

24/11/2016

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Senhora Presidente, a questão constitucional trazida à baila neste julgamento diz respeito à omissão legislativa, por parte do Congresso Nacional, em relação à edição da lei complementar prevista no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Dividi meu voto em quatro partes para facilitar a compreensão da matéria: (I) Legitimidade ativa e pertinência temática; (II) Federalismo fiscal e partilha de recursos; (III) Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003; (IV) Omissão inconstitucional e (V) Técnica de decisão.

**I**

**Legitimidade ativa e pertinência temática**

A presente ação direta foi proposta pelo Governador do Estado do Pará em face de alegada omissão inconstitucional que estaria consubstanciada no descumprimento do art. 91 do ADCT.

A legitimidade do requerente encontra fundamento na previsão do art. 103, V, da Constituição Federal, reforçada pelo art. 12-A da Lei 9.868/99.

Também entendo plenamente atendido o requisito de pertinência temática na espécie, haja vista a inegável repercussão da norma faltante no erário paraense.

Como é cediço, a jurisprudência deste Tribunal afirma a necessidade de pertinência entre o objeto da ação de inconstitucionalidade e a defesa do interesse em causa. No caso dos governadores, a legitimidade está

## **ADO 25 / DF**

condicionada à repercussão do ato normativo impugnado nas atividades de interesse dos estados (ADI 2656-SP, Min. Rel. Maurício Corrêa, DJe 1.8.2003).

Na espécie, depreende-se o atendimento do requisito da pertinência temática em face dos alegados prejuízos que afirma ter sofrido a Fazenda Pública paraense, tendo em vista sua condição de estado exportador de produtos primários e semielaborados.

Atendidos, portanto, os requisitos de legitimidade e pertinência temática.

Passo ao exame do mérito.

### **II**

#### **Federalismo Fiscal e Partilha de Recursos**

Senhores Ministros, a questão constitucional examinada nesta ação relaciona-se com temas centrais do nosso federalismo, tais como a autonomia financeira e a partilha dos recursos tributários.

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, entres 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.

Pois bem. Para enfrentar o objeto desta demanda, 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

## ADO 25 / DF

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 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, seriam destinados 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

## ADO 25 / DF

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 n. 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

## ADO 25 / DF

estímulo ao emprego de contribuições.

A tabela e o gráfico a seguir ilustram que, a partir do Plano Real, houve um incremento da participação das 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.

Ano	Receita de Contribuições	Receitas Tributárias
1994	29,18%	25,99%
1995	44,98%	37,60%
1996	50,57%	34,15%
1997	52,97%	33,44%
1998	46,77%	33,87%
1999	52,16%	34,25%
2000	55,33%	31,16%
2001	55,67%	31,65%
2002	56,42%	31,44%
2003	58,80%	29,96%
2004	60,81%	28,55%
2005	58,76%	29,40%
2006	54,91%	29,02%
2007	55,35%	30,29%
2008	50,59%	33,60%
2009	51,64%	31,02%
2010	53,41%	31,65%
2011	52,97%	32,89%
2012	52,03%	30,64%
2013	52,69%	30,83%
2014	53,96%	32,21%
2015	53,67%	33,11%
2016	54,92%	33,00%

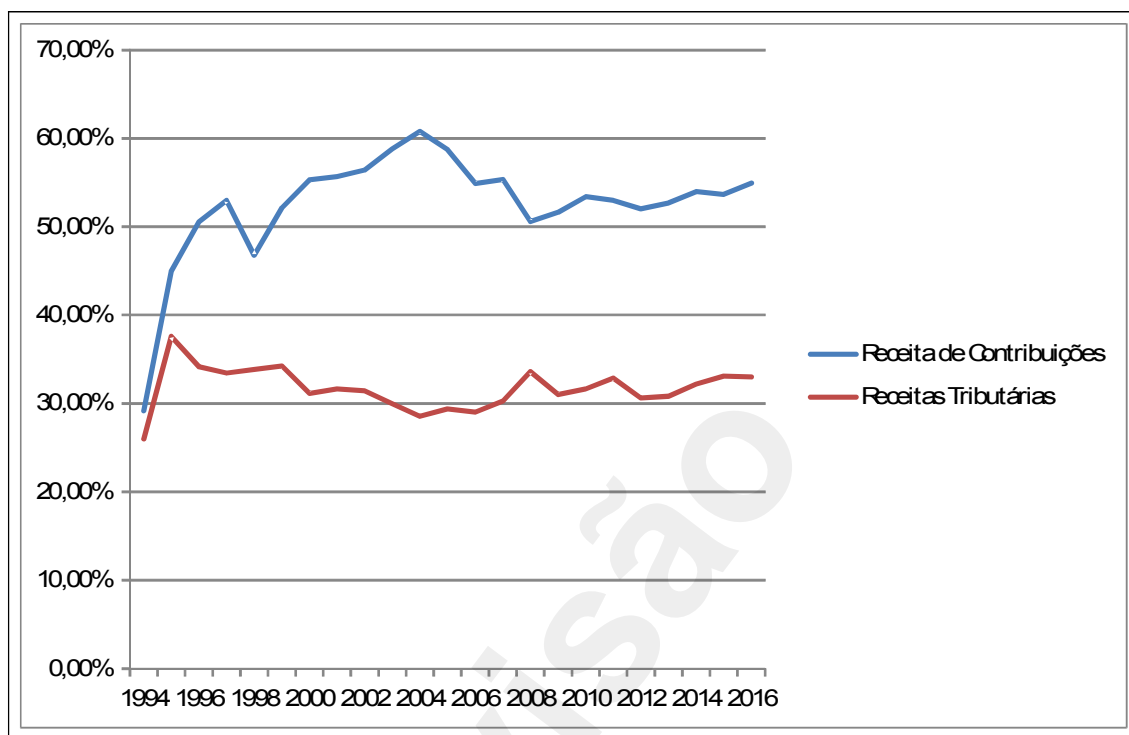


Tabela: Participação das Receitas de Contribuições e Tributárias no total de Receitas Correntes da União (Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – Ministério da Fazenda – Séries Históricas)

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

## **ADO 25 / DF**

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.

