatores: (1) ao fato de a carreira dos integrantes do Congresso Nacional ser baseada, via de regra, no atendimento dos interesses de suas bases políticas estaduais; (2) o aumento do poder dos governadores no nível estadual; (3) o calendário eleitoral adotado no Brasil na transição, que acoplou de forma “casada” as eleições para o Congresso aos pleitos majoritários estaduais, o que fez com que a eleição presidencial de 1989 fosse desvinculada do restante do sistema político.

⁹Lopreato (2002, p. 102) também faz referência às eleições de governadores pelo voto popular, em 1982, como elemento fundamental para a alteração do quadro político do período: “[a] escolha dos governadores pelo voto popular alterou o quadro político. Não lhes seria suficiente manter fidelidade ao governo federal como forma de assegurar a sobrevivência política; era preciso o respaldo do voto. Abriu-se aos novos governadores, de oposição ou não, a necessidade de lutar pela preservação de seus espaços. Afinal, o sucesso das administrações estaduais e a sobrevivência política de seus dirigentes passavam, obrigatoriamente, pela definição das condições efetivas de ação”.

çou o intuito descentralizador, alçando o princípio federativo ao *status* de cláusula pétrea da República.

No campo das finanças públicas, pode-se verificar o forte empenho do constituinte no sentido de dotar os governos subnacionais de maior autonomia financeira e tributária. A propósito, os fundos de participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) foram reforçados com um aumento significativo no volume de transferências da receita dos dois principais impostos arrecadados pela União (IR e IPI), antes mesmo da promulgação da CRFB.¹⁰ Além do aumento das transferências, houve na CRFB o alargamento da base de cálculo do ICMS, abrangendo também os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, bem como combustíveis e energia elétrica. Esse “reforço financeiro” ocorreu para que se pudesse assegurar a autonomia financeira dos Estados-membros e para garantir a adequada prestação dos serviços que couberam aos Estados e Distrito Federal na redistribuição federativa de encargos sociais, já que para os entes subnacionais restou a obrigação de prestar saúde, educação básica e segurança pública (os serviços de maior custo com folha de pagamentos).

3.2. A recentralização dos anos 90

Como afirma Abrucio (1998), o período de redemocratização brasileira foi marcado pelo aumento de poder dos governadores e pelo enfraquecimento do Governo Federal. Esse verdadeiro “federalismo estadualista” pôde ser observado com clareza durante o Governo Collor, eleito Presidente da República em 1989. Após o primeiro ano de mandato, com muitos fracassos na tentativa de atuação articulada com o Congresso Nacional, o Presidente da República buscou se aliar aos governadores eleitos em 1990 para aprovar o chamado “Emendão” (reformas fiscal e tributária). A mudança legislativa não passou porque, embora a proposta para a rolagem da dívida beneficiasse grandes Estados como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, a emenda prejudicava Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, os quais numericamente conseguiram vetar a proposta no Congresso Nacional. Veja-se o relato de Abrucio (1998, p. 208):

¹⁰ Segundo Afonso e Serra (1999, p. 6), entre 1980 e 1990, a fração do IR e do IPI transferida aos fundos de participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) aumentou de 18% para 44%. Se forem incluídas todas as transferências constitucionais, chega-se a uma parcela transferida de 47% do IR e de 57% do IPI. Em 1980, esse total era de 20%. Varsano (1996, p. 12) acrescenta que a desconcentração de recursos da União para as unidades subnacionais não pôde ser percebida apenas com relação ao aumento das transferências, mas também pela perda do poder de arrecadação da União: a participação do ente maior no total da receita disponível teve uma queda de quase 10% entre 1983 e 1988.

A proposta de rolagem da dívida dos estados continha grave erro de estratégia, pois propunha mexer em recursos dos municípios e dos Fundos Constitucionais Regionais, fundamentais para os governadores do PFL e para parte dos vinculados ao PMDB, os dois partidos de maior bancada no Congresso Nacional. Seriam atingidos com essas medidas oito dos nove governadores do PFL e cinco dos sete governadores do PMDB. A partir daí, o projeto se inviabilizou, e os governadores barraram a aprovação das medidas de várias formas, seja por meio de suas bancadas, seja propondo ao Executivo Federal a formação de um governo de coalizção, o que, na verdade, era uma maneira de tumultuar o processo decisório. Posteriormente, em outubro de 1991, o Emendão afundou junto o fracasso da primeira grande negociação do governo Collor com os governadores. Era o primeiro de uma série de vetos dos barões [governadores].

Entretanto, esse cenário (“federalismo estadualista”) altera-se radicalmente a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC). Para Arretche (2012, p. 34), a maior parte dos analistas do federalismo concorda que houve recentralização nos anos 1990, em razão da aprovação de normas que alteraram ou regulamentaram a CRFB. Essas normas reduziram a autonomia financeira dos Estados e Municípios e prejudicaram-nos na condução de programas sociais, bem como aumentaram o poderio fiscal da União. Foi nesse sentido, para a Arretche, que vieram as normas que criaram o Fundo Social de Emergência (FSE), a atual Desvinculação das Receitas da União (DRU); a lei de concessões (Lei nº 9.074/1995); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Básica (LDB, Lei nº 9.394/1996); a reforma administrativa promovida pela Lei Camata (LC nº 82/1995) e pela Lei nº 96/1999; a Lei Kandir etc.¹¹ Todo o conjunto normativo elencado por Arretche (2012, p. 42) em alguma medida cuidou de assuntos de interesse dos entes subnacionais, os quais passaram a ser coordenados pela União. A rapidez com que essas normas foram aprovadas e a votação expressiva que receberam no Congresso Nacional, mesmo quando importavam em nítido prejuízo financeiro para Estados e Municípios, demonstram que realmente algo mudou.

