

VOTO - CONJUNTO

ADPF 984 e ADI 7.191

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Senhoras Ministras e senhores Ministros, considero este julgamento de extrema urgência e importância para o Federalismo brasileiro, não só pela densidade apta a abalar o pacto federativo mas também em decorrência da instabilidade político-jurídica que o tema suscita, com posições antagônicas, e principalmente pelo fato de que houve acordo escrito, votado e referendado pelos Entes Federativos envolvidos, no âmbito desta Corte, cujos termos e deliberações merecem debates no Congresso Nacional, após homologação do Plenário do STF.

1) Homologação do acordo firmado nos autos

Cumprе registrar que inauguramos na ADO 25 e aperfeiçoamos nestas ações de controle concentrado em julgamento (ADPF 984 e ADI 7191), após solicitação formal de todos os Estados e o Distrito Federal (eDOC 117 da ADPF 984), uma das facetas mais formidáveis da interpretação constitucional: o pensamento do possível no Federalismo cooperativo.

Todos os atores do pacto federativo foram chamados para tentar solucionar os impasses advindos com as Leis Complementares 192/2022 e 194/2022 e seus desdobramentos, além da ADPF 984.

Salientei, ao longo do andamento processual, e reitero que a via autocompositiva pressupõe espaço e diálogo para manter as negociações efetivas e factíveis, sendo imperioso existir disponibilidade e compromisso para evitar que, no final, sem maiores digressões, haja a resposta tão somente que inexistе possibilidade de acordo, sem maiores considerações factuais.

A boa-fé é ínsita a quem se predispõe à via da conciliação/mediação, tendo em vista o disposto no art. 2º, VIII, da Lei 13.140/2015.

Frise-se que o Conselho da Justiça Federal, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, aprovou o enunciado 88, o qual dispõe que:

“As técnicas de autocomposição são compatíveis com o exercício da jurisdição constitucional, inclusive na fase pré-processual, podendo ser aplicadas em ações de competência da Suprema Corte”. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1712>. Acesso em: 13.12.2022)

Realce-se que a questão constitucional examinada nestas ações relaciona-se com temas centrais do nosso federalismo, tais como a autonomia financeira e a partilha dos recursos tributários.

As modificações introduzidas pelas Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, bem ainda a interpretação requerida pelo Presidente da República nesta ADPF 984 – não é difícil perceber – fizeram-se em pretensão prejuízo da arrecadação tributária dos estados-membros, tendo em vista a própria medida de tentativa de compensação prevista no art. 3º da Lei Complementar 194/2022.

Não há dúvidas de que a partilha das receitas, especialmente de impostos, é uma questão fundamental do pacto federativo brasileiro, assim como de qualquer Estado fiscal que se estruture na forma de federação.

De nada adianta o zelo na partilha de competências constitucionais, entre os diferentes entes federativos, se essa repartição não é acompanhada da divisão de recursos próprios e suficientes para fazer frente às diversas tarefas que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte. As competências constitucionais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício.

Para enfrentar o objeto destas demandas (ADPF 984 e ADI 7191), parece-me fundamental atentar para essas questões e, especialmente, para o arranjo federativo estruturado no texto constitucional de 1988 e na prática institucional levada a cabo nas décadas que se seguiram à sua promulgação.

O rearranjo político promovido pela Constituição Federal de 1988 foi impulsionado por duas grandes forças. De um lado, a luta por descentralização política e garantia de autonomia aos entes subnacionais, especialmente os municípios.

De outro, o desejo de ampliação do elenco de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, especialmente os direitos sociais, e de torná-los universais para todos os brasileiros. Esses dois elementos foram componentes preponderantes para o desenho do quadro fiscal ainda hoje vigente na Constituição. (Fernando Rezende; Fabrício Oliveira; Erika

Araújo, *O dilema fiscal: remendar ou reformar?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 11, 12 *et passim*).

A luta por autonomia política por parte de Estados e Municípios iria necessariamente afetar a partilha de recursos públicos. A desejada autonomia política não poderia existir sem que estivesse aliada à autonomia financeira, e esta, no contexto de um Estado fiscal, depende, fundamentalmente, da divisão de competências tributárias e da partilha do produto da arrecadação tributária.

Para os Estados e municípios de maior potencial econômico, a autonomia poderia ser, em grande medida, assegurada por meio de suas próprias receitas tributárias, desde que a discriminação de suas competências fosse-lhes favorável. Cuidou-se, então, de ampliar as competências estaduais, incluindo no âmbito do ICMS fatos econômicos antes sujeitos exclusivamente à competência tributária federal: combustíveis, energia elétrica e telecomunicações.

A partilha do produto da arrecadação dos impostos federais, por sua vez, foi novamente ampliada com a Constituição de 1988, inclusive como forma de promover a autonomia financeira dos entes menos favorecidos economicamente. Estabeleceu-se, inicialmente, que 47% do produto da arrecadação do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, assim como do Imposto sobre Produtos Industrializados, seria destinado aos estados e municípios, por meio dos respectivos Fundos de Participação.

Aos estados-membros, por meio do FPE, coube 21,5% do IR e do IPI arrecadado pela União. Aos municípios, por meio do FPM, coube 22,5% do IR e do IPI arrecadados pela União. Em 2007, por força da Emenda Constitucional n. 55, esse percentual foi acrescido de mais 1% a ser entregue aos municípios no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano.