Dito isso, passo ao exame propriamente do contexto que seu ensejo à edição da EC 42/2003, do esforço de desoneração de exportações, que acabou dando lugar à controvérsia dos autos, e do impacto que essas medidas produziram nas finanças dos estados, que ora examinamos.

### **III**

#### **Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003**

Para compreender o objeto desta ação direta, é preciso voltar um pouco no tempo e dar conta do processo de desoneração das exportações conduzido pelo Governo brasileiro nas últimas décadas, especialmente por meio da Lei Complementar 87/1996 e da Emenda Constitucional 42/2003.

A disposição indicada como parâmetro para a omissão impugnada – o art. 91 do ADCT – não constava da redação original da Constituição Federal de 1988. Foi incluída pela Emenda Constitucional 42/2003, que, entre outras alterações, modificou também o art. 155, § 2º, X, *a*, do texto constitucional, para excluir a incidência do ICMS nas operações de exportação.

## ADO 25 / DF

A redação original do art. 155, § 2º, X, *a*, da Constituição Federal de 1988 não excluía a incidência do ICMS sobre as operações de exportação de produtos primários. Determinava apenas que o imposto não haveria de se aplicar sobre operações que destinassem ao exterior produtos industrializados e sobre os produtos semielaborados “definidos em lei complementar”.

Era este o teor do dispositivo:

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

I - impostos sobre:

a) transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

b) 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 I, b, atenderá ao seguinte:

X - não incidirá:

**a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar; (...).”**

O conceito de produto “semielaborado” foi inicialmente estabelecido pelo Convênio 66/1988, do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), e, ao depois, pela Lei Complementar 65, de 1991.

Anos mais tarde, a edição da Lei Complementar 87/1996 veio ampliar a desoneração do ICMS em relação às exportações, a fim de alcançar também os produtos primários e semielaborados. O preceito do art. 3º, II, de modo irrestrito, afasta a incidência do imposto sobre “operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços”.

A mesma lei complementar, no art. 32, assegura também o aproveitamento do crédito relativo ao imposto pago nas etapas



## ADO 25 / DF

anteriores, quanto aos insumos utilizados na produção das mercadorias industrializadas e semi-elaboradas destinadas ao exterior.

Transcrevo os dispositivos citados:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

[...] II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;”

“Art. 32. A partir da data de publicação desta Lei Complementar:

I - o imposto não incidirá sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, bem como sobre prestações de serviços para o exterior;

**II - darão direito de crédito, que não será objeto de estorno, as mercadorias entradas no estabelecimento para integração ou consumo em processo de produção de mercadorias industrializadas, inclusive semi-elaboradas, destinadas ao exterior;**

III - entra em vigor o disposto no Anexo integrante desta Lei Complementar”.

A LC 87/1996, por outro lado, atribuiu à União o dever de entregar mensalmente aos estados e ao Distrito Federal recursos, nos moldes previstos no Anexo que a acompanha, levando-se em conta o produto da arrecadação no período de junho de 1995 a junho de 1996.

É a redação original do art. 31 da LC 87/1996:

“Art. 31. Até o exercício financeiro de 2.002, inclusive, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os limites, os critérios, os prazos e as demais condições fixados no Anexo desta Lei Complementar, com base no produto da arrecadação estadual efetivamente realizada do imposto sobre operações relativas à circulação de

## ADO 25 / DF

mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive”.

A regra, que deveria perdurar até 2002, foi prorrogada pelas Leis Complementares 102/2000 e 115/2002, até sua definitiva elevação ao plano constitucional por força da Emenda Constitucional 42/2003.

A redação dada pela Lei Complementar 115/2002 tem o seguinte teor:

“Art. 31. Nos exercícios financeiros de 2003 a 2006, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os montantes, os critérios, os prazos e as demais condições fixadas no Anexo desta Lei Complementar.

§ 1º Do montante de recursos que couber a cada Estado, a União entregará, diretamente:

I - setenta e cinco por cento ao próprio Estado; e

II - vinte e cinco por cento aos respectivos Municípios, de acordo com os critérios previstos no parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal.

§ 2º Para atender ao disposto no **caput**, os recursos do Tesouro Nacional serão provenientes:

I - da emissão de títulos de sua responsabilidade, ficando autorizada, desde já, a inclusão nas leis orçamentárias anuais de estimativa de receita decorrente dessas emissões, bem como de dotação até os montantes anuais previstos no Anexo, não se aplicando neste caso, desde que atendidas as condições e os limites globais fixados pelo Senado Federal, quaisquer restrições ao acréscimo que acarretará no endividamento da União;

II - de outras fontes de recursos.

§ 3º A entrega dos recursos a cada unidade federada, na forma e condições detalhadas no Anexo, especialmente no seu item 3, será satisfeita, primeiro, para efeito de pagamento ou compensação da dívida da respectiva unidade, inclusive de sua administração indireta, vencida e não paga junto à União, bem como para o ressarcimento à União de despesas decorrentes de

## ADO 25 / DF

eventuais garantias honradas de operações de crédito externas. O saldo remanescente, se houver, será creditado em moeda corrente.

§ 4º A entrega dos recursos a cada unidade federada, na forma e condições detalhadas no Anexo, subordina-se à existência de disponibilidades orçamentárias consignadas a essa finalidade na respectiva Lei Orçamentária Anual da União, inclusive eventuais créditos adicionais.

§ 5º Para efeito da apuração de que trata o art. 4º da Lei Complementar n. 65, de 15 de abril de 1991, será considerado o valor das respectivas exportações de produtos industrializados, inclusive de semi-elaborados, não submetidas à incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, em 31 de julho de 1996”.

A Lei Complementar 115/2002 alterou também o teor do Anexo que acompanha a LC 87/1996 e, pode-se dizer, a própria natureza das transferências em questão.

É que, na redação original da LC 87/1996 e na redação dada pela 102/2000, o fundo tinha claro sentido de “seguro-receita” ou “seguro-garantia”, na medida em que o cálculo dos valores que deveriam ser transferidos pela União tinha direta relação com o montante que os Estados deixaram de arrecadar em razão da desoneração das exportações.