Sobre o assunto, Nobre (2013) explica que foram feitos dois movimentos para a neutralização da política de governadores: (1) a estabilização da moeda, que fez crescer assustadoramente a dívida pública, arrastando os Estados para a dependência do Governo Federal na renegociação de seus encargos; e (2) a centralização dos instrumentos de política monetária pela União, principalmente em decorrência da venda dos bancos estaduais, os quais influenciavam ativamente na quantida-

¹¹ Ainda segundo Arretche (2012, p. 34), a própria CRFB teria preparado o terreno para essas mudanças, ao garantir à União grande liberdade para regular matérias que são intrinsecamente ligadas às atividades de governo dos demais entes federados.

de de moeda em circulação, no crédito e na formação da taxa de juros, favorecendo a capacidade financeira estadual.¹² Segundo o autor, tais efeitos foram sentidos no quadro político e refletiram-se no Poder Legislativo nacional:

[a] concentração dos principais instrumentos de política fiscal e monetária nas mãos do governo federal foi essencial para neutralizar essa que foi uma das principais fontes de alimentação da dominância do pemedebismo¹³ na década de 1980. E seu episódio inaugural e mais marcante ocorreu antes mesmo da posse de FHC como presidente: a intervenção no Banespa, realizada às vésperas da posse como Governador do Estado do até então principal líder do próprio PSDB, Mário Covas. “Cortando na própria carne”, fazendo do até então principal líder de seu partido um “exemplo”, o governo FHC abriu uma frente de guerra com os governadores. Mas estes não tinham mais condições de reagir: estavam afundados em dívidas e não podiam enfrentar um governo central agora detentor do monopólio da política econômica.

Além disso, o governo FHC atraiu os parlamentares do PMDB para sua base de apoio, fortalecendo o polo parlamentar, ao qual pretendia submeter o dos governadores. Cortou o vínculo de sobrevivência política que se havia estabelecido desde a década de 1980 entre os parlamentares e os governadores dos estados pelos quais tinham sido eleitos, passando a negociar diretamente com os parlamentares, sem passar pelos governadores. Com isso, os embates internos do PMDB se transformaram em disputas entre situação e oposição em relação ao governo (NOBRE, 2013).

A rolagem da dívida pública e a extinção dos bancos estaduais são apontadas como motores da crise do poderio dos governadores por diversos analistas (ALMEIDA, 2005, p. 35; BERCOVICI et al., 2006, p. 176; KUGELMAS; SOLA, 1999, p. 71-72). Lopreato (2002, p. 206) também ressalta que a delicada situação financeira dos governadores reduziu bastante a sua margem política de manobras, limitando sua autonomia política e fazendo crescer a força das autoridades federais “muito além do que se poderia esperar após uma década do fim do regime militar”.

Arretche (2012, p. 58) avalia, em estudo que abrange votações de matérias de interesse das esferas subnacionais entre 1989 e 2006, que,

¹² Para mais informações sobre a atuação federal no sentido de eliminar os bancos estaduais, o que culminou no Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (Proes), ver Lopreato (2002).

¹³ NOBRE (2013) chama de “pemedebismo” a “figura da blindagem do sistema político contra a sociedade”, a qual, nas suas palavras, “[aparece pela primeira vez na história política do Brasil] durante a Constituinte (março de 1987 a outubro de 1988), quando essa unidade forçada deu de cara com movimentos e organizações sociais, sindicatos e manifestações populares que não cabiam nos canais estreitos da abertura política. Sob o comando do chamado Centrão, bloco suprapartidário que contava com maioria de parlamentares do PMDB, o sistema político encontrou uma maneira de neutralizá-los, apostando na ausência de uma pauta unificada e de um partido (ou frente de partidos) que canalizasse as aspirações mudancistas”.

no governo de FHC, o comportamento dos parlamentares seguiu uma lógica partidária: a maioria apoiou as iniciativas do Governo Federal em razão de essa ser a orientação de voto dos líderes partidários, e não por ser a orientação dos Poderes Executivos estaduais.¹⁴

Nesse contexto, a diminuição da força dos governadores e o novo quadro partidário que se forma no Congresso Nacional são fatores que ajudam a entender como reformas legislativas que impuseram perdas tão significativas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, da forma como ocorreu com a Lei Kandir, foram aprovadas sem muito ruído.

4. A Lei Kandir no contexto da Federação

4.1. Histórico legislativo e desequilíbrios recorrentes do pacto firmado entre União, Estados, DF e Municípios

Desde a sua promulgação, a CRFB, no art. 155, § 2º, X, *a* (BRASIL, 1988), previa a imunidade à tributação das exportações de produtos industrializados, limitando negativamente o alcance das normas de incidência tributária, na tentativa de assegurar a competitividade dos produtos da indústria brasileira no mercado externo.¹⁵ Além da arrecadação própria do ICMS, Estados e DF recebem, por determinação constitucional (art. 159, inc. II), entre outros, repasses do produto da arrecadação do IPI, proporcionalmente ao valor de

suas exportações de produtos industrializados (em harmonia com a imunidade do ICMS garantida também pelo constituinte originário). Foi o legislador complementar que, em 1996, desonerou completamente o ICMS nas exportações, no art. 3º, II, da LC nº 87/1996 (Lei Kandir) (BRASIL, 1996b), estendendo a imunidade originalmente prevista pela CRFB para os produtos primários e semielaborados.

