



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 279/2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único n.º 202541/2018

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25/DF

REQUERENTE: Governador do Estado do Pará

INTERESSADO: Congresso Nacional

RELATOR: Ministro Gilmar Mendes

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. RECONHECIMENTO DE MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL NA EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 91 DO ADCT. PRAZO DE 12 MESES PARA A COLMATAÇÃO. SOLUÇÃO ALTERNATIVA EM CASO DE PERSISTÊNCIA DA OMISSÃO NO DEVER DE LEGISLAR. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO QUE EXPRESSAMENTE REFUTOU A POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.

1. Não cabem modificações em acórdão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão transitado em julgado, por petição avulsa que veicule matéria própria de embargos de declaração e que vise a rescindir parcialmente o julgado.

2. Reconhecimento de mora legislativa, com fixação de prazo para o Congresso Nacional supri-la e adoção de solução alternativa em caso de persistência da mora após o prazo assinalado. Técnica decisória que visa a dar efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de omissão legislativa inconstitucional e que não admite prorrogação sob pena de inutilidade do provimento.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, em controle normativo abstrato, o termo inicial para a produção dos efeitos da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade se dá desde a publicação da ata de julgamento.

4. Superado o prazo de 12 meses para edição da lei complementar a que alude o art. 91 do ADCT, deve o Tribunal de Contas da União (TCU) ser comunicado pela Presidência do Supremo Tribunal Federal para adotar as providências determinadas pelo acórdão.

- Parecer pela rejeição dos pedidos de prorrogação.

I

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 30 de novembro de 2016, julgou procedente o pedido para declarar a mora do Congresso Nacional na elaboração da lei complementar prevista no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Na ocasião, fixou o prazo de 12 meses para que fosse sanada a omissão legislativa. Não observado o prazo, determinou que o cálculo do montante total e das cotas de repasse fosse feito pelo Tribunal de Contas da União. É o que se extrai da ementa do julgado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas Compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação ao art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto a edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. **Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ** (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 18.8.2017 – sem destaques no original).

A União, tendo em vista a proximidade do exaurimento do prazo para a edição da lei complementar a que alude o art. 91 do ADCT, apresentou petição avulsa requerendo o desarquivamento da ação e a prorrogação, por mais 24 meses, do prazo para a edição da norma pelo Congresso Nacional. Subsidiariamente, solicitou que seja contado o prazo de 12 meses da data de publicação do acórdão (18.8.2017), com a prorrogação por mais 12 meses (peça 73 do processo eletrônico). O pedidos da União apoiam-se nos seguintes argumentos:

(i) segundo a tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os prazos assinalados em ação direta de inconstitucionalidade por omissão não podem ser considerados peremptórios pois consubstanciam parâmetro temporal razoável para a colmatação da omissão legislativa inconstitucional pelo Congresso Nacional;

(ii) a definição dos critérios, prazos e condições para a compensação financeira decorrente da desoneração do ICMS sobre operações de exportação de forma açodada pelo

Congresso Nacional pode repercutir negativamente no equilíbrio federativo, por se tratar de tema complexo e de grande repercussão nas unidades federativas;

(iii) há intensa atividade legislativa sobre o assunto no Congresso Nacional — com um dos projetos de lei complementar tramitando em regime de prioridade (PLP 221/1998) e com comissão especial instalada para apreciar a matéria — que revela empenho das Casas Legislativas no cumprimento da decisão do STF e a complexidade do tema a ser disciplinado;

(iv) não há no art. 91 do ADCT critérios objetivos para pronta definição pelo TCU, a partir de simples cálculos aritméticos, do montante a ser repassado aos Estados e ao Distrito Federal a título de compensação financeira, pois o dispositivo constitucional apresenta amplo espectro para a conformação legislativa sobre o tema;

(v) o art. 91 do ADCT estabelece de forma exemplificativa os critérios que podem ser adotados para definição do montante de recursos a serem entregues pela União aos Estados e ao Distrito Federal, conferindo “*significativa margem de discricionariedade ao legislador infraconstitucional para disciplinar a matéria*”;

(vi) o próprio TCU admitiu que encontra limitações técnicas e legais para realizar o cálculo do montante devido aos Estados-membros a título de compensação financeira;

(vii) o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de dispositivo constitucional ou legal que obrigue a União a compensar integralmente as unidades federadas por supostas perdas decorrentes da desoneração do ICMS nas exportações (ACO 779-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 9.3.2017 e ACO 792-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 5.5.2017);

(viii) a complexidade da matéria e seus impactos financeiros revelam a conveniência de se deferir um prazo maior para que o Congresso Nacional colmate a omissão legislativa, antes que seja transferida para o TCU a disciplina provisória de tema tão delicado para o equilíbrio do federalismo brasileiro.