A lógica da LC 115/2002 é um tanto diversa. Deixou-se de lado a correlação direta entre transferências federais e perda de arrecadação estadual, passando-se a discriminação dos montantes ao plano da discricionariedade política.

A mudança, aliás, fica clara quando se observa o teor do Anexo modificado pela LC 115/2002:

“1. A entrega de recursos a que se refere o art. 31 da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, será realizada da seguinte forma:

1.1. a União entregará aos Estados e aos seus Municípios,

## ADO 25 / DF

no exercício financeiro de 2003, o valor de até R\$ 3.900.000.000,00 (três bilhões e novecentos milhões de reais), desde que respeitada a dotação consignada da Lei Orçamentária Anual da União de 2003 e eventuais créditos adicionais;

1.2. nos exercícios financeiros de 2004 a 2006, a União entregará aos Estados e aos seus Municípios os montantes consignados a essa finalidade nas correspondentes Leis Orçamentárias Anuais da União; [...]”.

Essa alteração de natureza e escopo dos recursos transferidos com base no art. 31 da LC 87/1996, em suas diferentes redações, é sintetizada por Fernando Facury Scaff, nos seguintes termos:

“Como visto, a Lei Kandir atendia às reivindicações do setor produtivo exportador, pois acabava com a incidência tributária sobre as exportações, objeto de normas criadas pelos Secretários de Fazenda no âmbito do CONFAZ, e permitia que os créditos de ICMS decorrentes desta operação exportadora fossem mantidos.

Porém os Estados usaram seu poder político para a obtenção de compensações — ainda mais porque a Lei Kandir previa queda na arrecadação do ICMS e a obrigação de respeitar o crédito decorrente das operações anteriores à exportação, duas medidas que impactariam negativamente a arrecadação estadual.

Esta compensação pleiteada pelos Estados — e que passou a ser conhecida como o *Fundo da Lei Kandir* — aparece no art. 32, no qual se constata a reafirmação das duas normas acima transcritas — a exonerativa das exportações e a que mantinha os créditos referentes aos insumos anteriores à exportação —, ao lado da aprovação de um Anexo que estabelecia um repasse orçamentário de créditos da União aos Estados, calculado sobre as perdas que estes teriam com estas duas medidas.

7. Aqui se abre um espaço para análise dos repasses da Lei Kandir, suas finalidades, duração e mutações ao longo de sua

existência.

Para tanto, é necessário analisar as diversas alterações pelas quais esta norma passou e sua eficácia. Inicialmente tais créditos se constituíram em uma espécie de 'seguro garantia' ou 'seguro receita', considerado o período que se inicia na data de publicação da Lei Complementar nº 87, setembro de 1996, até 2002, no qual constava que a União entregaria aos Estados e seus Municípios, consoante critérios estabelecidos no referido Anexo, parcela correspondente à arrecadação efetivamente realizada no período entre julho de 1995 e junho de 1996, inclusive.

[...] Diz-se ser uma espécie de 'seguro garantia' porque os cálculos realizados tinham por pertinência a correlação entre o que os Estados deixariam de receber de ICMS em decorrência da exportação de produtos semielaborados, pertinentes ao período acima mencionado, bem como os créditos de ICMS que seriam reconhecidos aos exportadores. Logo, havia correlação entre o que os Estados 'deixavam de arrecadar' e o que a União se comprometia a lhes transferir. [...]

10. A Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000, manteve a lógica de vincular estas transferências intergovernamentais às perdas que os Estados tiveram com a desoneração das exportações. Estas projeções deveriam ser feitas pelo CONFAZ. Caso não fossem feitas, deveria vigorar o que antes existia, corrigido monetariamente. [...]

11 Posteriormente esta sistemática de cálculo foi alterada. Passou de 'seguro garantia' para uma espécie de 'livre negociação política'. Isto ocorreu através da Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002, e permanece até os dias atuais.

Passou a ser transferido não mais um valor apurado de conformidade com as perdas nas exportações, mas um valor aleatório estabelecido pelo jogo de forças político, consignado como crédito orçamentário. Deixou de existir a correlação entre o que havia sido desonerado das exportações e compensado aos exportadores através do reconhecimento de créditos.

12 Estas disposições da Lei Complementar nº 115/02 deveriam vigorar até 2006. Porém, para evitar negociações periódicas no Parlamento, este Fundo Orçamentário foi constitucionalizado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, transformando-se no art. 91 do ADCT, até que o ICMS ‘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’, **ou que venha a ser editada a Lei Complementar em que isso seja regulado**. Como não se tem o menor horizonte para que isso ocorra, na prática estas transferências foram perenizadas na forma da Lei Complementar nº 115/02, restando apenas ao jogo de pressão política a definição do valor anual a ser transferido”.

(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 – RFDFE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012)

Pois bem. Traçar esse pano de fundo e apontar o histórico dessa sucessão de atos normativos é importante para entender o sentido e o contexto da edição da EC 42/2003, principal parâmetro da ação direta ora em julgamento.

Não parece exagero afirmar que a edição da Emenda acabou por *eleva*r ao plano constitucional tanto o esforço de desoneração que já se via nos arts. 3º e 32 da Lei Complementar 87/1996 quanto a obrigatoriedade de repasses mensais a cargo da União constante da mesma lei.

Com a EC 42/2003, alterou-se a redação alínea “a” do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para remover completamente as exportações brasileiras do campo de incidência do ICMS. Ficam livres do imposto quaisquer “operações que destinem mercadorias para o exterior”, e garantem-se também a “a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”.

O dispositivo passou a vigorar com a seguinte redação:

“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; [...]

X - não incidirá:

a) **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**; (...).”

É claro que introduzir no altiplano constitucional a previsão de não incidência do ICMS em relação às operações que destinem mercadorias ao exterior tem um sentido técnico específico, que é o de criar uma imunidade constitucional. Essa “não incidência constitucionalmente qualificada” – como diz José Souto Maior Borges – , representa, a rigor, uma imunidade, uma redução do alcance da norma de competência do art. 155, II, da Constituição Federal. (BORGES, José Souto. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 183).

