

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
POR OMISSÃO 23 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**REQTE.(S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA  
**REQTE.(S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
MARANHÃO  
**REQTE.(S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS  
GERAIS  
**REQTE.(S)** : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE  
PERNAMBUCO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Os Governadores dos Estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco ajuizaram a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com pedido de medida cautelar, em face de suposta omissão legislativa do Congresso Nacional, quando ao dever de legislar previsto no art. 161, II, da Constituição Federal, *in verbis*:

*“Art. 161. Cabe à lei complementar:*

*(...)*

*II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;”.*

Alegam, em suma, que o rateio dos recursos era assegurado aos entes federados nos termos da Lei Complementar 62, de 28 de dezembro de 1989, que estabelecia o quanto segue:

*“Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do*

**ADO 23 MC / DF**

*Distrito Federal - FPE serão distribuídos da seguinte forma:*

*I - 85% (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;*

*II - 15% (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste.*

*§ 1º Os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE a serem aplicados até o exercício de 1991, inclusive, são os constantes do Anexo Único, que é parte integrante desta Lei Complementar.*

*§ 2º Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, serão fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990.*

*§ 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar”.*

Recordam, a seguir, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em de 24 de fevereiro de 2010, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 875, 1.987, 2.727 e 3.243, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, incs. I e II, §§ 1º, 2º e 3º, bem como do Anexo Único, da referida Lei Complementar 62/89, assegurando, todavia, a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

Registram, na sequência, que o prazo estipulado pela Suprema Corte expirou sem que o Congresso Nacional tenha suprido a lacuna derivada da declaração de inconstitucionalidade, sustentando que tal situação “origina um estado de insegurança jurídica ainda mais grave do que aquele constatado no julgamento mencionado” (fl. 4).

Assim, requerem, liminarmente,

*“a concessão de medida cautelar por decisão monocrática do Ministro Presidente ad referendum do Plenário dessa Suprema Corte, com fundamento no art. 13, inciso VIII, do RISTF, que*

**ADO 23 MC / DF**

*determine solução provisória para a omissão legislativa verificada, mediante a manutenção da vigência do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único da Lei Complementar nº 62/89, até que o órgão omissor adote as providências necessárias para disciplinar a matéria” (fl. 13).*

No mérito, pugnam que se reconheça a procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade da omissão legislativa do Congresso Nacional.

Por fim, pedem sejam compensados os valores entregues pela União aos Estados-membros e ao Distrito Federal, “*com base nos critérios adotados pela decisão cautelar, e os valores apurados de acordo com os critérios fixados em nova lei a ser editada pelo Congresso Nacional, na eventualidade disso não ocorrer em 2013”* (fl. 14).

Em 22 de janeiro de 2013, solicitei prévias informações ao Presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney, nos termos do art. 12-F, *caput*, da Lei 9.868/1999, incluído pela Lei 12.063/2009, segundo o qual, “*em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal (...) poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias”* (grifei).

Nas informações, acompanhadas de manifestação subscrita pela Advocacia do Senado Federal, o Presidente do Congresso Nacional argumenta, em síntese, que inexistente omissão do Congresso Nacional, tendo em conta que tramitam regularmente em ambas Casas Legislativas diversos Projetos de Lei Complementar destinados a disciplinar a forma de distribuição dos recursos do FPE.

Afirma, mais, que

*“a realidade fática demonstrou que o prazo de manutenção da*

**ADO 23 MC / DF**

*vigência da norma (até 31/12/2012), fixado pelo STF, foi exíguo para debate, aprovação, vigência e eficácia de uma nova Lei Complementar que substituísse os critérios adotados desde 1989, ante as inúmeras atividades desenvolvidas pelo Congresso Nacional nos últimos dois anos, associada ao fato de que em 2010 ocorreram eleições federais, conforme expressamente mencionado no acórdão do STF” (fl. 7).*

Informa, ainda, que

*“não há necessidade da medida postulada, tendo em vista que o TCU, por intermédio do Acórdão nº 3135/2012, já adotou as medidas necessárias para efetuar o repasse dos recursos do FPE, para o exercício de 2013, até que a nova legislação seja aprovada” (fl. 11).*

É o breve relatório. Decido.

O art. 12-F, § 1º, da Lei 9.868/1999, com a redação dada pela Lei 12.063/2009, conferiu nova disciplina à Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, autorizando o Supremo Tribunal Federal a determinar qualquer providência que se revele necessária para a solução de problemas decorrentes de omissões e vácuos legislativos.