Em 2014, o texto constitucional é alterado outra vez. A Emenda Constitucional 84/2014 acrescenta mais um ponto percentual ao FPM, devendo o respectivo montante ser entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano. Seriam ainda aplicados 3% em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por meio de instituições financeiras de caráter regional, na forma da lei.

Tivemos, portanto, nos últimos anos, três emendas constitucionais versando sobre a matéria. Refiro-me às Emendas Constitucionais 17/1997, 55/2007 e, por último, à EC 84/2014, que alteraram, em 1% cada, o percentual a ser partilhado por meio do FPM.

Entretanto, é cediço que, apesar dos esforços constitucionais, no sentido de promover descentralização de receitas na redação originária da Constituição Federal de 1988, nos anos seguintes, a União, por meio das contribuições – cuja receita não é partilhada com os demais entes –, conseguiu reverter o quadro constitucional de partilha de receitas, concentrando em seu poder a maior parte dos recursos tributários arrecadados.

Parece correto afirmar, nesse sentido, que as duas décadas que sucederam à promulgação da Carta de 1988 caracterizaram-se pela inversão do quadro de partilha de receitas traçado na Constituinte. Refiro-me, é claro, ao uso cada vez mais frequente das contribuições do art. 149 da Constituição Federal, sobretudo as federais, para o financiamento do Estado brasileiro.

Ao que tudo indica, a própria estrutura de partilha de receitas e atribuições firmada em 1988 parece ter sido a causa de sua inversão nos anos seguintes. A crescente necessidade de recursos públicos para o custeio dos direitos sociais, associada aos largos percentuais de partilha incidentes sobre os principais impostos federais, inclusive aqueles criados no uso da competência residual (art. 154, I), representou fator de grande estímulo ao emprego de contribuições.

O gráfico a seguir ilustra que, a partir do Plano Real, houve um incremento do volume de receitas de contribuições no total de receitas correntes da União, participação que se estabilizou num patamar entre 50 e 55%. Por outro lado, a participação das receitas tributárias, na última década, permanece entre 30 e 33% do total de receitas correntes.

Tabela: Participação das Receitas de Contribuições e Tributárias no total de Receitas Correntes da União (Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – Ministério da Economia – Séries Históricas até 2016)

Observa-se, então, que, se, 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.

É evidente que a União não pode fazer uso de seu poder legislativo e esvaziar o poder tributário dos Estados fora das hipóteses previstas na Constituição, tomando medidas que afetem a efetividade da existência do próprio federalismo cooperativo.

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, o imposto de maior arrecadação no âmbito exacional.

A nossa Federação é formada pela união indissociável de todos os Entes Federativos e estamos aqui para debater as suas bases de continuidade!

Na audiência de tentativa de conciliação, no dia 28 de junho de 2022 (eDOC 204), realizada de forma virtual, assentei que a arrecadação dos impostos não é um fim em si mesma. Muito pelo contrário, os recursos financeiros existem para fazer frente às inúmeras despesas que decorrem dos direitos fundamentais garantidos em nossa Carta Constitucional. Os entes federativos, portanto, possuem objetivos comuns, cada qual com funções diferentes, mas complementares.

Em relação à receita dos Estados, quando se fala de ICMS, alcança-se a ordem de 48,1% da arrecadação total dos Estados e de 77% da arrecadação tributária (dados referentes ao ano de 2020). Ou seja, trata-se da principal fonte de custeio dos entes estaduais e distrital. Não nos esqueçamos também dos municípios, eis que 25% da arrecadação do ICMS é diretamente destinada a eles.

O que está em discussão, em ambas as ações de controle concentrado, diz respeito a verbas que servem para custeio das áreas de saúde, educação, segurança pública, combate à miséria, entre outros serviços essenciais etc.

Com o advento da Lei Complementar 194/2022, que alterou a Lei Complementar 192/2022, estima-se perda de até R\$ 83,5 bilhões anuais para estados e municípios, dos quais quase 20 bilhões seriam destinados ao Fundeb. (Disponível em: <https://exame.com/economia/educacao-basica-pode-perder-r-192-bi-com-teto-do-icms-diz-todos-pela-educacao/>. Acesso em: 13.12.2022)

É certo que, no mundo todo, discute-se qual seria a melhor forma de diminuir os preços dos combustíveis. Criação de fundos, diminuição de impostos, concessão de subsídios e transferências de renda estão entre as opções dos Países para lidar com o problema comum. Não existe solução pronta ou fácil. É preciso coesão, criatividade e, mais ainda, sensibilidade.

Estamos, lamentavelmente, presenciando uma guerra entre países, que tem afetado de maneira absolutamente excepcional o preço dos derivados de petróleo. Isso quando sequer havíamos nos recuperado completamente dos efeitos nefastos da pandemia decorrente da Covid-19. Precisamos, assim, levar em consideração o momento de anormalidade que estamos vivenciando.

Não podemos ignorar também que a inflação tem voltado a assombrar o povo brasileiro. O IPCA segue acima de 12% ao ano. Alimentos, passagem aérea, transportes tem sido os vilões da inflação e tem corroído o poder de compra do brasileiro. Os níveis de pobreza encontram-se em estado

alarmante, sendo essa a razão pela qual esta Corte atuou na implementação da renda básica para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza), no MI 7.300, no qual fiquei redator para acórdão.