A respeito desse objetivo de “elevar” a desoneração das exportações ao patamar constitucional, não deixa dúvidas a Exposição de Motivos Interministerial n. 84/MF/C. Civil, que acompanhou a PEC 41/2003, apresentada pela Presidência da República, e que resultou, como é cediço, na EC 42/2003.

Consta do documento o seguinte:

“Submetemos à apreciação de Vossa Excelência a inclusa Proposta de Emenda Constitucional que altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

O tema ‘Reforma Tributária’ tem sido recorrente nos debates nacionais, do ponto de vista do plano político, econômico ou social brasileiro, sem, entretanto, lograr-se êxito na efetivação das mudanças almejadas para a simplificação e a

racionalização do Sistema Tributário Nacional.

Todavia, está claro que o Brasil necessita dessa reforma estrutural para elevação de sua eficiência econômica, estimulando a produção, o investimento produtivo e a geração de emprego e de renda.

Na busca da efetiva realização dessa reforma, foram desenvolvidos diversos debates sobre o tema, especialmente no âmbito do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, que congrega cidadãos atuantes da sociedade civil organizada e, também, com representações dos governos municipais e estaduais. [...]

No tocante ao imposto de competência estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), tem-se, atualmente, um quadro de grande complexidade da legislação. Cada um dos Estados mantém a sua própria regulamentação, formando um complexo de 27 (vinte e sete) diferentes legislações a serem observadas pelos contribuintes. Agrava esse cenário a grande diversidade de alíquotas e de benefícios fiscais, o que caracteriza o quadro denominado de 'guerra fiscal'.

Tais circunstâncias trazem prejuízos ao cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes, dificultam a administração, a arrecadação e a fiscalização do imposto e remetem, ainda, a graves problemas econômicos, pois os diferentes tratamentos estabelecidos provocam, muitas vezes, desequilíbrios concorrenciais e insegurança na definição de investimentos.

Para reversão desse quadro, atentando para a preservação da competência estadual desse tributo, propõe-se a uniformização das legislações, com regulação do imposto exclusivamente por normas de caráter nacional. Assim, o ICMS passará a ser regulado por lei complementar e por regulamento editado por órgão colegiado composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, sendo vedada adoção de norma estadual autônoma.[...]



**Propõe-se, ainda, elevar-se à sede constitucional a desoneração das exportações, assegurando-se o aproveitamento ou a manutenção dos créditos relativos aos insumos dos produtos exportados, situação que atualmente está regulada em lei complementar”.**

As modificações – não é difícil perceber – fizeram-se em prejuízo da competência e da arrecadação tributária dos estados-membros. A nova disposição introduzida – *rectius*: modificada – pela EC 42/2003, ao afastar a possibilidade de cobrança do ICMS em relação às operações que destinem mercadorias para o exterior, redefiniu os limites da competência tributária estadual, reduzindo-a, com o evidente escopo de induzir, pela via da desoneração, as exportações brasileiras.

Quero dar ênfase a esse ponto. O esforço de desoneração das exportações, em termos técnicos, ocorreu mediante alteração (leia-se: redução) dos limites da competência tributária estadual. Ou seja, deu-se em prejuízo de uma fonte de receitas públicas estaduais.

Originariamente, os estados e o Distrito Federal *poderiam* cobrar ICMS em relação às operações que destinassem ao exterior produtos primários. Agora, não mais.

Então, se, de um lado, é certo que a modificação prestigia e incentiva as exportações, em prol de toda Federação, de outro, não é menos verdade que a nova regra afeta uma fonte de recursos dos estados e haveria de trazer consequências severas especialmente para aqueles que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários.

Por isso, em contrapartida, para compensar a perda de arrecadação que naturalmente haveria de decorrer da desoneração das exportações imposta pela EC 42/2003, esta estabeleceu, no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União em favor dos estados e do Distrito Federal.

Eis a norma cujo descumprimento se alega na presente ação:

“Art. 91. A União **entregará** aos Estados e ao Distrito

## ADO 25 / DF

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 semi-elaborados, 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”.

O dispositivo não constava da redação original da Proposta de Emenda Constitucional enviada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República (PEC 41/2003). A redação do art. 3º da proposição limitava-se a prever o seguinte:

“Art. 90. A lei complementar que disciplinar o imposto

previsto no art. 155, II, da Constituição, com a redação dada por esta Emenda, disporá sobre o regime de transição, observado o seguinte:

I - para efeito de aplicação do disposto no art. 155, § 2º, VI, “c”, da Constituição, com a redação dada por esta Emenda, poderá prever a implantação gradual, por mercadoria, bem ou serviço, dessa exigência, no decurso do prazo de dois anos, contados do início da exigência do imposto na forma dada por esta Emenda;

II - fixará prazos máximos de vigência para incentivos e benefícios fiscais, definindo também as regras vigentes à época da concessão, que permanecerão aplicáveis;

**III - poderá criar fundos ou outros mecanismos necessários à consecução da transição.**

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I, relativamente às operações e prestações interestaduais para as quais não se estabelecer a referida exigência, poderão ser mantidos os tratamentos previstos no art. 155, § 2º, VII, VIII e XI, da Constituição, com a redação anterior a esta Emenda”.

Durante a tramitação da proposição no Congresso Nacional, no entanto, ficou evidente a necessidade de instituírem-se mecanismos de compensação para a perda de arrecadação suportada pelos estados exportadores à maneira do que já se havia estabelecido no art. 31 Lei Complementar n. 87 (atualmente com redação dada pela LC 115/2002).

A propósito, consta do parecer do Deputado Osmar Serraglio, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, hoje Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), o seguinte:

“A segunda dissimetria, que me parece inegável, foi claramente percebida e assumida ruidosamente por todos que reivindicam a previsão constitucional de **fundo de compensação** aos Estados exportadores, medida simétrica à constitucionalização da exoneração total das exportações, o que

se afigura procedente, a meu ver, se não de um ponto de vista puramente teórico, pelo menos do ponto de vista da nossa prática constitucional positiva.