A Lei Kandir foi concebida no contexto das reformas centralizadoras do governo de FHC. Com o Plano Real e com a opção da equipe econômica pela valorização cambial, as exportações brasileiras foram prejudicadas e as importações de produtos estrangeiros, altamente beneficiadas. O resultante desequilíbrio da balança comercial brasileira fez com que o Governo Federal buscasse alternativas para a reversão desse quadro. Como afirmam Riani e Albuquerque (2008, p. 3), refêm da âncora cambial, o Governo buscou a colaboração dos Estados para reduzir a tributação dos produtos exportados em troca do crescimento contínuo do PIB (que deveria, pretensamente, elevar a arrecadação colateral de Estados e Municípios).

Originalmente, o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 95/1996 (que resultou na LC nº 87/1996) previa a desoneração apenas da exportação de produtos semielaborados, e não a de produtos primários. Por isso, o art. 19 da proposição original trazia 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” (BRASIL, 1996a).¹⁶ Após ter assumido o Ministério do Planejamento, pouco depois da propositura

¹⁴Na verdade, consoante os estudos de Arretche, o comportamento partidário já podia ser observado anteriormente, mas não havia tamanha iniciativa do Governo Federal no sentido de afetar a autonomia dos governos estaduais e municipais como ocorreu a partir de 1994.

¹⁵A Constituição de 1967 (art. 24, § 5) (BRASIL, 1967a) já trazia tal disposição limitada aos produtos industrializados, o que foi mantido pela EC nº 1/69 (art. 27, § 7º) (BRASIL, 1969).

¹⁶A LC nº 65/1991 define os produtos semielaborados para fins de incidência do ICMS (BRASIL, 1991).

do PLP nº 95/1996, Antônio Kandir trabalhou pela aprovação de uma versão mais ampla da desoneração, que envolvia também os produtos primários. A partir de então, a votação do PLP correu a “toque de caixa”, tendo decorrido, entre a leitura e publicação da matéria na Câmara dos Deputados até a sanção presidencial, apenas três meses – período extremamente exíguo para a aprovação de modificação tão drástica na estrutura de arrecadação de Estados e Municípios.

Na redação da proposta original, firmava-se a necessidade de compensação dos Estados e Municípios – assim previam todas as justificativas apresentadas durante as discussões para desenvolvimento da nova lei. Basta ver o discurso do então Presidente da República na data da sanção da Lei Kandir no Palácio do Planalto:

Tudo isso, é claro, é muito importante para o Brasil. Mas tem um custo. Porque é preciso ressarcir os Estados – o senador Albano Franco está aqui para ouvir eu dizer isso, ou seja, que nós vamos ressarcir os Estados. E só é possível fazer esse ressarcimento aos Estados porque nós estamos recolocando as finanças do país em ordem. Houve muita negociação, muita discussão, mas chegou-se a um entendimento, de tal maneira que a União vai pagar o custo dessa redução de impostos. Mas vai fazer com satisfação, com a confiança que ela vai ser capaz, a União, de cobrar mais impostos do consumo, porque vai aumentar o consumo. Porque vai haver um aumento do consumo, e nós vamos ter também mais produção industrial, mais IPI, mais Imposto de Renda. E é melhor cobrar mais de todos, do que cobrar muito de poucos, como é nosso sistema. É esse sistema que nós estamos mudando. (MACHADO, 1997a, p. 24, grifos nossos)

No mesmo sentido são as notas divulgadas pelo Ministério do Planejamento e Orçamento (MPO) na conclusão da votação do PLP nº 95/1996:

Por que União e Estados negociaram estas mudanças? A Sociedade exige urgentes mudanças na estrutura tributária do País. Era preciso que uma Lei Complementar do ICMS buscasse o equilíbrio entre os interesses dos fiscos estaduais e os dos contribuintes e, sobretudo, que atendessem aos interesses maiores da Nação. Os Governos Estaduais e Federal entenderam, por isso, que o Projeto devesse ser fruto de um acordo entre União e Estados, que merecesse o apoio do setor produtivo e o aval do Congresso Nacional.

Não obstante a importância das modificações que se deseja introduzir na legislação do ICMS, a situação financeira dos Estados não lhes permite arcar com o ônus de quedas em suas arrecadações, que, ainda que transitoriamente, possam advir das alterações. Para viabilizar as mudanças, o Governo Federal se propôs a assumir os riscos financeiros da transição, assegurando que nenhum Estado sofrerá redução de receita real em decorrência das mudanças (MACHADO, 1997a, p. 27).

Conforme exposto na própria justificativa do PLP¹⁷ e na fala do presidente FHC, era inevitável, pelo menos num primeiro momento, que Estados, DF e Municípios sofressem significativa perda na arrecadação em decorrência do estreitamento do universo das operações tributáveis e em prol da política de incentivo das exportações conduzida pela União. Com efeito, para que se mantivesse o equilíbrio federativo e se assegurasse a autonomia financeira dos entes federados, os Estados, DF e Municípios seriam compensados. É exatamente o que se retira da proposta para compensação das perdas financeiras, firmada entre o CONFAZ e os Ministérios da Fazenda e Planejamento, constante da Pauta da Reunião de Conclusão do Acordo Básico em torno do texto e definição do “seguro-receita”, realizada em 14 de agosto de 1996:

A. O Problema

estas medidas são importantes para aumentar a competitividade das empresas brasileiras pois, nos três casos [mudanças propostas pelo Poder Executivo], a tributação está criando “custo Brasil”. Por outro lado, a correção dessas distorções implica perda de receita de ICMS em relação à situação atual. Os Estados entendem que as medidas são benéficas – estimulam o crescimento econômico e as exportações – e as aceitam *desde que a perda seja compensada temporariamente (até que o crescimento se encarregue de diluí-las)* (MACHADO, 1997b, p. 60, grifos nossos).