É de congratular-se que o Congresso Nacional, diante desse agravamento do preço dos combustíveis, com reflexos sobre a inflação, na mesma linha do ocorrido em vários países, tem buscado saídas que possam atenuar os efeitos deletérios dessa crise de proporção internacional que se fazem incidir especialmente sobre os brasileiros mais necessitados.

Atentem-se que as consequências dos debates travados nas duas ações de controle concentrado, sob minha relatoria, podem equiparar-se àquelas mesmas consequências das decisões da Corte no período da pandemia, que alcunhei de “jurisprudência da crise”.

Os Estados questionam vários pontos da nova Lei Complementar 192 /2022, entre eles as consequências sobre os fundos de combate à pobreza, que são custeados primordialmente com o adicional de alíquota do § 1º do art. 82 do ADCT.

Os desdobramentos da crise de saúde pública advinda da pandemia da Covid-19 (Sars-CoV 2), a demandar a implementação das necessárias e imperiosas medidas de diminuição do nível de pobreza, pode ser prejudicado pelas novas leis complementares e a interpretação requerida nesta ADPF, apta a surtir graves efeitos arrecadatórios para os fundos de combate à pobreza, a serem amargados especialmente nas faixas economicamente mais vulneráveis da população brasileira.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto, inequivocamente, demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada.

Invogue-se a célebre expressão em alemão cunhada por Konrad Hesse, "Not kennt kein Gebot": necessidade não conhece princípio. Daí a sua defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do Estado de necessidade ou do estado de emergência (cf. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24-27).

Experiências recentes do Direito Comparado, embora não equiparáveis à magnitude global da situação vivenciada na crise do Coronavírus e agora

as repercussões sobre os combustíveis advindos da guerra da Ucrânia, ilustram as tensões entre o constitucionalismo e a necessária proteção de Direitos Sociais em regimes de excepcionalidade financeira.

Há que se reconhecer, todavia, que não existe uma ordem abstratamente preponderante de princípios constitucionais capazes de orientar o enfrentamento das colisões jurídicas entre Direitos Fundamentais em períodos de exceção financeira. Como destacado em obra de Andréa Magalhães, que aborda as especificidades da jurisdição constitucional em tempos de crise:

“Mesmo em tempos de severas restrições econômicas quando os recursos disponíveis são manifestamente inadequados, os Estados continuam obrigados a demonstrar que realizaram esforços para que os recursos disponíveis sejam utilizados para satisfazer, como questão de prioridade, os direitos essenciais dos cidadãos.

(...)

O Estado deve lutar ativamente contra qualquer impacto desproporcional que uma política de corte de gastos possa ter especificamente sobre esses grupos. Se esse efeito não é identificado e evitado, como consequência da crise, as medidas de austeridade acirrarão ainda mais a desigualdade e a exclusão social 540, possivelmente comprometendo o núcleo da dignidade desses grupos já vulneráveis. Essa ordem de prioridades é uma obrigação para o Estado, diretamente aplicável aos poderes políticos, mas que não pode ser ignorada pelo Judiciário.

É preciso flexibilizar o rigor do argumento, sem afastá-lo. As Cortes Constitucionais não podem fechar os olhos para vícios de inconstitucionalidade pelo simples fato de o controle recair sobre uma política de ação afirmativa. Em outros termos, nem todo o programa social é constitucional, por mais inclusivo que seja. No entanto, caso haja dúvida razoável sobre a constitucionalidade do referido programa, deve ser considerada, dentre os demais fatores, a relevância da proteção do grupo vulnerável”. (MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da Crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 247)

Conclamei, nas oportunidades que participei presencialmente das audiências, que todos os entes federativos, na linha do pensamento do possível, dissipassem-se de suas certezas absolutas, interesses estratificados

e compreendessem aquela oportunidade sob o olhar do federalismo cooperativo, no afã de diminuir as tensões/diferenças e aproximar as convergências, chegando a bom termo conciliatório.

Para fins de canalizar as tratativas, esclareci que se impunha definir se é constitucional o Poder Legislativo Federal fixar alíquota máxima do ICMS dos combustíveis, de titularidade ativa dos Estados, diante da redação do art. 155, §2º, VI, §4º, IV, da CF. Idêntico debate está instalado para a fixação da base de cálculo realizado pelo art. 7º da Lei Complementar 192/2022 (havendo continuidade normativa na fixação de base de cálculo para o diesel após a alteração realizada pela Lei Complementar 194/2022).

Impendia, também, definir se a faculdade prevista na Constituição, sob a regência do verbo " *poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem* ", é possível ao Parlamento da União, ao instituir a lei complementar que dispõe o XII do § 2º do art. 155 da CF, diminuir a autonomia estadual, obrigando a instituição da alíquota " *ad rem* " " *vis a vis* " as normas constitucionais e a redação do art. 3º, V, "b", da Lei Complementar 192/2022 (" *serão específicas (ad rem), por unidade de medida adotada, nos termos do § 4º do art. 155 da Constituição Federal* ").

Ademais, enalteça-se que, em um ambiente de agudização da pobreza, percebe-se a pouca preocupação sobre as consequências da adoção, pelo Ente central, da imposição da essencialidade de todos os produtos previstos no art. 1º da LC 194/2022, com a consequente diminuição do fundo de combate à pobreza (§1º do art. 82 do ADCT), em momento de aumento do quadro de desigualdade e do nível de pobreza.

