

## ICMS na exportação e obrigação de legislar: quem fica com o dinheiro?



No apagar das luzes de 2016, foi decidida pelo STF a ADO 25, [relatada](#)

[pelo ministro Gilmar Mendes](#), obrigando o Congresso Nacional a legislar e estabelecer os parâmetros da compensação aos estados pelas perdas com a Lei Kandir, em razão da renúncia de receitas com as exportações.

O assunto é deveras interessante e, de certo modo, já foi abordado em [coluna publicada em 2014](#). Com a decisão do STF na ADO 25, é necessário retomar o tema passo a passo.

A Constituição de 1988 permitia que os estados legislassem sobre ICMS na exportação de mercadorias, o que era um erro, pois, como regra em qualquer lugar do mundo, quem tributa o comércio exterior é o ente nacional (União), e não os entes subnacionais. Afinal, quem dá conta do balanço de pagamentos do país é a União, e não os estados.

Isso foi corrigido em 1996 por meio da Lei Complementar 87, conhecida por Lei Kandir, e que regula o ICMS. Passou a ser proibido aos estados cobrar esse imposto sobre a exportação de mercadorias. As perdas que os estados tiveram passaram a ser compensadas pela União através do denominado Fundo da Lei Kandir, que era para ser temporário e em valores decrescentes, mas acabou se transformando em permanente, e, a partir de certa data, com valores e rateio efetuados de forma política, e não técnica. Tratei disso em outro texto [\[1\]](#).

Todavia, essa desoneração das exportações foi insuficiente, pois, como o ICMS incide em cada etapa econômica, seria necessário isentar *toda a cadeia produtiva* para que o *peso* do tributo fosse efetivamente retirado do preço das mercadorias, uma vez que não se exporta *tributos*, mas *mercadorias*. É necessário que elas estejam o mais barato possível para conquistar os mercados internacionais. A obrigação de ressarcir os exportadores pelo ônus fiscal do ICMS de toda a cadeia produtiva foi inserida na Constituição pela Emenda 42, de 2003, alterando o artigo 155, parágrafo 2º, X, “a”, que passou a ter a



seguinte redação: [O ICMS não incidirá] “sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, *assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores*”. Atenção para o trecho final, destacado em itálico, pelo qual é *assegurada a manutenção e o aproveitamento do ICMS em toda a cadeia produtiva*.

Ocorre que essa mesma Emenda Constitucional 42 acresceu também o artigo 91 ao ADCT, onde consta uma espécie de “fonte de recursos federal” para financiar os estados a pagar esses valores, em montante a ser definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar algumas variáveis.

O estado do Pará, corretamente, propôs em agosto de 2013 (10 anos após a EC 42) uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 25), tendo mais de 15 outros estados como *amici curiae*, que foi julgada em novembro de 2016, identificando a mora legislativa da União e dando-lhe 12 meses para legislar a respeito. Já antevendo que o Congresso permanecerá em mora, decidiu o Plenário do STF, acompanhando o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, determinar ao TCU duas incumbências: a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos estados, considerando os critérios acima transcritos; e b) calcular o valor das quotas a que cada um dos Estados fará jus, conforme os entendimentos realizados no âmbito do Confaz. E, como providência instrumental, determinou que fossem efetuadas as comunicações necessárias para adoção dos procedimentos orçamentários imprescindíveis ao cumprimento da decisão, “notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União”.

Aqui é que *a porca torce o rabo*, pois, já contando com a mora legislativa, a decisão sobre o rateio federativo desse montante será efetuado pelo TCU, ouvido o Confaz, órgão composto de todos os secretários de Fazenda dos estados e presidido pelo ministro da Fazenda. Já imaginou o que vai sair daí? Espero que os cofres federais aguentem o tranco.

Porém, dois aspectos extremamente complexos desde logo assumem.