O verbo “compensar”, no contexto de introdução de uma norma que sabidamente provocará queda de arrecadação, deve significar “reparar um prejuízo com uma vantagem correspondente; contrapesar, reciprocitar”.¹⁸ Para tanto, o Governo Federal teria duas opções para resolver a questão sem ferir o pacto federativo: trabalhar pelo alargamento da esfera de incidência do imposto (estadual) sobre o consumo, compensando assim as perdas de arrecadação pela desoneração das exportações com as novas operações internas; ou transferir recursos da União para os entes menores (PELEGRINI, 2006, p. 21). A opção estampada na Lei Kandir, em seu art. 31, foi a criação um sistema de entrega de recursos financeiros da União para os Estados e os Municípios. Eleita essa via,

¹⁷ Nos termos trazidos pela justificativa ao PLP n. 95/1996: “[a] Constituição não manda tributar a exportação de produtos industrializados semielaborados. Apenas permite que o legislador o faça se julgar conveniente. Os interesses nacionais requerem que esta tributação não exista e é por esta razão que o projeto faz referência apenas a produtos industrializados, ao mesmo tempo em que revoga a Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991. Basta que o legislador não defina o que são produtos industrializados semielaborados para que eles não sejam tributados quando exportados, uma vez que, na ausência de definição, subsumem-se na categoria de produtos industrializados. [...] Por fim, cabe mencionar a sistemática que o projeto estabelece como forma de compensar, nos cinco exercícios subsequentes à publicação desta lei, as perdas de arrecadação dos Estados decorrentes da revogação da Lei Complementar nº 65/91 e da concessão de crédito ao contribuinte na aquisição de bem para o seu ativo permanente” (BRASIL, 1996a, p. [7]).

¹⁸ Verbetes retirados do Dicionário Michaelis (c2015).

começaria o desafio de manter o equilíbrio federativo pelo caminho da compensação, logo após a promulgação da LC nº 87/1996.

Afirmava-se, à época, que num período de cinco anos os ganhos com o desenvolvimento da indústria brasileira superariam o montante não tributado (o que nunca ocorreu).¹⁹ Com base nas promessas da equipe econômica da União, foi firmado acordo em torno do mecanismo chamado de “seguro-receita”, que garantiria a manutenção do nível de arrecadação dos anos anteriores até que ele fosse superado pelo desenvolvimento da economia, havendo, desde aquele momento, um limite global para as transferências.²⁰ Também com base nos cálculos fornecidos pela União, a partir de 1999 (período em que os Estados começariam a perceber seu ressarcimento integral pelo aquecimento da economia), os repasses seriam reduzidos gradativamente até o ano de 2002, quando enfim cessariam as compensações, nos termos da redação original do *caput* do art. 31 da LC nº 87/1996 (BRASIL, 1996b).

Os alegados ganhos com o desenvolvimento da indústria, nos termos previstos (e prometidos) pelos especialistas, jamais se concretizaram, e nunca houve aumento de arrecadação sequer próximo do montante não tributado. Logo no ano seguinte à edição da Lei Kandir os governadores já reclamavam da insuficiência da compensação das perdas experimentadas. A resposta da União, no entanto, era de que modificações na legislação questionada seriam inviáveis:

[o] Ministro Antônio Kandir (Planejamento) disse ontem que negocia o aperfeiçoamento da Lei Kandir, que eliminou a cobrança do ICMS nas exportações. Segundo ele, o governo não aceita negociar duas reivindicações dos Governadores: o fim da isenção das exportações e a reposição integral das perdas sofridas na arrecadação do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) devido aos incentivos. Se as modificações fossem feitas, provocariam, segundo Kandir, ‘a volta da desorganização das finanças públicas’ e abalariam o Real (GOVERNO..., 1997).

¹⁹ Ver o discurso do ministro Antônio Kandir quando da sanção da Lei Complementar nº 87/1996 no Palácio do Planalto: “As estimativas feitas pelos escalões técnicos mostram claramente: o impacto que essa economia vai ter, quer pelo aspecto do aumento das exportações, quer pela redução das importações, quer pelos investimentos, quer pela perspectiva maior de redução da taxa de juros – porque a perspectiva de contas externas agora é muito maior – por tudo isso, pelo investimento ficar barato, por todos esses efeitos, a economia tende a crescer a partir de agora, só por força dessa lei, mais de 1,5% ano. Assim, se a economia tendia a crescer a 4%, vai crescer a 5,5%, se for a 5, vai a 6,5%, e assim por diante. Ou seja, vamos crescer ao ano, a mais, pelo menos 1,5%. O que significa, Sr. Presidente, que nos próximos quatro anos, só por força dessa lei complementar, o PIB, a produção no Brasil vai ser de R\$ 110 bilhões a mais” (MACHADO, 1997a, p. 19).

²⁰ Consoante o Anexo I da LC nº 87/1996: “1. A União entregará recursos aos Estados e seus Municípios, atendidos limites, critérios, prazos e demais condições fixados neste Anexo, com base no produto da arrecadação do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), efetivamente realizada no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive” (BRASIL, 1996b).

A situação piorou com a redução das transferências a partir de 1999. Em decorrência da insatisfação geral dos Estados-membros exportadores de produtos primários e semielaborados,²¹ foi aprovada a LC nº 102/2000 (BRASIL, 2000b), que alterou a LC nº 87/1996 para adaptar 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”, utilizando-se de coeficientes de participação pré-fixados.²² Acompanhou o PLP nº 114/2000 o Anexo à EM interministerial nº 58/MP/MF/MDIC, de 15 de março de 2000:

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, desonerou as empresas da incidência do ICMS sobre as exportações, os bens destinados ao ativo fixo, o consumo de energia elétrica e os serviços de comunicação.

Na tentativa de minimizar eventuais danos financeiros aos Estados, Distrito Federal e Municípios, decorrentes dessas alterações, foi instituído no Anexo dessa Lei Complementar o chamado ‘seguro-receita’.