Diante do próprio quadro de urgência, destaquei, naquela audiência do dia 28 de junho de 2022, que a situação posta nos autos transparece conter lacunas ou incompletudes, que demandam aprimoramentos legislativos.

A abertura da via autocompositiva nesta ação deve ser interpretada na mesma linha do ocorrido na ADO 25 QO, sob minha relatoria, homologada em decisão plenária de 20.5.2020 e publicada no DJe em 12.11.2020.

Consoante extraí das audiências que participei, revelava-se nítida divergência interpretativa quanto aos números apresentados e à situação real dos entes subnacionais, no que diz respeito ao incremento da arrecadação e ao fluxo de ativos financeiros.

Nesses casos, compreendi que deveria ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico com a utilização de ferramentas processuais adequadas

para o enfrentamento das questões fáticas imbrincadas trazidas pelos interessados. Não é por outro motivo que Colin Diver defende, por exemplo, a nomeação de *experts* para auxiliar os Tribunais na fase de implementação, inclusive para fins de supervisão quanto ao grau cumprimento da decisão (DIVER, Colin. "Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions". In: *Virginia Law Review*, v. 65, p. 105, 1979).

A doutrina norte-americana também entende ser possível a indicação de monitores responsáveis pela medição dos níveis de implementação das decisões judiciais (BUCKHOLZ, Robert E. *et alli*. "The remedial process in institutional reform litigation". In: *Columbia Law Review*, v. 78, n. 784, p. 828, 1978).

Na Colômbia e na Índia, as Cortes de tais países também adotaram a prática de nomeação de comissões de acompanhamento ou comissões sociojurídicas responsáveis por realizar inspeções judiciais, além de coletar informações e evidências sobre questões essenciais para a execução das decisões (GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. "Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court". In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 351).

O art. 138 do Código de Processo Civil também admite, até mesmo de ofício, a nomeação de *expert* ou *amicus curiae* que possua representatividade adequada e capacidade para auxiliar os Tribunais no julgamento de processos dotados de repercussão social.

Tal possibilidade está, inclusive, positivada expressamente no § 1º do art. 9º da Lei 9.868/99:

"Art. 9º. Omissis.

§ 1º. **Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato** ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, **poderá o relator** requisitar informações adicionais, **designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria**". (grifo nosso)

No caso em análise, entendi ser pertinente convidar entidades dos segundo e terceiro setores, além de *experts* na área de finanças públicas e /ou de práticas tributárias do ICMS, que possuam ampla experiência nos temas em debates, direta e indiretamente, em ambas as ações de controle concentrado sob minha relatoria, para exercer a consultoria externa desta Corte, de modo a auxiliar esta relatoria na exata dimensão das consequências fiscais da implementação das Leis Complementares 192/2022 e 194/2022 (com realização de auditorias) e do atual fluxo de ativos financeiros dos entes subnacionais, de forma transparente e em consonância com os princípios da razoável duração do processo e da boa-fé objetiva (de aplicação, inclusive, na seara processual e da mediação).

Os registros audiovisuais e as respostas do grupo de *experts* (eDOC 647 da ADPF 984 eDOC 123 da ADI 7191), que foram ouvidos em duas oportunidades (eDOC 560 e 594 da ADPF 984), encontram-se documentados nos autos e servem de excelente modelo dialógico e participativo de pessoas com notória especialidade no tema (eDOC 562, 563, 564, 565, 591 e 592 da ADPF 984; e eDOC 108 a 112 e eDOC 116 a 117 da ADI 7191).

Faço esse registro para destacar que considero a reabertura das negociações, anteriormente infrutíferas no cumprimento da LC 192/2022, de importância crucial para o Federalismo brasileiro, com posições antagônicas que necessitam ser novamente conciliadas no palco oportuno: o Congresso Nacional.

Em outras palavras, diante das variáveis político-fiscal-orçamentárias, o papel do STF, no contexto autocompositivo, é reconstruir pontes para devolver à arena político-legislativa a solução final, como sendo o melhor caminho para se tutelarem os interesses envolvidos após o desenrolar da mediação/conciliação.

Pois bem. Chegou-se a consenso mínimo na última reunião da Comissão Especial, no dia 2 de dezembro de 2022, exurgindo a seguinte proposta de solução consensual:

“Após intensos debates, os representantes dos entes federativos aquiesceram quanto às propostas de solução do impasse federativo nos seguintes termos:

Cláusula Primeira: Proposta de acordo imediato quanto ao aperfeiçoamento legislativo no tocante ao reconhecimento do

CONFAZ como o órgão legitimado para implementar a monofasia e a uniformidade da alíquota do ICMS dos combustíveis indicados pelo Congresso Nacional no art. 2º da Lei Complementar 192/22 por meio de alíquota *AD REM* ou *AD VALOREM*, nos termos do art. 155, §4º, inciso IV, alínea 'b', CF/88 (debate sobre a constitucionalidade do art. 3º, V, a, b, c da Lei Complementar 192/2022).

Parágrafo primeiro. Os representantes da União na Comissão Especial concordam com o encaminhamento de proposta para revogação do art. 18-A da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), bem como da alínea 'b', do inciso V do art. 3º e os §§ 4º e 5º do art. 6º, todos da Lei Complementar nº 192/2022 e do inciso III do §1º do art. 32-A da Lei Kandir, com redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar 194/2022.