O *primeiro* diz respeito à retroatividade desses valores, pois, constatada a mora legislativa, o montante a ser ressarcido deve retroagir desde a EC 42, isto é, a partir do ano de 2003? Ou da propositura da ADO, 2013? Ou da decisão do STF, 2016? Ou ainda, a matéria deverá ser normatizada apenas para o futuro, sem qualquer efeito retroativo? Esse é um tema de alta indagação jurídica, que deve ser devidamente sopesado pelas partes que irão decidir a matéria, mas que já provoca *frissons* federativos nos estados em face da arrecadação prevista para 2018.

O *segundo* é bastante mais simples de ser visualizado, mas se transformará em uma verdadeira *batalha campal*. Diz respeito a *quem deve ser ressarcido*, isto é, trata-se de um recurso que deve adentrar aos cofres estaduais para ser gasto ao bel prazer da máquina estadual, ou tem uma destinação específica, que é ressarcir aos exportadores do ICMS da cadeia exportadora? Não se pode ler o artigo 91 do ADCT sem conectá-lo direta e imediatamente ao artigo 155, parágrafo 2º, X, “a” da Constituição — ambos criados pela mesma EC 42, de 2003. Aliás, a própria petição inicial da ADO 25 faz a conexão entre os dois artigos, embora silencie quanto ao ressarcimento dos exportadores.

Parece claro pelo texto constitucional que os estados devem ressarcir os exportadores (artigo 155,



parágrafo 2º, X, “a”, CF) através de seus recursos próprios — do Fundo da Lei Kandir, por exemplo, que é pago pela União desde 1996 —, porém raros fazem isso, e, quando fazem, é de forma parcial e a contagotas.

Não se sabe como será feita essa conta, pois a norma é inacreditavelmente obscura, envolvendo quatro variáveis de difícil equacionamento: 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 aos exportadores. Será escolhida uma ou duas dessas variáveis ou serão consideradas em conjunto? Ou cada qual isoladamente? É uma incógnita. Já existe um esboço desse cálculo formalizado pelo Protocolo ICMS 69/2008, que sequer foi firmado por todos os estados. Nele não consta nem uma palavra sobre o ressarcimento aos exportadores.

É bem verdade que a União está, de certo modo, atenta a isso, pois na Medida Provisória 749, de outubro de 2016, por meio da qual foram liberados recursos do Fundo da Lei Kandir, exige que os estados informem sobre a efetiva manutenção e o aproveitamento de créditos pelos exportadores. Porém, a partir da ADO 25, isso se manterá? O voto do ministro Gilmar Mendes é cuidadoso ao fazer referência a esses aspectos, mas, em concreto, ao longo dos anos, isso ocorrerá? Na sistemática atual, como referido, os exportadores raramente recebem esses valores.

É importante estar atento a essa movimentação, que deverá ocorrer entre o TCU e o Confaz ao longo do ano, em face da inacreditável inércia legislativa que, ao que tudo indica, perdurará.

O cenário atual aponta para o seguinte quadro: O TCU e o Confaz normatizarão a matéria, de forma amplamente favorável aos estados — talvez consigam até mesmo um efeito retroativo parcial desde 2013 ou 2016, a depender da robustez dos cofres federais — e os municípios receberão seu quinhão (25%, na forma do artigo 91, parágrafo 1º, ADCT). Com isso perderão os exportadores, que não verão ressarcido o custo final do ICMS incidente sobre a cadeia produtiva, e a União, que não conseguirá o tão almejado aumento do esforço exportador brasileiro.

Ou alguém imagina o estado do Rio de Janeiro, em sua autorreconhecida e autodeclarada *pindaíba*, ressarcindo o ICMS da cadeia exportadora?

É necessário estar atento a isso, para que seja *normatizado* no âmbito do TCU esse ressarcimento aos exportadores a ser efetuado pelos Estados, quando receberem esses valores da União.

[1] SCAFF, Fernando Facury. *A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral*. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 39-56, mar./ago. 2012.

**Date Created**

24/01/2017