Embora essas modificações tenham melhorado o desempenho da economia brasileira, particularmente nas exportações e nos investimentos, elas tiveram efeitos negativos sobre a receita de ICMS de alguns Estados.

Adicionalmente, o seguro-receita foi objeto de contestações dos Estados sob o argumento de que suas compensações foram insuficientes.

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:

Restrição de créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação, sem prejuízo da atividade exportadora, com vigência até 31 de dezembro de 2002;

Diferimento do crédito de bens de capital, com apropriação feita à razão de um quarenta e oito avos por mês;

²¹ A insatisfação dos governos estaduais pode ser percebida também pelo movimento realizado para alterar o art. 31 da LC nº 87/1996, apenas após 28 meses de vigência da LC 87/1996. Por meio do Projeto de Lei Complementar nº 2/1999 (BRASIL, 1999), pretendia-se prever tanto (i) o imediato ressarcimento dos estados conforme a receita que deixasse de ser auferida, quanto (ii) a compensação retroativa pelo que foi prometido e não foi entregue. O PLP está tramitando até a presente data, tendo sido apensado ao PLP nº 221/1998 (BRASIL, 1998), que concentra as propostas que serão analisadas para o atendimento da decisão da ADO 25.

²² A LC nº 102/2000 foi resultado da deliberação da Comissão de Estudo e Revisão da LC nº 87/1996, instituída pelo Governo FHC por meio do Decreto s/n de 26 de outubro 1999, em razão das reclamações dos governadores a respeito do “seguro-receita”. Confira-se a justificativa para a sua edição, apresentada pelos Ministérios de Planejamento e de Fazenda: “Embora a Lei Complementar nº 87, de 1996, tenha contribuído significativamente para o melhor desempenho da economia brasileira, incentivando as exportações e o aumento da formação bruta de capital fixo, acreditamos que seja necessário aprimorar a legislação de forma a minimizar as dificuldades financeiras a que foram expostos alguns Estados” (BRASIL, 2000a, p. 12.328).

Substituição do “seguro-receita” por um fundo orçamentário com coeficientes de participação pré-fixados para repasse de recursos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, com vigência até dezembro de 2002.

3. Alternativas existentes às medidas ou atos propostos:

Reforma tributária, objeto de discussão no Congresso Nacional, que terá desdobramento somente no longo prazo.

[...]

5. Razões que justificam a urgência:

Preservar os avanços da legislação do ICMS obtidos com a edição da Lei Complementar 87, de 1996, e contribuir para o avanço da ordem tributária;

Minimizar as dificuldades financeiras a que foram expostos alguns Estados;

Distensionar a relação entre União e os Estados em relação à compensação de perdas decorrentes da desoneração do ICMS (BRASIL, 2000a, p. 12.329, grifos nossos).

Em 2002, data em que se encerrariam os repasses em razão da superação das perdas pelo aumento de arrecadação, sobreveio a LC nº 115/2002 (BRASIL, 2002c), que novamente postergou as transferências compensatórias até 2006. O Parecer do próprio Antônio Kandir (então deputado federal pelo PSDB/SP) no PLP nº 349/2002 (BRASIL, 2002b) expressa a insuficiência das compensações realizadas, creditando o insucesso da medida à não realização de reforma tributária:

Basicamente são duas questões. No Projeto de Lei Complementar nº 349, estende-se por mais quatro anos o fundo orçamentário, o que é necessário, tendo em vista a não-complementação da reforma tributária. *Em 1996, quando foi feita a Lei Kandir, estabeleceu-se a retirada do ICMS sobre exportações, investimentos e material de uso e consumo e a criação de condições para transferências entre a União e os Estados, de maneira a compensar os Estados durante o período antecedente à reforma tributária.*

Como tal reforma não foi realizada em sua totalidade, faz-se necessário estender o fundo orçamentário por mais quatro anos (BRASIL, 2002a, p. 958, grifos nossos).

Revela-se, nas sucessivas alterações legislativas, que a metodologia de cálculo das compensações foi sistematicamente modificada para abranger as reivindicações dos Estados. A Lei Kandir é de 1996 e, não mais de quatro anos após a sua promulgação, sobreveio a LC nº 102/2000 (BRASIL, 2000b) para assegurar os repasses até, pelo menos, o ano de 2002. Não tendo sido suficientes as mudanças promovidas, foi aprovada

dois anos depois a LC nº 115/2002 (BRASIL, 2002c), para prorrogar o período de repasses até 2006. Ano após ano, foram empreendidas negociações entre os entes federativos para que fosse atendido o real comando do art. 31 da LC nº 87/1996. Em 2003, o Congresso Nacional, no seu papel de constituinte derivado, aprovou a EC nº 42/2003 (BRASIL, 2003), que elevou a desoneração das exportações ao *status* de imunidade, igualmente firmando a necessidade de compensação. As perdas deveriam ser repostas nos termos de lei complementar a ser editada para resolver definitivamente a questão, estabelecendo um mecanismo de compensação efetiva aos Estados e Municípios (art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT).²³

Não se deve desconsiderar que o art. 91 do ADCT da CRFB (BRASIL, 1988) (incluído pela EC nº 42/2003) impôs um marco temporal para os repasses (§ 2º) e, sobretudo, em seu § 3º, estabeleceu o dever de o Congresso Nacional legislar. O dispositivo 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 nº 115/2002) deveriam ser temporários e só poderiam perdurar pelo tempo necessário para se elaborar a nova lei. Não obstante, durante todos os anos que se seguiram à promulgação da EC nº 42/2003, a União valeu-se da regra, temporariamente em vigor, prevista no art. 31, § 4º, da LC nº 87/1996 (BRASIL, 1996b) (introduzida pela LC nº 115/2002), que condiciona a entrega de recursos à existência de disponibilidades orçamentárias consignadas para essa finalidade na Lei Orçamentária Anual (LOA). Em determinados anos, a União sequer incluiu no Projeto de Lei Orçamentária a previsão de recursos para essa finalidade.