Parágrafo segundo. Até 31 de dezembro de 2022, os Estados celebrarão convênio para adoção do ICMS uniforme e monofásico para os combustíveis previstos nesta cláusula, com exceção da gasolina.

Cláusula Segunda. A comissão especial concorda com a proposta dos representantes dos Estados para que o CONFAZ reconheça, de imediato, a essencialidade do Diesel, GLP e gás natural.

Cláusula Terceira. No que se refere ao art. 7º, da Lei Complementar nº 192/2022, os representantes da União na comissão especial entendem que não há necessidade de alteração dos termos da Lei Complementar, considerando o exaurimento do prazo para a produção de efeitos. Todavia, os representantes da União na comissão especial concordam com a inclusão, neste acordo, das ressalvas propostas pelos Estados no que diz respeito à seguinte proposta: "os Estados e o DF renunciam expressamente a qualquer possibilidade de cobrar diferenças não pagas pelos contribuintes, pela desconformidade artificialmente criada pela média dos últimos 60 meses, e, na mesma medida, propõem que lhes seja assegurada que não poderão ser instados a restituir eventuais valores cobrados a maior, desde o período de início de efeitos da medida legal até 31 de dezembro de 2022".

Parágrafo Primeiro. A presente cláusula não representa reconhecimento da constitucionalidade do art. 7º, da Lei Complementar nº 192/2022 pelos representantes dos Estados na comissão especial.

Cláusula Quarta. Para o debate da Tust/Tusd, nos termos do inciso X do art. 3º da LC 87/1996, com a redação conferida pelo art. 2º da LC 194/2022, os membros da Comissão Especial concordam com o desdobramento da conciliação/mediação para identificar os eventuais elementos do critério material e do critério quantitativo relacionados às tarifas de energia elétrica, que compõem os serviços de transmissão, distribuição e encargos.

Parágrafo Primeiro. Fica instituído grupo de trabalho, por meio de negociação (como técnica autocompositiva) entre os próprios entes federativos, para fins de discussão do tema previsto no *caput*, com prazo de até 120 dias, a contar da presente data.

Parágrafo Segundo. Os representantes da União nesta comissão especial não se opõem à concessão de medida cautelar nos autos da ADI 7195 enquanto o tema estiver em discussão no âmbito do grupo de trabalho previsto no parágrafo anterior.

Cláusula Quinta. No que concerne ao art. 3º da Lei Complementar 194/22, cria-se grupo de trabalho específico com representantes da União e dos Estados para, no prazo de até 120 dias, a contar da presente data, revisar os critérios de apuração da perda de arrecadação do ICMS.

Parágrafo Primeiro. Os representantes da União nesta comissão especial concordam em rever os critérios estabelecidos na Portaria ME nº 7.889/22 para alterar a base de comparação anual da perda para base mensal, de modo que o gatilho de 5% seja aplicado somente na comparação isolada entre os meses de 2021 e 2022.

Parágrafo Segundo. Em nenhuma hipótese, eventual acordo restringirá as repartições constitucionais destinadas aos municípios.

Parágrafo Terceiro. Os representantes da comissão especial reconhecem a possibilidade de que a União compense eventual perda de arrecadação mediante entrega de valores aos Estados, caso o Plenário do STF, em apreciação de eventual acordo do grupo de trabalho tratado no *caput*, reconheça a presença dos requisitos necessários para a abertura de crédito extraordinário, de modo que as quantias necessárias ao pagamento sejam incluídas em lei orçamentária e submetidas ao regime fiscal aplicável, sem prejuízo de eventual compensação de dívida já deferida liminarmente.

Parágrafo Quarto. Os membros desta comissão entendem necessário que a discussão relativa às ações cíveis originárias que pedem a compensação do art. 3º da LC 194/2022 seja levada em consideração no grupo de trabalho tratado no *caput*.

Cláusula Sexta. No caso de derrubada do veto ao art. 14 do PLP 18/2022 (veto 36/22 em relação à LC 194/2022), a União e os estados entendem que é necessário definir que as disponibilidades financeiras devem ser aquelas verificadas no exercício anterior ao da publicação da referida Lei Complementar, tendo em vista a necessidade de tornar exequível a compensação dos demais entes para os mínimos constitucionais da saúde e da educação.

Submetido à votação dos membros da Comissão Especial, obteve-se a seguinte conclusão: aprovação à unanimidade. O Deputado Danilo Forte solicitou que constasse a sua abstenção em relação à qualquer deliberação.

Após os encaminhamentos, o Ministro Gilmar Mendes parabenizou todos os representantes da Comissão Especial dos entes federativos e determinou que se façam os autos conclusos para análise do encaminhamento que foi realizado no dia de hoje. Cumpre destacar, a propósito, o que foi deliberado pelos representantes dos entes federativos na Comissão Especial deverá ser objeto de juízo político, nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia, do Fórum de Governadores e do Comsefaz, sem prejuízo de encaminhamento de petições aos respectivos relatores das ações em curso nesta Corte, bem ainda da futura homologação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e posterior encaminhamento ao Congresso Nacional". (eDOC 646, grifo nosso)

O Fórum de Governadores comunicou a aquiescência expressa, à unanimidade dos Governadores das 27 (vinte e sete) Unidades Federativas, sobre a proposta encaminhada pela Comissão Especial (eDOC 650 da ADPF 984), além da União que expressou sua concordância (eDOC 658 da ADPF 984).

