



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 170/2019 – SFCONST/PGR
Sistema Único nº 90914/2019

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 45/MG

REQUERENTE: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)
INTERESSADO(S): Estado de Minas Gerais
Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais
Comitê de Acompanhamento de Fluxo Financeiro
RELATOR: Ministro Roberto Barroso

Excelentíssimo Senhor Ministro Roberto Barroso,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 158-IV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REPARTIÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS (ICMS). ATRASO NO REPASSE DAS PARCELAS DESTINADAS A MUNICÍPIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INOBSERVÂNCIA DE PERIODICIDADE PREVISTA EM LEI COMPLEMENTAR (LC 63/1990). PARÂMETRO FIXADO EXCLUSIVAMENTE POR NORMA INFRACONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO DE ADO. EFETIVAÇÃO DOS REPASSES. CUMPRIMENTO DO DEVER ESTABELECIDO PELO ART. 158-IV DO TEXTO CONSTITUCIONAL.

1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) pressupõe existência de norma constitucional cuja eficácia dependa de edição de lei ou adoção de medida regulamentar ou administrativa por parte de poder ou órgão da administração pública.

2. Descumprimento de obrigação contida exclusivamente em norma de natureza infraconstitucional não dá ensejo à propositura de ADO.

3. Efetivação do repasse de parcelas da arrecadação de ICMS a entes municipais, ainda que fora do prazo legal, descaracteriza a omissão estadual no cumprimento do dever previsto no art. 158-IV da Constituição.

- Parecer pelo não conhecimento ou, sucessivamente, pela improcedência do pedido.

I

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), em face do Estado de Minas Gerais, da Secretaria de Estado da Fazenda e do Comitê de Acompanhamento de Fluxo Financeiro (COF) daquela unidade federativa, em razão de “ausência de providência de índole administrativa, consubstanciada [no] descumprimento do repasse aos Municípios mineiros das parcelas que lhes é devida [sic] a título de participação na arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS” (p. 5 da inicial).

O partido autor noticia a ocorrência, no exercício de 2017, de omissões e atrasos, por parte do Governo de Minas Gerais no repasse de parcelas da participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS, as quais deveriam ser entregues até o segundo dia útil de cada semana, nos termos do art. 5º da Lei Complementar 63, de 11 de janeiro de 1990. Estaria, por essa razão, configurada a omissão estadual inconstitucional em tornar efetivos os preceitos do art. 158-IV da Constituição da República, com violação direta do pacto federativo e da autonomia financeira dos entes municipais, além de ofensa ao princípio da eficiência e prejuízo à efetivação de direitos fundamentais.

O Relator adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 e solicitou informações aos órgãos interessados (peça 19).

O Governador do Estado de Minas Gerais sustentou o não cabimento da ADO, por (i) não consubstanciar mecanismo de tutela de interesses subjetivos; (ii) inexistir omissão de cunho normativo a ser sanada; e (iii) suscitar controvérsia de natureza infraconstitucional. Informou haver o Estado regularizado o repasse de ICMS aos municípios e justificou atrasos pontuais na situação de grave crise econômico-financeira (peça 27).

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminares de ausência de controvérsia constitucional e inadequação da ADO para impugnar omissão de medidas administrativas concretas, sem caráter normativo. No mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido (peça 30).

Requereram ingresso na ação, como *amici curiae*, a Associação Mineira de Municípios (AMM – peça 43) e a Confederação Nacional de Municípios (CNM – peça 47).

É o relatório.

II

Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) pressupõe a existência de norma constitucional cuja eficácia dependa de concretização legislativa ou de regulamentação infralegal por parte de poder ou órgão da administração pública. Acerca desse instrumento de controle concentrado, Gilmar Ferreira Mendes observa:

[...] a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço.¹

Ao lado da omissão legislativa, há a inconstitucionalidade por omissão de medida de natureza regulamentar ou administrativa. Trata-se de hipótese em que a falta de concretização do preceito constitucional decorre não da ausência de lei, mas de providências concretizadoras por órgãos da administração pública.

Em relação ao objeto da omissão inconstitucional suscetível de impugnação por ADO, esclarece Luiz Guilherme Marinoni (destaques acrescentados):

A letra do § 2º do art. 103 da CF deixa claro que o objeto da omissão inconstitucional não é apenas o produto do Legislativo, mas igualmente os atos que deixaram de ser praticados pelos órgãos administrativos. A omissão inconstitucional, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, é, em princípio, normativa. É a falta da edição de norma – cuja incumbência é, em regra, do Legislativo, mas que também pode ser do Executivo e até mesmo do Judiciário – que abre oportunidade à propositura da ação. Neste sentido, pode ser objeto da ação a ausência de ato de caráter geral, abstrato e obrigatório.

Assim, a ação não permite questionar apenas a ausência de atos normativos primários, mas **também a falta de atos normativos secundários, como os regulamentos, de competência do Executivo, e, eventualmente, até mesmo a inexistência de atos normativos cabíveis ao Judiciário.**

No caso em que a lei não contém os elementos que lhe dão condição de aplicabilidade, a falta de regulamento é empecilho evidente para a efetividade da norma constitucional. Porém, a falta de ato de caráter não normativo, inclusive por poder ser enquadrado na previsão do art.

1 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.293.