A propósito, a LC nº 115/2002 (BRASIL, 2002c) determinou repasses até o exercício de 2006. Por isso, é cristalino que a EC nº 42/2003

²³ Art. 91 do ADCT da CRFB: “A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, *a*. § 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição. § 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços. § 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e 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. § 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior” (BRASIL, 1988).

(BRASIL, 2003) firmou um período máximo de três anos para que o Congresso Nacional produzisse a nova lei complementar. Em outras palavras, o art. 91 do ADCT, de caráter notoriamente temporário, reclamava que a lei complementar fosse publicada até 2006, quando terminaria o período de repasses de acordo com o *caput* do art. 31 da LC nº 87/1996 (alterado pela LC nº 115/2002). A EC nº 42/2003 (BRASIL, 2003) firmou, portanto, prazo mais do que razoável para que o Congresso Nacional formatasse um mecanismo de compensação efetiva dos entes menores e para que fossem apuradas as perdas sofridas durante todos esses anos (desde 1996). Não foi por outra razão que na ADO 25 (BRASIL, 2017) o STF decretou por unanimidade a inconstitucionalidade por omissão, constatando que houve prejuízo aos Estados e Municípios causado pela União.

4.2. O julgamento da ADO 25 e o horizonte de restabelecimento do pacto federativo

Dez anos após a promulgação da EC nº 42/2003 sem que fosse regulamentado o art. 91 do ADCT da CRFB, o Estado do Pará ajuizou a ADO 25. O pedido dessa ação, cuja tramitação durou pouco mais de três anos, foi a declaração da inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva aquela norma constitucional. O STF, em 30 de novembro de 2016, seguindo a relatoria do ministro Gilmar Mendes, por unanimidade acatou o pedido. Trata-se de decisão extremamente relevante, tanto por seu conteúdo de mérito quanto por suas implicações processuais, pois, 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 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Não apenas foi decla-

rada a omissão e determinado o prazo para a sua resolução como ficou estabelecido que, caso a norma prevista no *caput* do art. 91 não seja editada no decurso de um ano, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU) fixar o valor do montante a ser transferido aos Estados, ao DF e aos Municípios.

O julgamento do STF pautou-se pela necessidade de se prestar a devida reverência ao princípio federativo. Foram reconhecidos os prejuízos que os Estados exportadores tiveram, não apenas financeiros, mas também ambientais; o desequilíbrio federativo causado pela desoneração da exportação de produtos primários e semielaborados foi apontado, bem como o consequente prejuízo à autonomia financeira dos Estados e DF. O julgado deixou patente que a norma constitucional existe para que se proceda à justa compensação dos Estados e DF; não vingou a argumentação do Governo Federal de que apenas o “seguro-receita” teria a natureza jurídica de compensação.

O voto do ministro relator Gilmar Mendes bem registra que a CRFB foi modelada para atender a dois intentos basilares: por um lado, o desejo dos entes políticos menores de ampliarem a sua autonomia e, por outro, as lutas em prol da ampliação do rol de direitos fundamentais. Desse modo, é patente que o atendimento das demandas sociais da coletividade não pode ocorrer sem os recursos financeiros necessários. Sobre a questão, é precisa a análise do ministro Gilmar Mendes:

Observa-se, então, que, de um lado, o constituinte desenhou um quadro fiscal fortemente descentralizado quanto aos impostos; de outro, deixou nas mãos da União, livres de qualquer partilha de arrecadação, outra espécie tributária: as contribuições, especialmente as sociais. Progressivamente, o governo federal viu-se induzido a lançar

mão dessa espécie tributária, quer pelas facilidades de seu regime de instituição, livre da aplicação de boa parte dos princípios tributários, quer pela não obrigatoriedade de partilha das receitas geradas, ao contrário do que ocorre com os impostos.

Essa tendência, no entanto, trouxe efeitos perversos. No plano econômico e fiscal, a ampliação do financiamento do setor público brasileiro, por meio de contribuições, pode ter sido responsável por efeitos perversos, como o ganho de complexidade do sistema tributário, a centralização fiscal e a elevação da carga tributária.

Faço esse breve panorama da evolução do quadro de partilha dos recursos tributários no Brasil apenas para que possamos ampliar um pouco o espectro do problema ora examinado e ver a questão constitucional no contexto em que, de fato, se inclui.

Os estados, por sua vez, não podem lançar mão desses tributos – as contribuições –, dado que esta faculdade não lhes é conferida pelo art. 149 da Constituição, exceto aquelas destinadas ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores (art. 149, § 1º).

Viram-se, portanto, privados do recebimento de qualquer parcela deste bolo cada vez mais amplo de receitas de contribuições arrecadadas pela União. Daí a gravidade de temas como estes de que tratamos na presente ação, controvérsias constitucionais que afetam sensivelmente as receitas e a arrecadação dos estados (BRASIL, 2017, p. [18]).

De acordo com o relator, a União usou e abusou do mecanismo constitucional que possibilita a criação de contribuições e deu causa, assim, a um severo desequilíbrio no pacto federativo, agravando, ainda, a carga tributária brasileira. Por outro lado, ao suprimir a competência constitucionalmente assegurada aos entes federados de tributar as exportações de produtos primários e semielaborados, prejudicou significativamente a autonomia financeira dos Estados, do DF e dos

Municípios. Nas palavras do ministro relator Gilmar Mendes:

A inclusão da norma do art. 91 do ADCT veio, portanto, claramente no sentido de oferecer uma medida compensatória em face das perdas experimentadas de maneira especialmente gravosa pelos estados exportadores em prol de um objetivo nacional: o favorecimento das exportações.

