

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 984
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ACRE**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE ALAGOAS**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAPÁ**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA**
ADV.(A/S) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **CAMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

ADPF 984 / DF

INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ

ADPF 984 / DF

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARÁ
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DA PARAÍBA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA PARAÍBA
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S) :ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PIAUÍ
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE RONDÔNIA

ADPF 984 / DF

ADV.(A/S) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RORAIMA

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) :GOVERNADOR DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE TOCANTINS

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ADPF 984 / DF

DECISÃO: Por meio da petição 50038/2022, a União requer a prorrogação do prazo para analisar a viabilidade de tentativa de conciliação (eDOC 221).

Rememore-se que se trata de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Presidência da República, com o objetivo de impugnar a prática realizada por todos os entes federativos em fixar alíquotas de ICMS sobre operações de combustíveis em patamar superior ao das operações em geral, postulando a declaração de inconstitucionalidade de todas as normas impugnadas, de forma a limitar a alíquota do ICMS incidente sobre combustíveis àquela prevista para as operações em geral, em cada ente da federação.

Considerando a relevância da matéria em análise, adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/99 (eDOC).

Na sequência, após solicitação dos entes federativos estaduais e distrital (eDOC 117), designei audiência de tentativa de conciliação sobre a matéria em debate (eDOC 119).

Durante os debates na sessão de audiência, após a exposição dos Estados, que trouxeram estimativa de impacto das normas e interpretações questionadas em ambas as ações de controle concentrado de constitucionalidade, a AGU solicitou a concessão de prazo de 24 (vinte e quatro) horas para se manifestar. (eDOC 204)

Ultrapassado o prazo (encerrado às 18:07h – eDOC 209), sobreveio, às 21:02h, pedido de dilação do prazo por 30 (trinta) dias (eDOC 221).

É o breve relatório. Decido.

1) Considerações introdutórias sobre a via autocompositiva e os debates existentes nos autos da ADPF 984 e ADI 7.191

Inicialmente, insta salientar que a manutenção da via autocompositiva pressupõe espaço e diálogo para manter as negociações efetivas e factíveis, sendo imperioso existir disponibilidade e

ADPF 984 / DF

compromisso para evitar que, no final, sem maiores digressões, haja a resposta tão somente que inexistente 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: 1º.7.2022)

Realce-se que a questão constitucional examinada nesta ação, assim como na ADI 7.191, ambas sob minha relatoria, 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 pretenso 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

ADPF 984 / DF

Constituinte. As competências constitucionais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício.

Pois bem. 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

ADPF 984 / DF

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.

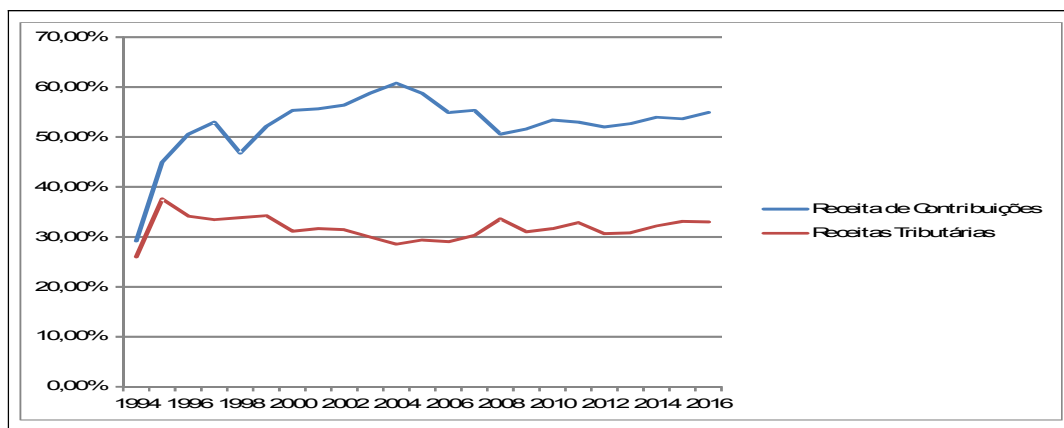
Tivemos, portanto, nos últimos anos, três emendas constitucionais versando sobre a matéria. Refiro-me às Emendas Constitucionais 17/1997, 55/2007 e, por último, à EC 84/2014, que alteraram, em 1% cada, o percentual a ser partilhado por meio do FPM.

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.

ADPF 984 / DF

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 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.

ADPF 984 / DF

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.

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 último dia 28 de junho, realizada de forma virtual, assentei que a arrecadação dos impostos não é

ADPF 984 / DF

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. Não percamos isso de vista!

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: 1º de jul. 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

ADPF 984 / DF

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 o STF autuou 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.

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.