Assim, ainda que se possa alegar, especulativamente, que uma política de ressarcimento perene aos Estados exportadores seria inconsistente, contraditória, com uma adesão plena ao princípio da não-exportação de impostos, materializado na exoneração total das exportações, temos a seguinte situação de fato, a saber, que a exoneração constitucional em vigor abrange apenas os produtos industrializados, e prevê compensação perene aos Estados exportadores de produtos industrializados, financiada com 10 % da arrecadação do IPI, não cabendo mais discutir se mal ou bem, pois que é uma correlação constitucional vigente, indiscutível porquanto santificada pelo Constituinte originário.

Ao propor a constitucionalização plena da exoneração das exportações, incorporando preceito da chamada Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC 102/00 e LC 115/02), não há como, simetricamente, deixar de cogitar da constitucionalização do fundo compensatório correlativo, dado o precedente indiscutível do art. 159, II, da CF em vigor. O precedente desautoriza o argumento de que o fundo compensatório da Lei Kandir tinha sido previsto para durar por prazo certo, na suposição de que, com o tempo, as perdas se diluiriam diante do aumento da atividade econômica e, junto a ela, do incremento dos ingressos tributários, decorrente do crescimento das exportações. O precedente do art. 159, II, pode ser um mal, numa avaliação puramente teórica, mas persiste, do ponto de vista da análise constitucional, como um molde constitucional irrecusável e indiscutível.

Isso posto, atendendo às reivindicações mais numerosas, parece conveniente sugerir à Comissão Especial a incorporação, na altura do art. 159, I, 'e', de previsão de fundo compensatório aos Estados exportadores, nos moldes do que consta hoje nas leis complementares mencionadas, para sanear possível assimetria no texto constitucional."

## ADO 25 / DF

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.

O fato é que a necessária lei complementar, prevista no *caput* do art. 91, nunca foi editada e, até hoje, segue sendo aplicada a regra – que deveria ser temporária – prevista no § 3º do art. 91. Ou seja, permanece *“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”*.

Posta a questão nesses termos, penso que já está bem claro o contexto da alteração constitucional promovida pela EC 42/2003 e a finalidade da regra prevista no art. 91 do ADCT.

Resta, então, definir, se considerado esse contexto, a falta da lei complementar prevista nessa norma configura omissão constitucional a ser tutelada pela via da ação direta.

### IV

#### O problema da omissão inconstitucional

Tenho dito e repetido que a problemática da inconstitucionalidade

## ADO 25 / DF

por omissão está entre os mais tormentosos e, ao mesmo tempo, mais fascinantes temas do Direito Constitucional moderno. De um lado, envolve o problema da concretização da Constituição pelo legislador – e todas as questões de eficácia aí implicadas – e desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Essas e outras indagações desafiam a dogmática jurídica aqui e alhures. É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo e a natureza desses institutos.

Todos aqueles que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental, sobretudo, para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito Democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional, sejam estes órgãos legislativos ou administrativos.

## ADO 25 / DF

No caso em tela, a omissão inconstitucional diz respeito à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT. Há principalmente dois argumentos com os quais se pretende afastar a omissão legislativa e, por conseguinte, a inconstitucionalidade no caso em tela.

O **primeiro** é a existência de projetos de lei complementar tramitando no Congresso Nacional com o fito de regulamentar a entrega dos recursos prevista no art. 91 do ADCT.

O **segundo** é que a previsão do § 3º do art. 91 manda aplicar temporariamente a regra do art. 31 da LC 87/1996, o que afastaria o vácuo legislativo.

Penso que nenhuma das razões é suficiente para afastar o estado de inconstitucionalidade no caso em julgamento. Ambas inclusive já foram rechaçadas pela jurisprudência deste Tribunal em outras oportunidades, como passo a expor.

O **primeiro argumento** tem relação direta com o problema da *inertia deliberandi*, questão que, segundo penso, ainda está a merecer particular atenção de nossa doutrina e jurisprudência.

Arrola a Advocacia-Geral da União, em memorial apresentado a este Tribunal, diversas proposições já arquivadas ou ainda em tramitação sobre a matéria dos autos, a saber: Projeto de Lei do Senado n. 104/2004; Projeto de Lei do Senado n. 272/07; Projeto de Lei do Senado n. 312/2013; Projeto de Lei do Senado n. 288/2016 e inclusive uma Proposta de Emenda à Constituição n. 68/20015.

Vejam, Senhores Ministros, enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de

## ADO 25 / DF

prazo.

*Quid juris*, então, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação? Ter-se-ia aqui uma omissão passível de vir a ser considerada morosa no processo de controle abstrato da omissão?

É justamente disso que se trata no caso em tela.

O fato de existirem, em tramitação atualmente no Congresso Nacional, algumas proposições acerca do tema não é suficiente para afastar a inércia legislativa, passados dez anos da promulgação da EC 42/2003?

Penso que a resposta deve ser negativa.

É verdade que existem precedentes deste Tribunal no sentido de considerar que, desencadeado o processo legislativo, não haveria de se cogitar de omissão inconstitucional do legislador. Foi o que se decidiu, por exemplo, na ADI 2495, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002, assim ementada:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CARTARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada”.

Em julgados mais recentes, no entanto, a posição adotada pelo Tribunal foi outra. Deu-se à omissão inconstitucional sentido mais amplo, para admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Vale dizer, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade por omissão.



## ADO 25 / DF

Foi essa a posição que prevaleceu, por unanimidade, na ADI 3.682, de minha relatoria, DJ 6.9.2007. Tratava-se de ação ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso contra o Congresso Nacional, em razão da mora na elaboração da lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4º, da CF, na redação da EC n. 15/96 – *“A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal (...)”*.

Não obstante os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das duas Casas Legislativas, entendeu-se que a inércia legislativa também poderia configurar omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional, na hipótese de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação. No caso, o lapso temporal de mais de dez anos desde a data da publicação da EC 15/96 evidenciou a inatividade do legislador.