De um lado, há razões para crer que a desoneração veio a bem do desenvolvimento nacional e pôs em prática o princípio que coíbe a exportação de impostos. De outro, não tenho dúvidas em afirmar que a supressão de competência tributária pode afetar, em certa medida, a autonomia financeira dos entes subnacionais, notadamente aqueles em cujo território se desenvolve com mais ênfase a atividade de exportação de produtos primários e semielaborados.

Por isso, o mecanismo de transferência de recursos, em tese, poderia representar um importante instrumento de federalismo cooperativo, de sorte a atenuar os impactos financeiros decorrentes da desoneração promovida pela EC 42/2003 nas contas estaduais (BRASIL, 2017, p. [32]).

A omissão do Congresso Nacional em afronta ao princípio federativo também foi destacada pelo ministro Edson Fachin ao afirmar que “a atual metodologia de cálculo [art. 31 da LC nº 87/1996] revela-se inerentemente danosa ao pacto federativo e atenta diretamente contra os objetivos republicanos encartados no art. 3º do Texto Constitucional” (BRASIL, 2017, p. [70]). Por certo, a expressão usada pelo ministro Teori Zavascki bem retrata a grave situação da centrípeta república brasileira: “esfrangalhado federalismo fiscal” (BRASIL, 2017, p. [79]).

O ministro Luís Roberto Barroso lembrou que a crise pela qual passam Estados e Municípios não foi causada exclusivamente pela má gestão de governadores e prefeitos,

mas foi decisivamente influenciada pela União, que estabeleceu políticas tributárias que privilegiaram as contribuições em detrimento dos impostos (que seriam partilhados); que concedeu desonerações em impostos cuja receita seria partilhada com os entes menores e que, ainda, se omitiu com relação às devidas compensações decorrentes da Lei Kandir (BRASIL, 2017, p. [75]). Como afirma Fernando Rezende, a União reverteu o ideal federativo buscado pela CRFB, em nítido prejuízo das unidades subnacionais, configurando uma espécie de “sistema tributário dual”.²⁴

O STF deixou evidenciado que o pacto federativo foi ferido; que a federação foi desequilibrada; que a omissão do Congresso Nacional foi lesiva ao interesse dos entes federados e que os Estados, o DF e os Municípios precisam ser compensados pelas perdas sofridas. Para restaurar as patentes ofensas ao princípio federativo, o STF deu o prazo de um ano a contar da publicação da ata do julgamento (ou seja, até 1º/12/2017). A Corte Superior reconheceu que o art. 91 do ADCT fornece os parâmetros necessários e suficientes para que seja calculada a compensação devida aos entes subnacionais, razão pela qual determinou que, caso não seja elaborada a lei complementar pelo Congresso Nacional, cabe ao TCU calcular as compensações devidas.

Na realidade, ao reverenciar o princípio federativo, o STF prestou verdadeira homenagem à República Federativa do Brasil e aos exatos mandamentos da CRFB.

5. Conclusões

Apesar de o termo “federação” estar sempre mencionado nas Constituições brasileiras, o Brasil passou por períodos de maior centralização e por momentos nos quais ocorreram alguns esforços de descentralização. Na verdade, embora a CRFB consagre o ideal democrático-descentralizador e afirme o princípio federativo, a União atuou no sentido de concentrar poderes e retirar autonomia dos entes subnacionais em flagrante ofensa aos mandamentos constitucionais.

²⁴ Rezende, Oliveira e Araujo (2007, p. 90) chamam de “regime tributário dual” a técnica utilizada pela CRFB de estabelecer regimes distintos para figuras idênticas, quais sejam os impostos tradicionais e as contribuições sociais. Os regimes seriam diferentes porque os impostos tradicionais devem respeitar aos princípios da legalidade e da anualidade, não se vinculam a despesas específicas, não são cumulativos e sua receita é repartida com outras esferas de poder político. Já as contribuições também devem respeitar o princípio da legalidade, mas não à anualidade (apenas ao princípio da antecedência nonagesimal), vinculam-se a despesas específicas, podem ser cumulativos e o produto de sua arrecadação não é repartido.

As reformas empreendidas nos anos 1990 alteraram o equilíbrio do federalismo fiscal firmado pela CRFB: centralizou recursos financeiros e fragilizou a autonomia dos Estados e dos Municípios.

É nesse contexto que se insere a aprovação da Lei Kandir, formatada para atender aos objetivos macroeconômicos da União, em detrimento da autonomia de Estados e Municípios. Os prejuízos decorrentes da supressão da competência tributária constitucionalmente estabelecida eram esperados e, da mesma forma, a prometida compensação financeira pela União. Por mais de vinte anos, a União beneficiou-se da realização de repasses inferiores aos que seriam devidos.

O resultado do julgamento da ADO 25 impõe o reequilíbrio federativo e convida os estudiosos do Direito a uma análise mais minudente do federalismo. Antes de tudo, o STF faz valer a Constituição e exerce sua importante função de guardião do pacto federativo.

Sobre os autores

Onofre Alves Batista Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; tem pós-doutoramento em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra, Portugal; é mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal; professor de Direito Público da graduação e da pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.
E-mail: onofrejb@hotmail.com

Marina Soares Marinho é graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestranda em Direito e Justiça (Direito Tributário) na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.
E-mail: marinasoaresmarinho@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁵

FROM COOPERATIVE FEDERALISM TO CANIBAL FEDERALISM: KANDIR LAW AND THE UNBALANCE OF THE FEDERATIVE PACT

ABSTRACT: This article aims to investigate the historical context of edition and approval of the Supplementary Law No. 87/1996 (Kandir Law) and to what extent the fiscal exemption to ICMS on exports has affected the federal pact established in the Brazilian Constitution from 1988. For this purpose, historical registers of the legislative process related to several bills were analyzed, including the bill drafting No. 95/1996, all the

²⁵ Sem revisão do editor.

approved bills to modify the Article 31 of the Supplementary Law No. 87/1996 and the bill of the constitutional amendment No. 42/2003 (which has elevated the exemption to the constitutional immunity status). Besides the historical investigation, this study discuss the legal-normative content of the federal principle, an entrenched clause of the Constitution, and compare the legal necessity to respect this principle with the legislative and political reality in context of the Kandir Law.