Registre-se que os termos do acordo foram **escritos**, aperfeiçoados e **reescritos pelos próprios Entes Federativos**, que os ditaram na última reunião da Comissão Especial do dia 2 de dezembro (eDOC 645 da ADPF 984), tendo ocorrido a deliberação e, ao final, a votação, **com a aprovação da unanimidade dos votos presentes**.

Tal acordo visa a por fim, **ao menos em parte**, ao imbróglio em torno das citadas Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, razão pela qual proponho sua homologação por esta Corte e encaminhamento aos Presidentes da Câmara e do Senado Federal para os trâmites devidos acerca do aperfeiçoamento legislativo, **sem prejuízo de todas as medidas administrativas acordadas serem encaminhadas aos órgãos competentes e /ou alteradas, independentemente de aguardar-se a alteração legislativa, além da atuação de acompanhamento, que também submeto ao Colegiado**.

As partes signatárias do acordo possuem capacidade para firmá-lo em nome dos respectivos Entes Federativos, além de ser lícito seu objeto e revestido das formalidades legais para homologação por esta Corte e encaminhamento ao Congresso Nacional, que deliberará sobre os termos de anteprojeto de lei complementar, a ser encaminhado pela União, seguindo fielmente os moldes da transação ora realizada.

Considero que todos os interesses jurídicos estão equacionados e bem representados neste acordo histórico no âmbito federativo, que põe termo,

ao menos em parte, às discussões envolvendo as Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, além da ADPF 984, merecendo homologação e os encômios da Corte.

Pontue-se que, em uma interpretação autêntica do que foi deliberado na Comissão Especial, o parágrafo segundo da cláusula primeira transmite aquilo que foi debatido, em termos de autocomposição, com a concordância da União: “até 31 de dezembro de 2022, os Estados celebrarão convênio para adoção do ICMS uniforme e monofásico para os combustíveis previstos nesta cláusula, com exceção da gasolina”.

Tal dispositivo deve ser compreendido como um consenso possível, diante dos debates e das soluções encontradas, os quais devem ser interpretados sistematicamente, ou seja, deve ser conferida essa abertura coligada com a existência do grupo de trabalho previsto nas cláusulas quarta e quinta do acordo, de forma que a eficácia de tal dispositivo fica condicionada ao prazo fixado da existência de tal grupo, na modalidade de autocomposição extrajudicial, sendo facultada a participação do Congresso Nacional, tal como ocorreu na Comissão Especial nesta Corte.

Cumprir-se destacar, no ponto, que a homologação desta cláusula do acordo não significa autorização para descumprimento de norma aprovada pelo Parlamento após o fim do grupo de trabalho, de forma que o não atendimento de mandamento legal (arts. 2º e 6º da LC 192/2022), objeto da discussão tratada na ADI 7164 e na ADI 7191, depois desse marco temporal, gozará de presunção de constitucionalidade, a qual poderá ser objeto de controle por esta Corte.

Essa medida não pode ser interpretada, de forma alguma, como descumprimento da norma aprovada pelo Poder Legislativo, mas como diálogo constitucional, construído em uma autocomposição federativa, homologada pelo Supremo Tribunal Federal, que intenta devolver à arena política a solução final para o impasse ora transacionado.

Isso se faz imprescindível para viabilizar em azo futuro, se for o caso, o controle judicial dos acordos formulados no âmbito da jurisdição constitucional, tendo em conta que, a depender da perspectiva que o intérprete adote, o não exercício da competência tributária pelo Confaz referente à gasolina pode ser visto como omissão em relação ao dever de normatizar presente no art. 155, §2º, XII, “h”, §4º, IV, e §5º, da Constituição da República, como posto na ADI 7164.

Em relação à cláusula segunda, diante de não haver consenso sobre a essencialidade da gasolina, referido combustível foi propositalmente excluído dos demais combustíveis abarcados pela essencialidade, daí não se autorizando interpretar, seja pela essencialidade, seja pela não essencialidade, a posição de quaisquer dos Entes Federativos.

Outrossim, por considerar importante, pontue-se a cláusula terceira do acordo, ora submetido à homologação, no sentido de que “ *os Estados e o DF renunciam expressamente a qualquer possibilidade de cobrar diferenças não pagas pelos contribuintes, pela desconformidade artificialmente criada pela média dos últimos 60 meses, e, na mesma medida, propõem que lhes seja assegurada que não poderão ser instados a restituir eventuais valores cobrados a maior, desde o período de início de efeitos da medida legal até 31 de dezembro de 2022* ”.

Evidentemente, trata-se de um *distinguishing* à interpretação conferida por esta Corte, em dois temas da sistemática da repercussão geral: tema 201 (RE 593.849, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 5.4.2017) e tema 1060 (ARE 1.222.648 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 26.9.2019), tratado no contexto de conferir segurança jurídica aos contribuintes de ICMS sobre combustíveis, que merece ser referendada e parabenizada, diante da insegurança jurídica que poderia ocasionar a cobrança retroativa pelos Estados. Essa é uma abertura interpretativa constitucional possível, em um contexto de crise do preço internacional dos combustíveis, cotejada com a atitude do Congresso Nacional ao editar as Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, aliado ao cenário de paridade internacional do preço do petróleo pela Petrobras, que merece ser chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.