103, § 2º, da CF, que remete à ciência para a “adoção de providências necessárias”, igualmente pode ser objeto de omissão inconstitucional e da correspondente ação direta.²

De acordo com Gilmar Mendes e Lênio Streck, a fiscalização abstrata promovida em sede de ADO, ainda que possa se voltar contra morosidade administrativa, deve ter por escopo a defesa da ordem fundamental. Não se destina à tutela de situações individuais ou subjetivas. Acerca do ajuizamento de ADO em face de omissões de caráter não normativo, observam os autores:

Embora as omissões de providências de índole administrativa não se afigurem adequadas, em princípio, para afetar, primariamente, a efetividade de uma norma constitucional, até porque, como resulta da própria estrutura constitucional, essa tarefa foi confiada, primordialmente, ao legislador, não se pode negar que o constituinte contemplou eventual omissão das autoridades administrativas como objeto dessa modalidade de controle direto de inconstitucionalidade.

[...]

Cumprindo indagar se a omissão na prática de atos administrativos propriamente ditos – de índole não normativa – poderia ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A exegese literal do disposto no art. 103, § 2º, da CF parece sugerir resposta afirmativa, uma vez que ali se refere a “medidas”, “providências necessárias” e a “órgãos administrativos”. Por força do próprio princípio do Estado de Direito e de um dos postulados básicos – o princípio da legalidade da Administração –, é difícil imaginar ato administrativo indispensável, primariamente, para tornar efetiva norma constitucional. Até mesmo as medidas estatais de índole organizatória, que, na moderna dogmática dos Direitos Fundamentais, são abrangidas pela ampla designação de “direito à organização e ao processo” (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), pressupõem a existência de lei autorizadora.

De qualquer forma, não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional.

[...]

Não se pode, portanto, excluir de plano a possibilidade de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tenha por objeto a organização de determinado serviço ou a adoção de determinada providência de índole administrativa.³

2 MARINONI, Luiz Guilherme, “O Sistema Constitucional Brasileiro”, in. SARLET, Ingo Wolfgang; ____; MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 1.241-1.242.

3 MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lênio L., “Comentário ao art. 103”, in. CANOTILHO, J. J. Gomes; ____; SARLET, Ingo W.; ____ (coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.421.

De toda forma, é imprescindível, para o ajuizamento de ADO, a ocorrência de alguma conduta omissiva, seja ela de natureza legislativa, regulamentar ou administrativa, de modo a obstar a efetivação de alguma determinação contida no texto constitucional.

Pois bem, constitui objeto da presente ação o atraso do Estado de Minas Gerais em efetuar o repasse, aos municípios mineiros, da parcela de 25% do produto da arrecadação do ICMS, de que trata o art. 158-IV da Constituição da República. Esta norma constitucional estabelece:

Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...]

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Não pormenorizou o texto constitucional o regramento relativo à entrega das parcelas de ICMS aos entes municipais, sobretudo no que toca a circunstâncias como periodicidade e forma de repasse, deixando tal tarefa a cargo do legislador infraconstitucional. A disciplina em questão veio com a promulgação da Lei Complementar 63, de 11 de janeiro de 1990, que dispôs sobre “*critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios*”, nos seguintes termos:

Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.

[...]

Art. 4º Do produto da arrecadação do imposto de que trata o artigo anterior, 25% (vinte e cinco por cento) serão depositados ou remetidos no momento em que a arrecadação estiver sendo realizada à "conta de participação dos Municípios no Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações", aberta em estabelecimento oficial de crédito e de que são titulares, conjuntos, todos os Municípios do Estado.

§ 1º Na hipótese de ser o crédito relativo ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação extinto por compensação ou transação, a repartição estadual deverá, no mesmo ato, efetuar o depósito ou a remessa dos 25% (vinte e cinco por cento) pertencentes aos Municípios na conta de que trata este artigo.

§ 2º Os agentes arrecadadores farão os depósitos e remessas a que alude este artigo independentemente de ordem das autoridades superiores, sob pena de responsabilidade pessoal.

Art. 5º Até o segundo dia útil de cada semana, o estabelecimento oficial de crédito entregará, a cada Município, mediante crédito em conta individual ou pagamento em dinheiro, à conveniência do beneficiário, a parcela que a este pertencer, do valor dos depósitos ou remessas feitos, na semana imediatamente anterior, na conta a que se refere o artigo anterior.

Diante do quadro, percebe-se que o incumprimento contra o qual se insurge o partido autor refere-se, precisamente, à previsão contida na parte inicial do art. 5º da Lei Complementar 63/1990, que determina a entrega do crédito de ICMS em conta individual ou mediante pagamento em dinheiro “*até o segundo dia útil de cada semana*”.

Todavia, como bem observou a Advocacia-Geral da União, os preceitos constitucionais indicados como parâmetro na ação – arts. 34-V-d, 158-IV, e 160 da Constituição –, não estabelecem dever de legislar ou de adotar providências administrativas regulamentares no exato sentido buscado pelo requerente. De fato, a Constituição da República não fixou a periodicidade de creditação de ICMS aos entes municipais. Isto é, conquanto haja obrigação constitucional de repasse de 25% do produto da arrecadação do ICMS aos municípios, não há, no texto da Lei Fundamental, dever expresso de que este repasse seja promovido até o segundo dia útil de cada semana.

A pretensão deduzida na ADO é voltada a impor ao Estado o cumprimento de parâmetros introduzidos por norma de caráter legal. Diante da inexistência de determinação constitucional expressa pendente de concretização, deve-se reconhecer o descabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta, consoante exposto, pressupõe a existência de uma norma ou direito constitucional cuja eficácia esteja obstada por ausência de norma regulamentadora, o que não se verifica no caso.

Por fim, de acordo com informações acostadas pelo Governador de Minas Gerais (peça 28), os repasses das parcelas de ICMS aos municípios daquele Estado, conquanto tenham sofrido atraso, foram devidamente efetivados. Logo, não há falar em omissão quanto ao dever estabelecido no art. 158-IV da Constituição da República.

III

Pelo exposto, a Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento ou, sucessivamente, pela improcedência do pedido.

Brasília, 5 de abril de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

AMO