Ademais, a omissão legislativa produziu incontestáveis efeitos durante o longo tempo transcorrido, no qual vários estados-membros legislaram sobre o tema e diversos municípios foram efetivamente criados com base em requisitos definidos em antigas legislações estaduais, alguns, inclusive, declarados inconstitucionais pelo STF.

O julgamento está assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de

inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”.

A questão constitucional, vê-se, não é muito diferente da que se apresenta neste julgamento. Aqui, também existe um dever constitucional de legislar, previsto no art. 91 do ADCT, e uma omissão legislativa que já

## ADO 25 / DF

perdura por mais de dez anos e traz consequências econômicas relevantes, de forma, aliás, particularmente significativa em relação a certos estados da Federação, como parece ser o caso do Pará.

Afirma o Estado requerente que esses prejuízos chegariam a R\$ 15 bilhões, de 1996 a 2012:

“Se o Pará pudesse ter exigido o ICMS sobre os produtos exportados entre os anos de 1996 e 2012, teria arrecadado um total de R\$ 20,5 BILHÕES de reais. A compensação para paga pela União foi de apenas R\$ 5,5 BILHÕES no período [...], acarretando um real prejuízo de R\$ 15 BILHÕES aos cofres públicos paraenses”. (fl. 25)

O impacto não ficaria circunscrito ao Estado requerente. Minas Gerais, por exemplo, na mesma linha, alega ter perdas, no mesmo período, da ordem de R\$ 46,786 bilhões.

Enfim, sejam ou não esses valores exatos, o fato é que a omissão constitucional existe e já perdura por mais de uma década. Neste caso, como naquele, não se há de afastar a mora legislativa simplesmente porque tramitam no Congresso Nacional projetos de lei complementar relativos à matéria em debate.

Há omissão, há estado de inconstitucionalidade.

O **segundo argumento**, como já adiantei, pretende afastar a omissão em face da aplicação das regras temporárias previstas nos § 2º e § 3º do art. 91 do ADCT, os quais dispõem:

“§ 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

## ADO 25 / DF

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”.

Nesse ponto, *mutatis mutandis*, o caso em tela guarda certa semelhança com a questão constitucional julgada na ADI 875, de minha relatoria, DJ 30.4.2010.

Naquele julgamento, discutia-se a constitucionalidade dos critérios de partilha do Fundo de Participação dos Estados (FPE) fixados pela LC 62, ao argumento de que os coeficientes estabelecidos para vigorar de forma provisória não mais refletiam a realidade socioeconômica atual, tampouco estavam de acordo com o objetivo constitucional do Fundo, previsto no art. 161, II, da Constituição Federal.

A decisão está assim ementada:

“Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012”.

Aqui, como no julgamento da ADI 875, embora falte a lei complementar exigida pela Constituição, a legislação em vigor traz critérios provisórios para os repasses. Naquele caso, os critérios ou

## ADO 25 / DF

coeficientes eram os previstos no Anexo Único da Lei Complementar 61, que deveria vigorar até 1991, mas permaneceram intocados até 2013.

No caso ora em julgamento, como já vimos, os critérios estão no art. 31 e Anexo da Lei Complementar 87/1996, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar 115, de 26 de dezembro de 2002.

Ora, o fato de a Emenda ter disposto critérios provisórios para o repasse não configura razão suficiente para afastar a omissão inconstitucional em questão. Ao contrário: o sentido de provisoriedade estampado no teor do § 2º do art. 91 só confirma a omissão do Congresso Nacional na matéria. Não tem o condão de convalidá-la.

Desse modo, penso que está, sim, configurado o estado de inconstitucionalidade por omissão, em razão da mora legislativa, consubstanciada na falta da lei complementar a que se refere o art. 91 do ADCT.

### V

#### Técnica de Decisão

Os julgamentos em ação direta de inconstitucionalidade por omissão costumam trazer significativo desafio para o intérprete constitucional, não apenas quanto a definir se há, de fato, estado de inconstitucionalidade por omissão mas também para encontrar a solução que possa sanar de maneira mais eficiente a omissão aventada.

No caso em tela, a superação do estado de inconstitucionalidade combatido decerto não há de se fazer com a mera declaração da mora legislativa e da *inertia deliberandi* por parte do Congresso Nacional.

É fundamental que o Poder Legislativo seja, realmente, instado a legislar, editando, finalmente, a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT.

**Assim, como já adiantei, meu voto é no sentido de julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, por conseguinte, reconhecer a mora do Congresso Nacional quanto à**

**edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que seja sanada a omissão.**

A grande questão reside na forma de dar efetividade à decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade.

Um tribunal apenas terá efetivo poder caso possa, além de conceder a tutela requerida pelo jurisdicionado, garantir também que suas decisões sejam executadas. Com uma Corte Constitucional isso não é diferente. Seus acórdãos não devem servir apenas para declarar ou solucionar determinada situação jurídica, mas para serem efetivamente cumpridos.

Na realidade constitucional brasileira, atormenta-nos o risco de julgados do Supremo Tribunal Federal estarem se transformando em meros discursos lítero-poéticos. Isso porque, a despeito da força normativa de que dispõem, o efetivo cumprimento de importantes acórdãos tem se mostrado sonho cada vez mais distante.

As dificuldades de se garantir *enforcement* às decisões se mostram ainda dramáticas quando a decisão prescreve obrigações a serem cumpridas pelo Poder Público.

Na revisão judicial de políticas públicas, por exemplo, é pouco comum que se estabeleçam mecanismos eficientes de controle da implementação, por parte do Poder Executivo, das medidas necessárias à adequação da política em curso aos parâmetros constitucionais.

Vislumbra-se no Direito Comparado situações em que a Lei de Organização da própria Corte Constitucional prevê mecanismos que lhe permitem melhor velar pelo cumprimento das suas decisões.

A *Ley Orgánica* nº 15, de 2015, do Tribunal Constitucional espanhol prevê instrumentos de garantia da exequibilidade das decisões da Corte, tais como imposição de multas, afastamento de autoridades e até mesmo a solicitação de apoio do Governo.