Eventos dessa espécie propiciam abertura do Tribunal a uma pluralidade de ideias e pontos de vista, capitaneado pela segurança jurídica do tema em debate, mormente pela, em sua imensa maioria, proteção aos contribuintes. Realiza-se, assim, pela palavra e pelo exemplo, o postulado democrático de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição* . Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).

O acordo político-jurídico realizado nos autos, chancelado pelos Entes Federativos, à unanimidade, e ora homologado pelo Supremo Tribunal Federal, em duas ações de controle concentrado, passa a possuir eficácia

erga omnes e efeito vinculante, nos exatos termos ali postos, no afã de conferir segurança jurídica a todos os agentes públicos, em sentido amplo, envolvidos em seu processo de construção do consenso e aos contribuintes em geral.

Antes de encerrar o contexto da Comissão Especial, gostaria de parabenizar e agradecer a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para o bom êxito das negociações, em especial os que se destacaram: representando o Poder Executivo da União, o Ministro da Economia Paulo Guedes, o Advogado-Geral da União, Bruno Bianco Leal e os demais indicados pela União para participarem da Comissão Especial, mais notadamente, Adriano Martins de Paiva, Anne Caroline Marciquevik Alves, Adriano Chiari da Silva, Anelize Lenzi Ruas de Almeida, Daniela Ferreira Marques, Júlio Alexandre Menezes da Silva e João Daniel de Andrade Cascalho; representando a Presidência da Câmara dos Deputados, o Deputado Federal Danilo Forte, além da Advocacia da Câmara dos Deputados, Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva; representando o Senado Federal, os advogados Thomaz Gomma de Azevedo e Gabrielle Taith Pereira; representando os Estados, os Secretários de Fazenda Décio José Padilha da Cruz, Fernanda Mara de O. M. C. Pacobahyba, Felipe Salto, René de Oliveira e Sousa Júnior, Marco Aurélio Santos Cardoso e Leonardo Busato, além dos Procuradores de Estado Eduardo Cunha da Costa, Inês Coimbra, Ernani Médicis, Sérgio Pessoa, Ricardo Sefer e Vanessa Saraiva de Abreu e todos os demais membros da Comissão Especial.

Também elevo meus sinceros agradecimentos aos especialistas nomeados nos autos, que desempenharam seus encargos, gratuitamente, com empenho, denodo, maestria e enorme espírito público, contribuindo, tenazmente, para a consecução do acordo: Misabel Derzi, José Roberto Afonso, Élide Graziane Pinto, Clóvis Panzarini, Ricardo Varsano, Fernando Rezende, Everardo Maciel, Edilberto Pontes de Lima, Marcos Nóbrega, Paulo de Barros Carvalho e Isaías Coelho.

Registro, por fim, agradecimento especial ao Juiz Federal Diego Viegas Veras, magistrado auxiliar, e a Tarsila Ribeiro Marques Fernandes, assessora, ambos lotados em meu gabinete, que conduziram com profunda diligência e proficiência as interlocuções entre os atores envolvidos na composição.

Graças ao esforço de todos os participantes da Comissão Especial, atuante no âmbito do STF, conseguimos aperfeiçoar um modelo de aproximação, de negociação e de resolução do conflito, que se iniciou na

ADO 25 e culminou nessas ADI 7.191 e ADPF 984, entre as esferas federal, estadual e distrital. A Federação brasileira sai fortalecida e passa a ter mais um exemplo de cooperação institucional entre seus Entes integrantes, independentemente da coloração e das vertentes político-partidárias.

2) Desdobramentos e cumprimento do acordo

É de bom alvitre salientar que a autocomposição será objeto de acompanhamento por parte desta Corte, propondo-se a permanência da fiscalização do cumprimento deste acordo, tendo em vista que existem pontos, que foram repassados a um grupo de trabalho a ser criado, pelos próprios Entes Federativos, para os fins de execução das cláusulas quarta e quinta.

Já no que se refere à medida mitigadora prevista nos arts. 5º e 14, *caput*, e parágrafo único, do PLP 18/2022 (atual **Lei Complementar 194/2022**), o veto que a Presidência da República a ela opôs continua hígido, permanecendo, portanto, à espera de deliberação do Congresso Nacional. No ponto, foi acordado, inclusive, na cláusula sétima, qual seria a melhor definição jurídica sobre as disponibilidades financeiras, caso ocorra a derrubada do veto presidencial.

Sobre o ponto, transcrevo os motivos expendidos pelo Chefe do Poder Executivo quanto aos vetos aos arts. 5º e 14, *caput*, e parágrafo único, respectivamente:

“ Art. 5º do Projeto de Lei Complementar

‘Art. 5º. As vinculações relativas ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), previstas nos arts. 212 e 212-A da Constituição Federal, bem como as receitas vinculadas às ações e aos serviços de saúde, previstas nos incisos II e III do § 2º do art. 198 da Constituição Federal, serão mantidas pelos Estados e pelos Municípios, conforme o caso, na proporção da dedução dos contratos de dívida dos Estados administrada pela Secretaria do Tesouro Nacional ou dos contratos de dívida com aval da União, bem como na proporção da parcela de CFEM apropriada.’

Razões do veto

‘A proposição legislativa estabelece que as vinculações relativas ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, previstas nos art.

212 e art. 212-A da Constituição, bem como as receitas vinculadas às ações e aos serviços de saúde, previstas nos incisos II e III do § 2º do art. 198 da Constituição, seriam mantidas pelos Estados e pelos Municípios, conforme o caso, na proporção da dedução dos contratos de dívida dos Estados administrada pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Economia ou dos contratos de dívida com aval da União, bem como na proporção da parcela de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM apropriada.