Nesse sentido, sobre a nova regulamentação da Lei 9.868/1999, o Ministro GILMAR MENDES afirma o seguinte, em sede doutrinária:

*“A Lei n. 12.063, de 27-10-2009, que regulou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, contudo, parece realizar a superação do entendimento jurisprudencial adotado até então. (...) Nos termos da nova disciplina, a medida cautelar poderá consistir: 1) na suspensão de aplicação da norma questionada, nos casos de omissão parcial; 2) na suspensão dos processos judiciais ou dos procedimentos administrativos; ou, ainda, 3) **em qualquer providência a ser fixada pelo Tribunal.** (...)”*

**ADO 23 MC / DF**

*É certo (...) que a complexidade das questões afetas à omissão inconstitucional parece justificar a fórmula genérica utilizada pelo legislador, confiando ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de conceber providência adequada a tutelar a situação jurídica controvertida” (Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012).*

Ora, de fato, como alegam os subscritores da inicial, o Plenário desta Suprema Corte, na sessão de 24 de fevereiro de 2010, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 875, 1.987, 2.727 e 3.243, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, incs. I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e também do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1989, modulando a sua decisão no tempo de modo a assegurar a eficácia de tais normas até 31 de dezembro de 2012.

Já naquela assentada, manifestei a minha preocupação diante de ocorrência de possível vácuo legislativo, ante a complexidade da matéria, e tendo em conta a proximidade do embate eleitoral, que, tradicionalmente, prejudica a eficiência dos trabalhos legislativos. Colho dos debates, então travados, o seguinte trecho:

*“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, concluímos que não poderia haver um vácuo, sob pena de não se ter como legitimados os rateios verificados até aqui. Então, acolhemos esse congelamento previsto na lei primitiva, a complementar.*

*(...)*

*O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Aí ficaríamos num vácuo legislativo. Essa é a preocupação.*

*(...)*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Admitimos, levando em conta a realidade. Então, ela seria inconstitucional, mas verificamos que a declaração de inconstitucionalidade criaria um vácuo, e não teríamos a legitimação dos rateios.*

**ADO 23 MC / DF**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – *É só aumentar o prazo.*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – *Porque este ano é um ano eleitoral, neste ano não se vota nada”* (grifei).

Sublinho, por oportuno, que, não obstante tenha passado a existir um vácuo legislativo quanto aos critérios de distribuição, as verbas que integram o Fundo de Participação pertencem de pleno direito aos Estados e ao Distrito Federal, sendo a União mera depositária destas, segundo dispõe expressamente o art. 159, I, **a**, da Constituição, inclusive estabelecendo o percentual que lhes cabe, conforme segue:

*“Art. 159. A União entregará:*

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

*a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;”* (grifei).

Com efeito, a Constituição garante, de forma inequívoca, a percepção das referidas verbas pelos entes federados, cuja distribuição entre eles depende apenas do rateio daquelas em conformidade com determinado critério, o qual deixou de existir com a declaração de inconstitucionalidade de parte da Lei Complementar 62/1989.

Desse modo, constato que eventual indeferimento da medida cautelar pleiteada poderá ensejar o descumprimento integral do art. 159, I, **a**, da Constituição, situação que provocaria grave desequilíbrio econômico para os Estados requerentes, com prejuízos irreparáveis à respectiva população.

Ora, sabe-se que parte substantiva do orçamento de muitos Estados é composta pelas mencionadas verbas, podendo a cessação dos

**ADO 23 MC / DF**

repasses, pela ausência de critérios de rateio, ensejar não apenas a superveniência de severa crise orçamentária em alguns membros da Federação como, também, muito possivelmente, a intolerável paralização de serviços públicos essenciais.

A situação exposta na inicial, portanto, caracteriza, inequívoca situação emergencial, que impõe a urgência no exame da medida liminar pleiteada, uma vez que os Estados e o Distrito Federal contavam, efetivamente, com o repasse das verbas no ano de 2013, em conformidade com os prazos originalmente estabelecidos art. 4º da LC 62/1989, abaixo discriminados:

*“Art. 4º A União observará, a partir de março de 1990, os seguintes prazos máximos na entrega, através de créditos em contas individuais dos Estados e Municípios, dos recursos do Fundo de Participação:*

*I - recursos arrecadados do primeiro ao décimo dia de cada mês: até o vigésimo dia;*