Na Alemanha, a Lei Fundamental prevê, no artigo 94, II, que legislação regulará a organização e o processo do Tribunal Constitucional Federal, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei (*Gesetzeskraft*). Esta e o efeito vinculante (*Bindungswirkung*) das decisões da Corte Constitucional acabaram por ser regulados no § 31 da Lei do

## ADO 25 / DF

*Bundesverfassungsgericht.*

Além disso, ao tribunal também é conferida a competência para determinar o modo como suas decisões serão executadas. É o que dispõe o parágrafo 35 da Lei Orgânica do Tribunal. Esse dispositivo prevê que “O *Bundesverfassungsgericht* pode estabelecer, em suas decisões, quem deve executá-las; também pode, no caso específico, definir o modo como será a execução” (*Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.*).

A corte é dotada de liberdade para definir o meio mais apropriado, eficaz, rápido e fácil de execução de suas decisões (BENDA, Ernst; KLEIN, Eckart. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2001, p. 555). Essa competência transforma o Tribunal Constitucional Federal em verdadeiro “Senhor da Execução” (Herr der Vollstreckung), já que, com esta, a corte não depende da atuação de outros órgãos para concretizar seus julgados. Trata-se de prerrogativa apontada como caracterizadora do real papel de “guardião da Constituição”, por estabelecer os limites da supremacia constitucional (BENDA, op. cit., p. 556).

A previsão do parágrafo 35 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* não significa, contudo, um mero poder de executar ou utilizar força contra as autoridades que não respeitem as decisões da corte. Em realidade, por meio dessa norma, o Tribunal tem a possibilidade de “gerir as consequências” que surgirão da decisão prolatada (*Bewältigung der Folgen der respektierten Entscheidung*) (Ibidem, p. 520), isto é, moldar o acórdão à realidade existente, indicando o que deve ser feito em determinada hipótese.

Essa questão fica evidente na necessidade de serem estabelecidas disposições transitórias (*Übergangsregelungen*) para uma dada situação, após a declaração de incompatibilidade dos dispositivos que a regulamentavam com a Lei Fundamental.

Portanto, o § 35 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* dá à corte o poder de determinar quem será responsável pela execução de suas decisões, além de estabelecer o modo como esta será realizada.

## ADO 25 / DF

O dispositivo concede, assim, ampla discricionariedade ao tribunal para definir como será a execução de determinada questão, que pode se dar de várias formas: desde o envio de aconselhamentos da corte a outros órgãos públicos, até a determinação de regras transitórias que devem ser aplicadas enquanto o legislador não regulamentar alguma matéria.

O Tribunal Constitucional Federal pode revisar a qualquer tempo a forma de execução de sua decisão. Não há, com isso, direito subjetivo dos demandantes à observância de determinado rito executório (ROELLECKE, Gerd. Kommentar zum §35 Bundesverfassungsgerichtsgesetz. In: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar. Heidelberg: C.F. Müller, 2004, p. 650).

A forma como será executada uma decisão é estabelecida de ofício pela Corte (BVerfGE 6,300 [303]). Pedidos ou sugestões específicas relacionadas à execução não precisam ser formulados pelas partes para que o Tribunal defina o procedimento executório que será adotado.

O § 35 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* também autoriza o Tribunal a transferir a execução de suas decisões a outro órgão público. No caso de transferência da execução, os destinatários são pessoas, autoridades ou órgãos submetidos ao poder público alemão, escolhidos de acordo com a natureza da causa (ROELLECKE, op. cit., p. 653).

O Tribunal Constitucional Federal alemão pode, então, determinar a forma como outro órgão deve executar sua decisão, ou prescrever comando genérico, para que seja executada da forma que o destinatário melhor entender, respeitando os limites do julgado. Nesse sentido, mencione-se, por exemplo, o requerimento ao ministro de Interior, para que extinga partido político declarado inconstitucional, ou a determinação para que se tomem medidas necessárias para a realização de um plebiscito. O tribunal determina a medida, mas o ato será executado sob as regras do órgão competente (Idem.).

Já as situações em que o órgão atua como mero instrumento do tribunal são difíceis de definir. Nos últimos exemplos – sobre partido político e plebiscito –, as instituições continuam vinculadas às suas competências. Elas são responsáveis pelo ato, em si, ainda que a



## ADO 25 / DF

determinação tenha sido feita pela corte.

Estes casos acabam por ser aqueles em que a utilização da força é necessária, situações em que o Tribunal utiliza-se de outras instituições como verdadeiros escudos contra ameaças. De acordo com a doutrina, na ocorrência dessa hipótese, o quadro apresentado já seria semelhante ao de uma guerra civil (ROELLECKE, *op. cit.*, p. 653).

Como tais órgãos atuam como auxiliares do *Bundesverfassungsgericht*, seus atos não podem ser impugnados, uma vez que seriam, em realidade, atos do próprio tribunal, isto é, mera extensão da própria decisão. Entretanto, como é possível ocorrer algum erro de execução - e como é necessário que a Corte tome conhecimento de possíveis falhas do sistema, o *Bundesverfassungsgericht* já admitiu a existência do “recurso de execução (BVerfGE 2, 139 [143]; 68, 132 [140])” ainda que nenhum tenha sido proposto.

A Suprema Corte norte-americana usou técnica semelhante para dar efetividade à decisão no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, quando reiterou a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas e determinou que as leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a essa orientação. Confiou a execução do julgado aos tribunais de distrito que deveriam guiar-se por princípios de equidade, tradicionalmente caracterizados “*pela flexibilidade prática na determinação de remédios e pela facilidade de ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas*”. Todavia, esses tribunais deveriam exigir das autoridades escolares “*um pronto e razoável*” início da execução, competindo-lhes verificar a necessidade de que se outorgasse um prazo adicional para a conclusão das reformas exigidas.

No Supremo Tribunal Federal também já adotamos decisões dessa ordem.

No julgamento de questões de ordem nas Ações Diretas 4.357 e 4.425, referentes à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do regime de pagamentos de precatórios previsto pela Emenda Constitucional 62/2009, concluído em 25.3.2015, o Tribunal conferiu ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) poderes para fazer

## ADO 25 / DF

diagnóstico do sistema de pagamentos pelas diversas unidades da Federação e propor medidas, inclusive de caráter normativo, para assegurar a liquidação do estoque de precatórios, em prazo razoável.