KEYWORDS: FEDERALISM. AUTONOMY. KANDIR LAW. SUPPLEMENTARY LAW No 87/1996. DIRECT ACTION FOR THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION No 25.

Como citar este artigo

(ABNT)

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157>.

(APA)

Batista, O. A., Jr., & Marinho, M. S. (2018). Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 157-180. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec; Departamento de Ciência Política/USP, 1998.

_____. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a05n24.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ABRUCIO, Fernando Luiz; SAMUELS, David. A nova política dos governadores. *Lua Nova*, São Paulo, n. 40/41, p. 137-166, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n40-41/a07n4041.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 14, p. 127-152, jun. 2000. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643123/10673>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; SERRA, José. Federalismo fiscal à brasileira: algumas reflexões. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 3-30, dez. 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1201.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Recentralizando a federação?. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 29-40, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a04n24.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fio Cruz, 2012.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, Maria Arruda de; MASSONETO, Luís Fernando. Reforma do Estado, prestação de serviços públicos, contribuições especiais e federalismo. *RIFE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 171-193, jan./jun. 2006.

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

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, 10 nov. 1937.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967a.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 mar. 1967b.

_____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, 20 out. 1969.

_____. Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 nov. 1985.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991. Define, na forma da alínea a do inciso X do art. 155 da Constituição, os produtos semi-elaborados que podem ser tributados pelos Estados e Distrito Federal, quando de sua exportação para o exterior. *Diário Oficial da União*, 16 abr. 1991.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 95, de 1996. Dispõe sobre o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, nos termos dos artigos 146... Autor: Dep. Antonio Kandir. *Diário da Câmara dos Deputados*, 28 ago. 1996a. [Transformado na Lei Complementar 87/1996]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=368485&filename=PLP+95/1996>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal... *Diário Oficial da União*, 16 set. 1996b.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 221, de 1998. Dá nova redação ao inciso VIII do art. 3º da Lei Complementar nº 87 de 1996 e insere o § 7º ao art. 20 e o § 9º ao art. 21 da mesma Lei Complementar. Autor: Dep. Germano Rigotto. *Diário da Câmara dos Deputados*, 5 mar. 1998. [Pronta para pauta no Plenário]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625829&filename=PLP+221/1998>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 2, de 1999. Modifica o “caput” e os parágrafos 1º e 5º do art. 20, os parágrafos 1º e 4º do art. 21 e o art. 31, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e dá outras providências. Autor: Dep. Henrique Fontana. *Diário da Câmara dos Deputados*, 19 jun. 1999. [Apendido ao PLP 221/1998]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625831&filename=PLP+2/1999>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 114, de 2000. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação... Autor: Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, 28 mar. 2000a. [Transformado na Lei Complementar 112/2000]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR2000.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que “dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias.... *Diário Oficial da União*, 12 jul. 2000b.

_____. Câmara dos Deputados. Proposições da Câmara dos Deputados. Parecer do Deputado Antônio Kandir. *Câmara dos Deputados – DETAQ*, Sessão n. 233.4.51.O, 11 dez. 2002a. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PLP&intProp=349&intAnoProp=2002&intParteProp=2>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 349, de 2002. Altera as Leis Complementares nºs 87, de 13 de setembro de 1996, e 102, de 11 de julho de 2000. Autor: Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 dez. 2002b. [Transformada na Lei Complementar 115/2002]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=107829&filename=PLP+349/2002>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002. Altera as Leis Complementares nºs 87, de 13 de setembro de 1996, e 102, de 11 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 2002c.

_____. Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 25/DF. Requerente: Governador do Estado do Pará. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

DERZI, Misabel 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: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e guerra fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v. 2). p. 467-495.

GOVERNO já admite mexer na Lei Kandir. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 24 set. 1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc240919.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. *Tempo social*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 63-81, out. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v11n2/v11n2a05.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

LOPREATO, Francisco Luiz Carneiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: Editora UNESP; IE/Unicamp, 2002.

MACHADO, Sérgio. *Histórico da Lei Nacional do ICMS: Lei Complementar n. 87, de 1996: memória da elaboração e das negociações do projeto de lei*. Brasília: S. ed., 1997a. (Parte I).

_____. *Histórico da Lei Nacional do ICMS: Lei Complementar n. 87, de 1996: memória da elaboração e das negociações do projeto de lei*. Brasília: S. ed., 1997b. (Parte II).

MICHAELIS: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S.l.]: Melhoramentos, c2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=49Ez>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Não paginado.

PELLEGRINI, Josué Alfredo. *Dez anos da compensação prevista na Lei Kandir: conflito insolúvel entre os entes federados?*. Brasília: ESAF, 2006.

PERISSINOTTO, Renato Monseff. *Classes dominantes e hegemonia na República Velha*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1994.

REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício; ARAUJO, Erika. *O dilema fiscal: remendar ou reformar?*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

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. *Anais...* Diamantina: CEDEPLAR/UFMG, 2008. p. 1-22. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A032.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2017.

VARSAÑO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Rio de Janeiro: Ipea, 1996. (Texto para discussão, n. 405). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0405.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2017.