*II - recursos arrecadados do décimo primeiro ao vigésimo dia de cada mês: até o trigésimo dia;*

*III - recursos arrecadados do vigésimo primeiro dia ao final de cada mês: até o décimo dia do mês subsequente”.*

Por todas essas razões, observo que o Plenário do Tribunal de Contas da União, no estrito cumprimento de sua competência de calcular as quotas referentes aos fundos de participação, a teor do art. 161, parágrafo único, da Constituição, aplicou, em caráter emergencial e precário, os critérios da LC 62/1989 com relação à verbas concernentes a 2013, com base nos argumentos articulados no voto condutor do Acórdão 3135/2012-TCU:

*“Diante desse quadro de indefinição e considerando que o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal atribui ao TCU a responsabilidade pelo cálculo das quotas referentes aos fundos de participação, e mais, considerando, ainda, a exigência contida no art.*

**ADO 23 MC / DF**

*92 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), no sentido de esta Corte de Contas encaminhar os coeficientes ao Banco do Brasil até o último dia útil de cada exercício, determinei à Secretaria de Macroavaliação Governamental a imediata realização do cálculo dos coeficientes de FPE.*

*Ao ordenar a instrução definitiva do feito, ponderei o fato de a União não poder reter os aludidos recursos, os quais pertencem constitucionalmente aos Estados e ao Distrito Federal e pautei-me, sobretudo, nos princípios da segurança jurídica e da prudência por entender que os dispositivos da LC 62/1989 questionados pelo STF ainda estarão em vigor até 31/12/2012. Dessa forma, até que sobrevenha nova disciplina legal, devem ser mantidos os coeficientes para o exercício de 2013 com base no Anexo Único da LC 62/1989”.*

É preciso considerar, de resto, que tramitam no Congresso Nacional, aptos a serem aprovados, os seguintes Projetos de Lei Complementar para disciplinar o tema: PLS 192/2011, de 27/4/2011, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin; PLS 289/2011, de 25/5/2011, de autoria dos Senadores Randolfe Rodrigues, Romero Jucá, Valdir Raupp e Jorge Viana; PLS 744/2011, de 16/12/2011, de autoria do Senador Marcelo Crivella; PLS 761/2011, de 21/12/2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço; PLS 35/2012, de 1/3/2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira; PLS 59/2012, de 20/3/2012, de autoria do Senador Francisco Dornelles; PLS 89/2012, de 10/4/2012, de autoria do Senador João Vicente Claudino; PLS 100/2012, de 17/4/2012, de autoria do Senador Francisco Dornelles; PLS 114/2012, de 23/4/2012, de autoria do Senador Cristovam Buarque; e o PLS 220/2012, de 27/6/2012, de autoria do Senador Lindbergh Farias.

A apresentação e tramitação dos supracitados projetos de lei, todos posteriores à decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, evidencia que o Congresso Nacional está envidando os esforços possíveis para solucionar o tema em questão, que se revela de grande complexidade conceitual e de elevada sensibilidade no tocante ao próprio pacto federativo brasileiro, todavia insuficientes



**ADO 23 MC / DF**

para dissipar a insegurança jurídica reinante quanto à questão.

Isso posto, ante o vácuo legislativo decorrente das decisões desta Suprema Corte, prolatadas nas ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, que declararam a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, bem assim do Anexo Único da Lei Complementar 62/1989, protraindo a eficácia do julgado por 24 (vinte e quatro) meses, já transcorridos, sem que tivesse o Congresso Nacional, nesse lapso de tempo, colmatado a lacuna normativa, e considerando, ainda, as informações do Poder Legislativo no sentido de que se encontram tramitado, em regime de urgência, diversos projetos com vistas a substituir o mencionado diploma legal, autorizado pelo art. 13, inc. VIII, combinado com o art. 21, inc. V, ambos do do Regimento Interno desta Suprema Corte, **defiro em parte** a liminar pleiteada na presente ação, *ad referendum* do egrégio Plenário, para garantir aos Estados e ao Distrito Federal o repasse, pela União, das verbas do fundo a que alude o art. 159, I, a, da Constituição da República, no percentual nele estabelecido, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 (cento e cinquenta dias), a contar da intimação desta medida cautelar, desde que não sobrevenha nova disciplina jurídica, sem prejuízo de eventuais compensações financeiras, entre os entes federados, a serem eventualmente definidas em lei complementar.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 24 de janeiro de 2013.

Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**  
Presidente em exercício