Entretanto, a despeito da boa intenção do legislador, a medida contraria o interesse público, devido ao impacto fiscal de perda de receita primária da União relativa à CFEM, de forma que geraria impacto fiscal, especialmente, em 2023.

Ademais, a proposição contraria o interesse público, pois criaria compensações para a União ou despesas para os Estados e Municípios que ampliariam possíveis desequilíbrios financeiros.

(...)

Art. 14 do Projeto de Lei Complementar

‘Art. 14. Em caso de perda de recursos ocasionada por esta Lei Complementar, observado o disposto nos arts. 3º e 4º, a União compensará os demais entes da Federação para que os mínimos constitucionais da saúde e da educação e o Fundeb tenham as mesmas disponibilidades financeiras na comparação com a situação em vigor antes desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios beneficiários do disposto nos arts. 3º e 4º desta Lei Complementar deverão manter a execução proporcional de gastos mínimos constitucionais em saúde e em educação, inclusive quanto à destinação de recursos ao Fundeb, na comparação com a situação em vigor antes desta Lei Complementar.’

Razões do veto

‘A proposição legislativa estabelece que, em caso de perda de recursos ocasionada por esta Lei Complementar, observado o disposto nos art. 3º e art. 4º, a União compensaria os demais entes da Federação para que os mínimos constitucionais da saúde e da educação e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica - Fundeb tivessem as mesmas disponibilidades financeiras na comparação com a situação em vigor antes desta Lei Complementar. Ademais, estabelece que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios beneficiários do disposto nos art. 3º e art. 4º desta Lei Complementar deveriam manter a execução proporcional de gastos mínimos constitucionais em saúde e em educação, inclusive quanto à destinação de recursos ao Fundeb, na comparação com a situação em vigor antes desta Lei Complementar.

Entretanto, em que pese o mérito da proposta, a proposição legislativa contraria o interesse público, ao permitir a criação de

despesa pública de caráter continuado, diferente das medidas temporárias aprovadas nos outros artigos da mesma proposição, bem como ao estabelecer que a União compensaria os entes da federação, sem prazo definido, para que os mínimos constitucionais da saúde e da educação e o Fundeb tivessem as mesmas disponibilidades financeiras na comparação com a situação em vigor antes da Lei Complementar.

Ademais, a proposição criaria compensações para a União e despesas para os Estados e Municípios que poderiam ampliar possíveis desequilíbrios financeiros'. " (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-324-22.htm. Acesso em: 13.12.2022, grifos no original)

Esse tema persiste caro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, merecendo a continuidade do acompanhamento por esta Corte do que sucederá em cumprimento às cláusulas quarta e quinta.

Destaque-se que os pontos, os quais envolvem o grupo de trabalho, como técnica de negociação, igualmente autocompositiva, também são chancelados, nos exatos termos em que acordados, sob condição de ulterior análise pelo Supremo Tribunal Federal do que exurgirá como resultado desses trabalhos, considerando que remanescem os desdobramentos do que advirá, no plano empírico, das cláusulas quarta e quintas.

Por fim, em atenção ao Ofício do Deputado Danilo Forte (eDOC 654), no sentido de que *“Ante a pendência desses debates [no grupo de trabalho], nos preocupa a iminência do aumento das alíquotas modais de ICMS pelos Governos Estaduais, publicamente anunciadas”,* destacando que *“O aumento das alíquotas poderá penalizar sobremaneira os consumidores e ensejar, inclusive, o aumento também das alíquotas de bens essenciais discutidos nestes autos”,* além de que *“terão indubitavelmente impacto sobre a inflação que afeta as famílias, a qual atinge de maneira particularmente intensa os cidadãos de menor renda”,* registro que a Constituição Federal já dispõe de mecanismo político-jurídico para conferir resposta a essa preocupação efetiva (que também comungo), caso os Estados e o Distrito Federal exorbitem do poder tributante ao fixarem alíquotas, inclusive no campo modal.

É a previsão contida no art. 155, § 2º, V, alínea “b”, da CF, a saber:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

V - **é facultado** ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) **fixar alíquotas máximas** nas mesmas operações **para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados**, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros". (grifo nosso)

Esse debate não passou a largo da Comissão Especial, tendo o juiz auxiliar, que designei para exercer a mediação/conciliação, expressamente explicitado que **inexistem dúvidas de que se está, no contexto das Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, diante de um conflito específico que envolva interesse de Estados**, que pode se agravar, a depender da atuação dos Entes Estaduais e Distrital.

Evidente que não se está autorizando o Senado Federal a atuar indiscriminadamente, mas apenas registrando que existe um caminho possível, do ponto de vista jurídico, que está à disposição da sociedade brasileira, caso se mostre necessário, o qual foi gestado pelo Poder Constituinte Originário. Mas ressalto que aqui – e considerando o contexto até então presente nos autos –, não é o momento apropriado para esse debate, o qual poderá surgir no futuro próximo.

3) Voto

Ante o exposto, submeto à Corte a homologação do acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital para encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis acerca do aperfeiçoamento legislativo nas Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, devendo a União apresentar o correspondente PLP, para fins de cumprimento do acordado, além de o Tribunal de Contas da União ser comunicado do resultado deste julgamento.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 14/12/2022 00:00