Deliberou-se que as propostas do CNJ deveriam ser analisadas, em sessão jurisdicional, prosseguindo o julgamento da questão de ordem na ação de controle concentrado, pelo próprio STF.

De forma semelhante, no caso Raposa Serra do Sol, o Tribunal expediu várias determinações de ordem aberta, delegando ao Relator, em articulação com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a supervisão de sua implementação – PET 3.388, rel. min. Carlos Britto, julgado em 19.3.2009.

Na ADPF 347, rel. min. Marco Aurélio, o STF deferiu medidas de caráter liminar, voltadas à superação do caos do sistema carcerário (9.9.2015). O pedido daquela ação é justamente para que o Tribunal expeça determinações de caráter aberto e fiscalize seu cumprimento, retendo a jurisdição.

No RE 641.320, que tratava da progressão de regime prisional, no caso de falta de vagas em estabelecimento adequado, adotou-se mais uma vez a técnica de delegar ao CNJ a articulação de medidas para aumento do número e da eficácia das vagas.

Nesses precedentes, adotamos a técnica do *complex enforcement*. SARGENTICH, tido como o primeiro autor a empregar a locução, definiu o “*complex enforcement*” como o tipo de litígio “*no qual um segmento grande da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado por ordens judiciais de fazer ou não fazer*” (“*in which a large segment of social reality is denounced as offensive to law and transformed through the judicial process of injunction*” - SARGENTICH, Lewis D. *Complex Enforcement*. Trabalho não publicado. Disponível em: <<http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1134127.files/March%202014%20Readings/SargentichComplexEnforcement.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2015.).

No presente caso, tenho que é necessário adotar solução semelhante.

Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, proponho a

## ADO 25 / DF

este Plenário que atribua ao Tribunal de Contas da União (TCU), enquanto não sobrevier a referida lei complementar, a competência para definir anualmente o montante a ser transferido, na forma do art. 91 do ADCT, considerando os critérios ali dispostos: 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*. Os critérios são exatamente os previstos no *caput* do art. 91 do ADCT e evidentemente aqui não inovo.

Já quanto à repartição entre os diferentes entes federados – Estados, Distrito Federal e inclusive os Municípios, no que se refere à parcela prevista no §1º do art. 91 do ADCT – proponho que seja feita nas condições estabelecidas em entendimentos firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), de modo que a distribuição de recursos considere o ICMS desonerado nas exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados e os créditos de ICMS decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente.

Nesta proposta de repartição, também não inovo. Tais entendimentos já vem sendo feitos no âmbito do Conselho *ex vi* do Protocolo ICMS nº 69, de 4 de julho de 2008, cuja cláusula primeira aqui transcrevo:

**“Cláusula primeira** Acordam os Estados em adotar, nos termos deste protocolo, os critérios, os prazos e as condições para a partilha dos recursos de que trata o artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e das demais dotações previstas no orçamento geral da União para compensação ou fomento às exportações, exclusive a entrega de recursos prevista no art. 159, II, da Constituição Federal.”

Além disso, tais entendimentos, materializados em Memorandos do CONFAZ, tem sido utilizados para a definição dos critérios de

## ADO 25 / DF

distribuição do auxílio financeiro com objetivo de fomentar as exportações do país, objeto das Medidas Provisórias n°s 749/2016, 720/2016, 629/2012, 585/2012, 546/2011, 501/2010, 469/2009, 368/2007 e 355/2007. Transcrevo, a propósito, excerto da Exposição de Motivos da Medida Provisória n° 749/2016:

“A distribuição dos montantes será realizada utilizando-se coeficientes individuais de participação de cada unidade federada definidos pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ –, conforme entendimentos havidos entre os governos estaduais. Os coeficientes para 2016 encontram-se no memorando n° 1056/2016/CONFAZ/MF-DF, de 15 de agosto de 2016, repassado à Secretaria do Tesouro Nacional pelo secretário Executivo do CONFAZ, cuja cópia encontra-se anexada a esta Exposição de Motivos. O montante será entregue na forma fixada pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, sendo pago em parcela única a ser paga até o mês de dezembro de 2016 até o último dia útil do mês.”

Quanto ao TCU, penso que este é o órgão mais adequado para cumprir temporariamente esta incumbência, na hipótese de permanecer o Congresso Nacional em estado de omissão, após o prazo aqui designado.

De fato, a mencionada atribuição não é de todo estranha ao órgão. O art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal confere ao Tribunal de Contas da União o papel de efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação dos Estados (FPE) e Municípios (FPM).

Na mesma linha, a Lei 8.443, de 16 de junho de 1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União –, prevê, entre as competências do TCU, a de “efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos” (art. 1º, VI, Lei 8.443/1992).

É certo que, no caso em tela, não se cuida de fundo de participação, como mencionado nos dispositivos, nem a tarefa da Corte de Contas

## ADO 25 / DF

limitar-se-á ao cálculo do valor das quotas a que farão jus os estados-membros beneficiados. Entretanto, penso que a aplicação analógica é cabível como solução mais plausível.

Da mesma forma, também é este o órgão eleito pelo legislador para o cálculo da participação de cada estado ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da Constituição Federal (IPI-Exportação).

Por todas essas razões, vejo que é este o órgão mais habilitado, do ponto de vista técnico e institucional, a cumprir o encargo que ora se define.

**Caberá, assim, aos Estados e ao Distrito Federal proceder na forma do § 4º do art. 91 do ADCT, de modo a “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”, a fim de subsidiar o TCU na fixação do montante a ser transferido, bem como das quotas a que farão jus os diferentes entes federados.**

Advindo a lei complementar, naturalmente, cessa a competência da Corte de Contas para o caso, uma vez que conferida de forma precária e excepcional.

### Voto

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que seja sanada a omissão.

Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União:

a) **fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao Distrito Federal**, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a

## ADO 25 / DF

saber, 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*, do texto constitucional;

b) **calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus**, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Comunique-se ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários para o cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União.

É como voto.