Invoque-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

ADPF 984 / DF

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

ADPF 984 / DF

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)

Tendo isso em mente, cumpre destacar alguns pontos importantes.

Compulsando as Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, percebe-se que podem existir algumas antinomias entre elas, a exemplo da pretensa incompatibilidade entre a imposição de uniformidade de alíquota (LC 192), com a possibilidade de diminuição, em cada ente federativo estadual ou distrital, de alíquota abaixo da modal (LC 194), suscitando dúvidas interpretativas e incongruências normativas que merecem ser refletidas por todos os participantes desta ADPF, bem ainda da ADI 7.191, a qual trata de matéria correlata a esta, ambas sob minha relatoria.

Além disso, mencione-se que a decisão do Poder Legislativo Federal de rever a modulação de efeitos realizada por esta Corte, em pelo menos 3 (três) oportunidades (RE 714.139, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 15.3.2022), em se tratando de energia elétrica e telecomunicações, pode situar uma zona de provável conflito entre os Poderes Judiciário e Legislativo, tema de candente interesse constitucional em todas as democracias mundiais. Eis a ementa do primeiro julgado paradigmático:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade. 1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em

conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço. 2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa. 3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade. 4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateu a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional. 5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 745: *‘Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços’*. 6. Recurso extraordinário parcialmente provido. 7. **Modulação dos efeitos**

da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)". (RE 714139, redator p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 15.3.2022, grifo nosso)

Pontue-se, ainda, o resultado de julgamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 7.117 e 7123), em 24.6.2022, ambas de relatoria do Min Dias Toffoli (as quais sabidamente possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante), depois da entrada em vigor da Lei Complementar 194/2022 (DOU 23.6.2022), extraindo-se como pano de fundo que tais produtos/operações inserem-se no contexto de essencialidade, interpretação retirada diretamente do texto constitucional, exurgindo questionamentos de qual interpretação deve prevalecer: a desta Corte ou a do Parlamento, mesmo em caso julgado posteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar 194/2022.

Outra questão de relevo que se impõe definir nesta demanda consiste em saber 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).

Impende ainda 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

ADPF 984 / DF

adoção, pelo Ente central, de impor a 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.

Dessa constatação, impõem-se diversas dúvidas: a União, ao exercer uma escolha impositiva da essencialidade de diversos produtos de entes subnacionais, vai repor as perdas destes, de forma pactuada ou conscientemente abrirá um flanco de provável demanda judicial de todos os entes subnacionais, aumentando seu passivo por meio de dívidas judiciais, jogando a conta para a sociedade.

Além disso, mencione-se a alegada insegurança jurídica em se impor a entrada em vigor de um regime tributário, o qual, na visão dos Estados, necessita de prazo para seu cumprimento, diante de existir informações de que a alteração do “Scanc” (sistema operacional) demanda, no mínimo, 2 (dois) a 3 (três) meses.

Ambas as leis, apesar de terem questões momentâneas e conjunturais e pensadas em ambientes emergenciais, possuem eficácia perene.

O direito constitucional não repudia medidas excepcionais, como já foi reconhecido em outros momentos, mas não tolera que aquelas se transformem em permanentes, as quais necessitam ter um termo final, não podendo assumir caráter de definitividade.

Diante do próprio quadro de urgência, a lei parecer conter lacunas ou incompletudes, que demandam aprimoramentos legislativos.

É de se congratular 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.

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

ADPF 984 / DF

12.11.2020.

Sobre o desenrolar das tratativas ali realizadas, cito artigo doutrinário da revista eletrônica Consultor Jurídico:

“Reconhecendo a mora do Congresso Nacional, em novembro de 2016, o STF julgou procedente a ADO nº 25, diante do não cumprimento da determinação constitucional (incluída pela Emenda Constitucional 42/2003) de editar lei complementar para fixar critérios, prazos e rateio em que seria devida a compensação aos entes subnacionais.

Naquela ocasião, foi concedido prazo de 12 meses para que a omissão do Congresso Nacional fosse sanada, registrando-se, desde logo, que, em caso de eventual persistência da mora, o Tribunal de Contas da União fixaria o valor e o rateio dos repasses devidos aos entes subnacionais.

O nível de litigiosidade era de tamanha monta (em valores – R\$ 548,78 bilhões – e no impasse político) que, mesmo em uma solução denominada de "consensual", a previsão era de que haveria a necessidade de derrubada de veto presidencial, o que demonstra a aridez do tema perante as forças políticas [2].

Entretanto, após diversas prorrogações de prazo, o entrave persistia, tendo os estados solicitado a designação de audiência pública, que veio a ocorrer em 5/8/2019. Tendo em conta esses obstáculos político-jurídicos e diante da ausência de consensualidade quanto ao tema de fundo, foi convencionada a criação de comissão especial, no âmbito do STF, para debates e proposição de soluções. Para supervisionar e conduzir as tratativas, este magistrado teve a honra de ser nomeado mediador, na forma do artigo 4º da Lei nº 13.140/2015.