Em despacho datado de 10.11.2017, o relator, Min. Gilmar Mendes, determinou a intimação do Estado do Pará e, após, da Procuradoria-Geral da República, “*para que se manifestem sobre o pedido de prorrogação de prazo formulado por meio do eDOC 73*”.

O Estado do Pará, autor da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, alega não ser possível o deferimento da prorrogação de prazo para edição da lei complementar a que alude o art. 91 do ADCT. Aponta, primeiramente, a falta de fundamentação quanto ao requeri-

mento de prorrogação do prazo por 12 meses a contar da publicação do acórdão (18.8.2017), quando a jurisprudência do STF considera como data inicial para produção de efeitos em ação direta a data de publicação da ata de julgamento. Quanto a dilatação do prazo, ressalta que a ação foi ajuizada em 2013, julgada em 2016, e o prazo para edição da lei complementar ainda foi postergado por uma sessão legislativa inteira. Adverte que “*a crise no processo de produção legislativa é a própria razão de ser da demanda*”. Acresce que a jurisprudência do STF evoluiu e passou a adotar técnicas decisórias que conferem efetividade aos seus pronunciamentos de omissão legislativa inconstitucional. Diz ser incabível modificação de acórdão transitado em julgado por petição avulsa que expõe matérias próprias de embargos de declaração. Aduz que a União pretende, em realidade, obter rescisão parcial do julgado, o que é expressamente vedado pelo art. 26 da Lei 9.868/1999 (peça 86 do processo eletrônico).

O Estado de Minas Gerais, na condição de *amicus curiae*, requereu que o TCU seja oficiado para dar cumprimento à decisão, haja vista que o prazo de 12 meses para a edição da lei complementar iniciou-se em 2.12.2016, data de publicação da ata de julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade por omissão e findou-se em 4.12.2017. No mesmo sentido, foi o requerido pelo Estado do Maranhão (peças 90 e 92).

Em síntese, são os fatos de interesse.

II

1. Inadmissibilidade de alteração do acórdão transitado em julgado

Esta ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a mora do Congresso Nacional na edição da lei complementar a que alude o art. 91 do ADCT. Estabeleceu o acórdão o prazo de 12 meses para a edição da lei complementar ou, caso superado o prazo, a fixação do montante total devido e da cota devida a cada ente federativo pelo Tribunal de Contas da União. O julgado pautou-se em três capítulos: (i) reconhecimento de omissão e mora legislativa inconstitucional; (ii) indicação de lapso temporal razoável para suprir a omissão e (iii) atribuição de força executória ao julgado, caso ultrapassado o prazo assinalado para a colmatação, com adoção de solução temporária que confira efetividade à jurisdição constitucional. O acórdão **transitou em julgado**

em **29.8.2017**, sem a interposição de nenhum recurso ou requerimento com o fim de alterar quaisquer das partes ou capítulos do julgado.

A União, por petição avulsa datada de 9.11.2017, requereu o desarquivamento da ação, a fim de que seja prorrogado por mais 24 meses o prazo para que o Congresso Nacional edite a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, sem que se atribua ao TCU a fixação do montante total e das cotas do repasse devido aos Estados-membros e ao Distrito Federal a título de compensação pela desoneração do ICMS nas exportações. Postulou, portanto, a modificação das partes do acórdão que: (i) considerou razoável o prazo de 12 meses para a edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT e (ii) buscou conferir efetividade à decisão por meio de solução alternativa de força executória que supre, ainda que temporariamente, a lacuna decorrente da mora legislativa reputada inconstitucional.

Ocorre que, nos termos do art. 494 do CPC/2015, publicada a sentença o juiz só poderá alterá-la para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo e por meio de embargos de declaração. O art. 26 da Lei 9.868/1999 é claro no sentido de que eventuais modificações em acórdão que julga ação direta devem ser articuladas somente por embargos de declaração, “*não podendo ser objeto de ação rescisória*”. É, portanto, descabida a modificação de parte do acórdão, após o trânsito em julgado, por petição avulsa que veicula matéria que deveria ter sido oportunamente aventada por embargos de declaração e que se direciona para a imprópria rescisão de parte do julgado.

2. Inviabilidade de prorrogação da mora legislativa inconstitucional

Os pedidos de prorrogação, objetos da petição avulsa atravessada pela União, têm por justificativa, essencialmente, a complexidade da matéria a ser disciplinada pela lei complementar do art. 91 do ADCT, que envolve interesses diretamente relacionados com o federalismo fiscal e partilha de recursos e que, por isso, seriam próprios de articulação no Parlamento e não em um órgão técnico, como é o TCU. A complexidade da matéria, todavia, não foi considerada pelo acórdão como fator para a fixação de prazo mais dilargado. Pelo contrário, o prazo foi afirmado como razoável para conclusão do processo legislativo em razão da mora de mais de 10 anos para a disciplina da matéria e em face dos significativos prejuízos financeiros aos Estados da Federação decorrentes da falta de regulamentação. A propósito, são pontuais as considerações feitas pelo Min. Edson Fachin, ao acompanhar o voto do relator:

Em relação ao lapso temporal, não me parece também ser um elemento estranho a outras determinações que este próprio Tribunal, em momentos diversos, já fez, inclusive em relação ao FPE, ao Fundo de Participação dos Estados, com algumas, digamos, “modulações” de lapsos temporais, para que o Legislativo pudesse suprimir a mora. O prazo aqui foi fixado em doze meses. Poder-se-ia até imaginar um lapso temporal maior, mas, numa circunstância em que já se passou mais de uma década, acredito que é um lapso temporal de razoabilidade que está indicado na proposta do eminente relator. Portanto, acompanho também no segundo ponto. [...]

Igualmente, a mera existência de projetos de leis complementares que busquem dar solução normativa à matéria não infirmam o estado de mora legislativa, justamente pela ausência de deliberação efetiva acerca da matéria, seja pela inexistência de disposição política para promover a consensualidade acerca de delicados temas do federalismo fiscal, seja pelo interesse daqueles que se beneficiam com o atual estado de coisas.

Foi rejeitada, inclusive, proposta do Min. Teori Zacvascki de que, caso persistisse a mora legislativa depois dos 12 meses, não fosse estipulado, desde logo, que o montante e as cotas dos repasse fossem feitos pelo TCU. Propôs, então, que caso passados os 12 meses sem a edição da lei complementar, voltasse o Tribunal a deliberar sobre alguma forma de suprir a omissão. A proposta foi rejeitada pela maioria dos Ministros, na esteira das observações feitas, nos apartes, pelos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes e Dias Toffoli:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, eu gostaria de, carinhosa e respeitosamente, contrapor a minha posição a esse argumento. [...]

O que o Ministro Gilmar Mendes propõe, aqui, é – e acho que faz bem – a delegação dessa competência, que, em rigor, seria nossa, para o órgão técnico especializado, que é o Tribunal de Contas da União, que tem uma capacidade institucional diferenciada para tratar da matéria.

Portanto, o que se está aqui propondo é – a propósito do debate do Ministro Teori e da construção da dogmática da omissão inconstitucional – solucionar omissões inconstitucionais por via de diálogo. É, portanto, dizer: devolvo a matéria ao Congresso com a afirmação da mora e aguardo por um ano; se não vier a solução do Congresso, eu já estou propondo a solução alternativa. Eu, para ser sincero, acho que essa solução é boa. E acho que é melhor do que nós retornamos esse assunto daqui a um ano, até porque a experiência de fixação de prazo e não atuação do Congresso tem sido repetida em precedentes anteriores. O que justifica nós já termos uma solução alternativa.

De modo que, entendendo e respeitando as razões do Ministro Teori, eu acho que essa é uma solução melhor, até porque qualquer situação na vida que produza uma injustiça extrema, e que o Judiciário possa reparar, eu acho que esse é o seu papel. E acho que é impossível deixar de reconhecer que há 13 anos, há uma situação de injustiça extrema com determinados Estados. E, portanto, eu acho que é papel do Judiciário superá-la e saná-la.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Claro!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Num caso deste, veja, quando nós falamos de 13 anos com essa distorção – é claro que pode haver erros na avaliação feita

pelos Estados – mas imagine o impacto que isso tem no que diz respeito à educação, à saúde, em suma, a todos os serviços básicos que acabam sendo comprometidos com essa falta.

Então, na verdade, nós estamos tomando uma medida exatamente na linha daquilo que nós compartilhamos: a ideia de força normativa do texto constitucional. [...]

No caso do FPE, declaramos inconstitucional e deixamos as normas em vigor. O que aconteceu? O Congresso, em 24 meses, não legislou. Inclusive, o Ministro Lewandowski, na Presidência do Supremo, concedeu liminar para alongar aquele prazo, porque, em algum momento, houve um quadro até de anomia, não tinha norma sobre o assunto. O Congresso, na verdade, só deliberou já no trigésimos mês, ou além disso, conseguindo algum consenso em torno desse sistema.

Dentro de um diálogo respeitoso, sem ferir a ideia de divisão de Poderes, parece-me que nós temos que assumir – e Vossa Excelência compartilha com isso, estudioso que é do mandado de injunção – que a Constituição fez um novo desenho da ideia de divisão de Poder ao introduzir esse complexo sistema de controle da omissão. Países que não tem esse sistema reconhecem-no por força do reconhecimento do direito à edição de uma norma de caráter positivo. [...]

Se fizessemos o apelo, e o Congresso atendesse, mas não é esse o nosso histórico nesses trinta anos, não faria sentido nenhum estabelecer o prazo, muito menos pensar numa regra supletiva. A experiência que temos colhido nesses anos, e aqui não vai nenhuma acusação, senão uma recalcitância – não vamos falar nisto – é de uma certa inércia deliberante constante.

Então, essa é uma solução compatível com aquilo que viemos adotando no mandado de injunção.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Não há dúvida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Ministro Teori, só para agregar, rapidamente, qualquer decisão, na hipótese de não se legislar no prazo de doze meses, que o Tribunal de Contas da União venha a tomar e que fira alguém em seu legítimo interesse poderá ser trazida a esta Corte por mandado de segurança.

A rejeição da proposta torna evidente que, por já trazer o acórdão solução alternativa, não seria admitida prorrogação do prazo de 12 meses conferido ao Congresso Nacional para a edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT. Além disso, o fato de se delegar provisoriamente a competência ao TCU não significa dizer que o Congresso Nacional não seja o foro adequado para a deliberação da matéria. Por isso que o acórdão atribuiu a competência ao TCU apenas provisoriamente — enquanto não editada a lei complementar — e balizou a atuação aos critérios objetivos já constantes do art. 91 do ADCT.

Descabida, portanto, a prorrogação do prazo, em virtude de o STF já ter se posicionado, por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pela inviabilidade de se prolongar a situação de distorção nos repasses devidos aos Estados-membros e ao Distrito Federal por força do art. 91 do ADCT, que gera inestimáveis prejuízos aos entes da Federação atingidos pela desoneração do ICMS nas exportações.

3. Termo inicial do prazo para a edição da lei complementar

O julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade por omissão iniciou-se em 23.11.2016 e foi concluído em 30.11.2016. A ata com o extrato da conclusão do julgamento foi publicada no DJe de 14.12.2016. O inteiro teor acórdão somente foi publicado em 18.8.2017. A ata de julgamento ficou assim redigida:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que caberá ao Tribunal de Contas da União: a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a 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; e que se comunique 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, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia (Presidente), que, no ponto, não acompanharam o Relator. Plenário, 30.11.2016.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, em ação direta de inconstitucionalidade, o termo inicial para a produção dos efeitos da decisão inicia-se a partir da publicação da ata de julgamento e não do inteiro teor do acórdão (Rcl. 3.632, Red. para acórdão Min. Eros Grau, DJ 18.8.2006; Rcl. 6.999, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 7.11.2013; ADI 3.756-ED, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 23.11.2007, entre outros julgados).

São, aliás, numerosos os julgados do STF que consideram, como marco temporal para fim de modulação de efeitos, a data de publicação da ata de julgamento e adotam o período de 12 meses como prazo razoável para adoção de providências que visem a sanar a situação de inconstitucionalidade (ADIs 1.241 e 4.876, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 26.3.2014 e 3.8.2017; ADI 3.721, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 15.8.2016; entre outros julgados).

Portanto, também é inviável o pedido da União de contagem do prazo de 12 meses a partir da publicação do inteiro teor do acórdão que reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional. Logo, a contagem dos 12 meses assinalados para a edição da lei complemen-

tar iniciou-se em 14.12.2016 e findou-se em 14.12.2017. Não editada a lei complementar a que alude o art. 91 do ADCT, resta ao Supremo Tribunal Federal somente dar cumprimento à sua decisão, por meio de ofício dirigido ao Tribunal de Contas da União para que (i) fixe o montante total das transferências aos Estados-membros e ao Distrito Federal e (ii) calcule o valor das cotas que cada um deles fará jus, de acordo com os critérios definidos no acórdão, expressamente delimitados no extrato da ata de julgamento.

III

Ante o exposto, opina a Procuradora-Geral da República pela rejeição dos pedidos de prorrogação de prazo (petição 66.740/2017 - peça 73 do processo eletrônico).

Brasília, 17 de outubro de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

PC