Ocorreram seis reuniões da comissão especial do STF, com a participação de representantes da União, dos estados, Distrito Federal e do TCU, tendo, ao final, a referida comissão, por unanimidade, aprovado o encaminhamento de valores e de projeto de lei complementar ao Congresso Nacional com dois objetos: regulamentação do artigo 91 do ADCT e criação de nova forma de transferência federal. Em nova audiência nos

autos, alcançou-se o seguinte:

‘Iniciados os trabalhos, após deliberações os Estados entraram em consenso sobre os termos mínimos de provável acordo, remetendo à Comissão Especial a redação deste, observadas suas balizas, quais sejam: proposta de inclusão do ano de 2019, no valor de R\$ 4 bilhões os quais devem ser somados aos R\$ 58 bilhões (2020 a 2037), com a possibilidade de acréscimo de R\$ 3,6 bilhões nos três anos posteriores à aprovação da PEC do Pacto Federativo, proposta esta a ser estudada pela União. (...)’ (ata de audiência nos autos da ADO 25 [3]).

Construindo-se debates francos, diretos e igualitários entre todos os participantes, intermediada pelo STF, mesclando-se técnicas de mediação, negociação e conciliação [4], as reuniões foram centradas em pontos de convergência para tentar suplantar as divergências, buscando-se a construção de consensos mínimos compartimentalizados.

Chegou-se ao acordo quanto a valores e a redação em si daquele, o qual foi enviada ao fórum de governadores e ao ministro da Economia. Em maio de 2020, o coordenador nacional do fórum dos governadores comunicou que, à unanimidade, os estados concordaram com os termos do acordo proposto pela União, a qual também se manifestou favoravelmente, após autorização do ministro da Economia.

Bem próximo do termo final da última prorrogação, o feito foi incluído, com urgência, em pauta, tendo, em maio de 2020, o Plenário do STF referendado, por maioria, as prorrogações do prazo e realizado a homologação dos termos do acordo firmado entre a União, os estados e o Distrito Federal, com resguardo da parcela constitucionalmente reservada aos municípios, dispondo sobre soluções jurídicas para resolver o impasse na discussão, envolvendo valores pretéritos e futuros acerca da norma prevista no artigo 91 do ADCT.

A União também comprometeu-se a enviar ao Congresso,

no prazo de 60 dias a contar da homologação do acordo, projeto de lei complementar criando a regra da transferência temporária das compensações até 2037.

A avença estabeleceu que a parcela constitucionalmente devida aos municípios (25%) estaria reservada e que não seriam devidos honorários advocatícios nas ações judiciais que fossem extintas em decorrência do presente acordo. Essa cláusula permitiu poupar milhões de reais dos erários federal e estaduais relativos às ações indenizatórias comuns que discutiam o tema.

Posteriormente, a União informou que, em cumprimento à obrigação assumida e homologada pelo Plenário do STF, aquiescera com projeto de lei complementar apresentado pelo senador Wellington Fagundes (PLP 133/2020 [5]), o qual, após a devida tramitação e aprovação nas casas do Congresso Nacional, foi encaminhado para a Presidência da República, cujo mandatário após formalmente a sua sanção no dia 29 de dezembro do ano passado, publicando-se, em edição extra do Diário Oficial da União, a Lei Complementar nº 176/2020, sem qualquer veto". (VERAS, Diego Viegas. *Processo constitucional multipartas e o pacto contra a Covid-19*. Conjur. 26 de mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/veras-processo-multipartas-pacto-covid-19>. Acesso em 1º.7.2022)

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, 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 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

ADPF 984 / DF

envolvidos após o desenrolar da mediação/conciliação.

Por fim, não custa relembrar que o prazo para se manifestar em 24 (vinte e quatro) horas foi sugerido pela própria representante da Advocacia-Geral da União presente em audiência (eDOC 204), mostrando-se mais consentâneo com a manutenção dos interesses autocompositivos a concessão do prazo adicional de 5 (cinco) dias úteis.

2) Decisão

Ante todo o exposto, defiro, em parte, o pedido da União, concedendo-lhe o prazo adicional de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre as propostas dos Estados, podendo oferecer contrapropostas, cujo prazo deverá ser contado durante o recesso judiciário.

A Secretaria deverá intimar a União, **COM URGÊNCIA**, por meio de intimação eletrônica do sistema processual desta Corte, com a observação de que o prazo correrá normalmente durante o recesso judiciário, em razão deste relator manter as atividades laborais em tal interstício.

Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2022.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente